

# siçil

İŞ HUKUKU DERGİSİ

**MALİ HUKUK**  
**AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
**BİREYSEL İŞ HUKUKU** TOPLU İŞ HUKUKU  
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
 MALİ HUKUK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
 KARAR İNCELEMELERİ  
**MALİ HUKUK**  
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**TOPLU İŞ HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ  
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
 KARAR İNCELEMELERİ  
**BİREYSEL İŞ HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ  
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
 MALİ HUKUK TOPLU İŞ HUKUKU  
**ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ  
 TOPLU İŞ HUKUKU BİREYSEL İŞ HUKUKU  
**MALİ HUKUK** ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
**BİREYSEL İŞ HUKUKU**  
 KARAR İNCELEMELERİ AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**MALİ HUKUK** KARAR İNCELEMELERİ  
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
**TOPLU İŞ HUKUKU**  
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
 MALİ HUKUK BİREYSEL İŞ HUKUKU  
**KARAR İNCELEMELERİ**  
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**MALİ HUKUK**  
 KARAR İNCELEMELERİ  
 SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU  
**TOPLU İŞ HUKUKU**  
 ÇALIŞMA CEZA HUKUKU  
 BİREYSEL İŞ HUKUKU  
 AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**TOPLU İŞ HUKUKU** BİREYSEL İŞ HUKUKU  
 KARAR İNCELEMELERİ  
**MALİ HUKUK**  
 KARAR İNCELEMELERİ AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU  
**SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**  
 BİREYSEL İŞ HUKUKU MALİ HUKUK  
 TOPLU İŞ HUKUKU

# ŞUBESİZ VADELİ MEVDUAT



## Bankaya gitmeden daha çok kazandıran fırsat.

İnternet Şubesi'nden, İşCep'ten, İşWap'tan ya da İşPad'den Şubesiz Vadeli Mevduat Hesabı açtırın, hem avantajlı faiz oranlarından yararlanın hem de zamandan kazanın.



# SİCİL

Haziran '11 • Yıl 6 • Sayı 22

## MESS Adına Sahibi

Tuğrul KUDATGOBİLİK  
MESS Yönetim Kurulu  
Başkanı

## Yazı İşleri Müdürü

Av. İsmet SİPAHİ  
MESS Genel Sekreteri

## Yayın Yönetmeni

Av. Mesut ULUSOY

## Yayın Kurulu

Av. Ahmet BÖLÜKBAŞI  
Av. Erten CILGA  
Av. İlhan DOĞAN  
Av. Ender KIZILRAY  
Av. Şeyda AKTEKİN  
Av. Nağme HOZAR  
Av. Vahap ÜNLÜ  
Av. Selçuk KOCABIYIK  
Av. Uygur BOSTANCI  
Av. Murat BATUR  
Av. Dilara DEMİREL

## Baskı

Hanlar Matbaacılık San.  
ve Tic. Ltd. Şti.

Yeşilce Mah. Aytekin Sok.  
No. 16 Kağıthane İstanbul

## Yayın Türü

Yerel süreli yayın. MESS'in  
üç aylık yayın organıdır.

ISSN 1306-6153

## Baskı Tarihi

24 Haziran 2011

**M E S S**

## Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

Abidei Hürriyet Cad.  
Mecidiyeköy Yolu No. 268,  
MESS, 34381 Şişli İstanbul

Tel: 212 232 01 04  
Faks: 212 241 76 19  
e-posta: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Görüşler yazarlara aittir.  
Kaynak gösterilerek alıntı  
yapılabilir.

## BİREYSEL İŞ HUKUKU

<i>Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları</i> .....	5
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi</i> .....	12
Prof. Dr. M. Polat SOYER	
<i>"Genel Kanun - Özel Kanun" İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)</i> .....	22
Prof. Dr. Ejder YILMAZ	
<i>Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları</i> .....	32
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	
<i>Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri</i> .....	46
Araş. Gör. İpek KOCAGİL	
<i>İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz</i> .....	63
Av. Abbas BİLGİLİ	
<i>İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı ve 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü</i> .....	91
Av. Leyla KILIÇ	

## KARAR İNCELEMELERİ

<i>Sözleşmenin Yenileme Süresinin Geçmesinden Kısa Bir Süre Sonra Fesih Hakkının Kullanılmasının İyiniyet Kuralı ile Bağdaşıp Bağdaşmayacağı Sorunu</i> .....	101
Doç. Dr. Fuat BAYRAM	
<i>Geçerli Neden ve Haklı Neden Ayrımında Yazılı Bildirim Şartı</i> .....	110
Av. Filiz ATAY	

## TOPLU İŞ HUKUKU

<i>Grev Oylamasının Önemi ve Uygulaması</i> .....	121
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	

## KARAR İNCELEMESİ

<i>Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Feshe İlişkin Hükümlerin Feshin Geçerliliğine Etkisi</i> .....	138
Av. Uygur BOSTANCI	

## SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

<i>Hak Sahibi Ana ve Babanın Ölüm Aylığı ile İlgili Sorunlar</i> .....	147
Mesut BALCI	
<i>5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Düzenlenen Fiili Hizmet Süresi Zammı ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları</i> .....	155
Dr. Özgür Hakan ÇAVUŞ	

*Kısa Vadeli Sigorta Kollarında Prim Oranları ve İşkolu Kodu ile Tebliğe Sınıf ve Derecelerinin Mahiyeti, Tespiti ve İtirazlar ile Sağlanan Yardımlar* ..... 169  
Murat UĞUR

*İş Kazası ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Rücu Hakkı* ..... 177  
Av. Ender KIZILRAY

### **KARAR İNCELEMESİ**

*Ölüm Sigortasından Yararlanma* ..... 180  
Prof. Dr. Kadir ARICI

### **MALİ HUKUK**

*Bireysel Emeklilik Sisteminden Ayrılanların Vergi Problemi* ..... 189  
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

*Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Sendikalara Ait İktisadi İşletmelerin Vergilendirilmesine İmkan Sağlayan Düzenlemeye İlişkin Bir Eleştiri* ..... 196  
Dr. Cenker GÖKER

### **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

*Ücret Kesim Cezası* ..... 200  
Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ

### **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

### **KARAR İNCELEMESİ**

*Çalışanların Mesai Saati İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir Mi?* ..... 209  
Av. Vahap ÜNLÜ



# Yasakoyucunun iradesi kanun metninden açıkça anlaşılmalı

Son dönemde çalışma yaşamını da etkileyecek önemli bir adım atılarak, yaklaşık 85 yıldır yürürlükte olan Borçlar Kanunumuzun yerine yeni Borçlar Kanunu kabul edildi ve yürürlüğü de 1 Temmuz 2012 olarak belirlendi. Ancak, Kanunun kabulüyle birlikte uygulamada bazı tartışmalar başladı. Şöyle ki; bilindiği üzere, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili maddesine göre; Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır. Her ne kadar İş Kanunu'nda, 10 ve 16. maddeler dışında Borçlar Kanunu hükümlerinin açıkça uygulanacağına dair belirgin bir düzenleme yer almıyorsa da "genel kanun-özel kanun" ilişkisi çerçevesinde Borçlar Kanunu hükümlerinin dikkate alınması gereği öğretide genel olarak kabul görmekte ve bu husus yargı kararlarıyla da kabul edilmektedir. Ne var ki, yine uygulamada bunun mutlak olmadığı, medeni hukuk ve borçlar hukuku ilke ve kurallarının iş hukukunun "özel karakterine aykırı düşmediği ölçüde" ve "işçi-işveren ilişkilerinin ağır basan toplumsal yapının elverdiği oranda" uygulanabileceği de ayrıca dile getirilmektedir. Ancak, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmeleri ile ilgili kısımları, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan benzer hükümler ile ilişkilendirilmemiş ve adeta yeni bir iş mevzuatı yaratılmıştır. Bu nedenle ki; Borçlar Kanunu'nun hizmet akitlerine ilişkin hükümleri ile özel iş kanunları arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Öte yandan teknolojik gelişmelere bağlı olarak uygulamada kimi sıkıntılarla karşılaşılmaktadır. Şöyle ki; cep telefonu, günlük yaşamımızın her anında yer almakta, iş saatleri içerisinde cep telefonunun sunduğu imkanlar yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Cep tele-

fonları, konuşma özelliklerinin yanı sıra, internete erişim imkanı vermelerinden ötürü de tercih edilmektedir. İş saati içerisinde özel cep telefonu kullanmanın iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi hususunda doğuracağı sonuçlara ilişkin mahkemelerce verilmiş herhangi bir karar yoksa da, iş saati içerisinde çalışanın özel amaçlı internet kullanımı konusu yargıya intikal etmiş ve Yargıtay, iş saati içerisinde özel amaçlı internet kullanımını "iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesi" olarak değerlendirerek bu davranışın işyerinde olumsuzluklara neden olduğundan bahisle geçerli bir fesih nedeni olarak kabul etmiştir. İşyerinde internetin özel amaçlar için kullanımına ilişkin Yargıtay kararlarıyla tespit edilen sonuçların, özel cep telefonu kullanımı için de kabul edilebileceği ileri sürülebilirse de konunun bir yanı sıra da "haberleşme hürriyeti" açısından sınırlarının dikkatlice tespit edilmesinde fayda bulunmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin borçları, genel kanun-özel kanun ilişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu bağlamında), ölüm ve iş ilişkisindeki yeni sonuçları, grev oylamasının önemi ve uygulaması, evlilik akdi bağı bulunmaksızın SSK sigortalısı ile birlikte yaşayan kadına, birlikte yaşadığı sigortalının ölümü nedeniyle ölüm aylığı bağlanıp bağlanmayacağı sorunu, bireysel emeklilik sisteminden ayrılanların vergi problemi ile çalışanların mesai saati içerisinde özel cep telefonu kullanımının yasaklanıp yasaklanamayacağı hususu dergimizdeki konu başlıklarından bazıları. Gündemi takip eden makaleler ve karar incelemelerinin yer aldığı dergimizin 22. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunarız.

Saygılarımla,  
**Av. İsmet Sipahi**

# Sanayicinin yükü bizimle hafifliyor...

Firmanızın üretim kapasitesini artırmak ya da hammadde veya mal alımında finansal gücünüzü artırmak istiyorsunuz... Akbank, Makine/Ekipman Kredisi ve Hammadde Alım Kredisi ürünleri ile sizin yükünüzü hafifletmeye hazır. Tek yapmanız gereken, bir Akbank şubesine uğramak.



Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları

## I. Giriş

Geçtiğimiz günlerde, borçlar hukuku alanında önemli bir adım atılarak, yeni bir borçlar yasasının uygulanması kabul edilmiştir. Buna göre, halen yürürlükte bulunan 22 Nisan 1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) yerine, 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren, 11 Şubat 2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) geçecektir (TBK m. 647 ve 648).

TBK'nın Türk iş hukuku açısından önemi, söz konusu yasanın tıpkı BK (m. 313 vd.) gibi, özel sözleşme tipleri arasında iş sözleşmesini de düzenlemiş olmasında görülmektedir. Gerçekten, TBK; “özel borç ilişkileri”ne ait “İkinci Kısım” içinde “Altıncı Bölüm”ü, “hizmet sözleşmeleri”ne (m. 393 vd.) ilişkin hükümlere ayırmıştır. Bu bağlamda, ilk ayırimda “genel hizmet sözleşmesi” (m. 393-447), ikinci ayırimda “pazarlamacılık sözleşmesi” (m. 448-460) ve üçüncü ayırimda da “evde hizmet sözleşmesi” (m. 461-469) hükümlerine yer verilmektedir.

Aşağıda, TBK'nın iş sözleşmesini ilgilendiren

tüm hükümleri ele alınmayacak; bunlar içinde sadece, “işçinin borçları”na ilişkin olanları, getirdikleri değişiklikler açısından irdelenecektir. Yapılacak değerlendirmelere esas olmak üzere; BK'nın “hizmet akdi”ne ait hükümleri (m. 313 vd), yapılacak konuya ilişkin karşılaştırmalarda temel alınacaktır.

## II. Getirilen Değişikliklerin Özü

### 1. Değişikliklerin genişliği

İşçinin borçları; BK'da “bizzat ifa” (m. 320), “ihtimam mecburiyeti” (m. 321) ve “parça veya götürü işte mesuliyet” (m. 322) olmak üzere, üç madde içinde düzenlenmişti. Şimdi TBK; bunları “bizzat çalışma borcu” (m. 395), “özen ve sadakat borcu” (m. 396), “teslim ve hesap verme borcu” (m. 397), “fazla çalışma borcu” (m. 398) ve “düzenlemelere ve talimata uyma borcu” (m. 399) madde başlıkları altında olmak üzere, beş madde altında ele almaktadır. Bun-

lara, işçinin borçlarına aykırı hareket etmesine ilişkin olan ve “işçinin sorumluluğu” madde başlığı altında getirilen TBK m. 400 hükmünü de eklemek mümkündür.

Bu bağlamda, önceki yasadan farklı biçimde sadece ilgili madde sayısının artmış olmasına değil; aynı zamanda, daha önce yasada (BK'da) düzenlenmiş olmamakla birlikte, öğretiden işçinin borçları kapsamında görülen, sözgelimi bağlılık ve uyma borçları gibi bazı borçların, TBK tarafından artık birer yasal dayanağa kavuşturulmuş olmalarını gözönünde bulundurmakta yarar vardır.

## 2. Değişikliklerin kapsam ve uygulama alanı

İşçinin borçlarına ilişkin düzenlemelere, esas olarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmiş olmasına dikkat edilmelidir. Bu bakımdan, işçinin borçlarına ilişkin TBK hükümleri, nitelikleri itibariyle ister istemez, İş K'ya tabi iş sözleşmeleri hakkında da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, işçinin borçlarına ilişkin anılan düzenlemeler, sadece TBK'ya tabi iş sözleşmeleri hakkında değil, başta İş Kanunu olmak üzere genelde tüm iş yasalarına bağlı iş sözleşmeleri için de geçerlik kazanmaktadır. Böylece, işçinin borçlarına ilişkin TBK'daki düzenlemeler, salt borçlar hukukuna ilişkin (TBK'ya tabi) sözleşmelerin uygulanacağı hükümler olarak görülememekte ve İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri bakımından, gözardı edilememektedir.

## III. İşgörme Borcu

### 1. Bizzat çalışma yükümü

Sürekli bir ilişki yaratan iş sözleşmesinde, işçi ile işverenin kişiliği ön planda tutulmaktadır. Bu yüzden, TBK m. 395, işçiye işi kendisinin (şahsen) yapması borcunu yüklemektedir. Gerçekten, anılan hükme göre, “sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür”. Söz konusu hüküm, Türkçeleştirilmiş dili (anlatımı) dışında, daha önce BK m. 320/I'de yer alan “hilafı mukaveleden veya hal icabın-

dan anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmaya mecbur olup başkasına devre demez” biçimindeki hükümle, önemli ölçüde örtüşmektedir.

Diğer yandan, TBK m. 395'de “sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça” anlatımına yer verilmesi karşısında; işçinin bizzat çalışması esasının, tıpkı BK m. 320/I hükmünde olduğu gibi, tamamlayıcı bir kural olmayı sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Buna göre, işin görülmesinde yardımcı (üçüncü kişi) kullanılmasına ve özellikle kapıcılık işlerinde eşlerin işi üstlenmesine ilişkin daha önceki Yargıtay kararları ile öğretiden görüşleri<sup>1</sup>, bundan böyle de geçerliğini koruyacaktır.

### 2. Özenle çalışma yükümü

İş K., işçinin işgörme sırasında göstereceği özenin ne kapsamı ve ne de derecesi hakkında, herhangi bir düzenleme içermemekte; sadece, özenle işgörme esasına ters düşecek bazı durumları, işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisini kazandıracak haller (sözgelimi, İş K. m. 25/bent II f. g, h ve ı) olarak kabul etmektedir. Bu bakımdan, gerek özenle işgörme kavramının ve gerekse söz konusu özenin derecesinin belirlenmesinde, borçlar hukuku esasları ön planda olmaya devam edecektir.

#### a.) Gösterilecek özenin kapsamı

TBK m. 396/I ve II, işçiye işini özenle ifa yükümünü öngörmektedir. Buna göre, “işçi, yüklendiği işi özenle yapmak .. zorundadır” (TBK m. 396/I). Bu bağlamda, “işçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür” (TBK m. 396/II).

İşçinin işini özenle yapması esas; daha önceki dönemde, “işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur” biçimindeki BK m. 321/I hükmüyle karşılanmaktaydı. TBK m. 396/I-II'deki hükümlerin genişliği karşısında, BK m. 321/I hükmünün yeni düzenlemeleri kısmen karşıladığı belirtilmelidir.

Nitekim, yeni düzenleme, işçinin sadece



üstlendiği işin yapılmasına (işgörmeye) ilişkin gerekli özeni göstermesini değil; bunun yanı sıra, işin yapılmasını sağlayan (olanaklı kılan) işverene ait “makine, araç ve gereç, teknik sistem, tesis ve taşıtlar” ile “kendisine teslim edilmiş malzeme”nin kullanılması sırasında da, gerekli özenin gösterilmesini (TBK m. 396/II) öngörmektedir.

### b.) Gösterilecek özenin derecesi

İşçinin göstereceği özenin derecesinin belirlenmesi, daha önce BK m. 321/II tümce 2'deki “işçiye terettüp eden ihtimamın derecesi akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icab eden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalet istidat ve evsafı gözetebilir” hükmüyle esas olarak sözleşme hükümlerine bırakılmışken; TBK m. 400/II, “işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri”nin gözönünde bulundurulmasını öngörmüştür. Buna göre, sözgelimi, işlenen malzemenin kırılma tehlikesini taşıdığı cam veya kristal işçiliği ya da trafik kazası yapma riskini barındıran ambulans şoförlüğü işlerinin tehlikeye yatkın oluşu, işçiden beklenecek özen derecesini belirlemede önem kazanmaktadır.

Ancak, TBK m. 400/II hükmünün; özen derecesini belirleme yetkisini, tarafların ellerinden aldığı veya bunu onlardan esirgediği söylenebilir. Bu konuda, TBK m. 400/II hükmünün; olsa olsa, söz konusu belirlemenin çerçevesi yerine, tarafların gözönünde bulundurmaları gereken esasları saptadığı söylenebilir<sup>2</sup>.

## 3. Fazla çalışma yükümü

Borçlar Kanunu, işçinin fazla çalışma yükümüne yabancı kalmamış ve söz konusu yüküm, BK m. 329/I'de düzenlenmiştir. Aynı şekilde, TBK da, işçinin fazla çalışma yükümünü kabul etmiş (m. 398/I) ve anılan yükümün koşullarını, BK'dan çok farklı olmayan bir biçimde yeniden düzenlemiştir.

### a.) Yükümün yasal dayanağı

TBK m. 398; ilkin, fazla çalışma kavramını,

“ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma” (f. 1 tümce 1) olarak tanımlamakta ve daha sonra da, “ancak, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür” (f. 1 tümce 2) demektedir. Bu bağlamda, fazla çalışmanın esas olarak “işçinin rızasıyla yapılan çalışma” (TBK m. 398/I tümce 1) olduğu vurgulanırken, işçinin fazla çalışma yükümünün doğabileceği durumlar gözden uzak tutulmamaktadır. İş K. ise; tıpkı TBK m. 398/I tümce 1 hükmü gibi, işçinin onayını aramakla (m. 41/VII) birlikte, işçinin fazla çalışma yükümünden söz etmeyi gerektirecek koşulları bizzat göstermiş değildir. Bu yüzden, İş K.'ya tabi iş sözleşmeleri bakımından da; TBK m. 398/I tümce 2'nin gözönünde bulundurularak, işçinin fazla çalışma yükümünden söz edilebilecektir.

### b.) Yükümün koşulları

TBK m. 398; işçinin fazla çalışma yükümünü kabul etmekle birlikte, söz konusu yükümün ortaya çıkabilmesini, belli bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı tutmuştur. Buna göre, fazla çalışma yükümünden söz edilebilmesi için, ilkin, “normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu”nun varlığı aranacaktır.

Buradaki “normal süre”yle kastedilen, işçinin çalışmakla yükümlü bulunduğu yasal ve akdi çalışma süreleri olsa gerektir. İşte, olağan çalışmayla belirtilen süreler içinde bitirilemeyecek bir iş söz konusu olduğunda, artık işçinin fazla çalışması gerektiğinden söz edilebilecektir.

Söz konusu zorunluğu doğuran nedenler ise, çok değişik etmenlere bağlı bulunabilir. Ancak, özellikle, duruma göre işverenin sipariş yığılmalarına yetişmesinin veya taahhütlerinin zamanında yerine getirmesinin söz konusu olduğu durumlarda, böyle bir zorunluktan söz edilebilecektir.

İkinci koşul; işçinin fazla çalışmayı yerine

## Bağlılık borcu doğrultusunda TBK, işçiye sır saklama yükümünü getirmiştir. Böylece, sır saklama yükümü, İş K. yerine, TBK'da düzenlenmiş bulunmaktadır.

getirebilecek durumda bulunmasıdır. Bu konuda, öncelikle, işçinin bedensel ve ruhsal sağlığının, fazla çalışmaya uygun olmasına dikkat edilmesi gerekir. Buna karşılık, işçinin kişisel olarak fazla çalışmaktan hoşlanıp hoşlanmaması, herhangi bir önem taşımamalıdır.

Bu bağlamda, işçinin fazla çalışmayı reddedebilmesi, yani fazla çalışmadan kaçınabilmesi, söz konusu reddin (kaçınmanın) “dürüstlük kurallarına aykırı” (MK m. 2) olmamasına bağlıdır (TBK m. 398/I tümce 2). Bunu nihai olarak takdir edecek kişi ise, her olayın kendi somut özellikleri içinde yargıçtır (mahkemedir).

Nihayet, fazla çalışma yükümünden söz edilebilmesi için, yapılan fazla çalışmanın karşılıksız kalmaması ve işverenin, fazla çalışılan süre karşılığında, fazla çalışma ücreti (TBK m. 402) ödemeyi kabul etmiş olması gerekir. Buna göre, işverenin fazla çalışacak işçiye vereceği karşılık, normal çalışma ücretinin en az % 50 fazlası tutarında fazla çalışma ücreti veya izin olacaktır (TBK m. 402). Bu bağlamda, fazla çalışma ücretinin miktarı, BK'nın aksine, bizzat yasa (TBK m. 402) tarafından belirlendiği için; artık “işçi, bu ziyade iş için fazla bir ücrete müstahak olur ve bu, mukavele edilen ücretle mütenasip bir suretle hususi haller nazara alınmak şartıyla takdir edilir” (BK m. 329/II) biçimindeki bir hükme yer verilmemiştir.

### IV. Bağlılık Borcu

İşçinin bağlılık (sadakat) borcu, daha önce açık olarak, ne İş Kanunu'nda ve ne de Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna karşılık, TBK m. 396/I, “işçi, .. işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır” hükmünü getirmiştir. Bu anlamda, işçinin “bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması”, iş sözleşmesinin işveren tarafından

feshi için “haklı neden” sayılmaktadır (İş K. m. 25/bent II f. e).

### 1. Bağlılık borcunun genel konusu

İşçinin bağlılık borcunun genel konusu, işverenin ve işyerinin (işletmesinin) çıkarlarını korumak ve bu çıkarlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmaktır. Bu bağlamda, işçinin bağlılık borcu, “işverenin haklı menfaati”yle (TBK m. 396/I) sınırlıdır. Söz konusu haklı çıkarın çevresi ise, iş ilişkisinin özel durumuna ve çalışma yaşamının değerlerine göre değişiklik gösterir. Nitekim, yanlar arasındaki kişisel ilişkiler ne denli sıkı ve karşılıklı güvene dayanıyorsa, işverenin haklı çıkarı ve giderek bağlılık borcunun kapsamı da o denli geniş tutulmak durumundadır. Bu anlamda, çok değerli bir malzemeyi işleyen veya üretim yöntemleri son derece gizli tutulan işyerlerinde çalışan işçilerin bağlılık borcu, diğerlerine oranla daha geniştir.

### 2. Bağlılık borcu ve rekabet yasağı

İşçinin iş sözleşmesinin devamı süresince rekabet yapamaması, bağlılık borcu doğrultusunda ve bu borcun kapsamında, TBK m. 396/III'de düzenlenmiştir. Buna göre, işçi; hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle, kendi işvereniyle rekabete girişemez.

Borçlar Kanunu'nda karşılığını bulmayan söz konusu düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 321a maddesi dikkate alınmak suretiyle, ortaya çıkmıştır. Buradaki rekabet yasağına ilişkin TBK m. 396/III hükmü, benzer bir düzenlemenin İş K. içerisinde de yer almaması karşısında ise, İş K.'ya tabi iş sözleşmeleri bakımından da gözönünde bulundurulmak zorundadır.

Diğer yandan, TBK m. 396/III'deki rekabet yasağı, iş ilişkisinin devamı boyunca söz konusudur. İş sözleşmesi sona erdikten sonra ortaya çıkacak rekabet yasağı ise, TBK m. 444 vd.'de düzenlenmiştir. Buna göre, iş sözleşmesinin sonrasındaki rekabet yasağı, işçi ile işveren arasında ayrıca yapılmış veya iş sözleşmesinin içi-

Uyma (itaat) borcunun varlığı, daha önce BK'da düzenlenmemiş olmasına karşın, öğreti tarafından işçinin yasada belirtilmemiş borçları arasında kabul edilmekteydi. Şimdi, uyma borcu; İsviçre Borçlar Kanunu'nun 321d maddesi dikkate alınarak, bizzat TBK tarafından, işçinin borçları arasında ele alınmıştır.

ne sokulmuş bir "rekabet yasağı anlaşması"na dayanabilecektir.

### 3. İşçinin sır saklama yükümü

Bağlılık borcu doğrultusunda TBK, işçiye sır saklama yükümünü getirmiştir. Böylece, sır saklama yükümü, İş K. yerine, TBK'da (m. 396) düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak, söz konusu yüküm, daha önce Borçlar Kanunu'nda da yer almış değildir.

İşçinin sır saklama yükümü, ilkin, iş ilişkisinin devamı süresince söz konusu olacaktır. Buna göre, işçi; işini yaptığı sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı boyunca, kendi yararına kullanamayacak veya başkalarına açıklayamayacaktır (TBK m. 396/IV tümce 1).

Öte yandan, sır saklama yükümünün, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da ortaya çıkması mümkündür. Ancak, bunun için, işverenin haklı bir çıkarının korunması gereğinin varlığı şarttır. Nitekim, işçi; "işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde", iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlü tutulmaktadır (TBK m. 396/IV tümce 2).

## V. Uyma Borcu

### 1. Uyma borcunun kapsamı

Uyma (itaat) borcunun varlığı, daha önce BK'da düzenlenmemiş olmasına karşın, öğreti

tarafından işçinin yasada belirtilmemiş borçları arasında kabul edilmekteydi. Şimdi, uyma borcu; İsviçre Borçlar Kanunu'nun 321d maddesi dikkate alınarak, bizzat TBK tarafından, işçinin borçları arasında ele alınmıştır.

Gerçekten, TBK m. 399, işverene "işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler" yapma ve "özel talimat" verme yetkisini tanımakta ve işçilerin de, bunlara "dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde" uymasını öngörmektedir. Buradaki uyma borcunun kapsamına, olumlu bir davranışta bulunma kadar, katlanma yükümünün içerdiği kaçınma da dahildir.

## 2. Uyma borcunun içeriği

### a.) İşverenin talimatlarına uyma

İşverene TBK m. 399'la tanınan "işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler" yapma yetkisinde söz konusu olan, "genel talimat"lardır. Bunların yanı sıra, işveren; TBK m. 399 uyarınca, münferit işçiye yönelik "özel talimat" verme yetkisine de sahiptir. Buna göre, işçi, ister genel ve isterse özel nitelikte olsun, tüm bu talimatlara uymakla yükümlüdür.

Ancak, söz konusu yüküm, mutlak nitelikte değildir. Nitekim, işçinin talimatlara uyma yükümü; işin görülmesi ile iş sırasındaki davranışlar (sözgelimi, sigara içme) ve işyeri düzeyine ilişkin olup, dürüstlük kuralına (MK m. 2) göre işçiden beklenebilecek olanlarla sınırlıdır (TBK m. 399).

### b.) İşverenin denetimine katlanma

TBK m. 399, işverene genel düzenlemeler yapma yetkisini tanımaktadır. Söz konusu yetki, doğal olarak, işverenin bunlara uyulup uyulmadığını denetlemesini de içerir. Aksi takdirde, işverence yapılan düzenlemeler, soyut kurallar olmaktan öteye geçemez ve işverene bu alanda tanınmış yetki de, somutlaşmamış olur. Bu durumda, işçi, işverence yapılacak denetime katlanma yükümü altına girmektedir.

Ancak, söz konusu denetime katlanma; TBK m. 399 uyarınca, dürüstlük kuralının (MK m. 2)

gerekleleriyle sınırlıdır. Bu yüzden, işçinin üstünün aranmasının hukuken caiz olduğu durumlarda dahi, aramanın mutlaka dürüstlük kuralına (MK m. 2) uygun yapılması (TBK m. 399) ve işçilere eşit davranılıp, onur kırıcı davranıştan işverenin kaçınması gerekir<sup>3</sup>.

## VI. Teslim ve Hesap Verme Borcu

İşçinin teslim ve hesap verme borcunu öngören TBK m. 397 hükmü, Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan bir düzenleme olup, İşviçre Borçlar Kanunu'nun 321b maddesi dikkate alınarak getirilmiştir. Bunun gibi, daha önceki Türk öğretisindeki görüşlerin de, teslim ve hesap verme borcunu işçinin borçları arasında ele aldığı görülmemiştir. Bu açıdan, Türk hukukunda söz konusu borcun, yasayla işçiye yüklenmiş yeni bir borç türünü oluşturduğu söylenmek gerekir.

Buna göre, işçi; üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhal ona teslim etmekle ve bunlar hakkında hesap vermekle (TBK m. 397/I) ve yine, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhal ona teslimle (TBK m. 397/II) yükümlü tutulmaktadır.

Söz konusu borç, özellikle müşterilerden tahsil edilen paralar ile işveren adına alınan senetler bakımından, uygulamada büyük önem taşımaktadır. Bunlar hakkında TBK m. 397, "derhal" işverene teslim esasını öngörmektedir. Buradaki "derhal" sözcüğünün, uygulama bakımından, "zaman geçirilmeksizin" biçiminde anlaşılması uygun olacaktır. Nitekim, teslim olgusu, her işin kendi özellikleri içinde değerlendirilmek zorundadır. Bu bakımdan, yasakoyucunun, belli bir süre koymak yerine, "derhal" sözcüğüne başvurmuş olması yerindedir.

## VII. İşçinin Borçlarına Aykırı Davranması

### 1. Kusura dayanan sorumluluk esası

İşçinin, yasadaki (TBK m. 395-399) öngörülen borçlarına aykırı davranması sonucunda ortaya çıkacak zarardan sorumlu tutulması, daha önce BK m. 321/II'de kabul edilmiş olmakla birlikte;

bu konuda, TBK m. 400, söz konusu sorumlulukla ilgili olarak, bazı yenilikleri içermektedir.

Bunlardan ilki; işçinin, "kusuruyla" işverene verdiği zarardan sorumlu tutulmasıdır. Daha önce, BK m. 321/II ise, işçinin "kasit veya ihmal ve dikkatsizlik"le işverene verdiği zarardan sorumlu tutulmasını öngörmüştü. Bu anlamda, "kasit, ihmal ve dikkatsizlik" yerine "kusur"dan söz edilmesi, teknik terim kullanımı açısından daha yerinde olmuştur.

İkinci olarak; işçi, yolaçtığı "her türlü zarar"dan sorumlu bulunacaktır. Oysa, BK m. 321/II, genel olarak, işçinin "zarar"dan sorumlu tutulmasını öngörmüştür. Bu bağlamda, TBK m. 400/I hükmünün, ilk bakışta işçi için daha geniş bir sorumluluk çevresini öngördüğü izlenimi yaratılmaktadır. Ancak, TBK m. 400 hükmünün ikinci fıkradaki devamı, yaratılan bu izlenimi silecek niteliktedir. Çünkü, TBK m. 400/II, işçinin söz konusu sorumluluğunu azaltacak bazı etkenlerin dikkate alınmasını öngörmektedir.

### 2. Sorumluluk derecesinin belirlenmesi

Sorumluluğun daraltılmasında dikkate alınacak etkenler; "işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri" olarak, TBK m. 400/II'de gösterilmiştir. Bunlar BK m. 321/II'dekilerle karşılaştırılacak olduğunda, bunların içinde sadece "işin tehlikeli olup olmaması" etkeninin yeni olduğu görülmektedir. Böylece, TBK'nın, bir anlamda "tehlikeye yatkın iş" kavramına yabancı olmadığı gösterilmek istenmektedir.

Nihayet, sorumluluk derecesiyle bağlantılı olarak BK m. 321/II'deki "akde göre tayin olunma" esasına, TBK m. 400'de yer verilmiş; buyurucu bir biçimde, "işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri"nin gözönünde bulundurulması öngörülmüştür (f. 2).

Bu durum, daha önce<sup>4</sup> de belirtildiği üzere, yanların sorumsuzluk kayıtları yoluyla işçinin

sorumluluğunu hafifletme yoluna gidemeyecekleri anlamını taşımamakta, yani sorumluluğun derecesini belirleme yetkisi yanlardan esirgenmiş olmamakta; ancak, yanların, TBK m. 400/II'deki hususları dikkate almaksızın, işçinin sorumluluğunun derecesini belirlemeye kalkışmaları veya işçinin buna ilişkin sorumluluğunun derecesini yükseltmeye çalışmaları engellenmiş bulunmaktadır.

### VIII. Değerlendirme ve Sonuç

TBK; daha önce BK tarafından belirtilmeyen ama buna karşılık öğretinin yasada belirtilmeyen borçlar olarak benimsemiş bulunduğu işçinin borçlarını, önemli ölçüde yasalastırılmış durumdadır. Nitekim, işçinin bağlılık ve uyma borçları (TBK m. 396, 399) çerçevesinde, rekabet yasağı ve sır saklama yükümü, artık yasal dayanağa kavuşmuştur. Buna karşılık, teslim ve hesap verme borcu (TBK m. 397), Türk hukuku açısından, düzenlenmesi yeni kabul edilmiş bir borç niteliğindedir.

Daha önce işçinin bazı borçlarının yasayla düzenlenmemiş olması, sadece Borçlar Kanunu'nu ilgilendirmeyip, bunlara iş yasaları içinde genel iş yasası niteliğindeki İş K. da dahildir. Buna göre, söz konusu yeni düzenlemeler, İş K.'ya tabi iş sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulacak hükümler niteliğindedir.

Diğer yandan, bizzat çalışma (TBK m. 395), özenle çalışma (TBK m. 396/I-II) ve fazla çalışma borçlarına (TBK m. 398) ilişkin yasal metinler, konuya ilişkin daha önceki metinlerin dil açısından önemli ölçüde Türkçeleştirilmiş biçimlerini içermekte; içerik açısından ise, önemli bir yenilik taşımamaktadır.

Bu açıdan, ortaya çıkan kapı kontrolü, üst arama ve elektronik postaların okunması gibi uygulama sorunlarının, yasal değişikliğe rağmen giderilmemiş veya giderilememiş oldukları görülmektedir. Ancak, belirtilen konulara ilişkin uygulamaların, öncelikle, işçinin kişilik haklarıyla sınırlı olacağı ve getirilecek hukuki çözümlerin de, kişilik haklarını gözönünde bulundurmasını gerektireceği açıktır.

Nihayet, TBK'nın işçinin borçlarına ilişkin düzenlemelerinin; önemli ölçüde önceki ya-

sal esasları muhafaza etmekle birlikte, işçinin bazı borçlarını yasal düzenlemeye bağlı tuttuğu ve bunların, iş sözleşmeleri içinde TBK'ya tabi olanlar kadar İş K.'ya tabi olanlar için de büyük öneme sahip bulduklarını belirtmek gerekmektedir.

### DİPNOTLAR

- 1 Bunlar için bkz. Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, 93 vd.
- 2 Ayrıca bkz. aşağıda VII 2.
- 3 Ayrıca bkz. Münir Ekonomi, İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1987, 128.
- 4 Bkz. yukarıda II 2 b.

# Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin “Yeni” Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi

## Giriş

11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu, pek çok alanda olduğu gibi, işçi-işveren ilişkilerinde de önemli değişiklikler getirmektedir. Yasanın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, diğerleri gibi, büyük ölçüde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin maddelerinin tercüme edilmesi suretiyle hazırlanmıştır. Kaynak kanunun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri ise, 1971 yılından itibaren çeşitli tarihlerde köklü değişikliklere uğrayan nispeten ayrıntılı düzenlemelerdir. Bu durumun hukukumuz bakımından ortaya çıkardığı doğal sonuç, hizmet ilişkilerinin önceki kanuna göre çok daha kapsamlı bir çerçeveye kavuşturulmuş olmasıdır. Bu kapsamlı düzenlemelere, hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler de dahildir. Gerçekten, yeni yasa, hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili olarak sadece kendi alanıyla sınırlı ve iş kanunlarının kapsa-

mı dışında kalanlara uygulanabilecek düzenlemeler getirmekle kalmamakta, aynı zamanda, iş kanunlarında bulunmayan; bu nedenle bütün iş ilişkilerinde uygulanması gereken birtakım müesseseler de öngörmektedir. Bu tespit, hizmet sözleşmesinin hem süresinin dolması, hem feshi, hem de işçinin ölümü nedeniyle sona ermesi bakımından geçerlidir.

## A. Sözleşme Süresinin Dolması

Önceki Borçlar Kanunu'nda (md. 338) olduğu gibi, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da, süreli hizmet sözleşmesinin, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona ereceği belirtilmektedir (md. 430 f. 1)<sup>1</sup>. Bu anlatımdan da anlaşılacağı üzere, süreli bir sözleşmenin sona ermesi, taraflardan birinin bildirimde bulunması şartına bağlanabilecektir. Böyle bir kararlaştırma halinde, yapılan bildirim, teknik anlamda bir fesih beyanı olmayıp, sözleşmenin yenilenmek istenmediğinin açıklanmasıdır. Bu nedenle bildirimde, feshe ilişkin

ilkeleri uygulamak mümkün değildir. Buna karşılık, bildirim şartına uyulmadığı veya böyle bir şart öngörülmediği takdirde, sözleşme, sürenin dolmasıyla birlikte kendiliğinden sona erecektir.

Sürelî sözleşmeler alanında yasanın getirdiği en önemli yenilik, hizmet ilişkisinin, sürenin dolmasından sonra sürdürülmesi konusunda kendini göstermektedir: Önceki yasaya göre, sürelî sözleşme sürenin sona ermesinden sonra “sükût ile temdit” edilirse, sözleşme, aynı süre ve fakat en çok bir yıl için “tecdit” edilmiş sayılır (BK md. 339 f. 1). Yeni yasaya göre ise, sürelî sözleşme, sürenin dolmasından sonra örtülü olarak sürdürülürse, süresiz sözleşmeye dönüşür (md. 430 f. 1). Sözleşmenin fesih bildirimiyle sona ereceğinin kararlaştırıldığı fakat fesih bildiriminde bulunulmadığı hallerde de aynı sonuç geçerlidir (md. 430 f. 4).

Sürelî sözleşmenin, sürenin dolmasından sonra örtülü olarak sürdürülmesi halinde süresiz sözleşmeye dönüşmesi, taraflar arasında yeni bir sözleşme kurulmadığını; ilk sözleşmenin süre koşulu hariç olmak üzere, önceki şartlarla devam ettiğini göstermektedir. Fakat bu, aksi kanıtlanabilen bir karinedir<sup>2</sup>. O nedenle, bu karineyi çürüten; yani, taraflar arasında yeni bir süresiz; şartları varsa (TBK md. 430 f. 2), sürelî sözleşme kurulduğunu gösteren bir anlaşma yapılabilir. Bununla birlikte, önceki sözleşmenin örneğin ücret, izin süresi gibi birkaç konuda değiştirilmiş olması, uzatılan ilişkinin yeni bir sözleşmeye dayandığını göstermeye yetmez; yeni bir sözleşmenin varlığı, ancak, işçinin işletme içinde önemli ölçüde farklı bir faaliyette çalıştırılmaya başlanması gibi, istisnâ hallerde kabul edilebilir<sup>3</sup>. Sürelî sözleşmenin süresiz sözleşmeye dönüşmesi, önceki sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren söz konusu olabilir<sup>4</sup>.

Yasa, uygulama alanına giren ilişkiler bakımından önemli bir yenilik olarak, üst üste sürelî sözleşme kurulabilmesini, esaslı bir nedenin varlığına bağlamaktadır (md. 430 f. 2). Böylece, zincirleme sözleşmeler alanında İş Kanunu md. 11 f. 2 ile paralellik kurulmuş olmaktadır.

Önemle belirtmek gerekir ki, sürelî sözleşmenin süresiz sözleşmeye dönüşmesine ilişkin

düzenleme, bu konuda özel hükümler öngören İş Kanunu ile, Deniz İş Kanunu'nun (İŞK md. 11; DenİŞK md. 7-8) kapsamına giren iş ilişkilerinde uygulanmaz.

## B. Hizmet Sözleşmesinin Fesih Yoluyla Sona Ermesi ve Feshe Karşı Koruma

### 1. Sözleşmenin Fesih Yoluyla Sona Ermesi

#### 1. Sürelî Sözleşmeler Bakımından

##### a. On Yıldan Uzun Sürelî Hizmet Sözleşmelerinin Feshi

İsviçre Borçlar Kanunu (Art. 334 Abs. 3) doğrultusunda yasa, on yıldan uzun sürelî bir sözleşmenin on yıl geçtikten sonra taraflarca her zaman altı aylık bir ihbar süresine uymak şartıyla, ihbar süresini izleyen aybaşında hüküm ifade etmek üzere feshedebileceğini öngörmektedir (md. 430 f. 3). Hemen hemen hiçbir uygulama alanı olmayan<sup>5</sup> bu düzenleme hakkında sadece teorik açıdan şu eleştiriler dile getirilebilir: Bir defa, fesih hakkının önceki yasadaki (BK md. 343) farklı olarak, işçi yanında işverene de tanınması isabetli olmamıştır<sup>6</sup>. İkinci olarak, maddede öngörülen on yıllık süre çok uzundur ve bu, İsviçre öğretisinde de eleştirilmektedir<sup>7</sup>. Üçüncü olarak, bu tür sözleşmeler bakımından önceki yasadaki ihbar süresi bir ay olarak belirlenmiş iken (BK md. 343), bunun İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda altı aya çıkarılması da yerinde olmamıştır<sup>8</sup>. Nihayet maddede, fesih bildiriminin “ihbar süresini izleyen aybaşında” hüküm ifade edeceğinin belirtilmesi de eleştiriye açık bir çözüm tarzıdır. Çünkü, feshin hüküm ve sonuçlarını doğurması için ihbar öneli dışında bir ek koşul (Kündigungstermin) aranması, hukukumuzda yabancıdır<sup>9</sup>.

Hükümün uygulanması bakımından önemli olan, sözleşmenin on yıldan uzun sürelî olmasıdır. Süresiz bir sözleşmenin on yıldan uzun sürmesi veya on yıldan kısa sürelî bir sözleşmenin süre sonunda süresiz sözleşmeye dönüş-

şerek on yıldan fazla devam etmesi, bu düzenlemeden yararlanılmasına imkân sağlamaz<sup>10</sup>.

**b. Süreli Sözleşmelerin Haklı Nedenle Dayanmayan Feshi**

Süreli hizmet sözleşmelerinin haklı nedene dayanmayan feshine hangi hukukî sonuçların bağlanacağı, ne önceki Borçlar Kanunu'nda ne de iş kanunlarında düzenlenmiştir. Buna karşılık, yeni Türk Borçlar Kanunu, soruna hem işveren hem de işçi tarafından yapılan fesihler açısından "tüm iş ilişkilerinde" uygulanacak birtakım esaslar getirmekte ve bugüne kadar devam eden bazı tartışmaları ortadan kaldırmaktadır:

*aa. İşveren Tarafından Yapılan Fesihler*

Süreli sözleşmelerin işveren tarafından haklı nedene dayanmaksızın feshedilmesi konusunda yasanın İsviçre Borçlar Kanunu'na paralel olarak getirdiği hükme (md. 438 f. 1) göre, "İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi...belirli süreli sözleşmelerde... sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelerle uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir"<sup>11</sup>. Bu düzenlemenin doğal sonucu, iş ilişkisinin fesihle birlikte hem fiilen hem de hukuken sona ermesidir<sup>12</sup>. Böylece, haklı nedene dayanmayan feshin sözleşmenin sona ermesine yol açacağını, süre sonuna kadar ödenecek tutarın ise, ücret değil; tazminat niteliğinde olduğunu savunan öğretiyi görüşü<sup>13</sup>, hukukumuz bakımından yasal bir zemine kavuşturulmuş olmaktadır<sup>14</sup>.

Şüphesiz, bu gelişimin ortaya çıkardığı en önemli sonuç, şartları gerçekleştiği takdirde, işçiye kıdem tazminatı verilmesinin de yasal bir gereklilik haline gelmesidir.

Yasada, kaynak kanun doğrultusunda ve tıpkı işi kabulde temerrüt halinde olduğu gibi, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle işçinin tasarruf ettiği miktar ile, başka bir işten elde ettiği veya elde etmekten bilerek kaçındığı gelirin, ödenecek tazminattan indirileceği de hükme bağlanmaktadır (md. 438 f. 2)<sup>15</sup>.

*bb. İşçi Tarafından Yapılan Fesihler*

Yasanın 439. maddesi, işçinin haklı sebep

olmaksızın -kanunun ifadesiyle- işe başlamaması veya aniden işi bırakması halinde işverenin -ek zararların tazminini talep hakkı saklı olmak kaydıyla- aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat talep edebileceğini öngörmektedir. İşverenin hiç zarara uğramaması veya uğradığı zararın bu tutardan az olması halinde tazminatın indirilmesi imkânı da vardır (md. 439 f. 1, 2). Madde, sözleşmenin türü bakımından herhangi bir ayırım yapmadığı için, hem süreli hem de süresiz sözleşmelerde uygulanabilir. Nitekim, İsviçre öğretisinde bu düzenlemenin, işveren tarafından yapılan haksız fesihlerin sonuçları ile ilgili hükmü karşıladığına işaret edilmektedir<sup>16</sup>. İşverenin tazminat talebi, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından itibaren otuz günlük bir hak düşürücü süreye bağlanmıştır (md. 439 f. 3 c. 1-2). Hükümün önemi, süreli sözleşmelerin işçi tarafından haksız feshinde özel düzenlemeler içermeyen iş kanunları bakımından da uygulanacak olmasında kendini göstermektedir.

**c. Süreli Sözleşmelerin Haklı Nedenle Feshi**

Yasanın 435. maddesinde, taraflardan her birinin sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebileceği, feshine ilişkin bildirim de yazılı olması gerektiği (f. 1 c. 1-2); sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulların da haklı sebep sayılacağı (f. 2) belirtilmektedir.

Düzenlemenin kaynak kanundan ayrılan yönü, bildirim yazılı olmasını öngörmesidir. Gerçekten, md. 435 f. 1 cümle 2'de, sözleşmeyi fesheden tarafın fesih nedenini yazılı olarak bildirmek zorunda olduğu belirtilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'na göre ise, ancak feshine muhatap olan tarafın talep etmesi halinde fesih nedeninin yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir (Art. 337 Abs. 1). Yeni düzenleme karşısında yazılı şekli bir geçerlilik koşulu olarak kabul etmek ve bunu iş kanunlarına tâbi ilişkilerinde de aramak doğru olur.

Diğer taraftan yasa, İsviçre Borçlar Kanunu'na (Art. 337b Abs. 1) paralel olarak ve önceki yasaya (BK md. 345) benzer şekilde, derhal fesih nedeninin taraflardan birinin sözleşmeye aykırı



bir davranışına dayanması halinde, fesheden tarafın tam bir tazminat talebinde bulunabileceğini de hükme bağlamaktadır (md. 437 f. 1). Maddede yer alan “tam bir tazminat” kavramı, “ifa menfaati”ni ifade etmektedir. Bunun anlamı, talepte bulunanın, sözleşme devam etseydi içinde bulunacağı (süresiz sözleşmelerde, önel sonundaki; süreli sözleşmelerde ise, süre sonundaki) duruma getirilmesidir<sup>17</sup>. O halde, örneğin, işverenin kusuru nedeniyle işçi tarafından yapılan fesihlerde, süreli sözleşmenin işveren tarafından haklı nedene dayanmayan feshine bağlanan sonuçların (TBK md. 438 f. 1-2) uygulanması gerekmektedir<sup>18</sup>. Burada, md. 438 f. 3'te düzenlenen haksız fesih tazminatına<sup>19</sup> kıyas yoluyla ayrıca hükmetmek de mümkün değildir<sup>20</sup>. İşveren tarafından işçinin kusuru nedeniyle yapılan fesihlerde ise, işverenin zararı, yeni bir işçi buluncaya kadar diğer işçilere yaptırmak zorunda kaldığı fazla çalışma ile ilgili giderler veya ikame işçiye yaptığı fazla ödemeler, kaçırılan sözleşme fırsatları nedeniyle uğradığı kazanç kaybı gibi kalemlerden oluşabilir. Sözleşmesi feshedilen işçiye ödenmeyen ücretin bu tutardan mahsup edilmesi gerektiği de açıktır<sup>21</sup>.

Nihayet, sözleşmenin haklı nedenle feshi, taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışının dışında kalan bir olguya dayanıyorsa, önceki yasada olduğu gibi, hakime bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı nedenle feshin maddî sonuçlarını serbestçe değerlendirme yetkisi tanınmaktadır (md. 437 f. 2). Burada, iki tarafın da kusursuz veya aynı derecede kusurlu olduğu hallerde, zararın paylaşılması; fakat, fesih nedeni kendi “alan”ında ortaya çıkan tarafın zararın daha fazlasına katlanması; kusur oranının farklı olduğu hallerde ise, tazminat miktarı tespit edilirken kusur oranının belirleyici olması gerektiği söylenebilir<sup>22</sup>.

## 2. Süresiz Sözleşmeler Bakımından

### a. Önellî Fesih

Süresiz sözleşmelerin önellî olarak feshi konusunda yasa, işçinin kıdemine göre değişen ihbar önellîleri öngörmektedir. Bu önellîler, kıdemi bir yıla kadar olan işçiler için iki hafta; bir yıldan beş yıla kadar olan işçiler için dört hafta;

beş yıldan fazla olan işçiler için ise, altı haftadır (md. 432 f. 2).

Yasada ayrıca, önellerin asgarî olduğu ve sözleşmeyle artırılabilmesi; farklı ihbar önellerinin kararlaştırıldığı hallerde ise -kaynak kanuna paralel olarak- uzun önelin her iki taraf için de uygulanacağı hükme bağlanmaktadır (md. 432 f. 3, 5). Bu hüküm, iş kanunlarına tâbi iş ilişkileri hakkında da geçerlidir.

Taraflar için farklı feshi ihbar önellerinin kararlaştırılması, hem İsviçre ve Alman<sup>23</sup> hem de Türk Hukukunda<sup>24</sup> öteden beri tartışma konusu olmuş bir sorundur. Bu tartışmalara rağmen, İsviçre öğretisinde de eleştiri konusu yapılan<sup>25</sup> kaynak kanundaki çözüm tarzının benimsenmiş olması, konunun ileride de tartışılmaya devam edeceğini göstermektedir. Bu konuda kanaatimce isabetli olan çözüm tarzı, ihbar önellerinin asgarî olup sözleşmeyle artırılabilmesini belirttiğinden sonra, tıpkı Alman Medenî Kanunu'nda olduğu gibi (§ 622 Abs. 6 BGB)<sup>26</sup>, işçiyi daha kısa önelle bağlı tutma olanağını açık bırakmaktır. Çünkü, işçi için kısa; işveren için uzun önel kararlaştırılan hallerde, işçi tarafından yapılan bir feshi uzun önele tâbi tutmanın savunulabilir bir gerekçesi yoktur.

Yasada, İsviçre Borçlar Kanunu'nda bulunmayan bir hükümlerle, sözleşmenin askıya alındığı hallerde ihbar önellerinin işlemeyeceği belirtilmekte (md. 432 f. 6), sözleşmenin işveren tarafından ihbar öneline ilişkin ücretin peşin olarak ödenmesi suretiyle feshedilebileceği de öngörülmektedir (md. 342 f. 4). Dikkat edilmelidir ki, peşin ödemeye fesih hakkı, İş Kanunu doğrultusunda (md. 17 f. f.5) fakat Basın İş Kanunu'ndan farklı olarak (md. 5 f.2), sadece işverene tanınmış bulunmaktadır (TBK md. 432 f. 4). Deniz İş Kanunu'nda ise bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Genel hüküm olması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'ndaki hükmün burada da uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Yasanın 438. maddesine göre, belirsiz süreli sözleşmelerde işveren haklı neden olmaksızın sözleşmeyi derhal feshederse, bildirim süresine ilişkin tutarı tazminat olarak ödemek zorundadır (f.1). Bu hükümlerle yasa, İş Kanunu'ndaki ihbar tazminatına paralel bir düzenleme getirmiş

## Kaynak kanunda kötü niyetli fesih halleri örnek verilmek suretiyle sayıldığı halde (Art. 336 OR), yasada, bu hususa ilişkin hiçbir ifade yer almamıştır.

olmaktadır. Buna karşılık, yukarıda da değinildiği üzere, işçinin haklı neden olmaksızın -kannunun ifadesiyle- işe başlamaması veya aniden işi bırakması halinde, işveren -ek zararlarının tazminini talep hakkı saklı olmak kaydıyla- aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat talep edebilir. İşverenin hiç zarara uğramaması veya uğradığı zararın bu tutardan az olması halinde hakimin tazminatı indirme yetkisi de vardır (md. 439 f.1,2). Belirtmek gerekir ki, yasada, ihbar öneline işçinin riayet etmemesi ile ilgili olarak, işverenin tâbi olduğu tazminat yükümlülüğünden ve İş Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı bir çözüm tarzı benimsenmiş olması, tartışmaya açık bir husustur. İşverenin tazminat talebinin, işçinin işi bırakmasından itibaren otuz günlük bir hak düşürücü süreye bağlandığı (md. 439 f. 3 c. 1-2) da hatırlatılmalıdır.

Nihayet, yasanın 421. maddesinin ikinci fıkrasında, süresiz sözleşmenin feshi halinde işverenin bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Yeni iş arama iznine hak kazanmak için, sözleşmeyi kimin feshettiğinin herhangi bir önemi yoktur<sup>27</sup>. Fakat, sözleşmenin süresiz olması şarttır<sup>28</sup>. Böylece bu konuda İş Kanunu (md. 27) ile bir paralellik kurulmuş olmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ve önceki yasadan (BK md. 334 f. 2) farklı olarak ve yine İş Kanunu doğrultusunda, yasada iş arama izninin süresi de belirtilmek suretiyle olası uyumsuzluklar önlenmiştir.

### **b. Önelsiz Fesih**

Yasanın, taraflardan her birinin sözleşmeyi haklı nedenle derhal feshedebileceğine; feshe ilişkin bildirim de yazılı olması gerektiğine; sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklene-

meyen bütün durum ve koşulların, haklı sebep sayılacağına; derhal fesih nedeninin, taraflardan birinin sözleşmeye aykırı bir davranışına dayanması halinde de, fesheden tarafın bir tazminat talebinde bulunabileceğine ilişkin düzenlemeleri (md. 435;437), hiç şüphe yok ki, süresiz sözleşmeler alanında da uygulama alanına sahiptir.

## II. Fesih Hakkını Sınırlandıran Ceza Koşulu ve Feshe Karşı Koruma

### 1. Fesih Hakkını Sınırlandıran Ceza Koşulu

Bilindiği gibi, işçinin belirli bir tarihten önce hizmet sözleşmesini feshetmesi halinde cezaî şart ödeyeceğini öngören sözleşme hükümlerinin geçerliliği sorunu, hukukumuzu uzun süre meşgul etmiştir<sup>29</sup>. Bugün için öğreti ve Yargıtay, cezaî şartın sadece işçi için kararlaştırılmış olmasını geçerli görmemektedir. Yeni Türk Borçlar Kanunu bu görüşü bir yasa kuralı haline getirmekte ve hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olduğunu isabetli olarak hükme bağlamaktadır (md. 420 f. 1)<sup>30</sup>. Hiç şüphesiz, bu düzenleme, eğitim giderlerinin karşılanması amacıyla tek taraflı olarak işçi aleyhinde düzenleme getirilmesini<sup>31</sup> engellemektedir<sup>32</sup>.

### 2. Feshe Karşı Koruma

Yeni yasa, feshe karşı koruma düşüncesini işçinin işini kaybetmemesi anlamında değil; sadece, kötü niyetli ve haksız fesihleri belli bir yaptırıma bağlama noktasında ele almış bulunmaktadır:

#### **a. Kötü Niyet Tazminatı**

Yasanın 435. maddesi, “Feshe karşı koruma” kenar başlığı altında, işverenin fesih hakkını kötüye kullanması halinde işçiye ihbar önelerinin üç katı tutarında tazminat ödemek zorunda olduğunu öngörmektedir. Gerçi maddede gerekçesinde bu hüküm getirilirken İsviçre Borçlar Kanunu'nun 336 ve 336a maddelerinin göz önünde tutulduğu belirtilmektedir. Fakat yasa hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan oldukça farklıdır: Bir defa, kaynak kanunda kötü

niyetli fesih halleri örnek verilmek suretiyle sayıldığı halde (Art. 336 OR)<sup>33</sup>, yasada, bu hususa ilişkin hiçbir ifade yer almamıştır. İkinci olarak, yasalaşan metinde tazminatın tutarı ihbar önellerinin üç katı olarak belirlendiği halde, İsviçre Borçlar Kanunu'nda, tazminatın tutarı açısından yargıca altı aylık ücret tutarını aşmamak koşuluyla, nispeten geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Ancak, kabul etmek gerekir ki, bu noktada kaynak yasadaki farklı ve İş Kanunu md. 17 ile, Deniz İş Kanunu md. 16 hükmüne paralel bir düzenleme getirilmesi isabetli olmuştur. Çünkü bu hüküm, iş kanunlarına tâbi olanlara göre daha lehte sonuçların ortaya çıkması ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Üçüncü olarak yasa, fesih hakkının kötüye kullanılmasını, yine İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, sadece işveren tarafından yapılan fesihler açısından düzenlemiştir<sup>34</sup>. Böyle olunca, bizim hukukumuz bakımından işçi tarafından yapılan fesihlerde bu maddenin uygulanmasına imkân yoktur.

Diğer taraftan, maddenin, Basın İş Kanunu'na tâbi ilişkiler bakımından özel bir önem taşıdığını da belirtmek gerekir. Çünkü, Basın İş Kanunu'nda kötü niyet tazminatına ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Gazetecilerin kötü niyet tazminatı talep edip edemeyecekleri ise, geçmişte, bunların, İş Kanunu'ndaki istisnalar arasında yer almamalarından hareketle, kötü niyet tazminatına ilişkin İş Kanunu hükmünden yararlanmaları gerektiği ileri sürülerek çözümlenmeye çalışılmıştır<sup>35</sup>. Fakat, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra artık, bu yasanın genel nitelikte olması nedeniyle, gazetecilerin de kötü niyet tazminatı talebinde bulunmaları, hiçbir tereddüde yol açmayacak şekilde mümkün olacaktır. Bu durumda, kötü niyet tazminatının miktarı, Basın İş Kanunu md. 6 f. 3'te belirtilen ihbar önelleri dikkate alınarak hesaplanacaktır. Şüphesiz, bu haktan yararlanacak olanlar, iş güvencesinin kapsamı dışında kalanlardır. Çünkü, İş Kanunu md. 17 f. 7 hükmü, güvence sisteminde olanlara kötü niyet tazminatı talep hakkı tanımamıştır.

#### **b. Haksız Fesih Tazminatı**

Yukarıda da değinildiği gibi, sözleşmenin haklı bir neden olmamasına rağmen işveren

tarafından derhal feshinde işçiye, süresiz sözleşmelerde bildirim süresine; süreli sözleşmelerde ise, kalan süreye ilişkin ücretin tazminat olarak ödenmesi gerekmektedir (TBK md. 438 f. 1). Yasanın 438. maddesinin 3. fıkrası ise, bunun yanında, İsviçre Borçlar Kanunu'na (Art. 337c Abs. 3 OR) paralel olarak, hukukumuz için tamamen yeni bir düzenleme getirmektedir: Buna göre, haklı nedene dayanmayan fesihlerde hakim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, en çok altı aylık ücret tutarında bir tazminat verilmesine de hükmedebilir (TBK md. 438 f.3). İsviçre öğretisinde, feshin iktisadî sonuçları, işçinin yaşı ve sosyal seviyesi, feshin kişisel değerler üzerindeki etkisi, işçinin işletme içindeki konumu, feshin hukuka aykırılık bakımından ağırlığı, işçinin ortak kusurunun bulunup bulunmadığı; varsa, derecesi<sup>36</sup>, hizmet ilişkisinin süresi, feshin kötü niyetli olup olmaması<sup>37</sup> gibi örnekler, bu tazminata hükmedilirken dikkate alınması gereken haller arasında sayılmaktadır. Ne var ki, bir tür "hukuka aykırılık cezası"<sup>38</sup>; âdeti, "kanundan doğan bir cezaî şart"<sup>39</sup> niteliğinde olduğu ve işverenin haklı fesih iddiasına kolayca sığınmasını engellemek amacıyla getirildiği<sup>40</sup> belirtilen bu tazminatın, iş kanunlarına tâbi (iş güvencesi kapsamında olmayan) iş ilişkilerinde de uygulanıp uygulanmayacağı, tereddüt yaratabilir: Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin genel hüküm niteliğinde olması, bu sorunun olumlu yönde yanıtlanmasını gerektirmektedir. Fakat bu sonucun, ortaya çıkaracağı malî külfet nedeniyle eleştiri konusu olacağı da tahmin edilebilir. Zaten, kanun tasarı halinde iken, bu düzenlemenin, uygulama açısından çeşitli sorunlar yaratmaya elverişli olduğunu; özellikle, buradaki tazminatla iş güvencesi kapsamındaki işçilerin alabilecekleri tazminatlar arasında miktar bakımından makul bir denge bulunup bulunmadığının tartışılabilirliğini; bu ve buna benzer birtakım hassas noktalar üzerinde yeteri kadar durulmadan, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki bir hükmün çeviri yoluyla hukukumuzda ithal etmek istenmesinin isabetli olmadığını belirtmiştim<sup>41</sup>.

Diğer taraftan, feshin hem kötü niyetli hem de haksız olması halinde işçinin kötü niyet taz-

minatına ek olarak haksız fesih tazminatını da talep edip edemeyeceği, uygulamada tereddüt yaratabilecek bir başka sorundur: Her bir tazminatın azamî tutarının altı aylık ücret olarak belirlendiği İsviçre'de, öğretinin bir kesimi, haksız feshe ilişkin sonuçların münhasıran Art. 337c Abs. 3 (TBK md. 483 f. 3)'te düzenlendiği, kanun tasarısındaki kümülatif ödeme öngören hükmünün de parlamentoda kabul edilmediği gerekçesiyle, hem haksız fesih hem de kötü niyet tazminatına birlikte hükmedilemeyeceğini savunmaktadır<sup>42</sup>. Hukukumuz bakımından ise, Borçlar Kanunu'na tâbi hizmet sözleşmelerinde kötü niyet tazminatının kaynak kanundaki gibi en çok altı aylık ücret tutarında değil; ihbar önelerinin üç katı ücret tutarında (en çok 18 hafta=4.5 ay) belirlenmiş olması karşısında, kötü niyetli haksız fesih tazminatını, kötü niyet tazminatını da kapsayacak şekilde belirlemek gerektiği; buna karşılık, ihbar önelinin üç katı tutarındaki tazminatın altı aylık ücrete ulaştığı hallerde (İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na tâbi ve kıdemi üç yıldan fazla olan işçiler bakımından) ayrıca haksız fesih tazminatına hükmedilemeyeceği söylenebilir. Bu çözüm tarzı, Basın İş Kanunu'na tâbi hizmet ilişkileri bakımından da izlenmelidir.

### C. Taraflardan Birinin Ölümü Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

Yasanın 440 ve 441. maddeleri, taraflardan birinin ölümü halinde hizmet sözleşmesinin akıbetini düzenlemektedir:

Buna göre, sözleşme, işçinin ölümü halinde sona erer (md.440). Bu sonuç, hizmet sözleşmesinde işçinin şahsî nitelikli bir edim üstlenmiş olmasının doğal ve bilinen bir gereğidir.

Ancak, yasada, işçinin ölümüyle ilgili önemli bir başka düzenleme yer almaktadır: Buna göre, işveren, ölen işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür (md. 440)<sup>43</sup>.

Madde, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hük-

mün (Art. 338 Abs. 2 OR) aynen tercüme edilmesi suretiyle kaleme alınmıştır. Düzenlemenin sözünden de anlaşılacağı üzere, bir aylık ödemeye hak kazanmak için işçinin belli bir kıdeme sahip olması şart değildir; sözleşmenin, işçinin ölümü nedeniyle sona ermiş olması gerekli ve yeterlidir. Beş yıllık kıdem ise, sadece, iki aylık ücret tutarının talep edilebilmesi bakımından aranmaktadır.

İş kanunlarına tâbi olmayanlar bakımından hükmün uygulanmasında önemli bir sorunla karşılaşılacağı söylenebilir ise de, düzenlemenin, ölüm nedeniyle kıdem tazminatı ödemesi gereken hallerde uygulama alanı bulup bulmayacağı, tartışma konusu olabilir. Belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde benimsenen sonuç, bu ödemenin ölüm nedenine dayanan kıdem tazminatından (Art. 339b OR)<sup>44</sup> bağımsız olarak; ona eklenmek suretiyle yapılması yönündedir<sup>45</sup> ve bu konuda herhangi bir tartışma da yoktur. Bu sonucun gerekçesi, her iki müessesenin farklı amaçlara hizmet etmesi; ölüm nedenine dayanan ödemenin, hizmet sözleşmesinin bir "ard etki"si olarak düşünülmüş olmasıdır<sup>46</sup>.

Bu görüş doğrultusunda, kanaatimce hukukumuzda da aynı sonucu benimsemek doğru olur. Kıdem tazminatına hak kazanılmayan hallerde ise, sadece yeni yasadaki ödemenin yapılacağı açıktır<sup>47</sup>.

Diğer taraftan, bu düzenleme karşısında, gazetecinin ölümü bakımından yine tartışmaya elverişli bir durum ortaya çıkmaktadır: Şöyle ki, Basın İş Kanunu md. 18, gazetecinin ölümü halinde eşi ve çocuklarına; yoksa, bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerine aylık ücretinin üç katından az olmamak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verileceğini öngörmektedir. Bu durum karşısında sorun, gazetecinin yakınlarına, bu ödemeye ek olarak yeni Borçlar Kanunu'ndaki miktarın da verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır: Kanaatimce, bu konuda tatminkâr bir sonuca varabilmek için, Basın İş Kanunu'ndaki ödemenin hukukî niteliğini doğru bir biçimde tespit etmek gerekmektedir: Öğretide bir görüş, bunun kıdem tazminatı olduğunu kabul ederken<sup>48</sup>, bir başka görüş, anılan ödemenin,

kıdem tazminatı olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>49</sup>. Kanaatimce, ikinci görüş daha isabetlidir. Bir defa, anılan ödemenin kanun içindeki sistematik yeri, bunun kıdem tazminatı olarak nitelendirilmesine elverişli değildir. Yasa koyucu, 212 sayılı kanunla getirdiği bu hakkı kıdem tazminatı olarak düşünmüş olsaydı, kıdem tazminatı ile ilgili md. 6 içinde düzenleme yoluna giderdi. Sonra, 18. maddenin “ölüm tazminatı” şeklindeki kenar başlığı da bunun kıdem tazminatı olarak değil; ölüm nedeniyle yardım niteliği taşıyan bir ödeme olarak düşünüldüğünü göstermektedir. Nihayet, gözden kaçırmamak gerekir ki, kıdem tazminatına ilişkin bütün düzenlemelerin ortak yönü, işçi açısından belirli bir kıdem aramasıdır. Oysa, ölüm tazminatının ödenmesi, belli bir kıdeme sahip olmayı gerektirmemektedir. O halde, kıdem tazminatı niteliğinde olmadığı için, ölen gazetecinin yakınlarına bu ödemeye ek olarak yeni kanundaki miktarın da verilmesi gerekmemektedir. Bu hüküm, niteliği itibarıyla, Türk Borçlar Kanunu'ndaki yeni düzenlemenin gazeteciler bakımından özel bir şeklidir ve ölüm halinde ödenecek tazminat, Basın İş Kanunu md. 18'de öngörülmüş olan tutardan ibarettir.

İşverenin ölümü halinde sözleşmenin sona ermesi ise, önceki yasada olduğu gibi, sözleşmenin ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuş olması şartına bağlanmıştır (md. 441 f. 2). Bunun dışında kalan hallerde, ölen işverenin yerini mirasçıların alacağı belirtilmektedir. Önceki kanunda düzenlenmemiş olan bu nokta, külli halefiyet ilkesinin bir sonucu olmakla birlikte, yasa bu durumda, işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükmün (TBK md.428) kıyas yoluyla uygulanacağını hükme bağlamış bulunmaktadır (md. 441 f.1).

## Sonuç

Hizmet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin yeni Türk Borçlar Kanunu hükümleri, hem kendi uygulama alanını ilgilendiren birtakım önemli yenilikler getirmekte, hem de iş kanunlarına tâbi iş ilişkilerinde de geçerli olacak birtakım

ilke ve müesseseler öngörmektedir. Meydana gelen bu gelişim, bazı konularda uygulama sorunlarının ortaya çıkmasına elverişli bir zemin hazırlamış bulunmaktadır. Bunda, iş hukukuna ilişkin yasalastırma faaliyeti bakımından İsviçre ile Türkiye'nin birbirine hiç benzememesi kadar, iki ülkenin iş hukuku düzenlerine damgasını vuran bazı temel müesseseler arasında derin farklılıkların bulunması da önemli bir rol oynamaktadır. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri hakkında daha önce yaptığım incelemelerde de belirttiğim üzere<sup>50</sup>, yasalastırma sırasında iş hukukçuları ile istenilen ve olması gereken ölçüde yakın bir ilişki içine girilmemiş olması, görüş ayrılıklarıyla karşılaşılması olasılığını artırmaktadır. Sorunun bundan böyle daha ayrıntılı çalışmalarına konu olması, herhalde kaçınılmazdır.

## DİPNOTLAR

- 1 Yasa koyucu bu hükmü getirirken, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 18 Mart 1988 tarihli Kanunla (yürürlük; 1 Ocak 1989) değiştirilmesinden önceki metnini esas almıştır. Anılan kanunla değiştirilen maddede ise, sözleşmenin sona ermesi için, tarafların bir bildirimde bulunmaları yönünde anlaşabileceklerinden hiç söz edilmemekte, sadece, süreli bir sözleşmenin feshe gerek olmaksızın sona ereceği belirtilmektedir (Art. 334 Abs. 1 OR).
- 2 Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich, 2006, Art. 319-362, Art. 334 N. 6; Staehelin, OR - Art. 319-362; Der Arbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, V2c, 3. Aufl., 1996 (ZK-OR Staehelin, 1996), Art. 334 N. 21.
- 3 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 21.
- 4 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 22.
- 5 Bu nedenle TİSK, düzenlemenin gereksiz olduğu görüşündedir. Bkz. TİSK, TİSK'in Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Görüş ve Önerileri, s. 8.
- 6 Bkz. Soyer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Ulucan Armağanı, İstanbul, 2008, s. 160-161. Nitekim Alman Medenî Kanunu da fesih hakkını sadece işçiye tanımaktadır. Bkz. § 624 BGB. İsviçre'de yasanın 1988 yılındaki revizyonu ile ilgili öneri metninde fesih hakkı sosyal düşüncelerle sadece işçi için öngörülmek istenmişken, parlamentodaki görüşmeler sırasında bu hak işverene de tanınmış bulunmaktadır. Bkz. ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 27.
- 7 Bkz. Streiff/von Kaenel, Art. 334 N. 9; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 27'de anılan yazarlar. Kanun taslak halinde iken, bu sürenin, Alman Medenî Kanununda olduğu gibi (§ 624 BGB), hiç değilse beş yıla indirilmesi gerektiğini ileri sürmüştüm. Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 161.
- 8 Alman Medenî Kanunu'ndaki ihbar öneli de altı aydır (§ 624

BGB). Bununla birlikte, İsviçre ve Türk Hukukunda ihbar önelinin hiç değilse beş yıldan daha kıdemli işçiler için öngörülen altı haftalık süre (md. 432 f. 2) kadar olması daha isabetli görülebilir (yasa taslak halinde iken ileri sürdüğüm bu öneri için bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 161). Çünkü, bu madde açısından söz konusu olan, on yılı aşan sürenin dolmasından sonra, sözleşmenin kanundan dolayı süresiz bir sözleşmeye dönüşmesidir (md. 430 f. 2; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 29). Bu durum karşısında, süresiz sözleşmeler için öngörülen en uzun önelin burada da uygulanması, yasanın sistemine aykırın değildir.

9 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 161.

10 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 334 N. 28.

11 Maddedeki anlatımın başarılı olmadığını belirtmek gerekir. İfade, "İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshederse işçi...belirli süreli sözleşmelerde... sürenin sonuna kadar kazanabileceği tutarı, tazminat olarak isteyebilir" şeklinde olmalıydı. Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 163 dn.38.

12 Streiff/von Kaenel Art. 337c N. 3. Oysa, hukukumuzda daha önce, öğretinin önemli bir kesimi, süreli sözleşmeyi haklı neden olmaksızın fesheden işverenin işi kabulde temerrüde düşmüş sayılacağını; bu nedenle de işçinin, süre sonuna kadar ücret talebinde bulunabileceğini (önceki BK md. 325); sözleşmenin hukuken, sürenin dolmasıyla sona ereceğini savunmakta idi (bkz. Tunçomağ, Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatı Açısından İşverenin İş Kabulde Temerrüdü, Sosyal Siyaset Konferansları, XIX. Kitap, İstanbul, 1968, s. 103; Reisoğlu, Hizmet Akdi, Tanımı-Mahiyeti-Unsurları, Ankara, 1968, s. 161; Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Kanundan Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s. 216; Kaneti, Karar İncelemesi, İHFM C. XXIX Sa. 1-2, İstanbul 1963, s. 1210 vd.; Tuncay, İş Hukukunda Toplu İşçi Çıkmaları ve Eski İşçilerin Yeniden İşe Alınmaları, İHFM C. XXXVIII, Sa. 1-4, İstanbul, 1973'den ayrı bası, s. 4-5; Eyrenci, İHU, İşK 9 (No.2); Ulucan, Die Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses, Rechtsprobleme befristeter Arbeitsverträge, hrsg. von Ekonomi/Rehbinder, Bern, 1978 (içinde), s. 115; aynı yazar, İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Komite 1979-1983 Kararları, s. 22; Sümer, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Haksız Feshin Sonuçları, Tühis, Şubat 1992, s. 6) ve bu görüş bazı kararlarında Yargıtay tarafından da paylaşılmıştı (örneğin bkz. Y9.HD., 9.10.1984, E.7303, K.8690, İşveren D., Mart 1985, s. 15; Y9.HD., 1.7.1988, E.5397, K.7228, Tekstil İşveren D, Ekim 1988, s. 21; Y9.HD., 6.3.1989, E.1988/12055, K.1989/2088, YKD Ağustos 1989, s. 1121, Y9.HD., 28.12.1989, E. 7899, K. 11458, Tühis, Şubat 1990, s. 17; Y9. HD., 21.5.1991, E. 753, K. 8770, İHD C.1, Sa.3, s. 438; Y9.HD., 25.11.1993, E. 8962, K. 17312, YKD Haziran 1994, s. 910-911; Y9.HD., 24.12.1996, E.16732, K. 24049, Tekstil İşveren D., Temmuz 1997, s. 14). Bir başka görüş ise, süreli sözleşmeyi haklı neden olmaksızın fesheden işverenin, "iş kabul edimini" kusurlu olarak imkânsızlaştırdığını kabul etmekte idi. Bkz. Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul, 1955, s. 143; aynı yazar, Karar İncelemesi, İHFM C. XXV, Sa. 1-4, İstanbul, 1960, s. 430 vd.

13 Bkz. Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdî İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1984, s. 196; Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İ-

stanbul, 2010, s. 281; Narmanlıoğlu, Komite 1996 Kararları, s. 95 vd; aynı yazar, Belirli Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s. 401 vd; Süzek, Komite 1998 Kararları, s. 74 vd; aynı yazar, İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2008, s. 668 vd; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2005, s. 518; Alpagut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek, Ocak 2004, s. 90; Kaplan, E. Tuncay, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, 2010, s. 219-220. Aslında, Yargıtay da vermiş olduğu pek çok kararda, daha önce temsil ettiği "iş kabulde temerrüt" düşüncesini terk ederek, haksız fesih görüşünü benimsemiştir. Fakat, Yüksek Mahkemeye göre, işçiye süre sonuna kadar yapılması gereken ödeme, tazminat değil; ücrettir. Bkz. Süzek Komite 1998 s. 71 vd.'de incelenen kararlar; Y9.HD 17.11.1999, E. 14668, K. 17565, Çimento İşveren D., Ocak 2000, s. 31-32; Y9.HD 13.6.2001, E. 7774, K. 10037, Çimento İşveren D., Eylül 2001, s. 40; Y9.HD 19.9.2003, E. 2296, K. 14832, Legal İHSGHD, Ekim-Aralık 2004, s. 1465.

14 Yasa koyucunun bu tercihinin yönelttiğim eleştiri için bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 164-165.

15 Yasa Tasarısı mahsup hükmünü, İsviçre Borçlar Kanunu doğrultusunda, önelere uyulmaması nedeniyle ödenmesi gereken tazminatı (Tasarı md. 437 f. 1; TBK md. 438 f. 1) da kapsayacak şekilde düzenlemişti. Daha önce yayınlanan bir incelememde, İsviçre Hukukundan farklı olarak hukukumuzda, önel şartına riayetsizlik nedeniyle ödenmesi gereken tutarın, kusur ve zarar şartından bağımsız olup "maktu" bir nitelik taşıdığını, bu nedenle de tasarının bu yönden düzeltilmesi gerektiğini belirtmiştim (bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 164-165). Madde yeniden düzenlenirken, bu eleştiri doğrultusunda ve kanaatimce isabetli olarak, mahsubun, sadece süreli sözleşmenin haklı nedene dayanmayan feshinde ödenmesi gereken tazminat bakımından söz konusu olabileceği açıklığa kavuşturulmuştur (md. 438 f.2).

16 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337d N. 1; Streiff/von Kaenel, Art. 337d N. 2.

17 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 3; ZK-OR Staehelin, 1996 Art. 337b N. 5.

18 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N 5; Kabakcı, Belirli Süreli İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden İşçinin Bakiye Süre Ücreti Talebi, Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2011, s. 137; Yargıtay 9. HD'nin anılan incelemeye konu olan 20.12.2010 tarih ve E. 15688, K. 38732 sayılı kararı.

19 Bkz. B II 2 b.

20 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N 5; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337b N. 10.

21 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337b N. 7.

22 Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 7.

23 Bu konuda örneğin bkz. Soyer, İsviçre Hukuku ile Alman Hukukunda İşçi ve İşveren İçin Farklı Feshi İhbar Önelinin Sözleşmeye Kabul Edilmesi Sorunu -Doktrindeki Bazı Görüşler ve Yasal Gelişmeler- Yasa Hukuk Dergisi, Aralık 1978, s. 1997 vd.

24 Bu konudaki tartışmalar için Bkz. Süzek, s. 462.

- 25 Bkz. Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern, 1976, s. 231.
- 26 § 622 Abs. 6 BGB hükmüne göre, işçi tarafından yapılacak fesihlerde, işverenin yapacağı fesiHLere göre daha uzun bir ihbar öneli kararlaştırılmaz. Alman öğretisine göre, bu hükmün temelinde, işçinin hizmet sözleşmesini işverene oranla daha zor koşullarda feshetmek durumunda bırakılmayacak olmasına ilişkin genel hukuk düşüncesi yatmaktadır. Bkz. Erman/Hanau, BGB Kommentar, I. Bd., 8. Aufl., Münster, 1989, § 622 Anm. 41-42. Yazar, bu düşüncenin, Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında da kabul edilmiş olduğuna işaret etmektedir. Bu durum karşısında, işveren tarafından yapılacak fesihlerde daha uzun bir önelin kararlaştırılması mümkün olabilecektir. Bkz. Henssler/Willemsen/Kalb/Bittner, ArbeitsrechtKommentar, Köln, 2004, §622 BGB Rz. 58.
- 27 ZK-OR Staehelin, Der Arbeitsvertrag (Der Einzelarbeitsvertrag), Zürcher Kommentar, V2c, 4. Aufl., 2006 (ZK-OR Staehelin, 2006), Art. 329 N. 16; Streiff/von Kaenel, Art. 329 N. 10.
- 28 İsviçre öğretisinde ise, yasanın bu yöndeki sınırlayıcı ifadesine rağmen, süreli sözleşmelerde de işçiye yeni iş arama izni verilmesi gerektiği; çünkü aynı ihtiyacın süreli sözleşme ile çalışan işçi açısından da mevcut olduğu savunulmaktadır. Bkz. ZK-OR Staehelin, 2006, Art. 329 N. 16.
- 29 Bu konuda bkz. Soyer, Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezaî Şartın Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağanı, Ankara, 2000, s. 370 vd.
- 30 Bu düşüncenin dogmatik temeli hakkında bkz. Soyer, Hizmet Sözleşmesinin Feshi-Cezaî Şart, Karar İncelemesi, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, s. 306 vd.
- 31 Bu konuda yaptığım bir incelemede, hizmet akitlerine, eğitim giderlerini karşılamak üzere işçi aleyhinde tek taraflı düzenlemeler konulabileceği görüşünü ileri sürmüştüm. Bkz. Soyer, Esener Armağanı, s. 363 vd.; özellikle, s. 370 vd. O incelemede vardığım sonuç, daha sonra Yargıtay'ın yerleşik içtihadı haline gelmiştir.
- 32 Ekmekçi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine, Mercek, Temmuz 2005, s. 167; Soyer, Ulucan Armağanı, s. 159.
- 33 Örneğin, feshin, işyerindeki ortak çalışmayı (işbirliğini) engellemeyen bir kişilik özelliğine veya sözleşmeyi ihlâl etmeyen ya da işyerindeki işbirliğini zedelemeyen anayasal bir hakkın kullanılmasına; hizmet sözleşmesinden birtakım hakların doğmasının engellenmesine, dürüstlük kurallarına göre sözleşmeden doğan bazı hakların talep edilmesine, işçinin sendikaya üye olması ya da olmamasına; sendikal bir faaliyette bulunmasına dayanması, fesih hakkının kötüye kullanıldığını gösteren haller arasındadır (Art. 336 OR).
- 34 İsviçre Borçlar Kanunu'nun kötü niyetli feshin sonuçlarını düzenleyen hükmü ise, aynen şöyledir: "Hizmet sözleşmesini kötü niyetle fesheden taraf diğer tarafa bir tazminat ödemek zorundadır" (Art 336a Abs. 1).
- 35 Bkz. Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara, 1976, s. 162. Tuncay ise, önce, gazetecilerin hem İş Kanunu'na hem de Borçlar Kanunu'na tâbi oldukları görüşünü savunmuş (bkz. Tuncay, 931 Sayılı İş Kanunu'nun Uygulama Alanı, İÜHFEM 1969, C.XXXIV, Sa. 1-4, s. 412), daha sonra yazar, Basın İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun uygulanmasını kabul eden görüşe katılmıştır. Bkz. Tuncay, Hukukî Yönden Basında İşçi-İşveren İlişkileri, s. 26.
- 36 Streiff/von Kaenel, Art. 337c N. 8; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337c N. 3.
- 37 Bkz. Reh binder, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationentrecht I, 2. Aufl., Hrsg., Honsell/Vogt/Wiegant, Basel, 1996 (Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder), Art. 337 N. 3.
- 38 Bkz. Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder, Art. 337c N. 3.
- 39 ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 337c N. 14
- 40 Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder, Art. 337c N. 3.
- 41 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 165.
- 42 Bkz. ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 33a N. 8; ayrıca, Streiff/von Kaenel, Art. 336 N. 15, 336b N. 2.
- 43 TİSK'e göre, "Kıdem tazminatı fonuna ilişkin durum açıklık kazanmadan, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı kıdem tazminatı benzeri bir ödeme öngörülmesi isabetli değildir". Bkz. TİSK, s. 9.
- 44 Hükme göre, en az 50 yaşında olan ve 20 yıl veya daha fazla kıdemi bulunan bir işçinin iş sözleşmesi sona erdiğinde kendisine kıdem tazminatı ödenmesi gerekir. Sözleşme devam ederken işçinin ölmesi halinde ise, ödeme, sağ kalan eşe veya ergin olmayan çocuklarına; yoksa, bakmakla yükümlü olduğu kişilere yapılır. Art. 339c Abs. 1 ve 2'ye göre ise, tazminatın miktarı, sözleşmelerle kararlaştırılabilir; fakat işçinin iki aylık ücretinden az olamaz (Abs.1). Tazminat tutarı sözleşmelerle kararlaştırılmadığı takdirde hakim tarafından belirlenir; fakat sekiz aylık ücret tutarını aşamaz (Abs. 2)
- 45 Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder, Art. 339d N. 1; ZK-OR Staehelin, 1996, Art. 339b N. 2; Streiff/von Kaenel, Art. 339b N. 6.
- 46 Honsell/Vogt/Wiegant/Reh binder, Art. 338 N. 1. Buna karşılık, İsviçre öğretisinde bir başka görüş, söz konusu ödemenin, iş ilişkisiyle kurulan ve kanunda zorlayıcı olarak öngörülen "tam üçüncü şahıs yararına sözleşme"ye dayandığını kabul etmektedir. Bkz. Schweingruber, s. 279. Ekmekçi (Mercek 2005 s. 175) ise, bunun kıdem tazminatı benzeri bir ödeme olduğu görüşündedir.
- 47 Son nokta açısından, hükmün genel nitelikte olması nedeniyle bu görüşte, Yenisey, Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmesi, 1-2 Nisan 2011'de İstanbul Bilgi Üniversitesinde Düzenlenen Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu'na Sunulan Tebliğ (henüz yayınlanmamıştır), s. 21.
- 48 Bkz. Narmanlıoğlu, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1971, s. 255.
- 49 Bkz. Tuncay, Basında İşçi-İşveren İlişkileri, s. 75.
- 50 Bkz. Soyer, Ulucan Armağanı, s. 166-167; aynı yazar, Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, İstanbul Barosu ile Galatasaray Üniversitesi Tarafından 3-4 Haziran 2011 Tarihinde Düzenlenen İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Konulu Sempozyuma Sunulan Tebliğ (henüz yayınlanmamıştır), s. 48.

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## “Genel Kanun - Özel Kanun” İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)

### A) GİRİŞ

2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunumuzun, bugün için 1926 tarihli 818 sayılı (eski) Borçlar Kanunu (BK) ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 2011 tarihli 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile ilişkisi konusuna girmeden önce, genel olarak “kanun” ve ülkemizdeki kanunlar konusunda bazı ön bilgiler verilmesi yararlı olacaktır.

İnsan aklı daima soyutlama yapmak ve genel kavramlara varmak eğilimindedir. Bu eğilim, doğal olaylarda olduğu gibi toplumsal olaylarda da kendisini gösterir. Tek tek oluşan birçok olayın aynı biçimde tekrarlandığını izleyen insan zekâsı, genellemeler yaparak, soyut kurallara ulaşır ve böylece kişilerin, birbirleriyle ilişki halinde buldukları toplum yaşamı, çeşitli kurallardan oluşan bir düzen içinde sürer gider. Bu düzen, insanlara bazı hak ve yetkiler verdiği gibi, bazı ödevler de yükler. Toplum halinde yaşama ihtiyacı içinde bulunan insanların hak ve yetkileri ile ödevlerini belirleyen kurallara, toplumsal (sosyal) düzen

kuralları denir. Bu kurallar sayesinde insanlar, toplum halinde birlikte, barış ve güven içinde yaşama olanağı bulurlar<sup>1</sup>.

Yaşanılan çağdaş dünyada toplumsal düzen kurallarının başında hukuk kuralları yer almaktadır. Günümüzde, diğer toplumsal düzen kurallarından olan örf, ahlâk ve din kuralları, giderek önemlerini yitirmiş veya bu yöndeki kurallardan bir kısmı hukuk kuralı haline dönüşmüştür.

Hukuk kuralları, biçimsel olarak ortaya konulmalarından evvel, ekonomik, sosyal, kültürel ve benzeri ihtiyaçların etkisiyle önce toplum vicdanında oluşur ve bu oluşum, yetkili organları, hukuk kuralı koymaya iter. Hukukun kökenini oluşturan bu kaynağa sosyolojik kaynak adı verilir. Hukukun biçimsel kaynağı ise, hukukun, toplumsal düzen içinde varlık kazanmak üzere büründüğü biçimlerdir. Hukukun biçimsel kaynakları, genel olarak, gelenekler (örfler), yazılı metinler (geniş veya maddî anlamda kanunlar) ile öğreti ve Yargıtay kararlarından oluşan içtihatlardır.



## Genellik gösteren ve kapsam itibariyle geniş bir konuyu düzenleyen kanunlara “genel kanun” adı verilir.

Geniş (veya maddî) anlamda kanunlar, Anayasanın yetkili kıldığı organlar tarafından çıkarılan yazılı hukuk metinleridir. Buna, “mevzuat” da denir. Yazılı hukuk kuralları (veya mevzuat), dar veya biçimsel anlamda kanundan başka, kanunlara dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararname, tüzükler ve yönetmelikler gibi hukuk kurallarını da içerir<sup>2</sup>.

Hukuk düzenimizin çerçevesini belirleyen Anayasamız, yazılı hukuk kurallarını koymaya yetkili organları ayrı ayrı göstermiştir: Kanunları, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) (Anayasa m.87); kanun hükmünde kararname ile tüzükleri, Bakanlar Kurulu (Anayasa m.91,115); yönetmelikleri, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilikleri (Anayasa m.124) çıkarır.

Hangi hususların, hangi tip yazılı hukuk kurallarının konusu olduğu; bunların soyutluk dereceleri ile kuvvet ve geçerlilik sıralamaları, hukuken bellidir. Bu açıdan sözcümleri kanun konusu olan (kanunla düzenlenmesi gereken) bir husus, tüzük veya yönetmelikle düzenlenemez. Bunun en belirgin örneği, suç ve cezanın yalnızca kanunla konulabilmesi ve tüzük veya yönetmelik ile ceza konulamaması (kanunsuz suç ve ceza olmaz) ilkesidir. Benzeri şekilde, kanunlar, nitelikleri gereği soyut kurallar olmaları itibariyle, uygulanmaları ile ilgili geniş ayrıntılar içermezler; ayrıntılar duruma göre, kanunun uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan tüzük veya yönetmeliklerde yer alır. Bu açıdan tüzüklerde veya yönetmeliklerde yer alması gereken kuralların, kanunda yer almaması esastır. Bu tür kurallar, norm (kanun) koyma teknikleri ile ilgilidir ve bu konuda evrensel düzeyde ilkeler geliştirilmiştir.

Hukuk kuralları arasındaki öncelik sıralaması (hiyerarşi); anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik şeklindedir. Bu beş kaynaktan hiçbirisi, sıralamada, kendisinden önce gelen sıradaki kaynağa oranla daha kuvvetli ve daha geçerli olamayacağı

gibi daha da soyut olamaz. Ayrıca, yönetmelik tüzüğü; tüzük, kanuna ve kanun da anayasaya aykırı hükümler içeremez.

### B) KANUN KAVRAMI

Yukarıda geniş anlamda kanun tabirinin içine, bütün yazılı hukuk kurallarının girdiğini ifade etmiş idim. Dar ve teknik anlamda kanun ise; Anayasanın yetkili kıldığı organ olan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, yazılı bir şekilde ve bu ad altında tespit edilmiş bulunan genel, soyut ve kişisel olmayan (gayri şahsî) hukuk kurallarıdır.

Kanunun genelliğinden kasıt; özel, güncel ve geçici bir durumu gözetmeyen, belli bir kişiyi hedef almayan, fakat önceden belirlenmiş olup, soyut bir şekilde kanunun düzenlediği bütün kişilere yönelik hükümleri içermesidir. Kanunun genelliği, aynı zamanda bütün herkesin durumunu düzenlemesi anlamına gelmez. Bu sebeple örneğin, yalnızca Cumhurbaşkanının veya işçilerin yahut memurların veya yüksek öğretim öğrencilerinin durumlarını (statülerini) düzenleyen kanunlar da, belli bir kişiyi (o kişiye has özellikleri) göz önüne almaksızın soyut bir şekilde belli bir duruma ilişkin olarak çıkarıldıklarından genellik niteliğine sahiptirler. Bunun gibi, bir defaya özgü olarak çıkarılan olağanüstü bir vergiyi düzenleyen kanun da, herkese yönelik olduğundan geneldir<sup>3</sup>.

Genellik, hukuk devleti anlayışı ile doğrudan ilişkilidir. Duguit, kanunların genelliği, soyutluğu ve önceden formüle edilmiş bulunmalarının, bireyleri, siyasal gücü elinde bulunduranların keyfi ve kişisel eylem ve işlemlerinden etkili şekilde koruduğunu, isabetli bir şekilde ifade etmektedir<sup>4</sup>.

Kanunların genelliği ile “genel kanun” kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Kanunlar, farklı ölçütlere göre bazı türlere ayrılmaktadır<sup>5</sup>. Bunlardan biri, “genel kanun-özel kanun” ayırımıdır. Bu ayırımında dikkate alınan ölçüt, kanunların düzenledikleri menfaat ve durumların genellik derecesi ile ilgilidir. İçerik olarak, genellik gösteren ve kapsam itibariyle geniş bir konuyu düzenleyen kanunlara “genel kanun” adı verilir. Buna karşılık, sınırlı konuda düzenleme yapan ve belli bir alanla ilgili ola-

rak çıkartılan kanunlar “özel” kanun niteliğine sahiptir.

Kanunlar, esas olarak, belli bir süre için çıkartılmazlar ve devamlılıkları esastır. Ancak ihtiyaçlar nedeniyle, işin doğası gereği bazı kanunlar belli bir dönemi kapsarlar. Örneğin yıllık bütçe kanunları gibi. Bu açıdan kanunları, “sürekli kanun-sürekli kanun” olarak tasnif etmek mümkündür<sup>6</sup>.

Türk Medenî Kanunu, Türk Ceza Kanunu gibi başlı başına bir alanı düzenleyen ve mevcut bir kanunda değişiklik yapmayan kanunlar, “temel kanun (kod kanun)”<sup>7</sup> denir.

TBMM İç Tüzüğü’nün “temel kanunlar” başlığını taşıyan 91 nci maddesine göre; “Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi; özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlama, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşülür ve bölümdeki maddeler ayrı ayrı oylanır”.

Temel kanunda sırasıyla amaç, kapsam, tanımlar, kuruluş, organlar, nitelikler, görev, yetki, sorumluluklar, cezaî hükümlerle, tüzük, yönetmelik, ek maddeler, kaldırılan hükümler, geçici hükümler, yürürlük ve yürütme maddeleri yer alır. Temel kanunda, başlı başına hakkında daha önce düzenleme yapılmamış bir alanda düzenleme getirildiği için, çerçeve madde, ek madde bulunmaz. Temel kanunların aksine, öteki kanunlara göndermeler yaparak on-

larda ek ve değişiklikler yapan kanunlara ise, “çerçeve kanun” adı verilir<sup>8</sup>.

Anayasada belirtilen kurumların kuruluş ve işleyişini düzenleyen kanunlar, “organik (teşkilâtı düzenleyen) kanun” olarak bilinir. Diğer kanunlar ise, “organik olmayan kanunlardır”.

Kanun (norm) koyma, belli esas ve usullere bağlı bir husustur. Çeşitli ülkelerde bu konuda uzun zamanlardan beri çalışmalar yapılmakta ve hatta “yasa yapma tekniği” fakültelerde ders olarak okutulmaktadır<sup>9</sup>. Buna karşılık, ülkemizde “norm koyma” üzerinde yeterince durulduğunu söylemek mümkün değildir.

Anayasamıza göre, kanun teklif etme yetkisi, Bakanlar kurulu ve milletvekillerine aittir (Anayasa m.88,I).

Ülkemizde Kanun (ve kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi mevzuat) taslakları, “Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”te<sup>10</sup> (Yön.) belirlenen kurallar çerçevesinde hazırlanmaktadır.

Taslaklar hazırlanırken şu ilkelere uyulur: Taslaklar üst hukuk normlarına aykırı olamaz. Taslaklar düzenleme amacına uygun olarak hazırlanır. Taslaklar hazırlanırken yargı kararları göz önünde bulundurulur; düzenlenen alanlara ilişkin mevzuatın tamamı gözden geçirilerek, gerekiyorsa mevcut hükümlerde gerekli değişiklikler yapılır veya anılan hükümlerden ihtiyaç duyulanlar taslağa alınarak ihtiyaç duyulmayan hükümler yürürlükten kaldırılır. Çerçeve taslaklarda, ilgili mevzuata işlenemeyecek ve onun dışında kalarak tek metin olma özelliğini bozacak hükümlere yer verilmez. Taslakların kapsam maddesi, herhangi bir tereddüde yol açmayacak açıklıkta düzenlenir; taslağın kapsamı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmuyorsa, taslakta ayrıca kapsam hükmüne yer verilmez. Taslağın madde metinleri kısa ve anlaşılır biçimde düzenlenir, araç içinde açıklayıcı hükümlere yer verilmez (Yön. m.4).

Söz konusu bu Yönetmelik; kanun taslağının adı, gerekçesi, maddeleri, sistematığı (kitap/kısım/bölüm vs.), madde başlıkları, maddeleri, madde sıralamaları, ek ve geçici maddeler, dil/ ifade, atıflar, alt düzenlemelerin yürürlüğe girmesi gibi hususlar hakkında örnekleri ile ayrıntılı bir şekilde düzenleme yapmıştır.

Yürürlüğe konulması halinde etkisinin on milyon TL'yi geçeceği tahmin edilen kanun tasarıları için düzenleyici etki analizi yaptırılması zorunlu olup bu husus da taslakta yer alır (Yön. m.10,24). Düzenleyici etki analizi, taslağın bütçeye, mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticarî hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerinin ne olacağını göstermek üzere hazırlanan ön değerlendirmedir (Yön. m.3/c).

Taslağın yetkili birimler tarafından hazırlanmasından sonra, Başbakanlığa sunulmadan önce ilgili bakanlıklar, kamu ve özel kurum ve kuruluşlarının görüşleri alınır (Yön. m.6-7).

Kanun tasarısı ve tekliflerinin TBMM'de görüşülme esas ve usulleri, TBMM İç Tüzüğü ile belirlenir (Anayasa m.88,II). Cumhurbaşkanı, TBMM tarafından kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlar.

Kanunların yayın ve ilânı ile yürürlük tarihleri, 23 Mayıs 1928 tarihli ve 1322 sayılı "Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlânı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun" ile düzenlenmiştir.

Kanunlar, metinlerinde açık hüküm bulunmadıkça, Resmî Gazete ile yayını izleyen günün başlangıcından hesap edilmek üzere kırk beşinci günün bitiminden itibaren Türkiye'nin her tarafında aynı zamanda yürürlüğe girer (1322 s.K. m.3).

Bu vesileyle belirtmek isterim ki; ülkemizde çıkarılan her kanuna ayrı bir numara (sayı) verilir. Bu numaralama usulüne TBMM'nin kurulmasından itibaren başlanmış ve 16.5.1960 tarihine kadar 7480 adet kanun çıkartılmıştır. 27 Mayıs 1960'dan sonra (Millî Birlik Komitesi tarafından) çıkarılan kanunlara yeniden numara verilmiş ve 9.9.1961 tarihine kadar 375 adet kanun çıkartılmıştır. Daha sonra yapılan TBMM seçimlerinden sonra çıkarılan kanunlar yeniden numara (sayı) almış ve bugün -15.06.2011- itibarıyla, sayı 6234'e ulaşmıştır. Böylece (her üç dönemde) toplam 14.089 adet kanun çıkartılmıştır.

Kanunlar, zaman içerisinde yetersiz hale gelirler; çıkarma amaçlarına uygun olarak gereksiz hale gelebilirler veya benzeri sebeplerle yürürlükten kalkarlar. Kanunu yürürlükten kaldırma yetkisi, esas itibarıyla, onu koyan

makam olan kanun koyucuya (TBMM'ne) aittir.

Kanunların yürürlükten kalkması çeşitli şekillerde olur. Eğer kanun belli bir süre için çıkartılmışsa, bu tür (sürelî) kanunda belirtilen süresi uzatılmazsa, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın, kanun, sürenin sonunda kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Kanunların yürürlükten kaldırılması, esas itibarıyla iki şekilde olur: Açık (sarih) yürürlükten kaldırma ve üstü kapalı (zımnî) yürürlükten kaldırma.

Kanun koyucu, yürürlükte olan bir kanunu (tümüyle veya yalnızca bazı hükümlerini), daha sonra çıkarttığı bir kanunla yürürlükten kaldırdığını açıkça belirtebilir; ki, olağan usul de budur. Bu kaldırma, kaldırılan kanunun yerine yeni bir kanun (hüküm) koymadan olabileceği gibi, yürürlükten kaldırılan kanunun değiştirilmesi (onun yerine başka bir kanunun kabulü) yoluyla da olabilir. Örneğin 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun, 1028 inci maddesine göre, "17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi yürürlükten kaldırılmıştır". 22.05.2003 tarihli 4857 İş Kanunu'nun 120 nci maddesine göre, "25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14 üncü maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır".

Yürürlükten kaldırma, genellikle, başka bir kanun tarafından yapılan değişiklik sonucu olduğundan, her seferinde bir veya bir kaç kanunun yürürlükten kaldırıldığına rastlanmaktadır. Ancak bazen çok sayıda kanun da, tek bir kanunla aynı anda yürürlükten kaldırılabilir. Bu konuda ülkemizde kanunların ayıklanması, derlenmesi ve yürürlükte olanların tespiti ile ilgili yapılan bazı çalışmalara atıf yapmak isterim<sup>11</sup>. Bunun sonucunda, 4.11.1988 tarihli "Uygulama İmkânı Kalmamış Olan Kanunların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair" 3488 sayılı Kanunla, güncelliği kalmadığı tespit edilen 1652 adet kanun yürürlükten kaldırılmıştır<sup>12</sup>. Benzeri şekilde, 26.4.2007 tarihli "Uygulama İmkânı Kalmamış Bazı Kanunların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair" 3488 sayılı Kanunla da 118 adet kanun yürürlükten kaldırılmıştır<sup>13</sup>.

Kanun koyucu yürürlükten kaldırmayı, her zaman bu şekilde açıkça yapmamakta ve çıkardığı kanuna “diğer kanunların, bu Kanuna aykırı hükümleri ortadan kaldırılmıştır” yollu bir hüküm de koyabilmektedir. Bu tür hükümler de, açık yürürlükten kaldırma olarak kabul edilmektedir. Aslında böyle bir genel atıfla yetinilmesi, uygulamada çeşitli tereddütlere yol açması bakımından yerinde değildir.

Açık yürürlükten kaldırmanın diğer bir çeşidi ise, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarıdır.

Kanun koyucu bazı durumlarda ise, bir kanunu yürürlükten kaldırdığını açıkça belirtmekle birlikte, bir kanunu üstü kapalı olarak da yürürlükten kaldırabilmektedir. Bu durum, genellikle hükümleri çelişen (çatışan) kanunlar (hükümler) bakımından karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durumda, (hukukî karmaşa yaratacak olması sebebiyle) çelişen kanunların aynı anda uygulanması mümkün olmadığından, çelişen

konuyu düzenlemekte olmaları da önemlidir; düzenleme konularında (kapsamda ve içerikte) fark varsa, zaten çelişik düzenlemeden söz edilemez ve sonraki tarihli kanunun daha önceki kanunu yürürlükten kaldırması sonucuna varılamaz.

ii) Çelişen kanunlardan birinin genel kanun, diğerinin özel kanun olması halinde ise, kanunun çözümlenmesi, biraz daha hassasiyet gerektirir. Çünkü, hangi kanunun (daha doğru bir ifadeyle, kanun hükmünün), diğerine oranla genel veya özel nitelikte olduğunun tespiti, her zaman kolay değildir. Yukarıda açıklandığı üzere, toplumsal ilişkilerin geniş bir alanına giren bütün hukukî olayları düzenleyen bir kanun, genel kanun kabul edilir. Örneğin, Türk Medenî Kanunu veya Türk Ceza Kanunu bu anlamda genel kanundur. Buna karşılık, toplumsal ilişkilerin dar bir alanını düzenleyen kanunlar ise, özel kanunlardır. Örneğin, Dernekler Kanunu (Türk Medenî Kanununa göre);

## Bazen genel nitelikteki kanun içindeki bir hüküm “özel”; özel nitelikteki kanun içerisindeki bir hüküm ise “genel” olabilir.

kanunlardan hangisinin uygulanması gerektiğinin (ve buna bağlı olarak diğerinin yürürlükten kalktığıının) tespiti önem arz etmektedir.

Böyle durumlarda, neler yapılması gerektiği konusunda, hukukçular tarafından çok eski tarihlerden beri çeşitli kurallar geliştirilmiştir. Bu konuda Roma hukukundan beri kabul edilen ana kural, sonraki tarihli kanunun, eski tarihli kanunu yürürlükten kaldırmasıdır (lex posterior derogat legi priori). Ancak, bu kuralın sağlıklı olarak uygulanabilmesi için, kanunların genel veya özel nitelikte olup olmadıklarının da dikkate alınması şarttır. Buna göre:

i) Çelişen kanunların ikisi de genel kanun veya ikisi de özel kanun ise yeni kanun, eski kanuna üstün tutulur ve eski kanun değil, yeni kanun uygulanır. Böylece, yeni tarihli kanunun, eski tarihli kanunu üstü kapalı (zımnen) yürürlükten kaldırdığı kabul edilir. Ancak burada, çelişen kanunların (hükümlerin) aynı

Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun (Türk Ceza Kanununa göre) özel kanundur.

Öğretide bu noktada şöyle bir ayırım daha yapılmaktadır: Bütünü ele alındığında bir kanun genel nitelikte ve yine bütünü itibarıyla diğer bir kanun ise ona oranla özel nitelikte olabilir; fakat bunların içerisindeki bütün hükümlerin birer birer aynı ilişki içerisinde (yani, genel kanundaki bütün hükümlerin genel yahut özel kanundaki bütün hükümlerin özel nitelikte) bulunması gerekmez. Bazen genel nitelikteki kanun içindeki bir hüküm “özel”; özel nitelikteki kanun içerisindeki bir hüküm ise “genel” olabilir. Örneğin başlangıç hükümleri (TMK m.1-7) bakımından Türk Medenî Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'na oranla daha geniş bir nitelik taşımakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun hukukî ilişkileri ile ilgili olan hükümleri (m.1-48, m.83-161) Türk Medenî Kanunu'ndaki

## Eğer kanun koyucu, aynı konuda farklı amaçlar gütmüş ve bu amaçlar geçerliliklerini aynen sürdürmekte iseler, genel kanunun (genel kanundaki hükmün), özel kanunu (ilgili hükmü) yürürlükten kaldırdığını söylemek doğru olmaz.

bu tür hükümlere göre daha geneldirler. Bunun gibi, birer genel kanun olan Türk Medenî Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ticarî hükümler, Türk Ticaret Kanunu'nun hükümlerine göre özel hükümlerdir<sup>14</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, genel kanun (hüküm) - özel kanun (hüküm) ilişkisi tespit edildikten sonra bakılır:

Aynı konuyu düzenlemeleri şartıyla, özel kanun (genel kanuna oranla) yeni tarihli ise, yeni tarihli özel kanunun eski tarihli genel kanunu (daha ziyade, genel kanunun ilgili hükümlerini) üstü kapalı olarak yürürlükten kaldırdığı kabul edilir. Zira kanun koyucu, genel nitelikli olarak (çeşitli konularla birlikte) çıkarttığı bir kanundan sonraki tarihte aynı konuyu, bu kez özel bir kanunla düzenlerse, kanun koyucunun sırf bu konuda derinliğine bir inceleme yapıp o konuda daha ayrıntılı bir düzenleme yapma ihtiyacı hissettiği anlaşılır ve kanun koyucunun bu iradesine (genel kanuna oranla) üstünlük verilir. Bir özdeyiş olarak bile kabul edildiği üzere, “kanun koyucu gereksiz iş yapmaz (abesle iştigal etmez)” ve kanun çıkartırken mutlaka önemli bir amaçla hareket etmiştir.

Buna karşılık, genel kanun (özel kanuna oranla) yeni tarihli ise, konu yukarıdaki ihtimal gibi kolayca çözümlenemez. Çünkü genel kanun, çoğu kez konuları daha genel kapsamda ele aldığı için, özel kanundaki hükme eşit (kapsam ve içerik yönünden aynı konuyu tıpatıp düzenleyen) hüküm koymamış olabilir. Eğer aynı konu (aynı kapsam ve içerikte) düzenlenmemişse, çelişkiden ve üstü kapalı yürürlükten kaldırmadan söz edilemeyecektir. Her iki kanunun aynı konuyu düzenlemiş olması halinde de, doğru bir sonuca varabilmek için,

“sonraki tarihli genel kanunun önceki tarihli özel kanunu yürürlükten kaldırdığı” yönünde “hızlı karar verilmiş genellemeler” yerine, her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak sonuca varılması şarttır. Burada özellikle, kanun koyucunun her iki kanunu ayrı ayrı tarihlerde çıkartırken güttüğü amacın tespiti çok önemlidir<sup>15</sup>. Eğer kanun koyucu, aynı konuda farklı amaçlar gütmüş ve bu amaçlar geçerliliklerini aynen sürdürmekte iseler, genel kanunun (genel kanundaki hükmün), özel kanunu (ilgili hükmü) yürürlükten kaldırdığını söylemek doğru olmaz. Bu konuya, aşağıda (C'de) yeniden dönülecektir.

Yukarıda, bugüne kadar ülkemizde kabul edilen kanunların sayısının (bu incelemenin yayımlandığı tarihte) 14.089 adet olduğunu belirtmiştim. Bu kanunlardan büyük bir bölümü, zaman içerisinde çeşitli yollarla yürürlükten kaldırıldıkları için yürürlükte değildirler. Somut bir sayı olması bakımından, “Kazancı Bilişim”de verilen (ulaşılan) kanun sayısının (yine bu incelenmenin yayımı tarihinde) 891 adet olduğu dikkate alınır, bu rakamı, (uluslararası anlaşmaları onaylayan kanunlar gibi bazı çok özel nitelikli kanunlar dikkate alınmazsa) yürürlükte bulunan kanun sayısı olarak kabul etmenin mümkün olduğunu değerlendirmekteyim.

### C) BORÇLAR KANUNU/ TÜRK BORÇLAR KANUNU - İŞ KANUNU İLİŞKİSİ

İş hukuku literatüründe de kabul edildiği üzere, iş hukukunun kaynaklarından biri de kanunlardır<sup>16</sup>. Bunların başında hepsinden önce, bireysel iş ilişkilerini (4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu) ve toplu iş ilişkilerini (2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt kanunu) düzenleyen özel kanunlar gelmektedir.

İş hukukunun kaynakları, yalnızca özel kanunlardan ibaret değildir. Genel kanunlar da, iş hukukunun kaynaklarındandır. Bunların arasında, Borçlar Kanunu'nun özel ve önemli bir yeri vardır. Türk Medenî Kanunu'nun 5 inci maddesine göre; “Türk Medenî Kanunu ve Borçlar

Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine de uygulanır". Aslında bu hüküm, her iki kanunun, temel kanun<sup>17</sup> olma özelliğinden kaynaklanmaktadır<sup>18</sup>.

Ülkemizde ayrı İş Kanunu'nun çıkartılmadığı dönemde Borçlar Kanunu, bireysel iş ilişkilerini düzenleyen asıl hukukî düzenleme olarak işlev görmüştür. Ayrı İş Kanunu'nun kabulünden sonra da Borçlar Kanunu; İş Kanunu'na tâbi işçiler bakımından özel kanun niteliğini taşıyan İş Kanunu'nun yanında genel nitelikli (tamamlayıcı) bir kanun olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık, İş Kanunu'na tâbi olmayan işçiler bakımından Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri doğrudan doğruya uygulanmaktadır<sup>19</sup>.

İş kanunlarına göre Borçlar Kanunu'nun genel hüküm niteliğiyle uygulanmasının anlamı şudur:

Uygulanma sırası itibarıyla iş kanunları önce gelir ve Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri ancak İş Kanunu'nda açık hüküm bulunmayan hallerde uygulanır<sup>20</sup>. Buna göre, Borçlar Kanunu'nun örneğin 321, 322, 323/2, 325, 327, 331/2, 332, 336, 337, 339, 349, 348-353 (TBK m.40 0, 403, 405, 407, 417, 427, 429, 444, 445) hükümleri, iş kanunlarına tâbi bireysel iş ilişkilerine, genel hüküm olarak uygulanırlar. Buna karşılık Borçlar Kanunu'nun örneğin, haklı sebeplerle fesih ve tazminatla ilgili 344-335 (TBK m.421, 425) inci maddeleri ile ücretin tehlikede bulunması durumunda rücu ile ilgili hükümleri, İş Kanunu'nda özel olarak açıkça düzenlendiği için, iş ilişkilerinde genel hüküm olarak uygulanamazlar<sup>21</sup>.

Borçlar Kanunu'nun, İş Kanunu'nda açık hüküm bulunmayan durumlarda uygulanmasının nedeni, iş hukukunun işçi lehine hükümler içermesi ve bunların kamu düzeniyle ilgili olarak kabul edilmesinden kaynaklanır. Ayrıca kanun koyucu genel nitelikli olarak (çeşitli konularla birlikte) çıkarttığı Borçlar Kanunu'ndaki hizmet sözleşmesi konusunu sonraki tarihte bu kez özel bir kanun olan İş Kanunu ile düzenlediğine göre, kanun koyucunun sırf bu konuda derinliğine bir inceleme yapıp o konuda daha ayrıntılı bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetti-

ği anlaşılır ve kanun koyucunun, İş Kanunu'nu koyma iradesine (Borçlar Kanunu'na oranla) üstünlük verilir.

İş Kanunu'nun "sürekli ve süreksiz işlerdeki iş sözleşmeleri" kenar başlığını taşıyan 10 uncu maddesinin ikinci fıkrası, "Bu (İş) Kanunun 3, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 75, 80 ve geçici 6 ncı maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır" dediği ve anılan hususlarda açıkça atf yaptığı için Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı tabiidir.

Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 66 ncı maddesi, "Bu Kanunda hüküm olmayan hallerde Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ile hizmet akdini düzenleyen diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır" diyerek, Borçlar Kanunu'nun genel hüküm olarak uygulanacağını belirtmiştir.

Benzeri durum, Sendikalar Kanunu'nun "diğer kanunların uygulanması" kenar başlığını taşıyan "İşçi ve işveren sendikaları ve konfederasyonları hakkında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Medenî Kanun ve Dernekler Kanunu'nun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır" şeklindeki 623 üncü maddesi bakımından da vardır.

Bu hükümler de, özel iş kanunlarının, tek başlarına kendi kendilerine yeten kanunlar olmadığını ve Borçlar Kanunu'nun da, iş hukukunun kaynaklarından biri olduğunu teyit etmektedir.

Bu vesileyle belirtmek gerekirse, 4847 sayılı İş Kanunu ile diğer iş kanunları arasındaki ilişki, genel kanun - özel kanun ilişkisi değildir. Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu, bu Kanunun Genel Gereğesinde ve bazı Yargıtay kararlarıyla bir kısım öğretilerde temel kanun olarak nitelenmekte ve diğer iş kanunları, bu temel kanunun tamamlayıcı parçaları gibi değerlendirilmektedir<sup>22</sup>.

Buraya kadar yapılan açıklamaların, kanunların yorumu ile doğrudan ilişkisi vardır. Bilindiği gibi, kanunların yeterince açık olmaması veya kanunlarda boşluk bulunması halinde yoruma gidilmesi bir ihtiyaçtır.

Bilindiği üzere yorum metotları; sözel (lafzî), amaçsal, tarihsel, mantıksal, sistematik, kavramcı, menfaatler içtihadı gibi türlere ayrılmaktadır. Bunlara, iş hukukundaki “işçi lehine yorum ilkesi”ni de eklemek gerekir<sup>23</sup>. Yorum yaparken kıyas, aksi ile kanıt, öncelik (evleviyet) gibi mantık kurallarından da yararlanılır<sup>24</sup>.

Vurgulamak adına tekrarlayacak olursam; benimsenen ve uygulanan yorum metotları çerçevesinde de iş kanunlarında hüküm bulunmayan durumlarda, genel hükümlerin ve bu arada Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir (TBK m.648). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 22.4.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununu (BK) yürürlükten kaldırmaktadır (TBK m.647).

Borçlar Kanunları, borç ilişkileri hakkında hükümler koyan genel düzenlemelerdir.

Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Gereğesi<sup>25</sup>, bu Kanunu, “temel kanun” olarak nitelemektedir. Yukarıda da belirttiğim üzere temel kanun, bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeler içeren kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendiren, kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları gösteren, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlayan, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğu bulunan kanundur.

Batı ülkelerindeki örneklerinden de bilindiği üzere, borçlar kanunları; sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisinin kaynaklarını; ifa, ifa edilmeme ve üçüncü kişilere etkisi gibi sonuçlarını; sona ermesini ve borç ilişkilerindeki diğer özel durumları düzenler. Borçlar Kanunları, esas itibarıyla, genel kuralların yanı sıra, özel borç ilişkileri denilen çeşitli sözleşme türleri hakkında hükümler de içerirler.

818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 313-354 üncü maddeleri, “hizmet akdi”ne ilişkindir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, bu hükümlere karşılık gelen “özel borç ilişkileri”ni

düzenleyen ikinci kısmının altıncı bölümü olan 393-469 uncu maddeleri, daha ayrıntılıdır ve bazı yeni hükümler getirmektedir. Türk Borçlar Kanunu, “hizmet sözleşmeleri”ni üç ayrı başlık halinde düzenlemiştir: Genel hizmet sözleşmesi (m.393-447); pazarlamacılık sözleşmesi (m.448-460) ve evde hizmet sözleşmesi (m.461-469).

Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Gereğesi<sup>26</sup> göre; «Genel hizmet sözleşmesinin kurulmasını düzenleyen 393 üncü maddenin son fıkrasına, “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur” hükmü eklenecek, işçilerin menfaati korunmuştur. Yürürlükteki Kanunda yer almayan “teslim ve hesap verme borcu”, 396 ncı maddede düzenlenmiş yeni bir hükümdür. Aynı şekilde, “düzenlemelere ve talimata uyma borcu” da 398 inci maddede düzenlenmiş yeni bir hükümdür. Yeni hükümlerden biri de, 403 üncü maddede yer verilen “aracılık ücreti”dir. Aynı şekilde “ikramiye”yi düzenleyen 404 üncü madde, “ücret alacağının haczi, devri ve rehnedilmesi” konusunu düzenleyen 409 uncu madde, “birim ücreti” düzenleyen 411 inci madde, “giderler” kenar başlığını taşıyan 413 üncü madde, “taşıma araçları” kenar başlıklı 414 üncü madde, “giderlerin ödemesi” konusunu düzenleyen 415 inci madde, “işçinin kişiliğinin korunması” ile ilgili 418 ve ibraya ilişkin 419 uncu maddeler, “yıllık izin” ile ilgili 421 ilâ 424 üncü maddeler ile “hizmet ilişkisinin devri”, “sözleşmenin devri”, “feshe karşı koruma”, “haklı sebebe dayanmayan feshin sonuçları”, “işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması”, “sözleşmenin sona ermesinin sonuçları”, “geri verme yükümlülüğü” ile “makbuz hükmünde sayılmama” konularını düzenleyen 427, 428, 433, 437, 438, 441, 442 ve 447 nci maddeler, yürürlükteki Kanunda mevcut olmayan yeni hükümlerdir. İkinci Ayırımında düzenlenen “Pazarlamacılık Sözleşmesi”, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamış olmakla birlikte, uygulamada çok sık karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür. Bu ayırımın içerdiği hükümlerin yer aldığı 448 ilâ 460 ıncı maddeler, tamamen yeni düzenlemelerdir. Üçüncü Ayırımında yer verilen “Evde Hizmet

Sözleşmesi”ne ilişkin 461 ilâ 469 uncu maddeler de yeni düzenlemeler arasındadır”.

Türk Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmesine ilişkin olarak getirdiği hükümlerin bir kısmı, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer alan yepyeni hükümlerdir. Yeni Türk Borçlar Kanunu, eski Borçlar Kanununu yürürlükten kaldırdığı için, 01.07.2012 tarihinden itibaren, (yeni) Türk Borçlar Kanunu’nun uygulanacağı ve (eski) Borçlar Kanunu’nu hükümlerinin yürürlükten kalkacağı kuşkusuzdur.

2011 tarihli 6098 sayılı (yeni) Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin, 2003 tarihli ve 4857 İş Kanunumuzun hükümlerini ne ölçüde etkileyeceği konusuna gelince:

Bu konuda, yukarıda özetlenen “genel kanun-özel kanun” ve “eski tarihli kanun-yeni tarihli kanun” ilişkileri düşünülerek; ilk bakışta, her iki kanunun (aynı konuyu düzenleyen) çelişen hükümleri bakımından, 2011 tarihli ve 6098 sayılı (genel nitelikli) Türk Borçlar Kanunu’nun, 2003 tarihli (özel nitelikli) 4857 sayılı İş Kanunu’nu değiştireceği iddia edilebilir.

Kanımcıca 2011 tarihli (yeni) Türk Borçlar Kanunu, 2003 tarihli İş Kanunumuzu değiştiremeyecektir. Çünkü:

Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Gereğesinde çok açık bir şekilde şöyle denilmektedir: “(Bu Kanunun)<sup>27</sup> Hizmet sözleşmeleri (ile ilgili hükümleri)<sup>28</sup> 4857 sayılı İş Kanunu’nun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanunu’nun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır. Bu düzenlemelerde, İş Kanunu Tasarısını hazırlamış olan akademisyenlerden oluşan bir heyetin hazırladığı rapordan geniş ölçüde yararlanılmıştır”.

Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmeleri ile ilgili hükümlerini, İş Kanunu’na tâbi olmayan işçiler bakımından koymuştur ve Türk Borçlar Kanunu’nun bu konudaki hükümleri İş Kanunu’na tâbi işçiler bakımından geçerli değildir.

İş Kanunu’nun uygulama kapsamını belirleyen 1 inci maddesi ile İş Kanunu’nun uygulanmayacağı iş ve iş ilişkilerini (istisnaları) belirle-

yen 4 üncü madde hükümlerine bakıldığında; Türk Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin İş Kanununun uygulanmayacağı iş ve iş ilişkilerinde uygulanacağı sonucuna varılır.

Yukarıda da çeşitli kez belirtildiği üzere; yeni tarihli genel kanunun (hükümlerinin), eski tarihli özel kanunu (hükümlerini) yürürlükten kaldırabilmesi için, her iki kanunun aynı konuyu düzenlemeleri yetmez, bu kanunların kapsam ve içeriğinin de aynı olması gerekir. İlk bakışta Türk Borçlar Kanunu’nun da, İş Kanunu’nun da hizmet sözleşmelerini düzenlediği bir olgu ise de, her iki kanunun uygulanacağı kişiler (işçiler) farklıdır.

Bu durumda, her iki kanunun kapsamında bir örtüşme ve çelişme bulunmamaktadır. Kanun koyucu, bu hükümleri koyarken güttüğü amacını, Genel Gereğede çok açık bir şekilde dile getirmiştir. Kanun koyucunun Türk Borçlar Kanunu’nu koymadaki amacı ile, 2003 yılında İş Kanunu’nu kabul ederken güttüğü amaç, aynı zamanda geçerliliklerini aynen sürdürmektedir<sup>29</sup>.

Her iki kanun arasındaki kapsam farkı (kanunların uygulanacağı kişilerin farklılığı), Genel Gereğede yer alan, “(Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki)<sup>30</sup> bu işçiler ile İş Kanunu’nun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır” ibaresi ile de pekiştirilmiştir. Örneğin 393 üncü maddede tanımin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 8 inci maddesi göz önünde tutularak kaleme alındığı; hizmet sözleşmesinin kurulması ile ilgili 394 üncü maddedeki şekil serbestliğinin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 8 inci maddesine paralel olduğu belirtilmiş ve 402, 409, 417, 425, 426, 428, 429, 430, 432, 434, 436 ncı madde gereğelerinde de 4857 sayılı İş Kanunu’na yollama yapılarak açıklamalarda bulunulmuştur.

Kanun koyucunun, böylece 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun çıkarılış tarihi itibarıyla eksik ve hatalı olan hükümlerini, daha yeni olan İş Kanunu hükümleri ile uygulamayı göz önünde bulundurarak değiştirdiği ve böylelikle İş Kanunu hükümlerine tâbi olmayan işçiler için uygulanacak hizmet sözleşmesi hükümlerini çağdaş hale getirdiği kanısındayım.



Sonuç olarak; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerinin, uygulama alanlarının (haklarında uygulanacak kişilerin) farklı olması sebebiyle 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerini değiştirmediğini değerlendirmekteyim.

## DİPNOTLAR

- 1 Bkz: Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1977, s.5 vd.; ayrıca bkz. İonna Kuçuradi, Norm Oluşturma ve Norm Koyma Sorunları (Norm Koyma ve Hüküm Verme, Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara 2009, s.13-19); Zeki Hafizoğulları, Ceza Normu, Normatif Bir yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1987, s.17 vd., 81 vd.
- 2 Bilge s.40 vd., 50 vd.
- 3 Erdoğan Teziç, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s.34 vd.; Erdoğan Göger, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1976, s.69 vd.; Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2001, s.93 vd.
- 4 Teziç, s.36'dan naklen.
- 5 İbrahim Araç/Şeref İba, Türkiye'de Yasa Önerisi hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine (AÜSBFD cilt 58/3, s.35-59), s. 43 vd.
- 6 Buradaki "sürelî kanun"u, Osmanlı Döneminde rastlanan "Muvakkat (geçici) kanun" uygulaması ile karıştırmamak gerekir. Oradaki muvakkat kanunlar, Parlamentonun toplantıda olmadığı zamanlarda, belli şartlara bağlı olarak ve bazı konularda Padişah iradesiyle Bakanlar Kuruluna tanınan yetki çerçevesinde çıkarılan kanun niteliğindeki hukuk kurallarıdır.
- 7 TBMM İç Tüzüğü'nün 91. maddesinde düzenlenen "temel kanunlar" hükmü, Anayasa Mahkemesince iptal etmişti (31.1.2002, 129/24: Resmî Gazete 18.6.2002, sayı:24789). Bu konu daha sonra 30.6.2005 tarihli değişikliklerle yeniden düzenlendi
- 8 Bkz. Araç/İba s.44
- 9 Bkz. bu konuda: Ali Nazım Sözer, Yeni Bir Bilim Dalı: Yasa Yapma Öğretisi (Norm Koyma ve Hüküm Verme, Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara 2009, s.69-101), s.73 vd.; Arzu Oğuz, Karşılaştırmalı Hukukun Norm Koyma Faaliyetindeki İşlevi (Norm Koyma ve Hüküm Verme, Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara 2009,107-120); İbrahim Kaplan, Kanun Yapma Sanatı ve tekniği (AÜSBFD cilt 47/1-2, s.99-101); Bahri Savcı, Kanun Tekniği İle İlgili Meseleler Üzerine Bir Seminer (AÜSBFD cilt XVI/4, s.205-215); Bülent Dâver, Kanunla İlgili Meseleler (AÜSBFD cilt XVI/4, s.216-246); Nihan Yancı Özalp, Türkiye'de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu mu, Nitelik Sorunu mu? (AÜSBFD cilt 61/1 s.268-295); Ali Em, Kanunların ve İdari Düzenleyici Tasarrufların Yapım Tekniği, Ankara 1997.
- 10 Resmî Gazete 17.2.2006, sayı:26083.
- 11 Bkz. bu konuda: Kanunların Ayıklanması, Derlenmesi ve Yürürlükte Olanların Tespiti Hakkında Ülkemizde Çalışmalar, "Devlet Planlama Teşkilatı 8/3463 sayılı Kararname ile Kurulan Türk Mevzuatının Yönetimi ve Yeniden Düzenlenmesi Projesi Yönetim Kurulu Çalışmaları", Ankara Mart 1983; Türk Mevzuatının Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili İlkeler ve Öneriler, "Devlet Planlama Teşkilatı, Türk Mevzuatının Yönetimi ve Yeniden Düzenlenmesi Projesi Yönetim Kurulu Raporu", Ankara Ağustos 1983. s.5
- 12 Bkz. Resmî Gazete 8.11.1988, sayı: 19983.
- 13 Bkz. Resmî Gazete, 2.5.2007, sayı: 26510.
- 14 Bilge s.261; Göger s.80-81, 99-101; Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1992, s.143-144.
- 15 Bkz. bu konuda çeşitli örnekler için Bilge s. 262.
- 16 Örneğin bkz. Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara 2004, s.39 vd.; Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2002, s.49 vd.; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s.14 vd., 24 vd.
- 17 Bkz. yuk. dipnot 8 ve civarı.
- 18 Borçlar hukuku kurallarının İş hukuku ile ilgili isimsiz sözleşmelerde geçerli olup olmadığı hakkında bkz. Erdem Erdenk, İş Hukukunda İsimsiz (Karma ve Kendine Özgü) Sözleşmeler, İstanbul 2008, s.17 vd., 114 vd. Muvazaa ile ilgili benzeri bir durum için bkz. İbrahim Aydın, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008.
- 19 Mollamahmutoğlu s.47.
- 20 Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968, s.36-37.
- 21 Mollamahmutoğlu s.47.
- 22 Mehmet Uçum/Hüseyin Karataş, İşçilik Hakları Bakımından İş Kanunu - Basın İş Kanunu Karşılaştırması (http://www.turkhukuksitesi.com/makale); Nuray Gökçek Karaca, Basın İş Kanununa Göre İş Süresi ve Fazla Çalışma, (Kamu-İş cilt 7, 2004/3 s.2-1) s.2 dipnot 4.
- 23 Ersel Aslan, Türk İş Hukukunda İşçi Lehine (Yararına) Yorum İlkesi (http://www.burhanvandas.com/yazilar). Bkz. ayrıca örneğin Yargıtay HGK 17.6.2009, 9-232/278.
- 24 Kemal Gözler, Hukuk Genel Teorisine Giriş: Hukuk normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1996; Şener Akyol, Sözleşmenin Yorumu, İstanbul 2010; Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.
- 25 Genel Gereke için bkz.: TBMM Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499) Dönem: 23 Yasama Yılı: 3 (S. Sayısı: 321).
- 26 Bkz. yuk. dipnot 25'de anılan yer.
- 27 Parantez içindeki italik ibare, anlamayı kolaylaştırmak amacıyla, elinizdeki incelemenin yazarı (EY) tarafından eklenmiştir.
- 28 Bkz. yuk. dipnot 27.
- 29 Bkz. yuk. dipnot 15 civarı.
- 30 Bkz. yuk. dipnot 27.

## 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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 üzere<sup>3</sup> bazılarına dair incelemeler de yayınlanmıştır<sup>4</sup>.

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 gibi<sup>5</sup>. 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 görülür<sup>6</sup>. Aksi durumda mirasçılar için zorunlu bir çalışmadan söz etmek gerekirdi<sup>7</sup>. 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 edilir<sup>8</sup>. 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 çıkarılmaktadır<sup>9</sup>.

2. Buna karşın, işverenin ölümü, Türk ve İsviçre hukukunda ilke olarak iş sözleşmesine son vermez. Çünkü, hizmet sözleşmesinde işverenin kişiliği önemli değildir. O ölünce sözleşme onun mirasçısıyla 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 söylenmektedir<sup>10</sup>. 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 sürülmektedir<sup>11</sup>. 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 görülmektedir<sup>12</sup>.

## 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 benimsenir<sup>13</sup>. Aksi durumda mirasçılar için zorunlu bir çalışmadan söz etmek gerekirdi<sup>14</sup>. 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 edilmektedir<sup>15</sup>. 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 olmuştur<sup>16</sup>. Dolayısıyla ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı halen tartışmalı bulunmaktadır<sup>17</sup>.

**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 taşıyacaktır<sup>18</sup>. 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 değerlendirilemez<sup>19</sup>. 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 ödemededen 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 ödemededen 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 ödemededen 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 olmaktadır<sup>20</sup>.

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 gerekir<sup>21</sup>. 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 tanımıştır<sup>22</sup>. 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 önerilmektedir<sup>23</sup>.

**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 ödeme<sup>24</sup> 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 yapmasıdır<sup>25</sup>. Zira gerek İşK. ve gerekse de DenişK. 'da bunu engelleyen bir kural mevcut değildir.

Bizce, TBK. hükümleri diğer iş yasaları kapsamında 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 algılanmamalıdır<sup>26</sup>. 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 getirmişti<sup>27</sup>.

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 sürülmektedir<sup>28</sup>. Fakat bizce de, bu ödeme bir kıdem tazminatı değildir ve ödenmesi, işçinin kıdem hakkına sahip olmasını da gerektirmez<sup>29</sup> 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 söylenmelidir<sup>30</sup>.

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 sürmüştü 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 öngörmektedir<sup>31</sup>. 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



söylenebilir. 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 itibariyle 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 ayırimcılık 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 böyledir<sup>32</sup>. 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 düşünüyoruz<sup>33</sup>. 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 süreli hakkaniyete uygun tazminatın da en çok ilgili işçinin ölümüne 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 ettiğinden 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.

# Yeni Borçlar Kanunu Işığında İş Sözleşmesinin Devri

## 1. GİRİŞ

Sözleşmenin devri, borç ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükleri esas kabul eden görüşe göre, “sözleşme ilişkisine tüm hak ve borçlara sahip olacak şekilde girmek” olarak tanımlanmıştır. Borç ilişkisini esas alan bir diğer görüş ise, sözleşmenin devrini, “sözleşmede yer alan bir tarafın bu ilişkiden ayrılarak, yerine yeni bir kimsenin girmesi” olarak tanımlamıştır<sup>1</sup>. Sözleşmenin devri, esas itibariyle sözleşmenin taraflarından birinin yine bir sözleşme ile değişmesidir. Sözleşmenin devrinde, sözleşmenin taraflarından biri, borç ilişkisinden ayrılır ve yerine gelen üçüncü bir kişi, bu borç ilişkisinden doğan bütün hak ve borçlara sahip olur<sup>2</sup>. Kanunen, karşı tarafın rızasına ihtiyaç duyulmadan, sözleşmenin tarafının kendiliğinden değiştiği durumlar, kanuni sözleşmenin devri olarak adlandırılabilir<sup>3</sup>. Sözleşmenin kanunen devrinde, iradi devirden farklı olarak, tarafların iradelerinin bir önemi yoktur<sup>4</sup>.

Borçlar Kanunu'nda, sözleşmeden doğan

borç ilişkisinin içerdiği alacak hakkının temlik edilmesi ve borcun nakli düzenlenmiştir. Ancak, borç ilişkisinin bir bütün olarak devri yani, sözleşmenin devri genel bir hüküm ile düzenlenmemiştir<sup>5</sup>. Kanun bazı sözleşmeler bakımından gerekli gördüğü yerlerde, sözleşmenin taraflarının Kanun gereği değişmesini kabul etmiştir<sup>6</sup>. Özel bir düzenleme bulunmadıkça, taraf olma durumunu devretmek isteyen kişi, sözleşmeden doğan alacaklarını ve borçlarını usulüne uygun olarak ayrı ayrı devretmelidir. Devreden, devralan ve sözleşmenin karşı tarafının yazılı olarak anlaşması da aynı sonucu sağlamaktadır<sup>7</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>8</sup>, sözleşmenin devri konusunda düzenlemeye yer vermiştir. Ayrıca, Yeni Borçlar Kanunu bazı sözleşmeler bakımından sözleşmenin devrini özel hükme bağlamıştır. İş sözleşmesi bakımından da bu konuda düzenlemeye yer verilmiştir. Aşağıda iş sözleşmesinin devri, 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen düzenlemeler ışığında ele alınacaktır.



## II. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN YAPISINI AÇIKLAYAN TEORİLER

Sözleşmenin devrini açıklayan iki teori bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kombinasyon teorisidir. Kombinasyon teorisine göre, sözleşmenin devri alacağın temlik ve borcun nakli işlemlerinin birlikte yapılması, yani kombine edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu teoriye göre, sözleşme ilişkisi borç ve alacak olarak ikiye bölünmekte ve her biri kendine özgü şekilde üçüncü bir kişiye temlik edilmektedir<sup>9</sup>. Sözleşmenin yüklenilmesi ile birlikte alacaklar, borçlar ve yenilik doğuran haklar üçüncü kişiye geçer<sup>10</sup>. Bu teori, borç ilişkisinin sadece alacak ve borçtan oluşmaması ve yenilik doğuran hakların da üçüncü kişiye geçtiği görüşünü açıklamada yetersiz kalması sebebiyle eleştirilmiştir<sup>11</sup>. Bu teoriye göre, sözleşmenin devrine alacağın temlik ve borcun nakline ilişkin hükümler uygulanacaktır<sup>12</sup>.

Birlik teorisine göre ise, sözleşmenin devrinin konusu sözleşme ilişkisinin kendisidir, yani sözleşme ilişkisi alacak ve borç şeklinde unsurlara ayrılamaz ve bu nedenle, sözleşme serbestisi uyarınca tek bir hukuki işlemle sözleşmenin devri gerçekleştirilmektedir<sup>13</sup>. Bu teoriye göre, sözleşmenin devri kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmeli ve tek bir işlemle sözleşmenin tarafı değiştirilmelidir. Bu işlem ile, sözleşme ilişkisinin içeriği değişmez, ancak taraflarından biri değişir. Kombinasyon teorisinden farklı olarak, borç ilişkisi bir bütün olarak üçüncü kişiye geçmektedir<sup>14</sup>. YBK da sözleşmenin devrini düzenlerken, sözleşmeden doğan hak ve borçların bir bütün olarak devralana geçeceğini kabul etmektedir. Birlik teorisine göre, sözleşmenin devrine YBK yürürlüğe girene kadar Kanun'da bir hüküm bulunmaması nedeniyle, alacağın temlik ve borcun nakline ilişkin hükümler uygun düştükleri ölçüde kıyasen uygulanacaktır. Bunun dışında, hakimin hukuk yaratması yoluna başvurulmalıdır<sup>15</sup>.

Sözleşmenin devri kurumunun hukuki niteliği tartışmalıdır. Sözleşmenin devri "üç taraflı kendine özgü" bir sözleşmedir. Sözleşmenin devri Kanun'da düzenlenmediğinden isimsiz

sözleşme olarak kabul edilebilir<sup>16</sup>. Sözleşmenin devrinde, alacağın temlik ve borcun naklinden farklı olarak yerini aldığı tarafın sözleşme ilişkisindeki hukuki durumu kazanılır. Alacağın temlik veya borcun naklinde ise, sadece devralanan alacak ya da yüklenilen borç üçüncü kişiye geçer<sup>17</sup>. Sözleşmenin devri bir halefiyet işlemidir. Sözleşmeyi devralan taraf, devreden hak ve borçlarına kapsam ve içeriği bakımından aynı şartlarla sahip olmaktadır. Sözleşmeyi devralan taraf ve sözleşmede kalan taraf arasında sanki baştan itibaren bir sözleşme varmış gibidir<sup>18</sup>.

## III. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞARTLARI

### 1. SÖZLEŞMEYE DAYANAN BİR BORÇ İLİŞKİSİNİN VARLIĞI

Borç ilişkisi, Borçlar Kanunun'da tanımlanmamıştır. Borç ilişkisinin tanımının yapılabilmesi için, öncelikle borcun tanımı yapılmalıdır. Borç deyiminin iki ayrı anlamı vardır.

Geniş anlamda borç veya borç ilişkisi, iki taraf arasındaki hukuki bağıdır ve bu bağ gereği, bir taraf bir edimi (vermek, yapmak veya yapmamak) yerine getirme borcu altında, diğer taraf ise, bu edimin yerine getirilmesini talep etmek hakkına sahiptir. Borç deyimini ile çoğunlukla ifade edilmek istenen bu borç ilişkisidir<sup>19</sup>. Yani, borç ilişkisinde üç temel unsur vardır: Borçlu, borçlunun borcunun konusu olan edim ve alacaklı<sup>20</sup>. Geniş anlamda borç ilişkisinde birden çok borç yer alabilir. Örneğin alım-satım sözleşmesinde, tarafların karşılıklı borçları birden fazladır. Geniş anlamı ile borç ilişkisi bu borçların hepsini kapsamaktadır. Geniş anlamı ile borç ilişkisinde, asli borçlardan başka yan borçlar da yer alabilir. Örneğin, alım-satım sözleşmesinde satılan malın ambalajı konusunda taraflar anlaşarak bir yan borç oluşturabilirler<sup>21</sup>. Ayrıca, borç ilişkisinde borçlardan başka yenilik doğuran haklar, def-iler ve yetkiler de bulunabilir<sup>22</sup>.

Dar anlamda borç ise, iki kişiden birinin diğerine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu şeyi yani, bir borç ilişkisindeki çeşitli borçlardan her birini ifade eder<sup>23</sup>.

Borç ilişkisi ve borç arasındaki fark, alacağın temlikinde anlaşılmaktadır. Alacağın temlikinde, sadece alacak hakkı üçüncü bir kimseye devredilmektedir, yoksa sözleşmenin tarafı olma niteliği devreden kimsede kalmaktadır<sup>24</sup>.

Sözleşmenin devrinin mümkün olabilmesi için taraflar arasında sözleşmeye dayanan ani ya da sürekli edimli bir borç ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Sözleşmenin devrinde, tasarruf işleminin konusu işte bu borç ilişkisidir. Bu nedenle, taraflar arasında geçerli bir sözleşme bulunmalıdır. Sözleşmenin ahlaka aykırısı, kanuna aykırı ya da konusunun imkansız olmaması gerekmektedir<sup>25</sup>. Askıda hükümsüz olan bir sözleşme bu hali ile devredilebilir<sup>26</sup>.

İfa ile sona ermiş bir sözleşmenin ya da dönme veya fesih beyanı ile tasfiye ilişkisine dönmüş bir sözleşmenin devri mümkün değildir. Devredilecek sözleşmenin süresinin de geçmemiş olması gerekmektedir. İleride gerçekleşecek bir sözleşmenin devredilmesi mümkün değildir, çünkü sözleşmenin devri için üç tarafın rızası gerekmektedir ve ileride yapılacak bir sözleşme bakımından bu şart gerçekleştirilememektedir<sup>27</sup>.

Devredilmek istenen sözleşme, iki tarafa veya tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olabilir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin alacağın temliki veya borcun nakli hükümlerine göre devredileceği ileri sürülmektedir. Ancak, bu durumda da, sözleşme ilişkisinin tek bir edimden oluşmadığı göz önüne alınmalı ve bu durumda da sözleşmenin devri ile borç ilişkisinin yüklenilmesinin gerektiği kabul edilmiştir<sup>28</sup>.

## 2. BORÇ İLİŞKİSİNİN DEVREDİLEBİLİR NİTELİKTE OLMASI

Borçlar Kanunu'nun 67. maddesine göre, kural olarak borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde, alacaklının bir yararı bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir. Ancak, borçlunun kişiliğinin önem taşıdığı durumlarda, borçlu borcunu bizzat ifa etmek zorundadır<sup>29</sup>. Şahsa bağlı sözleşme ilişkileri devredilemezler. Sözleşmenin yüklenilmesi, şahsa bağlı olmayan sözleşmeler için söz ko-

nusudur<sup>30</sup>. İş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel bir ilişki kurması nedeniyle devredilebilir niteliğe sahip olup olmadığı ileride incelenecektir.

Taraflar aralarında, sözleşmenin devrini yasaklayan bir anlaşma yapmışlarsa, bu yasak kaldırılmadığı sürece, sözleşmenin devri mümkün olmaz.

## 3. SÖZLEŞMEYE KATILAN TARAFLARIN RIZALARININ BULUNMASI

Sözleşmenin devri, üç taraflı kendine özgü bir sözleşmedir. Bu nedenle, sözleşmenin devri sadece devreden ve yüklenen arasında yapılacak bir anlaşma ile mümkün değildir. Sözleşmenin devrinin hüküm ifade etmesi için, devreden ve yüklenen arasında yapılan anlaşmanın, sözleşmede kalan taraf tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Bu üç taraf aynı anda sözleşmenin devri işlemini gerçekleştirebilecekleri gibi, sözleşmeden kalan tarafın önceden ya da sonradan göstereceği rıza ile de gerçekleştirilebilir<sup>31</sup>. BK. m. 1/II uyarınca tarafların iradeleri açık ya da zımni olabilir. Eren, irade beyanının iradi fiillerle de yapılabileceğini kabul etmektedir<sup>32</sup>.

Sözleşmenin devrinde, sözleşmede kalan tarafın göstereceği rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Kombinasyon teorisini savunan görüş, sözleşmede kalan tarafın göstereceği bu rızayı, borcun nakline verilen rıza mahiyetinde görmektedir<sup>33</sup>. Bir fikre göre ise, sözleşmenin devri ancak üç taraflı kendine özgü bir sözleşme ile mümkün olabileceğinden, sözleşmede kalan tarafın rızası, sözleşmenin devrinde kurucu unsurdur ve devreden ve yüklenenin anlaşması bir icap olarak değerlendirilir<sup>34</sup>. Bir başka görüş, devreden ve yüklenen arasında yapılan anlaşmanın, sözleşmede kalan tarafın rızası alınana kadar askıda hükümsüz olduğunu kabul etmektedir. Böylece işlem, iki taraflı anlaşma ve tamamlayıcı işlem olarak sözleşmede kalan tarafın rıza ile bu işleme katılması şeklinde gerçekleştirilebilir<sup>35</sup>.

Sözleşmede kalan tarafından, devreden ve yüklenen arasında yapılan anlaşmaya rıza gösterilmesi, devreden ve yüklenen arasında ya-

pılan anlaşmadan önce veya sonra yapılabilir. Ancak, sözleşmede kalan taraf, sözleşmeyi devir rızasını önceden göstermekle beraber, devreden ve yüklenen tarafın iradelerini açıklamalarının ardından, kendisine ihbar yapılmasını esaslı unsur haline getirmiş olabilir. Bu durumda, ihbar yapılmadan sözleşmenin devri gerçekleşmiş sayılmaz. Sözleşmenin devri konusunda önceden gösterilen rızanın geçerliliği borçlar hukukunda tartışmalıdır. Sözleşmenin bir tarafı, sözleşmenin devrine ilişkin önceden rıza göstermekle birlikte, sözleşmeyi devralacak kişinin belirlenmesi bakımından onay hakkını saklı tutmuşsa, bu kayıt geçerlidir. Ancak, kimliği belli olmayan bir kişinin sözleşmenin tarafı olması konusunda önceden onay verilmesi durumunda, bir görüş, bu kaydın, süresiz ve geri alınmaz bir icap olarak kabul edilemeyeceğini ve sözleşmenin bir tarafına sözleşmeye kendisi yerine istediği bir kimseyi geçirmesi yönünde verilmiş bir yetki olarak yorumlanamayacağını, bunun ancak sözleşmenin devredilebilir nitelikte olduğunu gösterdiğini kabul etmektedir. Bir başka görüş ise, bu kaydın, sözleşmenin devri işlemine katılmaktan feragat anlamı taşıdığını savunmaktadır<sup>36</sup>.

#### 4. SÖZLEŞMENİN DEVRİNDE ŞEKİL

BK. m. 11 uyarınca, borçlar hukukunda şekil serbestisi prensibi hakimdir. Ancak, Kanun, bazı sözleşmelerin geçerliliği bakımından şekil şartı öngörmüştür. Kanun'un öngördüğü şekil kurallarının hepsi geçerlilik şekli değildir. Bazen de ispat şekli olarak bir şekil kuralı öngörülmüş olabilir. Ya da, taraflar aralarında yapmış oldukları bir anlaşma ile yapılmak istenen sözleşmeyi şekil şartına bağlayabilirler (BK .m. 16/D)<sup>37</sup>.

Sözleşmenin devri Kanun'da bir şekle tabi kılınmamıştır. Sözleşmenin devri sözleşme serbestisi prensibine göre sözlü, yazılı ya da bir davranışla mümkün olabilir<sup>38</sup>. Ancak, sözleşmenin devrine konu olan sözleşme, Kanunen bir şekil şartına tabi ise, devir sözleşmesinin de bu şekil şartına uygun yapılar yapılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, devir sözleşmesinin devredilen sözleşmenin tabi olduğu şekil şartına tabi olduğunu kabul etmektedir<sup>39</sup>. Diğer

görüş, asıl sözleşmenin şekle tabi olması, devir sözleşmesinin de şekle tabi olduğu sonucunu doğurmayacağını, bu durumda, asıl sözleşmenin şekle tabi olmasına ilişkin düzenlemenin amacının göz önünde tutulmasını savunmaktadır. Ancak, şekil şartı hukuk güvenliğinin korunması için getirilmişse, sözleşmenin devri de aynı şekle tabidir<sup>40</sup>.

Sözleşmenin devri, devreden ve yüklenen arasında yapılan anlaşmanın, sözleşmede kalan taraf tarafından rıza gösterilmesi şeklinde gerçekleşiyorsa, rıza şekle tabi değildir<sup>41</sup>.

Yeni Borçlar Kanunu şekil konusundaki tartışmalara bir son vererek, sözleşmenin devrinin, devredilmek istenen sözleşmenin tabi olduğu şekil kuralına tabi olacağını kabul etmiştir. Sözleşmenin devrine önceden verilen izin veya sonradan verilen onay da şeklin kapsamına alınmıştır.

#### IV. SÖZLEŞMENİN DEVRİNE İLİŞKİN YENİ BORÇLAR KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEME

Sözleşmenin devri Borçlar Kanunu'nda yer almamış, YBK'da sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma başlığı ile üçüncü ayırmda düzenlenmiştir.

YBK'da sözleşmenin devri konusu 205. maddede düzenlenmiştir.

YBK. m. 205: "Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır.

Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir.

Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.

Kanundan doğan halefiyet hâlleri ile diğer özel hükümler saklıdır."

YBK'da yapılan düzenlemeye göre, 205. maddenin 1. fıkrasında, sözleşmenin tarafının

değişmesinin, devreden, devralan ve sözleşme-  
de kalan tarafın yapacakları tasarruf sözleşme-  
siyle gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Madde ge-  
rekçesine görüldüğü üzere, sözleşmenin devri  
ile teker teker alacağın temlik veya borcun  
nakli hükümleri uygulanmadan, sözleşmenin  
kurulması anında doğan hak ve borçlar dev-  
ralan tarafa geçmektedir<sup>42</sup>. Ancak, YBK ile ge-  
tirilen düzenleme, yetersiz kalması nedeniyle  
eleştirilmiştir. Sözleşmenin devri konusu ile  
alacağın temlik ve borcun nakline ilişkin hü-  
kümler arasında irtibat kurulmaması sebebiyle,  
bu hükümlerin sözleşmenin devrine uygulan-  
ması ve uygulanacaksa ne oranda uygulanması  
gerektiği açıklığa kavuşmamıştır<sup>43</sup>.

Maddenin 2. fıkrasında, sözleşmenin devri-  
nin sözleşmede kalan taraf tarafından önceden  
verilen izin ile devreden ve devralan arasında  
yapılan borçlandırıcı devir taahhüdünün tasarru-  
fu etki kazanması suretiyle de gerçekleşebile-  
ceği düzenlenmiştir. Buradaki rıza, sözleşme-  
nin tamamlayıcı unsuru değil, kurucu yenilik  
doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Bu nedenle,  
devreden ve devralan arasında sözleşmenin  
iç yüklenilmesinin gerçekleştiği durumlarda,  
sözleşmede kalan tarafın onay vermesi kurucu  
yenilikle doğuran bir beyan niteliğindedir<sup>44</sup>.  
Böylelikle, kanun koyucu, önceden verilen iz-  
nin geçerliliği tartışmalarına da bir çözüm ge-  
tirmiştir.

YBK sözleşmenin devrini, devredilmek isten-  
enen sözleşmenin şekline tabi kılmıştır. Sözleş-  
mede kalan tarafın önceden verdiği izin ve  
sonradan vereceği onay bakımından da bu şek-  
il şartına uyulması gerekmektedir<sup>45</sup>. Ancak,  
 tarafların iradi olarak bir şekil şartı öngördük-  
leri durumlarda, devir sözleşmesinin şekle tabi  
olup olmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer  
verilmemiştir<sup>46</sup>.

Maddenin son fıkrası ile getirilen düzenle-  
mede, kanundan doğan halefiyet halleri ile di-  
ğer özel hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.  
Kanun koyucu, bazı sözleşme tipleri bakımın-  
dan sözleşmenin devrini özel olarak düzenle-  
miştir. Bu hallerde, ilgili kanun hükmü uygula-  
nacaktır. YBK. m. 205 ile getirilen düzenleme  
ise, kanunda özel düzenleme bulunmayan tüm  
sözleşmelerin devri bakımından uygulama alanı  
bulacaktır. İş sözleşmesinin devrine ilişkin

özel düzenleme Kanun'da yer aldığından, YBK  
m. 205 iş sözleşmesinin devri bakımından uy-  
gulama alanı bulmayacaktır.

Yukarıda sözleşmenin devrine ilişkin genel  
esaslar açıklanmıştır. Aşağıda iş sözleşmesinin  
devri ayrıca ele alınıp incelenecektir.

## V. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRİ

İş sözleşmesinin bir bütün olarak, yani tüm  
hak ve borçlarıyla başka bir işverene sürekli  
ve kesin olarak devri İş Kanunu'nda düzen-  
lenmemiştir. Ancak, bu durum iki tarafa borç  
yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesinin  
devredilmesini engellemektedir<sup>47</sup>. İş sözleş-  
mesinin devri ilk olarak yargı kararlarında  
kabul edilmiş ve daha sonra, bu ihtiyacı karşı-  
lamak üzere 4857 sayılı Kanun'un tasarı met-  
ninde, iş sözleşmesinin devrine ilişkin 7. mad-  
de yer almıştır<sup>48</sup>. Anılan maddedeki düzenleme  
şu şekildeydi; "Bir iş sözleşmesinin tarafı olan  
işveren, işçinin rızası ile işin görülmesini talep  
hakkını sürekli olarak başka işverene devredebilir.  
Devir işlemi ile birlikte devreden işveren  
ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona erer ve devralan  
işveren bütün hak ve borçları ile birlikte iş  
sözleşmesinin işveren tarafı sıfatını kazanır." Bu  
düzenleme, iş sözleşmesinin devrinde devralan  
işverenin bütün hak ve borçları ile iş sözleş-  
mesini devralmasını öngörmüştür. Bu madde,  
TBMM'de kabul edilmemiştir ve 4857 sayılı İş  
Kanunu bu hükmün Kanun'dan çıkarılmasıyla  
kabul edilmiştir<sup>49</sup>. YBK iş sözleşmesinin dev-  
rine ilişkin özel hükme yer vermiştir. 1.7.2012  
tarihinde yürürlüğe girecek YBK ile iş sözleş-  
mesinin devri yasal düzenlemeye kavuşacaktır.

Ancak, iş sözleşmesinin devrine ilişkin dü-  
zenlemenin İş Kanunu'ndan çıkarılması, iş sözleş-  
mesinin devrinin mümkün olmadığı anlamına  
gelmez<sup>50</sup>. İş hukukunun niteliklerine uygun  
olarak, iş sözleşmesinin devrinin kabul edil-  
mesi, iş ilişkisinin devamını sağladığı ve işçiyi  
koruduğu için yararlı olacaktır<sup>51</sup>. İş sözleş-  
mesinin, sürekli borç ilişkisi kurması ve karşılıklı  
borç doğuran bir sözleşme olması nedeniyle  
devri mümkündür<sup>52</sup>. Uygulamada ortaya çıkan  
iş sözleşmesinin işçinin rızasının alınması ko-  
şuluyla, işveren tarafından bütün hak ve borç-  
larıyla birlikte bir başka işverene devri öğreti

ve Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir<sup>53</sup>. İş sözleşmesinin devri konusunda yasal dayanağı BK. m. 320<sup>54</sup> oluşturmaktadır<sup>55</sup>. Bu maddede düzenlenen, sadece iş sözleşmesinin bir başka işverene devridir. Yoksa, işyerinin bütün halinde devri ile işveren tarafının değişmesi İş Kanunu m. 6 kapsamına girmektedir<sup>56</sup>. BK. m. 320/II uyarınca, işveren iş görmeyi talep hakkını üçüncü bir kimseye devredebilmektedir. Bu ihtiyaç günümüzde holding veya grup şirketleri arasında, nitelikli işçi ihtiyacının giderilmesi için ortaya çıkmış ve bu konuda İş Kanunu'nda açık bir hükmün bulunmaması nedeniyle genel olarak önem kazanmıştır<sup>57</sup>.

### a) İş Sözleşmesinin Devri ile İşyerinin Devrinin Farkı

İşyerinin devri sonucu iş sözleşmelerinin işveren tarafının kanunen devralan işveren olarak değişmesi durumu ile iş sözleşmesinin tarafların iradesi ile devri sonucu işveren tarafının değişmesini birbirinden ayrı tutmak gerekir. İşyerinin devri İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. İşyerinin devri halinde, işyerinde mevcut tüm iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte başka bir işleme gerek kalmaksızın işyerini devralana geçer. Bunun için gereken tek koşul, işyerinin veya bir bölümünün hukuki bir işleme<sup>58</sup> dayalı olarak devredilmesidir<sup>59</sup>. İşyerinin devri halinde, o işyerindeki tüm iş sözleşmeleri işçilerin rızasına gerek bulunmadan işyerini devralan yeni işverene kendiliğinden (kanuni halefiyet) geçer<sup>60</sup>. İş K. m. 6 uyarınca, iş sözleşmesinin işveren tarafı kanun gereği değişmektedir.

Oysa, iş sözleşmesinin devri için işveren ve yeni işverenin anlaşması yeterli değildir. Bu anlaşmanın işveren, yeni işveren ve işçi arasında üçlü bir sözleşme şeklinde gerçekleşmesi ya da, işveren ve yeni işveren arasında yapılan devir sözleşmesinin işçi tarafından kabul edilmesi devrin gerçekleşmesi için zorunlu kurucu unsurdur<sup>61</sup>. İşçinin devre ilişkin onayı açık ya da örtülü şekilde verilebilir. İşçinin bu onayı vermemesi sebebiyle iş sözleşmesinin fesh edilmesi Yargıtay tarafından haksız fesih kabul edilmektedir<sup>62</sup>. İş sözleşmesinin devrinde, iş ilişkisinin ve iş sözleşmesinin birbirinden ayrıl-

dığı görülmektedir. Devir sonucu, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi sona ermektedir, fakat iş sözleşmesi kesintiye uğramadan yeni işveren ile devam etmektedir<sup>63</sup>. İş sözleşmesinin devrinin sağladığı yarar, işveren feshe bağlı sonuçlara katlanmadan, işçi ise, kıdem süresine bağlı haklarını kaybetmeden bir başka işverenin iş gücü ihtiyacı karşılanmaktadır. Sözleşmenin devri sonucu tüm hak ve borçlar yeni işverene hiç bir değişikliğe uğramadan geçmektedir<sup>64</sup>. Yeni işveren, işçinin çalışma şartlarında değişiklik yapmak istiyorsa, İş K. m. 22<sup>65</sup>'de öngörülen şekilde işçinin yazılı rızası alınmalıdır.

### b) İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin Devre Etkisi

İş sözleşmesinin devri konusunda, sözleşmenin devrinin şartları açıklanırken belirtildiği üzere, ortada geçerli bir sözleşme bulunması şartı bakımından özellik arzeden bir durum bulunmaktadır. İş hukukunda kesin hükümsüzlük işçiyi korumak amacıyla, borçlar hukukundan farklı bir şekilde kabul edilmektedir. İş hukukunda sözleşmenin ifasına başlanmış ise, kesin hükümsüzlüğün sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz sayarak geçmişe yönelik bir etki doğurmayacağı, sözleşmenin ileriye yönelik olarak geçersiz hale geldiği kabul edilmiştir. Çünkü, iş sözleşmesinin baştan itibaren hükümsüz olduğu kabul edilirse, işçinin gördüğü işin iadesi mümkün değildir. Sözleşmenin geçersizliğinin geleceğe yönelik olarak etkilerini doğurması fiili olanaksızlık gerekçesine dayanmaktadır<sup>66</sup>. Bu durumda, örneğin iş sözleşmesi için öngörülen şekil şartının geçerlilik şartı olduğu kabul edilirse, bu şarta uyulmadan yapılan iş sözleşmesi, sözleşmenin geçersizliği ileri sürülene kadar geçerli sayılacağından devre de konu olabilir. Ancak, hükümsüzlüğün ileriye etkili olması kuralı işçiyi korumak için getirilmiş bir kural olması sebebiyle, hükümsüzlüğe neden olan husus, emredici hukuk kurallarına, ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırılık ise, hükümsüzlük iş sözleşmesini baştan itibaren geçersiz hale getireceğinden, böyle bir iş sözleşmesinin devri mümkün olmaz<sup>67</sup>. YBK'nın 394<sup>68</sup>. maddesinin 3. fıkrasında, iş sözleşmesinin geçersizliğinin ileriye etkili olacağını hükme bağlan-

mıştır. Kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi bakımından da, iş sözleşmesi açısından bir sıtır getirilmeli ve sözleşmede kararlaştırılan iş görme borcunun yerine getirilmesinden sonra, kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesine imkân verilmemelidir. İfanın tamamlanmadığı durumlarda da, her ne kadar hükümsüzlük ileriye etkili kabul edilse de, şartlar göz önüne alınarak, hükümsüzlüğün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabilmektedir<sup>69</sup>.

İş sözleşmesinin yapılması sırasında, irade sakatlığının bulunması nedeniyle iptal edilmesi durumunda da yine fiili olanaksızlık gerekçesine dayanarak, hükümsüzlük ileriye etkili olacaktır. Bu nedenle, iptal edilene kadar sözleşmenin devri mümkündür<sup>70</sup>. Ayrıca, İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi düzenlenmiştir. Genel nitelikli iptal sebeplerinin İş Kanunu'nda fesih sebebi olarak düzenlenmesi durumunda, iptal hakkı kullanılamayacak, sözleşmenin haklı nedenle feshi yoluyla sona erdirilmesine öncelik tanınacaktır<sup>71</sup>.

İş sözleşmesinin sona ermemiş olması şartı bakımından, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi halinde, bildirim süresinin içinde devredilep devredilemeyeceği de önem taşır. Bildirim süresi içinde, iş sözleşmesi devam etmektedir ve sözleşmeden doğan hak ve borçlar devam etmektedir. Bu nedenle, bu süre içerisinde de sözleşmenin devrinin mümkün olduğu kabul edilmelidir<sup>72</sup>. Ancak bu konu da doktrinde tartışmalıdır. Bu süreç içerisinde artık sözleşmenin tasfiyesinin başladığı ve bu nedenle devre konu olamayacağı da ileri sürülmektedir<sup>73</sup>. İşverenin, iş sözleşmesini bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle fesh etmesi durumunda (İş K. m. 17/V), Yargıtay sözleşmenin fesih anında son bulduğunu kabul etmektedir<sup>74</sup>. Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda, işçi ile işveren arasında işçinin bildirim süresi içerisindeki iş görme borcunun ibra sözleşmesi ile ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Çünkü ibra sözleşmesi borcu ifa etmeden borçtan kurtulmak konusunda alacaklı ve borçlunun anlaşmasını ifade etmektedir. İbra sonucu, alacaklı işveren işi talep etme alacağından vazgeçerek, işçiyi iş görme borcunu yerine getirme borcundan kurtarmaktadır<sup>75</sup>. Doktrindeki baskın görüş ise, bu halde dahi,

sözleşmenin bildirim süresinin sonunda son bulacağını kabul etmektedir<sup>76</sup>. Doktrindeki görüş doğrultusunda, Yargıtay'dan farklı olarak, taraflar arasında bir ibra sözleşmesi bulunmadığı, sadece alacak hakkını ileri sürmeme taahhüdünün (pactum de non petendo) bulunduğu kabul edilmelidir. Bu durumda, alacaklı ve borçlu arasında borcun ortadan kaldırılması değil, alacak hakkının muhafaza edilmesi fakat, bu hakkın borçluya karşı ileri sürülmesinin engellenmesine ilişkin bir anlaşma söz konusudur<sup>77</sup>. Böylece, işçi ile işveren arasındaki sözleşme bildirim süresinin sonuna kadar geçerli olacak ancak işveren işçiden iş görme borcunu talep edemeyecektir. Doktrindeki görüşe göre, bildirim süresinin sonuna kadar sözleşme geçerli olarak hak ve borçlarını doğurduğundan, devre konu olması mümkündür<sup>78</sup>.

### c) İş Sözleşmesinin Devredilebilir Niteliğinin İncelenmesi

Sözleşmenin devredilebilmesi için devir anlaşmasına konu borç ilişkisinin devredilebilir nitelikte olması gerektiği açıklanmıştır. İş sözleşmesi iş görme borcuyla ilgili olarak, işçinin kişiliğinin dikkate alındığı ve işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran bir sözleşmedir<sup>79</sup>. İş görme borcunun bizzat işçi tarafından yerine getirilmesi kuralı, iş sözleşmesinin kurulmasında işçinin kişiliğinin belirleyici olması yani işçinin kişiliğine duyulan güven ilişkisi kurmasından kaynaklanmaktadır<sup>80</sup>. İş sözleşmesinde işçinin iş görme edimini üçüncü bir kişiye devretmesi, işverenin aksine, iş sözleşmesinin taraflar arasında kişisel bir ilişki kurması nedeniyle sınırlanmaktadır. BK. m. 320/I uyarınca, aksi sözleşmeden ya da halin icabından anlaşılmadığı sürece, işçi iş görme edimini bizzat yerine getirmek zorundadır. İşçinin vasıflı ya da vasıfsız olması sonucu değiştirmemektedir. İşçinin ölümü halinde de bu borç mirasçılara geçmez (BK. m. 347/I)<sup>81</sup>. Ancak, BK. m. 320'de düzenlenen kural emredici nitelikte değildir, taraflar anlaşarak ya da halin gereği işçinin iş görme borcunu sürekli olarak bir başka işçiyeye devretmesine olanak sağlamaktadır. Bu durumda, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi sona ermektedir ve işçinin yerine bir başka işçi

ile yeni bir iş sözleşmesi yapılmaktadır. İşçinin değişmesi iş sözleşmesinin devri anlamına gelmemektedir, çünkü iş sözleşmesinde işçinin kişiliği önem taşır ve işçinin değişmesi sözleşmedeki temel ilişkiyi değiştirdiğinden, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin son bulduğu ve yeni işçi ile yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu kabul edilmelidir<sup>82</sup>.

Buna karşılık, işveren tarafından iş sözleşmesinin kişisellik özelliği, istisnai durumlar dışında önem taşımamaktadır. İş sözleşmesi, işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılmamaktadır. BK. m. 347'de yapılan düzenleme, bunu desteklemektedir. Bu düzenlemeye göre, işverenin ölümü iş sözleşmesini, kural olarak, sona erdirmemektedir. Bu nedenle, iş sözleşmesinin devri, işveren tarafının değişmesi şeklinde mümkün olmaktadır<sup>83</sup>. Devredilecek iş sözleşmesinin türünün bir önemi bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin devri açısından bu konuda bir sınırlamaya gidilmemiştir. Ancak, işverenin kişiliğinin dikkate alındığı sözleşmeler bakımından devredilebilir bir sözleşmenin varlığından bahsedilemez<sup>84</sup>.

#### d) İş Sözleşmesinin Devrinin Geçici İş İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi

İş sözleşmesinin devrine ilişkin bir başka önemli nokta, geçici iş ilişkisi ile bir başka işverene ödünç verilen işçinin, Kanun'daki sürelerin aşılmasına rağmen ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesinin iş sözleşmesinin devri sonucunu doğurup doğurmaya-çağıdır.

Geçici iş ilişkisi İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, "İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur." Geçici iş ilişkisinde işveren, işçisini benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla, iş görme edimini geçici bir süre için başka bir işverene karşı ifa etmesi için devretmektedir. Holding ve şirketler topluluğu içinde kurulan

geçici iş ilişkilerinde, benzer işlerde çalıştırılması koşulu aranmamaktadır. Geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için devir sırasında, işçinin yazılı onayının bulunması gerekmektedir. Geçici iş ilişkisi, ödünç veren işveren, ödünç alan işveren ve işçi arasında kurulan üçlü sözleşme ilişkisine dayanmaktadır<sup>85</sup>. Bir işyerinde ortaya çıkan geçici işçi ihtiyacı bu üçlü ilişkinin kurulmasıyla giderilebilmektedir<sup>86</sup>. Geçici iş ilişkisinde, ödünç veren işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi son bulmamakta, ancak, iş görme borcunu ödünç alan işveren talep etmektedir. İşçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya başlaması ile, işçi, ödünç alan işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirmektedir, fakat ödünç alan işveren ve işçi arasında iş sözleşmesi kurulmaz. Geçici iş ilişkisi işçinin asıl işvereni ile aralarındaki iş sözleşmesinin devri değildir<sup>87</sup>. Ödünç veren işveren, işin görülmesini talep hakkını geçici olarak ödünç alan işverene temlik etmektedir<sup>88</sup>. Buna karşılık, iş sözleşmesinin devrinde, işveren tarafının değişmesi ile, devralan taraf devreden işverenin bütün hak ve borçlarına sahip olmakta, devreden işveren iş sözleşmesine taraf olma sıfatını kaybetmektedir<sup>89</sup>. Kanun, geçici iş ilişkisinin kurulmasını 6 ay ile sınırlamıştır. Bu süre işçinin rızası ile en fazla iki defa yenilenebilir ve böylece toplamda en fazla on sekiz ay sürebilir. Ödünç alan işveren, geçici işçiyi bir başka işverene geçici olarak devredemez çünkü ödünç alan işveren ve geçici işçi arasında bir iş sözleşmesi yoktur. Yani, ödünç alan işveren iş sözleşmesinin tarafı haline gelmemektedir<sup>90</sup>. Geçici iş ilişkisi Kanun'da belirtilen sınırlara uygun olarak belirlenen sürenin sonunda kendiliğinden son bulur. Ancak, bazen bu sürenin dolmasına rağmen, işçi ödünç alan işverenin yanında çalışmaya devam etmektedir. Doktrinde, bu duruma farklı sonuçlar bağlanmıştır. Bir görüş, bu halde sözleşmenin devrinin gerçekleştiğini savunurken, diğer görüş, ödünç veren işveren ile ödünç alan işverenin beraber işveren haline geldiklerini kabul etmektedir<sup>91</sup>. İş sözleşmesinin devrinin gerçekleştiğini savunan görüş bakımından, sözleşmenin devri ancak işçinin onayı ile gerçekleşeceğinden, işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya

devam etmesinin örtülü olarak sözleşmenin devrine onay kabul edilip edilemeyeceğinin üzerinde durulmalıdır. Her ne kadar, işverenler arasında sözleşmenin devrine ilişkin bir anlaşma yapılmış olsa da, bu anlaşmanın işçi tarafından onaylanması gerekmektedir. Bazen işçi, Kanun'da öngörülen azami sürelerden haberi olmadığı için, ödünç veren işverenin yanına döneceği düşüncesi ile, ses çıkarmadan çalışmasını sürdürmüş olabilir. Bu nedenle, bu durumda işçinin örtülü rızasının bulunduğu kabul yerine, sözleşmeye katılma sonucu ödünç alan işverenin de işveren olarak sözleşmeye dahil olduğunun kabulü işçinin korunması bakımından daha isabetli olacaktır<sup>92</sup>. Bu durumda, işverenler arasında sözleşmeye katılma yoluyla müteselsil alacaklılık söz konusu olabilir. Ancak, işverenler arasında müteselsil alacaklı olacakları konusunda anlaşma bulunması gerekir. Aksi takdirde, kural olarak kısmi alacak haklarının doğduğu kabul edilmelidir<sup>93</sup>.

### e) İş Sözleşmesinin Devri Hakkının Saklı Tutulması

İş sözleşmesinin devri bakımından tartışılması gereken bir diğer nokta, sözleşmeyi devir hakkının saklı tutulmasıdır. Bu konu, doktrinde tartışmalıdır. Sözleşmenin devri hakkının saklı tutulmasında, sözleşmede belirtilen bu kayıtların yorumlanması sonucu farklı sonuçlara ulaşılabilir. Eğer, sözleşmede sadece işçinin işyeri değişikliğini kabul ettiği yazıyorsa, buna dayanarak sözleşmenin devri yapılamaz. Ancak, açıkça sözleşmeden işçinin aynı şirkete bağlı farklı işyerlerine devredilebileceği anlaşılıyorsa sözleşmenin devri hakkı saklı tutulmuş sayılır. Bu kayıtlara dayanan uygulamaların dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun olması gerekir. Sözleşmede açıkça işçinin başka bir holding şirketine devredilebileceği kararlaştırılmış olsa bile, bu kayıtların geçerliliği tartışmalıdır<sup>94</sup>. Sözleşmenin devri konusunda önceden gösterilen rızanın geçerliliği borçlar hukukunda da tartışmalı olduğuna değinilmiştir<sup>95</sup>. Bir görüş, BK. m. 320/II uyarınca, sözleşmenin devri hakkını önceden işverene tanıyan hükümlerin geçerli olacağını kabul etmektedir<sup>96</sup>. Diğer görüş ise, İş K. m. 7 uyarınca, geçici iş ilişkisinin kurulmasında

Kanun'un devir anında işçinin yazılı onayını aradığını, bu kuralın evleviyetle sözleşmenin devrine uygulanması gerektiğini ve kanun koyucunun amacı da dikkate alınarak sözleşmeyi devir hakkının önceden işverene tanınmasının geçerli olmadığını savunmaktadır<sup>97</sup>. Bir başka görüş, sözleşmenin devrinin önceden işverene tanınması kayıtlarının ancak, belli bir şirket topluluğunun şirketleri arasında geçerli olacağını savunmaktadır<sup>98</sup>.

### f) İş Sözleşmesinin Devrinin Belli Bir Süre ile Sınırlı Tutulması

İş sözleşmesinin belirli bir süre ile sınırlı olarak devredilmesi ve bu sürenin sonunda işçinin eski işverenin yanına döneceğinin kararlaştırılması durumunda, bu devrin geçerli sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, bu anlaşmanın geçerli olduğunu kabul etmektedir. İşçinin geçici olarak bir başka işveren yanına verilmesi geçici iş ilişkisinin yapısına uygundur. Ancak, İş Kanunu m. 7'de geçici iş ilişkisi için azami bir süre öngörülmüştür. Sözleşmenin belirli süreli olarak devri ile Kanun'un geçici iş ilişkisi için öngördüğü azami sürenin aşılması kanuna karşı hiledir. İşçinin geçici bir süre başka bir işverenin yanında çalışması ve geçici iş ilişkisi için öngörülen azami süre sınırı ile bağlı kalınmak istenmiyorsa, iş sözleşmesinin askıya alınması daha uygun olacaktır<sup>99</sup>. İş sözleşmesi tarafların karşılıklı anlaşması ile askıya alınabilir<sup>100</sup>. İş ilişkilerinde istikrarın sağlanması açısından, iş sözleşmesinin askıya alınması önemli araçlardan biridir<sup>101</sup>. Askı sonucu, iş sözleşmesi geçici olarak hükümlerini doğurmaz. Daha sonra, sözleşme tekrar askı öncesinde olduğu gibi hükümlerini doğurmaya devam eder<sup>102</sup>. Ancak, işçi ve işveren sözleşmenin tarafı olarak kaldıklarından, iş sözleşmesinden doğan ikinci derecedeki hak ve borçlar varlıklarını sürdürmektedirler<sup>103</sup>. İşveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi askıya alındığında, işçi bir başka işverenin yanında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışır ve böylece işveren ile işçi arasındaki iş ilişkisi sona ermeden, işçi işverenin yanına dönme garantisine sahip olarak, geçici iş ilişkisindeki sürelerle bağlı kalmaksızın başka bir işverenin yanında çalışma imkânına sahip ol-



maktadır. İşçi bakımından bu yola başvurulması, sözleşmenin devrinden daha avantajlıdır<sup>104</sup>.

YBK ile getirilen düzenlemede, iş sözleşmesinin başka bir işverene sürekli olarak devri düzenlenmiştir (YBK. m. 429/D). Bu düzenlemeye göre, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak devri artık mümkün olamayacaktır.

Uygulamada, işverenler, iş sözleşmesinin devri kurumunu dolanmak için, işçiyi birbirini izleyen iş sözleşmeleri yapılarak farklı işverenler yanında çalıştırmaktadırlar. İşçinin iş sözleşmesinin fesh edilme ve yeni bir iş sözleşmesi ile başka bir işveren yanında çalışmaya başlamasının sağlanması, işçinin, yıllık ücretli izin, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı gibi kıdeme bağlı hakları bakımından hak kaybına uğramasına yol açmaktadır. Bu durum MK. m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaktadır. Bu durumda, fesih ve yeni iş sözleşmesi yapılması işlemleri yok sayılmalı ve tarafların gerçek iradesi sonucu yapılmak istenen sözleşmenin devri işlemine sonuç bağlanmalıdır<sup>105</sup>.

### g) İş Sözleşmesinin Devrinde Şekil

İş sözleşmesinin devrine ilişkin şekil şartı konusunda, sözleşmenin devrinin şekline ilişkin yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Kanun'da düzenlenen bir şekil şartı bulunmadığından, BK. m. 11 uyarınca iş sözleşmesinin devri şekle tabi değildir. Ancak, şekle tabi bir iş sözleşmesinin devrinin, o sözleşmenin tabi olduğu şekle tabi olacağı yönünde doktrinde tartışma olduğu belirtilmişti. İş sözleşmesinin devri bakımından gündeme gelen bir başka tartışma, İş Kanunu'nda şekle tabi kılınan iş sözleşmeleri bakımından bu şekil şartının, geçerlilik mi, ispat şartı mı olduğu konusunun da doktrinde tartışmalı olmasıdır. İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin öngörülen şekil şartının ispat koşulu olduğunun kabul edilmesi durumunda, devir için aranan şekil şartı da sadece ispat koşulu olarak kabul edilecektir<sup>106</sup>.

YBK. şekil konusundaki tartışmalara son vererek, iş sözleşmesinin devrinin yazılı olarak yapılabileceğini kabul etmiştir. YBK. m. 205'te düzenlenen sözleşmenin devrine ilişkin genel düzenlemeden farklı olarak, YBK. m. 429'da iş sözleşmesinin devrinin işçinin yazılı rızasının

alınması suretiyle yapılabilebileceğini hükme bağlamıştır. Burada aranan işçinin yazılı rızasının alınması, sözleşmenin devri bakımından geçerlilik şartı mı ispat şartı mı kabul edileceği açık değildir. Zira, şekle tabi olmayan bir iş sözleşmesinin devri bakımından, işçinin rızasının yazılı olması ispat şartı olarak da kabul görebilir. Ancak, yazılı şekil şartının getirilmesindeki amacın işçiyi korumak olduğu göz önüne alındığında, iş sözleşmesinin devri için aranan yazılı rıza şartının geçerlilik şartı olduğunun kabulü daha yerinde olacaktır.

### h) İş Sözleşmesinin Devri Sonucunda Devreden ve Devralan İşverenlerin Sorumlulukları

İş sözleşmesinin devri sonucu, işveren tarafının değişmesi durumunda, devreden işverenin ve devralan işverenin sorumlulukları da tartışmalıdır. Sözleşmenin devri sonucu, devralan taraf, devreden tarafın sözleşmeye taraf olma sıfatını kazanmasıyla beraber, bütün hak ve borçlarına da bir bütün olarak sahip olmaktadır. Bu kuraldan hareket edildiğinde, devralan işveren, iş ilişkisini hangi durumda ise, o şekliyle devralmaktadır. Bu nedenle, devralan işveren sadece devraldıktan sonra doğacak borçlardan değil, sözleşmenin kurulmasından itibaren doğmuş borçlardan ve haklardan da sorumludur<sup>107</sup>. Doktrin ve Yargıtay, işçinin kıdeme bağlı hakları bakımından tüm çalışma süresinin dikkate alınması yönünde görüş birliği içindedir<sup>108</sup>. Doktrin ve Yargıtay, işçilik alacakları bakımından işyeri devrine ilişkin İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen, devreden işverenin, kendi döneminde doğmuş işçilik alacakları bakımından, devralan işveren ile birlikte iki yıl süre ile müteselsil sorumlu olması kuralının ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenen kıdem tazminatında devreden işverenin kendi dönemi ile sorumlu olması kuralının kıyasen sözleşme devrine de uygulanmasını kabul etmektedir<sup>109</sup>. Kıdem tazminatını düzenleyen 1475 s. Kanun'un 14. maddesinin 2. fıkrasında<sup>110</sup>, işyerinin devri halinde devreden işverenin de kendi dönemi ile sınırlı olarak kıdem tazminatından devralan işveren ile birlikte sorumlu olacağını düzenlemiştir.

Yargıtay, bazı kararlarında, bu hükmün iş sözleşmesinin devrine de kıyasen uygulanmasını kabul ederken, bazı kararlarında bu hükmün işyerinin devri ile sınırlı olarak uygulanması gerektiğini belirterek devreden işverenin sorumlu olmadığına karar vermektedir<sup>111</sup>. İşyerinin devri ile iş sözleşmesinin devri aynı hukuki sonucu doğurmaya yöneliktir. Aynı koruyucu düşünce, iş sözleşmesinin devrinde de geçerlidir. Bu nedenle, işyeri devrine ilişkin hükümlerin iş sözleşmesinin devrine uygulanmamasını gerektiren bir neden yoktur<sup>112</sup>. Ancak, müteselsil borcun kaynağı BK. m. 141<sup>113</sup> hükmü uyarınca, sözleşme ya da kanun hükmüdür<sup>114</sup>. Taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinde, devreden ve devralan işverenin işçiye karşı müteselsil sorumlu olacağı kararlaştırılmışsa her iki işveren müteselsil sorumlu olur. Ancak, taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa, müteselsil sorumluluk kanundan doğabilir. Sözleşmenin devrine ilişkin devreden ve devralanın sorumluluklarını düzenleyen bir kanun hükmü bulunmadığından, bir başka müteselsil sorumluluk öngören kanun hükmünün kıyas yolu ile uygulanması BK. m. 141 hükmüne aykırı olacaktır.

1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin emredici nitelik taşıdığını gösteren, 98/D maddesinin yürürlükten kaldırılması sebebiyle, artık kıdem tazminatından sadece devralan işverenin sorumlu olacağına ilişkin tarafların anlaşması da mümkündür<sup>115</sup>. Doktrindeki, işverenlerin sorumluluğuna ilişkin bir başka görüş, devreden ve devralan işverenin her birinin kendi döneminden ayrı ayrı sorumlu olmasıdır. Bu görüşe göre, devreden işverenin kendi döneminde doğmuş alacaklardan sorumluluğu, devirden sonra da devam eder<sup>116</sup>. Bu görüş, Yargıtay kararlarında da karşımıza çıkmaktadır<sup>117</sup>. Doktrinde, iş sözleşmesinin devrinde ihbar ve yıllık ücretli izin alacağından devralan işverenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Bu sonuç, söz konusu hakların niteliği gereğidir. Devreden işveren yanında geçirilen sürelerden, iş sözleşmesinin devri ile birlikte devralan işveren sorumlu olacaktır. İş sözleşmesinin devri fesih niteliği taşımadığından izin hakkı devralan işverenin sorumluluğundadır<sup>118</sup>.

Sosyal güvenlik hakları bakımından, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

m. 89<sup>119</sup> işyerinin devri halinde eski işverenin Kuruma olan prim ve gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden yeni işvereni de müteselsil sorumlu tutmuştur. Bu hükmün, iş sözleşmesinin devri halinde de uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. İş sözleşmesinin devri sonucu işveren tarafı değiştiğinden, bu değişiklikten Kurumun zarar görmemesi için, işyeri devri için getirilen düzenleme iş sözleşmesinin devri bakımından da uygulama alanı bulmalıdır<sup>120</sup>.

### i) İş Sözleşmesinin Devrine İlişkin YBK ile Getirilen Düzenleme

Sözleşmenin devri, Yeni Borçlar Kanunu'nda hizmet ilişkisinin devri bölümünde sözleşmenin devri başlığı altında 429. maddede düzenlenmiştir. YBK. m. 205. yer alan kurumun özel düzenlemesidir. İş Kanunu Tasarısı'nda yer alan ancak daha sonra ilgili hükmün çıkarılma sonucu İş Kanunu'nda yer almayan sözleşmenin devri kurumu YBK ile kabul edilmiştir<sup>121</sup>. Bu düzenleme ile artık, iş sözleşmesinin devri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun tarafından hükme bağlanmıştır. Borçlar Kanunu, genel nitelikte olması nedeniyle, İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde, Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. YBK ile yapılan düzenleme, İş Kanunu'nda bu konuda bir hüküm bulunmaması nedeniyle, İş Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

YBK. m. 429: "Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.

Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır."

Yapılan bu düzenleme ile, iş sözleşmesinin devrinde işçinin rızasına ilişkin yukarıda açıklanan tartışmalara bir son verilmiştir. YBK, iş sözleşmesinin devrini işçinin yazılı rızasının alınması ile mümkün kılmıştır. Ancak kanaatimce, bu yazılı rızanın alınma zamanı bakımından maddede bir düzenlemeye yer verilmediğinden, işçinin önceden devir için yazılı rıza göstermesinin geçerli olup olmayacağı yönündeki

tartışmalar, YBK zamanında da geçerliliğini koruyacaktır.

Maddenin 2. fıkrasında, öğreti ve Yargıtay tarafından kabul edilen kıdeme bağlı haklar bakımından, devreden işverenin yanında işe başlama tarihinin esas alınacağı kuralına yer verilmiştir. Ancak, burada da (gerekçeye bakıldığında da), işverenlerin sorumluluklarına değinilmemiş, öğreti ve Yargıtay'ın farklı uygulamaları arasında birliği sağlayacak bir düzenlemeye gidilmemiştir.

YBK, sözleşmenin devrini düzenlemekle, artık iş sözleşmesinin işveren tarafı bakımından devredilebilir nitelikte olduğunu, menfi çözüm olarak işçinin iş sözleşmesini devredemeyeceğini kabul ettiğini göstermiştir.

## VI. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HÜKÜM ANI

Sözleşmenin devrinin taraflar arasında ne zaman hüküm ifade edeceği, taraflar arasında kararlaştırılabilir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma bulunmadığı takdirde bu an, tasarruf teorisi ve sözleşme teorisine göre belirlenmektedir.

Tasarruf teorisine göre, sözleşmenin devri devreden ve devralan arasında kurulduğundan ve sözleşmede kalan tarafın rızası onay niteliği taşıdığından, sözleşmenin devri, devreden ve devralan arasında devir anlaşmasının yapıldığı an gerçekleşmiş olur<sup>122</sup>. Tasarruf teorisine göre, sözleşmenin devrine ilişkin önceden beyan edilen bir rızanın varlığı halinde, devreden ve devralan arasında yapılan anlaşma ile devir sözleşmesi kurulur, sözleşmede kalan tarafın rızası ile de hükümlerini doğurmaya başlar<sup>123</sup>.

Sözleşme teorisine göre, devir sözleşmesine katılan her üç tarafın iradesi, bu sözleşmenin kurulması bakımından kurucu nitelik taşıdığından, en son rızasını beyan eden tarafın irade beyanında bulunduğu an, sözleşmenin devri gerçekleşmiş olur. Sözleşme teorisine göre ise, önceden beyan edilen rıza icap niteliğindedir ve rızasını önceden beyan eden taraf, bu belirsizliğe katlanmalıdır. Rızanın önceden verildiği durumlarda, devralan ve devreden arasında yapılan anlaşma ile sözleşmenin devri gerçekleşmiş olur. Sözleşmede kalan taraf, rızasını önceden vermekle beraber, sözleşmenin tarafı

olacak şahıslar bakımından bazı şartlar da getirebilir. Bu durumda, ancak o şartları taşıyan kimse ile yapılan sözleşmenin devri hüküm ve sonuç doğuracaktır<sup>124</sup>.

Sözleşmenin devrinin gerçekleştiği anın tespiti, sözleşmeyi devralan tarafın o andan itibaren doğan ve doğacak haklardan sorumlu olması nedeniyle önem taşımaktadır. Bu andan önce doğan ve henüz sona ermemiş haklardan ve borçlardan devreden taraf sorumludur<sup>125</sup>.

## VII. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Sözleşmenin devri bir halefiyet işlemidir. Sözleşmeyi devralan taraf, devreden tarafın halefi olarak, sözleşmeye onun yerine taraf olmaktadır. Sözleşmenin devri ile, sözleşme sona ermez, sadece sözleşmenin taraflarından biri değişir. Bu taraf değişikliği, sadece hak sahibinin değişmesi anlamına gelmektedir. Borç ilişkisinin içeriği, kapsamı ya da hukuki niteliğinde bir değişiklik meydana gelmez<sup>126</sup>.

Sözleşmenin devredilmesi ile, devreden taraf, sözleşmeye taraf olma sıfatını kaybeder, ve bununla birlikte, devreden tarafın sözleşmeden doğan sorumluluğu sona erer. Devralan taraf, sözleşmenin kendiliğinden tarafı haline gelir ve sözleşmeden doğan ve doğacak tüm haklara sahip, borçlardan da sorumlu olur<sup>127</sup>. Devralan işveren iş sözleşmesini var olan tüm hak ve borçları ile devralacağından, işyeri uygulaması ile iş sözleşmesi hükmü haline gelen çalışma şartlarından da sorumlu olacaktır. İşyerinde uygulanan toplu iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçlar da devralan işverene geçecektir. Ancak, toplu iş sözleşmesinin taraflara borç yükleyen hükümleri bakımından, devralan işveren toplu iş sözleşmesine taraf olmadığından sorumlu tutulamayacaktır<sup>128</sup>.

Sosyal güvenlik hakları bakımından, 5510 sayılı SSGSSK m. 89 uyarınca, "Sigortalıların çalıştırıldığı işyeri aktif ve pasif değerleri ile birlikte başka bir işyeri ile birleşir, devredilir veya intikal ederse, eski işverenin Kuruma olan sigorta primi ile gecikme cezası ve gecikme zammı ve faiz dahil tüm borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu hükme aykırı sözleşme hükümleri Kuruma karşı geçersizdir." düzenlemesine yer

verilmiştir. Buna göre, iş sözleşmesinin devri sonucu işveren tarafının değişmesi halinde de, devreden işverenin sorumluluğunun devam etmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir<sup>129</sup>.

İş sözleşmesinin devri halinde, devir anında mevcut bulunan ve ileride doğacak tüm yenilik doğuran haklar da devralan işverene geçer. Ancak, sözleşmeye ilişkin yenilik doğuran haklar bakımından konu tartışmalıdır. Sözleşmenin kurulmasında irade sakatlığı bulunduğu durumda, bozucu yenilik doğuran iptal hakkının sözleşmenin devri halinde kim tarafından kullanılacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, iptal hakkının, sözleşmenin devri halinde devreden tarafından kullanılabileceğini kabul etmektedir. Bu görüş gerekçe olarak, iptal hakkının geçmişe etkili sonuç doğuracağını ve devir sözleşmesinden önce ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade edilmesi gerektiğinden, bu durumun devreden tarafı ilgilendirdiğini ve bu nedenle, sözleşmeyi kuran kişinin şahsına sıkı şekilde bağlı olmasını göstermektedir. Diğer görüş, her somut olayda, devreden tarafın menfaatlerinin zarar görüp görmediği belirlenmeli ve bu bakımdan iptal hakkının şahsi bağlantısının tespit edilmesini savunmaktadır<sup>130</sup>. Bu konuda bir diğer görüş, sözleşmenin devri halinde, iptal hakkının devralan tarafa geçtiğini kabul etmektedir. Bunun nedeni, iptal hakkının sözleşme ilişkisine bağlı bir hak olmasıdır. Devir sözleşmesi ile, devreden tarafın tamamıyla ve kesin olarak sözleşme ilişkisinden çıkması amaçlanmıştır. Bu durumda, bazı hakların devreden tarafta kalması bu amaca uygun düşmemektedir. Sözleşme ilişkisinin akıbeti ile öncelikle devralan ilgilidir. Devralanın bu durumunun, devreden tarafından ihlal edilmesi, onun menfaatlerine aykırılık oluşturur<sup>131</sup>.

Ayrıca, sözleşmenin devri ile, def-i ve itiraz hakları devralan tarafa geçer ve bu haklar ancak devralan tarafça karşı tarafa ileri sürülebilir. Ancak, bunun için, bu def-i veya itirazların sözleşme ilişkisinden doğmuş olması gerekmektedir<sup>132</sup>.

## DİPNOTLAR

1 AYRANCI, Hasan, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003, s. 33.

- 2 EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul, 2006, s. 1206; GÜZEL, Ali, İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987, s. 266.
- 3 AYRANCI, 37; ARSLANOĞLU, M. Anıl, "İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 10, İstanbul, 2006, s. 536.
- 4 GÜZEL, 210.
- 5 EREN, 1206; GÜZEL, 267.
- 6 Kanun gereği sözleşmenin bir tarafının değişmesine ilişkin en önemli düzenlemeler BK. m.254/II ve BK. m. 276/II'de yapılan kira sözleşmesinde, kiralandan gayrimenkulün başkasına devredilmesi durumunda yeni malikin kira sözleşmesine ilişkin BK. m. 262 uyarınca mümkün olan en yakın fesih tarihine kadar doğrudan fesih hakkını kullanmaması durumunda yasa gereği kiralayan sıfatına sahip olması gösterilebilir. Ancak bir görüş, bu durumda yeni malikin yasa gereği kendiliğinden hem müteselsil alacaklı hem de müteselsil borçlu olarak kira sözleşmesine katılacağını ileri sürmektedir. Benzer düzenleme Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7/d maddesinde de yapılmıştır. Buna göre, kiralandan taşınmazın bir başka kimseye devredilmesi halinde, yeni malik kira sözleşmesi ile bağlıdır ve kira sözleşmesinin tarafı haline gelmektedir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 2008, s. 358). Bunlar dışında TTK. m. 1303 uyarınca, mal sigortalarında sözleşme süresi içinde sigorta edilen malın sahibinin değişmesi durumunda, aksine hüküm yoksa, yeni malik sigorta sözleşmesinin tarafı haline gelmektedir. (AYRANCI, 38; EKONOMİ, Münir-EYRENCİ, Öner, "Hizmet Akitinin Devri ile İşverenin Değişmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul, 2001, Cilt 2, s. 1212-1213).
- 7 OĞUZMAN, Kemal-ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2005, s. 921.
- 8 RG: 4.2.2011, 27836, Yürürlük: 1.7.2012.
- 9 AYRANCI, 39; GÜZEL, 267.
- 10 AYRANCI, 40.
- 11 EREN, 1207; EKONOMİ-EYRENCİ, 1213.
- 12 AYRANCI, 150.
- 13 GÜZEL, 267; AYRANCI, 40.
- 14 AYRANCI, 50; EKONOMİ-EYRENCİ, 1213.
- 15 AYRANCI, 156.
- 16 EREN, 1207; AYRANCI, 53.
- 17 EREN, 1206.
- 18 EKONOMİ-EYRENCİ, 1214.
- 19 ADAL, Erhan, Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı, 10. Bası, İstanbul, 2009, s. 620.
- 20 REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010, s. 31; Ayrıntılı bilgi için bkz. ADAL, 621.
- 21 OĞUZMAN-ÖZ, 3-4.
- 22 OĞUZMAN-ÖZ, 5.

- 23 ADAL, 619; REİSOĞLU, 31.
- 24 AYRANCI, 90.
- 25 KAPLAN, Nazlı, Aydoğan, "İş Sözleşmesinin ve İşyerinin Devri", <http://www.nazliaydogan.av.tr/?p=256>, 1.3.2011, s. 1; EKONOMİ-EYRENCİ, 1214.
- 26 AYRANCI, 92.
- 27 AYRANCI, 92-93.
- 28 AYRANCI, 94.
- 29 REİSOĞLU, 281.
- 30 KAPLAN, 1; EKONOMİ-EYRENCİ, 1216; AYRANCI, 96.
- 31 AYRANCI, 97; Yarg. 13. HD. T:26.3.2009, E:2008/14183, K:2009/4128 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).
- 32 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, 221.
- 33 AYRANCI, 98.
- 34 AYRANCI, 102.
- 35 AYRANCI, 104; EKONOMİ-EYRENCİ, 1218.
- 36 AYRANCI, 107.
- 37 OĞUZMAN-ÖZ, 116-117.
- 38 KAPLAN, 2.
- 39 EREN, 1207.
- 40 AYRANCI, 113-114; EKONOMİ-EYRENCİ, 1220-1221.
- 41 AYRANCI, 114.
- 42 İPEK, Mehtap, Galatasaray Üniversitesi Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 103.
- 43 İPEK, 103-104.
- 44 GÜMÜŞ, Kira, 224.
- 45 GÜMÜŞ, Kira, 225.
- 46 İPEK, 104.
- 47 GÜZEL, 270; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul, 2010, s. 131.
- 48 DANAR, Cüneyt, "Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri", Sicil, Sayı 6, İstanbul, 2007, s. 63.
- 49 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2009, s. 295; DANAR, 69.
- 50 Yarg. 9.HD. 27.2.2006, E:2005/22422, K:2006/4664 (DANAR, 67).
- 51 ALP, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, İzmir, 2007, s. 189.
- 52 EKONOMİ-EYRENCİ, 1214.
- 53 ÇELİK, 131.
- 54 BK. m. 320: "Hilafı mukaveleden veya hal icabından anlaşılmadıkça işçi taahhüt ettiği şeyi kendisi yapmağa mecbur olup başkasına devredemez. İş sahibinin dahi hakkını başkasına devredebilmesi, aynı kayıtlara tabidir."
- 55 ARSLANOĞLU, "İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi", 537.
- 56 DANAR, 69.
- 57 ARSLANOĞLU, "İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi", 535.
- 58 Madde gerekçesinde, işyerinin işverenin ölümü halinde mirasçılara geçmesi dışında tüm halleri kapsadığı belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca, bu maddenin işyerinin geçici ve sürekli olarak başkasına devri halinde de uygulanacağı belirtilmiştir (ÇELİK, 61).
- 59 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, Ankara, 2008, s. 209; ÇELİK, 62.
- 60 DANAR, 66; ARSLANOĞLU, "İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi", 535.
- 61 SÜZEK, 295.
- 62 SÜZEK, 296; Yarg. HGK, 1.3.2006, E:2006/9-51, K:2006/27 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); Yarg. 9HD. 12.7.2006, E:2006/1892, K: 2006/20661, ŞAHLANAN, Fevzi, "İşyeri Devri ile İş Sözleşmesi Devrinin Farkı ve Sonuçları", karar incelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/444/>, 1.3.2011.
- 63 ALP, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, 190.
- 64 ALP, Mustafa, "İş Sözleşmesinin Devri", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, İstanbul, 2009 s. 303.
- 65 İş K. m. 22: "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz."
- 66 GÜZEL, 333; AVCI, Özgür, Mehmet, "İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü", Legal İSGHD, Sayı 28, İstanbul, 2010 s. 1414.
- 67 EKONOMİ-EYRENCİ, 1215-1216; AVCI, 1416.
- 68 YBK. m. 394/III: "Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur."
- 69 AVCI, 1413.
- 70 GÜZEL, 334; AVCI, 1421.
- 71 AVCI, 1421.
- 72 GÜZEL, 338; ARSLANOĞLU, "İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi", 541.
- 73 ARSLANOĞLU, "İş Sözleşmesinin İradî Devri ile İşverenin Değişmesi", 541.

- 74 SÜZEK, 467; Yarg. 9. HD. 8.5.1991, E: 1991/148, K: 1991/245; Yarg. 9. HD. 16.10.1996, E: 1996/9763, K: 1996/19597 (www.kazanci.com); Yarg. 9 HD. 1.4.2003, E:2003/21541, K:2003/5475 (SÜZEK, 467).
- 75 OĞUZMAN-ÖZ, 431.
- 76 SÜZEK, 468 ve bkz. S. 468, 54. dipnottaki yazarlar.
- 77 OĞUZMAN-ÖZ, 433; Roma hukukunda pactum de non patendo ile borcun belli bir zaman dava edilmesi engellenmiştir. Bu pactum ile borç geçerli kalmakta ancak alacaklının talebi reddedilmektedir. İbrada ise, borç tamamen ortadan kalkmaktadır. (KOSCHAKER, Paul-AYİTER, Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, DEÜHFD No:39, İzmir, 1993, s.285).
- 78 GÜZEL, 341.
- 79 EKONOMİ-EYRENCİ, 1216.
- 80 MOLLAMAHMUTOĞLU, 437.
- 81 SÜZEK, 293; ÇELİK, 130.
- 82 SÜZEK, 294; Yarg. HGK. 14.3.2001, E: 20019-125, K:2001/227 (www.kazanci.com); MOLLAMAHMUTOĞLU, 438; ARSLANOĞLU, “İş Sözleşmesinin İradı Devri ile İşverenin Değişmesi”, 540.
- 83 EKONOMİ-EYRENCİ, 1217; KAPLAN, 1.
- 84 ARSLANOĞLU, “İş Sözleşmesinin İradı Devri ile İşverenin Değişmesi”, 540.
- 85 EKMEKÇİ, Ömer, “Ödünç İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 2008, İstanbul, s. 102.
- 86 SÜZEK, 255-256; ÇELİK, 103.
- 87 EKMEKÇİ, 102.
- 88 EKMEKÇİ, 103.
- 89 EKONOMİ-EYRENCİ, 1202; DANAR, 64.
- 90 DANAR, 65.
- 91 ALP, İş Sözleşmesinin Devri, 313; sürekli işveren ve geçici işverenin beraber işveren haline gelecekleri yönünde görüş için bkz EKMEKÇİ, 119; geçici iş ilişkisinin sona erdiği ve geçici işveren ile işçi arasında iş sözleşmesinin kurulduğunu kabul eden görüş için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, 288; işçinin yazılı rızasının alınarak geçici iş ilişkisinin yenilenmesi ve Kanun’da öngörülen süreyi aşması durumunda işçinin geçici işverenin işçisi olduğunun kabulü yönünde görüş için bkz. ARSLANOĞLU, Mehmet Anıl, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul, 2005, s. 59, ÇELİK, dipnot 93, 105.
- 92 ALP, İş Sözleşmesinin Devri, 313-314.
- 93 OĞUZMAN-ÖZ, 868-869.
- 94 ALP, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, 198.
- 95 AYRANCI, 107.
- 96 EKONOMİ-EYRENCİ, 1219.
- 97 ALP, İş Sözleşmesinin Devri, 315; DANAR, 70; Aynı yönde bkz. Yarg. 9 HD. 16.6.2008, E:2007/41042, K:2008/15622 (www.kazanci.com).
- 98 ALP, İş Sözleşmesinin Devri, 316, 36. dipnottaki yazar.
- 99 ALP, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, 202.
- 100 SÜZEK, 433.
- 101 GÜZEL, 334.
- 102 MOLLAMAHMUTOĞLU, 572.
- 103 GÜZEL, 335.
- 104 ALP, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, 202.
- 105 ALP, İş Sözleşmesinin Devri, 318.
- 106 EKONOMİ-EYRENCİ, 1221; ALP, İş Sözleşmesinin Devri, 308.
- 107 EKONOMİ-EYRENCİ, 1223.
- 108 1475 sayılı Yasa döneminde kıdem tazminatına ilişkin 14. maddenin emredici düzenleme niteliğinde olması sebebiyle kıdem tazminatı bakımından sözleşmenin Kanun’daki esaslara uygun biçimde devredilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmekteydi. Bu görüşe göre, kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddede, hangi şartlarla işçinin değişik işverenler yanındaki çalışmalarının bir bütün olarak değerlendirilebileceği düzenlenmiştir ve bu durumlar dışında değişik işverenler yanında geçen sürelerin bir bütün olarak dikkate alınmayacağı kabul edilmelidir. Ancak, bir başka görüş, emredici niteliğine rağmen, sözleşmenin sona ermemesi sebebiyle, bu durumun özellik arzettiği ve Kanun’a uygun olduğunu ileri sürülmekteydi (CANIKLIOĞLU, Nursen, “Hizmet Aktinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminat-İş Arama İzni Verilmemesi”, Karar İncelemesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/1, İstanbul, s. 39-40). 4857 sayılı Kanun’un kabulü ile, kıdem tazminatına ilişkin düzenlemenin emredici nitelikte olduğunu gösteren 1475 sayılı Kanun’unun 98/D maddesi yürürlükten kalkmıştır. Ancak, halen Yargıtay’ın bazı kararlarında kıdem tazminatına ilişkin düzenlemenin emredici nitelikte olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Örn. 9HD. 22.06.2010, E:2008/26925, K: 2010/19975 (Çalışma ve Toplum, Sayı 28, 2011/1, İstanbul, s. 471).
- 109 SÜZEK, 296; EKONOMİ-EYRENCİ, 1222; DANAR, 70.
- 110 1475 s. İş K. m. 14/II: “ İşçilerin kıdemleri, hizmet aktinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden, itibaren<sup>(1)</sup> işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel<sup>(2)</sup> işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmiş devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.”
- 111 ALP, İş Sözleşmesinin Devri, 321.
- 112 ALP, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, 194.
- 113 BK. m. 141: “Alacaklıya karşı, herbiri borcun mecmuundan mes’ul olmayı iltizam ettiklerini beyan eden müteaddit

borçlular arasında teselsül vardır. Böyle bir beyan fıkdam halinde teselsül ancak kanunun tayin ettiği hallerde olur.”

- 114 OĞUZMAN-ÖZ, 842.
- 115 ARSLANOĞLU, “İş Sözleşmesinin İradı Devri ile İşverenin Değişmesi”, 544.
- 116 Kıdem tazminatı iş sözleşmesinin sona ermesi sonucu muaccel olmaktadır. İş sözleşmesinin devrinde, iş sözleşmesi sona ermez. Bu durumda, sözleşmenin ileride son bulması durumunda, sanki devir anında son bulmuş gibi devreden işverenin sorumlu tutulması kendi içinde çelişki yaratmaktadır (DANAR, 72).
- 117 ALP, İş Sözleşmesinin Devri, 322-323; ARSLANOĞLU, “İş Sözleşmesinin İradı Devri ile İşverenin Değişmesi”, 544; Yarg. 9. HD, 14.3.2005, E:2004/19810, K:2005/8203 (DANAR, agm, s. 68).
- 118 DANAR, 70; ALP, İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar, 191.
- 119 SSGSSK. m. 98/I: “Sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile birlikte devralınır veya intikal ederse ya da başka bir işyerine katılır veya birleşirse eski işverenin Kuruma olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu hükme aykırı sözleşme hükümleri Kuruma karşı geçersizdir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir.”
- 120 EKONOMİ-EYRENCİ, 1222.
- 121 KOÇ, Sedef, Galatasaray Üniversitesi Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, 219.
- 122 AYRANCI, 148.
- 123 AYRANCI, 108-109.
- 124 AYRANCI, 108-109.
- 125 AYRANCI, 149.
- 126 EKONOMİ-EYRENCİ, 1221.
- 127 AYRANCI, 116-117.
- 128 EKONOMİ-EYRENCİ, 1223.
- 129 EKONOMİ-EYRENCİ, 1222.
- 130 AYRANCI, 136.
- 131 EKONOMİ-EYRENCİ, 1223.
- 132 AYRANCI, 145.

## KAYNAKÇA

- ADAL, Erhan, Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı, 10. Bası, İstanbul, 2009,
- ALP, Mustafa, “İş Sözleşmesinin Devri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, İstanbul, 2009,
- ALP, Mustafa, “İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, İzmir, 2007,
- ARSLANOĞLU, M. Anıl, “İş Sözleşmesinin İradı Devri ile İş-

verenin Değişmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı 10, İstanbul, 2006,

- ARSLANOĞLU, M. Anıl, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, İstanbul, 2005,
- AVCI, Özgür, Mehmet, “İş Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü”, Legal İSGHD, Sayı 28, İstanbul, 2010,
- AYDOĞAN KAPLAN, Nazlı, “İş Sözleşmesinin ve İşyerinin Devri”, (çevrimiçi), <http://www.nazliaydogan.av.tr/?p=256>, 1.3.2011,
- AYRANCI, Hasan, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003,
- CANİKLİOĞLU, Nurşen, “Hizmet Aktinin Devri-Emeklilik Halinde İhbar Tazminat-İş Arama İzni Verilmemesi”, Karar İncelemesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/I, İstanbul,
- ÇALIŞMA VE TOPLUM, Sayı: 28, İSTANBUL, 2011,
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, İstanbul, 2010,
- DANAR, Cüneyt, “Yargıtay Kararlarıyla Hukuki Kimlik Kazanan Bir Uygulama: İş Sözleşmesinin Devri”, Sicil, Sayı 6, İstanbul, 2007,
- EKMEKÇİ, Ömer, “Geçici İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi”, Türk Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008,
- EKONOMİ, Münir-EYRENCİ, Öner, “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, İstanbul, 2001, Cilt 2,
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul, 2006,
- GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005,
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, 2011 (Kira),
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, 2008,
- GÜZEL, Ali, “İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul, 1987,
- KAPLAN, Nazlı Aydoğan, “İş Sözleşmesinin ve İşyerinin Devri”, <http://www.nazliaydogan.av.tr/?p=256>, 1.3.2011,
- KOSCHAKER, Paul-AYİTER, Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, DEÜHFD No:39, İzmir, 1993,
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, Ankara, 2008,
- OĞUZMAN, Kemal-ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2005,
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010,
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2009,
- ŞAHLANAN, Fevzi, “İşyeri Devri ile İş Sözleşmesi Devrinin Farkı ve Sonuçları”, karar incelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, <http://www.tekstilveren.org/content/view/444/>, 1.3.2011,
- www.kazanci.com, içtihat programı.

# YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Ercan Akyiğit tarafından hazırlanan **“İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik (Taşeronluk İlişkisi)”** adlı eser, Nisan 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Personel istihdamında dışsallık sağlayan bir iş hukuku kurumu olan alt işverenlik, mevzuatımıza girdiğinden beri çeşitli yönleriyle hep önem taşımış ve değişiklik ve gelişmelere sahne olmuştur. Konu hakkında önceden yazılmış eserler bulunmakla birlikte gerek mevzuat gerekse de öğreti ile uygulamada yaşanan hızlı değişim ve gelişim, konunun güncel haliyle sunulması gereğini ortaya çıkarmıştır.

Eserde alt işverenlik, gerek iş mevzuatındaki gerekse de Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki gelişmeler, yargı kararları ve öğreti eşliğinde yansıtılmaya çalışılmıştır. İki bölümden oluşan eserin birinci bölümünde; iş hukuku açısından alt işverenlik

kavramı, gerçekleşme koşulları, alt işverenlikte taraflar arasındaki hukuki ilişki, alt işveren işçilerine karşı sorumluluk, alt işverenlikte idari para cezaları ve bundan sorumluluk, alt işveren ilişkisinin benzer ilişkilerle karşılaştırılması, alt işveren ilişkisinin geçersizliği, bireysel ve toplu iş hukuku bakımından alt işverenliğin durumu, alt işveren ilişkisi kapsamındaki uyumsuzluklar ve görevli/yetkili yargı yeri ile kamu işyerlerindeki hizmet alımı sözleşmelerinin ve alt işverenliklerin değerlendirilmesi konuları ele alınmaktadır. “Sosyal güvenlik hukuku bakımından alt işverenlik” başlıklı ikinci bölümde ise; alt işverenlik ilişkisinin sosyal sigortalar bakımından görünümü, kavram ve unsurları, koşulları ile işveren yükümlükleri ve sorumluluk konuları işlenmektedir. Eserin Eki’nde ilgili mevzuat ve yargı kararlarına da yer verilmektedir.



Yrd. Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk tarafından hazırlanan **“Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu”** adlı eser, Ekim 2010 tarihinde yayımlanmıştır.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler kategorisi içerisinde yer alan iş sözleşmesi, işçi açısından asli edim olarak iş görme, işveren açısından da ücret ödeme borcunu öngörmektedir. Ancak tarafların bu asli borçları dışında yan yükümlülükleri de söz konusudur. Gerek asli gerekse yan edim yükümlülüklerinin ifası, belirli hukuki esas ve yaptırımlara bağlanmıştır. İş sözleşmesinin tarafı olarak işçinin iş görme edimini ifa ederken bu kurallar çerçevesinde hareket etmesi kaçınılmazdır. İşçinin asli edimi olan iş görme borcunu gerektiği gibi ifasına hizmet eden temel hukuki esaslardan birisi de sadakatle davranma yükümlülüğüdür.

Söz konusu eserde iş sözleşmesinin tarafı olan işçinin “doğruluk ve güven ilkesi”nden kaynaklanan önemli bir yan edim yükümlülüğü taşıyan “sadakat borcu” geçmişten gelen hukuki dayanaklarıyla ve modern hukuklarda yer alan bugünkü görünümüyle ayrıntılı olarak incelenmektedir. Üç bölümden oluşan eserin birinci bölümünde; sadakat borcunun hukuki niteliği ve sözleşmeler hukukundaki yeri ele alınmaktadır. İşçinin iş sözleşmesinden doğan sadakat borcunun incelendiği ikinci bölümü, sadakat borcundan doğan yükümlülüklerin ele alındığı üçüncü bölüm izlemektedir.



## Av. Abbas BİLGİLİ

Adana Barosu

# İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz

## 1. GENEL GİRİŞ

Gerek toplumsal yaşamda karşılaşılan konuya ilişkin sorunlar ve gerekse uluslararası hukukun etkileri ile hukukumuz cinsel taciz konusuna yer ayırmaya başlamıştır. 10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Yasası ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası doğrudan “cinsel taciz” kavramına da yer vererek konu hakkında düzenleme getirmişlerdir. 01.07.2012’de yürürlüğe girecek yeni Borçlar Yasası’nda da “işçinin kişiliğinin korunması” kapsamında cinsel taciz konusuna yer verilmiştir (md. 417).

Cinsel taciz öğretinin de uzak kalmadığı bir konu olarak az da olsa araştırmalara konu olmuştur. İş hukuku<sup>1</sup> ve ceza hukuku<sup>2</sup> açısından yapılmış ve yapılacak olan araştırmaların bu konuya önemli katkı sağladığı/sağlayacağı muhakkaktır. Ayrıca, işletmesel sorun<sup>3</sup> olarak ele alınıp incelenmesinde de büyük yarar vardır. Araştırmalar cinsel taciz olaylarının çok yaygın olduğunu, ancak insanların uğradıkları ta-

ciz olayının açığa çıkmasını çeşitli nedenlerle istemediklerini ve bu konuda suskun kalmayı tercih ettiklerini göstermektedir. Mağdur işçinin psikolojisi ve verimliliği üzerinde olumsuz etkiler bırakan taciz olgusu, işletmelerin verimliliğini de etkilemektedir.

Taciz, “acz” kökünden gelen Arapça bir sözcüktür. Güncel Türkçe Sözlük’te “tedirgin etme, rahatsız etme”<sup>4</sup> Hayat Büyük Türk Sözlüğü’nde “aciz bırakma, rahatsız etme, rahatsızlık verme”<sup>5</sup>, Kamus-ı Türki’de “aciz bırakma, canını sıkma, birinin acizlik ve güçsüzlüğüne yol açma, rahatsız etme”<sup>6</sup>, Büyük Larousse’da “bir kimsenin canını sıkma, rahatını kaçıрма, onu tedirgin etme, bir kimseyi acze düşürme, güçsüzleştirme, onu tedirgin etme, sıkmak ona rahatsızlık verme”<sup>7</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Tedirginlik yaratılarak rahatı kaçırılan mağdurun psikolojisi üzerinde olumsuzluklara yol açan bu davranış; görsel, sözel veya fiziksel biçimde ortaya çıkabilmektedir. Cinsel taciz, “kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan özellikle yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı

ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavidir” şeklinde tanımlanabilir.<sup>8</sup> Cinsel taciz anlamına gelen davranışlar, eylemin ağırlığına göre rahatsız edici bakışlardan ırza geçmeye kadar uzanan davranışlardır.

Bakırcı'nın işyerindeki cinsel tacizi tanımı, “mağdurun veya ailesi üyelerinden birinin Türk hukuk mevzuatıyla (TMK ve TCK ile) korunan kişilik haklarını ihlal eden ya da belli bir kişiye yönelik olmamakla beraber rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratan/işyeri düzenini bozan hapsi gerektiren suç veya ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı, cinsel nitelikli, cinsiyet ya da cinsel tercih temeline dayalı davranışlar” şeklindedir.<sup>9</sup>

İş hukukunun “cinsel taciz” kavramına verdiği anlamla, ceza hukukunun verdiği anlam aynı değildir. İş hukukunda kavramın kapsamı çok geniş iken, ceza hukukunda “cinsel taciz” kavramı, Ceza Kanunumuz (md. 105) tarafından “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” gereğince tanımlanmış ve sınırlanmıştır. İş hukukunda cinsel taciz, rahatsız edici bakışlardan tecavüze kadar uzanan her türlü gözle, sözle, elle yapılabilecek cinsellik içeren rahatsız edici tüm hareketleri kapsamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kitabının ikinci kısmında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”<sup>10</sup>; cinsel saldırı suçu (md. 102), çocukların cinsel istismarı suçu (md. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (md. 104) ve cinsel taciz (md. 105) olarak yer almıştır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, “cinsel taciz suçu” cinsel nitelikli suçlardan sadece birisidir, diğer cinsel suçların isimleri farklıdır. Oysa, işyeri ilişkisi içinde olduğu takdirde bu suçların tamamı iş hukuku anlamında cinsel tacizdir. Nitekim Bakırcı, önceki ceza yasamız olan 765 sayılı TCK'daki ırza geçme, ırza tasaddi, fiziksel sarkıntılık, söz atma, sarkıntılık, hakaret, sövme, edebe muhalif hareketler, hayasızca vaz'u hareketler (edep ve iffete tecavüz/cinsel utanç duygusunun tahribi, çirkin ve ayıp hareketlerle halkı rahatsız etme suçlarının) cinsel taciz suçları olduğunu kabul etmektedir.<sup>11</sup>

Ceza hukukunda “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” gereğince suç oluşturan eylemin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Ceza yasamızda “cinsel taciz” kavramına yer veren ve suç olarak tanımlayan madde 105. maddedir. TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu<sup>12</sup> dışındaki cinsel nitelikli suçların da iş hukuku anlamında cinsel taciz oluşturduğunda kuşku yoktur. Ceza hukukundaki cinsel nitelikli suçların “hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kullanılarak” işlenmesi ağırlaştırıcı neden kabul edilmektedir.

İşyerinde cinsel taciz niteliğindeki davranışlar doğrudan işverenden gelebileceği gibi, işveren adına hareket eden işveren vekillerinden, işverenin akrabalarından ya da hatırlı müşteriler gibi üçüncü kişilerden de gelebilir. Ya da yaygın şekilde olduğu gibi bu taciz diğer işçilerden de gelebilmektedir.

Cinsel tacizin mutlaka işyerinde meydana gelmesi gerekmez. İşyeri dışındaki tacizler de işyeri ile bağlantılı olabilirler. İş saatleri içinde olabileceği gibi, tacizin iş saatleri dışında meydana gelmesi de olasıdır.

İşyerinde cinsel taciz, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında olabileceği gibi, sözleşmenin devamında veya sözleşmenin sona ermesi aşamasında da (fesihte) olabilir.

İşyerinde cinsel taciz, işçinin kişilik haklarına bir saldırıdır ve işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında ele alınmaktadır. Ayrıca, konunun eşitlik ve ayrımcılık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Tacize maruz kalan işçinin bu ilkeler çerçevesindeki yasal başvuru yolları ve hakları çalışma mevzuatında ve Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu gibi genel hükümlerde düzenlenmiştir.

## 2. İŞÇİNİN KİŞİLİK HAKLARI BAĞLAMINDA İŞVERENİN GÖZETME BORCU VE CİNSEL TACİZ

İş sözleşmesi gereğince işçinin işverene olan sadakat borcunun karşılığında işverenin de işçiyi koruma borcu bulunmaktadır.<sup>13</sup> İşveren, işçinin kişiliğini korumak ve kişisel haklarına saygı göstermekle yükümlüdür.<sup>14</sup> Doktrinde “koruma

borcu”, “ihtimam borcu”, “özen borcu” olarak da adlandırılan bu yükümlülüğün kökeni temel hak ve özgürlüklere dayanmaktadır. İşçinin kişiliğinin korunması ile işverenin işçiyi gözetme borcu iç içe geçmiş kesişen hukuksal konulardır. Kişiliği tanımlamaya çalışma yolunda, hukukçular bu kavramın kesin sınırlarının belirlenemeyeceği ortak noktasında buluşurken<sup>15</sup> bu kavramın işverenin özen borcunu ve bu bağlamda cinsel tacize karşı korumayı da yakından ilgilendirdiğini kabul etmektedirler. İşverenin koruma ve gözetme borcunun cinsel tacizden korunmayı da kapsadığında kuşku yoktur.<sup>16</sup>

Hukuk anlamıyla kişi, haklara ve borçlara sahip olma iktidarı bulunan varlıklardır.<sup>17</sup> Kişilerin sahip oldukları hak ve fiil ehliyetlerinden başka, kişi olma niteliğine bağlı olan ve hukuk düzenince korunan birtakım maddi ve manevi varlıkları ve menfaatleri ile bunlar üzerinde bir takım hakları vardır. İşte, kişilerin ehliyetleri ile kişi olmaları dolayısıyla sahip oldukları bu maddi ve manevi menfaatleri üzerindeki haklarının tümü hep birlikte kişiliği (şahsiyeti) oluşturur.<sup>18</sup> Bu anlatımdan da anlaşılacağı üzere kişilik haklarının kapsamına; kişinin hukuk süjesi olması dolayısıyla sahip olduğu hak ve fiil ehliyetleri, kişisel durumları, maddi ve manevi varlıkları ile kişinin iktisadi varlıkları girmektedir. Kişinin hak ehliyeti onun aktif yönünü yani haklara sahip olabilme ehliyetini ifade eder. Kişi kavramının pasif yönü ise borçları bulunabilme ödev ve yükümlülüklerle sahip olabilmesi demektir. Kişisel durumlar (şahsi haller) ise; gerçek kişinin toplum ve aile içindeki hukuki durumunu yansıtan ve hukuk düzenince önemli sayılabilen nitelikler yani bir insanın bekar, nişanlı, evli, dul veya boşanmış, ergin veya küçük, erkek veya kadın olması gibi durumlardır. Kişinin maddi varlıkları denince onun özellikle hayatı, sağlığı ve beden (vücut) bütünlüğünü oluşturan unsurlar anlaşılır. Manevi nitelikteki varlıkları ise kişinin özgürlüğü, dini ve vicdani inançları, şeref ve haysiyeti, toplum içindeki saygınlığı, ismi, resmi, özel hayatındaki mahremiyet ve giz (sır) çevresi oluşturmaktadır. Kişinin iktisadi varlığı (bütünlüğü) dendiğinde; iktisadi faaliyete katılabilme konusundaki serbestliği, mesleki ve ticari itibarı, mesleki ve ticari sırları gibi hususlar anlaşılır.<sup>19</sup>

carî itibarı, mesleki ve ticari sırları gibi hususlar anlaşılır.<sup>19</sup>

Kişilik hakları, yasal düzenlemelerle korumaya alınmıştır.<sup>20</sup> 1982 Anayasası'nın “temel hak ve hürriyetlerin niteliği” başlığını taşıyan 12. maddesinde; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” denildikten sonra takip eden maddelerde bu hakların hangi hallerde sınırlanabileceği (md. 13), bu hakların kötüye kullanılmaması (md. 14), hakların kullanılmasının durdurulması (md. 15) düzenlemeleri mevcuttur. Yine Anayasa'nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığını taşıyan 17. maddesinde “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” denilmektedir. Anayasa'da zorla çalıştırma yasağı (md. 18), kişi hürriyeti ve güvenliği (md. 19), özel hayatın gizliliği ve korunması (md. 20 vd.), sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler (md. 41 vd.) konularındaki düzenlemeler de kişilik haklarını korumaya yöneliktir. Özellikle Anayasa'nın “çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak” (md. 49) ve kadın ve çocuk işçilerin özel olarak korunacağı (md. 50) hükümleri işverenin özen borcu ve cinsel tacize karşı koruma yükümlülüğünün anayasal temellerini oluşturmaktadır.

Kişilik haklarının korunmasında Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda önemli düzenlemeler vardır. Medeni Kanun'un 23. maddesinde; kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı, kişilik haklarının aşırı sınırlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Medeni Kanun'da hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimse saldırıda bulunanlara karşı hakimden korunmasını isteyebilecektir (md. 24/1). Bu bağlamda “kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanu-

nun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır” (md.24/2) hükmünü de hatırlatmak gerekir. Kişilik haklarının korunması ile ilgili davaları düzenleyen yasa maddesinde ise kişilik haklarına yapılacak olası saldırının önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesi, saldırının hukuka aykırılığının tespiti ile maddi ve manevi tazminat davalarının açılacağı (Medeni Kanun, md. 25) belirtilmektedir.

Kişilik hakları hukuka aykırı biçimde saldırıya uğrayan kişi, yasada özel düzenleme olduğu durumlarda bu düzenlemelere göre, özel düzenleme yoksa genel hüküm olan Borçlar Kanunu'nun 41. maddesindeki haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde maddi tazminat talep edebilecektir. Vücut bütünlüğünün ihlali veya ölüm halinde manevi tazminat istenebilecektir (Borçlar Kanunu, md. 47). Diğer kişilik haklarının ihlali halinde de manevi tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır (Borçlar Kanunu, md. 49).

İşverenin özen borcu ve bu kapsamdaki kişilik haklarının korunması çalışma mevzuatında da yerini almıştır. Borçlar Kanunu'nun 332/1. maddesinde işverenin, akdin özel halleri ve işin mahiyetinin gerektirdiği ve hakkaniyet dairesinde, kendisinden istenebileceği derecede, tehlikelere karşı icap eden tedbirleri almak, uygun ve sağlıklı çalışma yerleri ile -işçi kendisiyle birlikte ikamet etmekteyse- sağlıklı yer temin etmek zorunda bulunduğu şeklindeki hüküm önemli bir koruyucu hükümdür. Yine bu konuda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77/1. maddesindeki; “İşverenler işyerlerinde iş sağlığının ve iş güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmamak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.” hükmü de koruyucu bir hükümdür. Borçlar Kanunu ve İş Kanunu'ndaki bu sorumlulukların kapsamı farklıdır ve Borçlar Kanunu'ndaki sorumluluk bir kusur sorumluluğu olduğu halde; İş Kanunu'ndaki sorumluluk doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, Yargıtay tarafından kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmektedir.<sup>21</sup>

Borçlar Kanunu ile İş Kanunu'ndaki bu koruyucu hükümlerin, işçinin sadece yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığını, işletme tehlikelerine karşı korumaktan ibaret şeklinde anlaşılmaya müsait olduğu görülüyor.<sup>22</sup> Oysa işçinin gözetilmesi borcunun bunlardan ibaret olmadığı, daha geniş kapsamlı düşünülmesi gerektiği, işverenin iş ilişkisi içinde bulunduğu işçiyi koruması ve ona yardımcı olabilmesi için çaba göstermesi, işçinin çıkarlarına zarar verici davranışlardan kaçınması yükümlülüğü olarak daha kapsamlı olarak düşünülmelidir.<sup>23</sup> Yasadan doğan yükümlülükler dışında gözetme borcunun kapsamına giren yükümlülükler ve borcun sınırı, iyi niyet kurallarına (MK. Md. 2) göre belirlenecektir.<sup>24</sup> İşveren BK. md. 332'dekiler dışındaki işçilik haklarını da korumak zorunda ve işyerinde ahlak ve iyi niyet kurallarına uygunluğu sağlamak yükümlülüğü altındadır. Kendisi işçinin kişilik haklarına saygı göstermekle yükümlü olduğu gibi, işçisini diğer işçilerin ve kendisiyle (işverenle) ilişkisi bulunan üçüncü kişilerin tecavüzlerine karşı da korumakla yükümlüdür.<sup>25</sup> Buradan hareketle, işyerindeki cinsel tacizin işçinin işverence gözetilmesi kapsamında kişilik haklarına saldırı niteliğinde bir davranış olduğu söylenebilir. İşçilere yapılacak olan cinsel taciz işçinin kişilik haklarına karşı yapılmış hukuka aykırı bir davranıştır.<sup>26</sup>

İş hukukunda işçinin kişilik haklarına saygı, insan haysiyeti ve esasında işverene düşen bir yükümlülüktür. Haysiyet felsefi anlamda, her insanın, insan olarak, başkalarından saygı görmesini gerektiren bir yüksek değer olup işçinin haysiyetine, bedensel veya ruhsal bütünlüğüne, kısaca kişiliğine saldırı niteliğinde davranış, söz, fiil, jest, yazı gibi haksız ve istihdam edildiği işi tehlikeye sokan veya iş ortamını altıtan her türlü tutum bu yükümlülüğün ihlali demektir.<sup>27</sup>

İşveren, işçinin ahlaki değerlerinin korunması ile ilgili olarak, işyerinde kadın ve erkek işçiler için ayrı giyinme bölümleri yapmak, işyerindeki işçileri şeflerinin veya diğer çalışanların veya üçüncü kişilerin ahlak dışı davranışlarına karşı korumak veya rahatsız edilmelerini önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür.<sup>28</sup>

Mevcut yasal düzenlemeleri yeterli bulmayan hukukçular, İş Yasası'nın 77. maddesindeki işçiyi koruyucu hükme, "işçinin cinsel tacize karşı korunması ve bu konuda her türlü önlemlerin alınması" ile ilgili ilave yapılmasını haklı olarak önermektedirler.<sup>29</sup>

Cinsel taciz nedeniyle kişiliğe müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda işçinin açabileceği davaları, koruma davaları ve tazminat davaları olarak iki grupta incelemek uygun olur.

Koruma davaları;

- Tecavüze son verilmesi davası,
- Tecavüzün önlenmesi davası,
- Tecavüzün tespiti davasıdır.

Tazminat davaları ise,

- Maddi tazminat davası,
- Manevi tazminat davasıdır.

## 2.1. Koruma Davaları

Öğretide "savunma davaları" olarak da adlandırılan<sup>30</sup> koruma davalarının yasal temelini Medeni Kanun'un 25/1. maddesi oluşturmaktadır. Anılan maddeye göre; "Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir" (Medeni Kanun, md. 25/1). Ayrıca davacı bununla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayınlanması isteminde de bulunabilir (Medeni Kanun, md. 25/2). Bu davalar, saldırıyı önlemek, yok etmek veya etkisizleştirmek amacıyla açılır.<sup>31</sup> Davanın açılabilmesi için failin kusurlu olması, saldırı sonucu bir zararın doğmuş olması şart değildir, mağdur maddi ya da manevi zarar doğmamış olsa dahi koruyucu davaları açabilir.<sup>32</sup>

Bu davaların davacısı tecavüze (saldırıya) uğrayandır, yani davayı saldırıya uğrayan açacaktır. Miras bırakanın sağlığında açmış olduğu davaya mirasçılarını devam edebilirler.<sup>33</sup>

Davalı taraf ise saldırıyı yapan şahıs veya mirasçısıdır. Mirasçılar zorunlu dava arkadaşısı değil, ihtiyari dava arkadaşısıdır.<sup>34</sup> Ancak, bu davalar açısından "davalı" olabilme sıfatının iş hukuku açısından irdelenmesinde yarar vardır. Çünkü, işçinin cinsel taciz şeklinde veya başka bir şekilde saldırıya uğraması durumunda,

saldırıyı yapan işveren ise davanın da işverene karşı açılacağında kuşku yoktur. Ancak saldırı işverenden değil de işveren vekilinden, işverenin bir işçisinden veya işverene yakın bir üçüncü kişiden geliyorsa koruma davasının kime karşı açılacağı konusunun da çözümlenmesi gerekmektedir. Davanın bizzat saldırıyı yapana açılabilmesi gibi işverene de açılabilmesi gerekir. İşverenin talimatı üzerine, başka bir işçi tarafından gerçekleştirilen müdahale bakımından ise, yine, koruyucu davaların işverene karşı açılması olanaklı ve davanın istenen sonucu vermesi için gereklidir. Müdahaleyi gerçekleştiren işçinin işveren vekili sıfatını taşıyıp taşıyamaması, bu davaların işverene yöneltmesi noktasında değişiklik yaratmaz. Anımsatalım ki, bu davalar, bizzat saldırıyı gerçekleştiren kişiye karşı açılabilmesi gibi; esasen saldırıyı önleyebilecek ya da son verebilecek konumda olana karşı açılabilirler ve bu şekilde davayla güdülen amaca ulaşılması mümkün olur. Dahası, işçinin özel yaşamına müdahale oluşturan uygulama, işverenin verdiği talimatın sınırları aşarak yapıldığında, işverenin buna izin verdiği, hoş gördüğü ya da teşvik ettiğinden söz edilebiliyorsa, yine davanın açılacağı kişi, işveren olabilecektir. Ayrıca, bu davalar bakımından işverenin kusuru da aranmaz; giderek, bilmiyor dahi olsa, saldırının oluşmasında olumlu ya da olumsuz davranışıyla katkı yapan işverene karşı, koruyucu davalar açılacaktır.<sup>35</sup>

İşçinin, işverene karşı açacağı MK. m. 25 davalarında görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunun "sorunlu" olduğu öğretide ileri sürülmekle birlikte; saldırı ile iş ilişkisi arasında bağ kurulabildiği sürece, görevli mahkemenin iş mahkemeleri olması gerektiği belirtilmektedir.<sup>36</sup> İşverene karşı açılacak davalarda "iş ilişkisi"nin varlığından hareketle davanın İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi gereğince iş mahkemelerinde açılacağını söyleyebiliriz. Yetkili mahkeme sorununu ise İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesine göre çözmek gerekir. Anılan yasa maddesine göre; davalının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemeleri ile işçinin işini yaptığı yer mahkemeleri yetkilidir. Ancak Medeni Kanun'un 25/V. maddesinde koruma davaları açısından, davacının yerleşim

yeri mahkemeleri de yetkili kılınmıştır. Bu iki yasa maddesini çelişen hükümler olarak değil, işçiyeye tanınmış ilave hak olarak anlamak gerekir. Yani İş Mahkemeleri Kanunu, md. 5'deki yetkili mahkemelere ilave olarak Medeni Kanun, md. 25/V'deki yer mahkemesini de tercih edebilecektir.

### 2.1.1. Saldırıya Son Verilmesi Davası

Tecavüze son verilmesi davası<sup>37</sup>, kişilik haklarına karşı sürmekte olan saldırının sona erdirilmesini amaçlamaktadır. Bu davanın açılabilmesi için devam etmekte olan haksız bir saldırının olması gerekir. Yapılan tecavüzün kusurlu olması gerekmez, hukuka aykırı olması yeterlidir. Bu davanın açılabilmesi için;

- Kişilik haklarına bir saldırı olmalıdır,
- Bu saldırı haksız (hukuka aykırı) olmalıdır,
- Saldırı devam ediyor olmalıdır.

Saldırı sona ermişse bu dava açılmaz, saldırının doğurduğu sonuçlar nedeniyle tazminat davası açılması gerekir. Saldırı, ani bir hareketle yapılarak tamamlanıyorsa bu dava açılmaz, çünkü bu davanın koşulu, saldırının devam ediyor olmasıdır. Örneğin, cinsel taciz niteliğindeki bir eylemi tek hareketle mağdura dokunarak yapan kişiye karşı saldırıya son verilmesi davası açılmaz. Çünkü bu tür eylemde saldırı aniden yapılmış ve bitmiştir, devam eden bir saldırı yoktur. Ama, cinsel taciz devam eder nitelikte ise, örneğin, işyerinde kadın işçileri rencide edecek şekilde duvarlara resimler konmuşsa bu resimler orada kaldığı sürece saldırı devam ediyor demektir.<sup>38</sup> Saldırı devam ettiği sürece zamanaşımı söz konusu olmaz.

### 2.1.2. Saldırının Önlenmesi Davası

Saldırının önlenmesi davası<sup>39</sup> saldırıya son verilme davasının uygulama alanı olarak ortaya çıkar ve son verilme davasının mantıki bir sonucudur. Henüz bir saldırının başlamadığı, ancak başlayacağı konusunda birtakım belirtilerin bulunduğu durumlarda, gelmesi mümkün saldırının engellenmesi amaçlanmıştır. Bu davanın açılabilmesi için kişilik haklarına saldırının yapılmak üzere olduğu konusunda ciddi emareler ve endişeler bulunmalıdır. Saldırı olacağı varsayımı yeterli değildir. Tehlikenin mevcudiyeti,

tehditlerden, hazırlık hareketlerinden, daha önce gerçekleşmiş saldırılardan veya sistematik hücumlardan anlaşılabilir.<sup>40</sup> Kişinin özel yaşamı ile ilgili bilgilerin, aşk mektuplarının yayımlanacağı konusundaki açıklamalar saldırının yapılacağı konusunda ciddi belirtilerdir.

Saldırı haksız olmalıdır, davranışın kusurlu olup olmadığı aranmaz. Bu dava sonucunda, davalının saldırıdan kaçınmaya mahkum edilmesine karar verilir. Karar anında saldırı gerçekleşmişse bu davanın bir anlamı kalmaz ve karar verilmesine yer olmadığı sonucuna varılır. Öğretide "kaçınma davası" da denilen bu davada, davalının saldırgan davranıştan kaçınması istenmektedir.

### 2.1.3. Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti Davası

Bu dava<sup>41</sup>, genel nitelikteki tespit davasının kişilik haklarının korunmasında özel olarak düzenlenmiş şeklidir ve sona ermiş bir saldırının etkilerinin devam etmesi halinde açılır. Saldırının önlenmesi ve saldırıya son verilmesi davalarının uzantısı ve onları tamamlayan bir hukuksal yoldur. Amacı, hukuka aykırılığın tespiti ve saldırının etkilerinin ortadan kaldırılmasıdır. Failin kusurunun bulunması şart değildir, zararın varlığı da aranmaz.

Mağdurun kişilik haklarına yapılan saldırının onun şeref ve haysiyetine dokunması ve toplumda yanlış izlenimler uyandırması halinde saldırının etkilerinin devam ettiğinden bahsedilebilir. Saldırının sadece taraflar arasında da etkilerini sürdürmesi mümkündür. Saldırının üzerinden çok zaman geçmişse etkilerinin devamından bahsetmek zor olduğu için bu davanın açılmaması gerekir.

Başka bir davanın açılmasının mümkün olduğu durumda bu dava açılmaz. Örneğin eda davası açmak mümkünse tespit davası açılmaz. Bir saldırının ihtimal dahilinde olması halinde tespit davası değil, önleme davası açılır. Maddi ve manevi tazminat davaları açılmışsa tespit davası açılmasına gerek yoktur, zira zaten maddi/manevi tazminat davalarında saldırının hukuka aykırılığının tespiti yapılacaktır.

Bir kimse hakkında şurada burada söylenmekte olan sözlerin şeref ve haysiyete karşı

hukuka aykırı bir saldırı oluşturduğunun mahkeme tarafından saptanmasını istemek, böyle bir dava ile mümkün olur.<sup>42</sup> Davacı, tespit edilen hukuka aykırılık kararının yayımlanmasını veya üçüncü kişilere bildirilmesini isteyebilir. Saldırının etkileri dar bir çevrede kalmışsa sadece ilgili kişilere bildirim yolu seçilir.

Cenevre Temyiz Mahkemesi, İsviçre Medeni Kanunu'na (md. 28) göre işyerinde cinsel taciz olayında da tespit davası açılabilmesine karar vermiştir. Söz konusu davada, amirin teklifte bulunmak, şarkı sözü ve pornografik yayınlar vermeye çalışmak gibi tacizine maruz kalan mağdur, amirinin olumsuz raporu sonucu işten çıkartılmıştır. Feshin gerekçesi olarak da kişisel yetersizlik, yapılan işin kötü yapıldığı iddiası, mazeretsiz olarak işe devamsızlık ileri sürülmüştür. Mahkeme, bu durumun mağdurun şeref ve haysiyeti ile ilgili olduğuna ve tespit davası için gerekli koşulların mevcut olduğuna, amirin mağdur hakkındaki iddialarının da inandırıcılıktan uzak olduğuna karar vermiştir.<sup>43</sup>

## 2.2. Tazminat Davaları

İşçinin kişilik haklarına saldırı halinde açılacak tazminat davaları maddi ve manevi tazminat davalarıdır. Kişilik haklarına saldırı halinde maddi ve manevi zararın istenebileceği Medeni Kanun'un 25/3. maddesinde düzenlenmiş olup, haksız fiilden doğan zararlar ilgili genel hüküm olan Borçlar Kanunu'nun 41. maddesi ve manevi tazminatla ilgili olarak da yine Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır.

### 2.2.1. Maddi Tazminat Davası

Maddi tazminat davası, kişilik hakkı hukuka aykırı bir biçimde saldırıya uğrayan kimsenin, bu saldırı nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesi amacıyla yöneliktir.<sup>44</sup> Davanın yasal temelini Medeni Kanun'un 25/3. ve Borçlar Kanunu'nun haksız fiille ilgili 41. maddesi oluşturmaktadır. Maddi tazminat davasının açılabilmesi için;

- Kişisel değerlere yönelik bir saldırı olmalı,
- Saldırı hukuka aykırı olmalı,
- Kusurun veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin varlığı olmalı,

- Zarar gerçekleşmiş olmalı,
- Saldırı ile zarar arasında nedensellik (sebe - sonuç ilişkisi) olmalıdır.

İşçinin cinsel taciz nedeniyle tazminat talep edebileceği maddi zarar, maruz kalınan olayın özelliklerine göre farklılıklar arz edebilir. Bunlar işçinin cinsel taciz nedeniyle beden ve ruh bütünlüğünün ihlali (cismani zarar) nedeniyle yaptığı tedavi harcamaları, çalışma gücünün yitirilmesi ve iktisadi geleceğin sarsılmasına ilişkin (BK. Md. 46) zararlar olabileceği gibi; cinsel taciz sonucu hakkında çıkarılan dedikodular veya kendisine yönelik çeşitli isnatlar nedeniyle iş bulamaması sonucu uğradığı zararlar; cinsel tacize gösterdiği tepki nedeniyle veya cinsel kayırmacılık nedeniyle ayrımcı işleme tabi tutulmasından ötürü uğradığı (örneğin terfisinin, ücret artışının yapılmaması, fazla çalışmalar dışında tutulması vs.) zararlar biçiminde olabilir.<sup>45</sup>

Bu davada zarar görenin rızası konusunun da irdelenmesi gerekmektedir. Borçlar Kanunu'nun 44/1. maddesine göre, zarar görenin zarara razı olması halinde hakimın tazminat miktarında indirim yapması veya tazminata hükmetmemesi gerekir. Çünkü rıza, hukuka uygunluk nedenlerindedir. Ancak, rızanın işyerinde cinsel taciz olgusu açısından gözden geçirilmesinde büyük yarar vardır. Örneğin, özgür irade eseri olmayan rızanın kabul edilebilirliği yoktur. Bu bağlamda işine son verilebileceği korkusu yaşayan bir işçinin tacize boyun eğmesini rıza olarak kabul etmek mümkün değildir. İşverenin talimatlarına uymak zorunda olan işçinin giyim kuşam, müşterilerle ilişkiler gibi konulardaki davranışlarını rızanın varlığı olarak kabul etmemek gerekir. İşçinin (mağdurun) işyerindeki uygunsuz davranışlara karşı suskunluğu (tepkisizliği), gülüp geçmesi, şikayette bulunmaması, giyimi, kuşamı, başka arkadaşlarıyla ilişki biçimi, geçmişteki yaşantısı gibi hususlar örtülü rıza olarak kabul edilemez. Cinsel taciz olayında mağdurun rızasının örtülü değil, açık olması gerekir. Örneğin, mağdurun, cinsel tacizine maruz kaldığı kişiyle işyeri dışında ilişkilerini sürdürmesi, evini ziyaret etmesi, evine çağırması, şakalarına, cinsel sohbetlere, küfürleşmelere katılması rıza olarak kabul edi-

lebilir. Rızadan her zaman dönülebilir ve rızanın geri alınmasından sonraki hareketler hukuka aykırılık oluşturur<sup>46</sup>. Borçlar Kanunu'nun "tazminatta indirim" konusunu düzenleyen 44. maddesinin cinsel taciz olaylarında uygulanamayacağını iddia eden görüş<sup>47</sup> kanımızca da isabetlidir.

Borçlar Kanunu'nun 44/1. maddesine göre, zarar görenin kusuru zararın doğmasına ya da artmasına neden olmuşsa, hakim tazminattan indirim yapabilir veya tazminata karar vermeden vazgeçebilir. Kusur, zarar görenin kastından veya ihmalden doğmuş olabilir. Zarar, nedensellik bağına kesecek yoğunlukta olmamalıdır, aksi takdirde zarar veren tazminattan kurtulur. Kadın işçilerin kılık kıyafetinin ve özellikle de dekolte giyinmenin cinsel tacizde teşvik edici rolünün bulunduğu şeklindeki önyargıların üzerinde dikkatle durulmalı ve bu hususun "ortak kusur" ya da "birlikte neden olma" olarak anlaşılması gerekir. Cinsel taciz olgusunda dekolte kıyafetin ortak kusur olarak kabul edilebilmesi için dekolte aşırıya kaçtığına nesnel bakışla anlaşılması ve bu aşırılığın başka hareketlerle de desteklenmiş olması gibi yan nedenlerin varlığına da bakılmalıdır. Yargıçların bu konularda karar verirken, toplumsal önyargılardan soyutlanmaları ve "cinsel tacizin yaptırımı bağlanmasındaki amaç" göz önünde tutulmalı ve "ölçülü" davranmaları gerekir.<sup>48</sup> Erzurum'da valiliğe bağlı bir kamu kurumunda işçi olarak çalışan sekreterin "fazla dekolte giyindiği için" işine son verilmesi olayında yerel mahkeme işçinin işe iadesine karar vermiş, Yargıtay da bu kararı onamıştır.<sup>49</sup>

### 2.2.2. Manevi Tazminat Davası

Kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde manevi tazminat davası<sup>50</sup> açılabilceği Medeni Kanun'un 25/3. maddesinde düzenlenmiş olup, Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 47 ve 49. maddeleri de manevi tazminatı düzenleyen maddelerdir. Ölüm ve cismani zarar durumundaki manevi tazminat taleplerinde 47. madde uygulanacaktır ki, bu maddeyi 49. maddeye göre özel hüküm olarak kabul etmek gerekir; 49. madde ise manevi tazminata ilişkin genel bir hükümdür.

Kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle

maddi zarar doğmasa dahi manevi zarar (elem ve ıstırap) doğabilir. Ya da maddi zararlar birlikte manevi zarar da doğmuş olabilir. Saldırının sonucu kişi, şiddetli bir üzüntü veya utanç duymuş olabilir. Cinsel taciz olaylarında da Borçlar Kanunu'nun 47 ve 49. maddelerinin uygulanması gerektiğinde kuşku yoktur. Cinsel taciz sonucunda vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu ise manevi tazminat için 47. madde uygulanacaktır, bunun dışındaki cinsel taciz olaylarında genel hüküm olan 49. madde uygulanacaktır. Cinsel taciz, cinsellik yüklü rahatsız edici bakışlardan ırza geçmeye kadar uzanan eylemlerdir. Bu tür hareketlerin kişi üzerinde üzüntü, utanma vs. gibi olumsuzluklar meydana getirmemesi düşünülemez.

İşverenin işçiye veya aile üyelerine şeref ve namusa dokunacak sözler söylemesi, davranışta bulunması ya da cinsel tacizde bulunması işçiye haklı fesih hakkı verir (m.24/II-b). Unutulmamalıdır ki işçinin anılan eylemler nedeniyle manevi tazminat hakkı da bulunmaktadır.<sup>51</sup>

Manevi tazminat davası açılabilmesi için;

- Hukuka aykırı bir saldırı olmalıdır,
- Saldırının sonucunda zarar doğmuş olmalıdır,
- Zararla saldırı arasında nedensellik bağı

(sebebe sonuç ilişkisi) bulunmalıdır.

Manevi tazminat davası için "kusur" aranıp aranmayacağı konusunda öğretide görüş ayrılığı vardır. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde 3444 sayılı Kanun'la değişiklik yapıldıktan sonra eski metindeki "kusurun özel ağırlığı şartı" kaldırılmıştır. Kusur unsurunun aranması gerektiğini düşünenler, bu konunun "haksız fiil" başlığı altında düzenlenmiş olduğunu ve maddi ve manevi değerlerin aynı yoğunlukta korunması gerektiğini ileri sürmektedirler. Kusurun aranmasına gerek olmadığı görüşünde olanlar ise yasa koyucunun bunu yasada açıkça belirtebilecek iken bunu yapmadığını belirtmekte ve kişinin şeref ve haysiyetine yönelik kusurlu saldırının ispatının çok güç olduğunu, bu nedenle de maddenin yorumunun yasa koyucunun kusuru aramadığı şeklinde yorumlanmasına müsait olduğunu ifade temektirler.

Borçlar Kanunu'nun 49/1. maddesinde manevi zarar karşılığı olan manevi tazminat için "bir miktar para" ödenmesinden bahsedilmekte



ise de; Yasanın 49/3.maddesine göre “Hakim bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.”

Cinsel tacize maruz kalan bir kadın işçinin kişilik haklarının ihlal edildiği iddiası ile 40.000 TL. manevi tazminat talep ettiği davada yerel mahkeme 5.000 TL. manevi tazminata karar vermiştir. Yargıtay, işçinin talebinin normatif dayanağının Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi olduğunu, somut olayda kadın işçinin amiri konumundaki kişinin cinsel tacizine uğradığını, işverenin kadın işçiyi koruyucu önlem almadığı gibi, iş sözleşmesini haksız ve ağır itahlarla feshettiğini, asılsız, şahsiyete yönelik fesih gerekçeleri ile davacı işçinin ağır manevi zarara uğradığının açık olduğunu, tarafların ekonomik ve sosyal durumları da gözetildiğinde mahkemece verilen 5.000 TL. manevi tazminatın somut olay yönünden yetersiz olduğunu, daha yüksek bir miktarda manevi tazminata hükmedilmesini istediği görülmektedir.<sup>52</sup>

Cinsel tacizle ilgili olmasa da kişilik haklarına saldırı niteliğindeki bir olayda işveren vekili konumundaki kişinin işçiye tokat atması sonucu açılan davada, yerel mahkemenin manevi tazminat talebini reddetmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; “Davacıya, davalı işveren vekili tarafından etkili eylemde bulunulduğu tartışmasızdır. Sözü edilen eylem tek başına BK 49. madde uyarınca kişilik hakkına saldırı olup manevi tazminatı gerektirir. Mahkemece feshin haksızlığının kabulü de bu olguyu doğrulamaktadır. Hiçbir gerekçe işçinin dövülmesini haklı kılmaz, işçinin yalnız maddi varlığı değil manevi varlığı da yasalarca koruma altındadır. Mahkemece manevi tazminat isteğinin gerekçesiz reddi bozmayı gerektirmiştir.” sonucuna varmıştır.<sup>53</sup> Kararı inceleyen Sevimli, işçiye etkili eylemde bulunanın “işveren vekili” olduğuna dikkate çekerek işverenin verdiği yetkilerin kullanılmasından dolayı Borçlar Kanunu'nun 100. maddesindeki “ifa yardımcısının eylemlerinden dolayı kusursuz sorumluluğun” söz konusu olacağını ve ayrıca Borçlar Kanunu, md. 55'deki “istihdam edenin sorumluluğu”

hükümlerinin de gündeme gelebileceğini, bu iki hükümdeki sorumluluğun yarışmasının söz konusu olabileceğine dikkat çekmektedir.<sup>54</sup>

Adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen BK. md. 55'e göre açılan cinsel tacizle ilgili bir manevi tazminat davasına değinmekte yarar var. Bir şirkete ait otelde çalışan güvenlik görevlisinin otelde müşteri olarak kalan turist rehberi kadının zorla ırzına geçmiştir. Mağdur, kişilik haklarına saldırı nedeniyle şirkete karşı manevi tazminat davası açmıştır. Yerel mahkeme, zarar doğuran eylemi yapan dava dışı işçinin eyleminin yaptığı iş nedeniyle değil, tamamen kendi özel isteği ile yapılmış olması nedeniyle şirketin BK. md. 55'e göre sorumlu olamayacağını belirterek davayı reddetmiştir.

Konu temyiz nedeniyle Yargıtay 4. Hukuk Dairesine geldiğinde Yargıtay;

“Dava, adam çalıştırın sıfatıyla BK. 55. maddeleri uyarınca davalı şirket hakkında açılmıştır. Kusur aranmayan haksız fiil sorumluluğundan adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için; zararın çalışanın hukuka aykırı eyleminden doğması ve zarar ile çalışanın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Bu koşulların varlığı halinde çalıştırının kendisine yükletilmiş olan özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmediği ve zararın bu yüzden meydana geldiği kabul edilmektedir. Bu sorumluluk karinesinin çürütülmesi için yasa koyucu adam çalıştırınlar için kurtuluş beyyinesi hakkını tanımıştır. Adam çalıştırın, çalışanın seçiminde, talimat vermede ve denetlemede gerekli özeni gösterdiğini kanıtlaması halinde sorumluluktan kurtulur. Bu bağlamda olmak üzere somut olayın irdelenmesine gelince; dosyadaki bilgi ve belgelere göre, olay tarihinde davalıya ait işyerinde çalışan dava dışı işçinin daha önce çalıştığı yerde bir yabancı uyruklu turist kadının ırzına geçmesi nedeniyle bu işinden ayrılmak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar zararlandırıcı eylemde bulunan dava dışı işçinin davalıya ait otelde işe girerken, ırza geçme olayını gizlemiş ise de; yeni işe girerken ayrıldığı işyerinden aldığı sigorta numarasını kullandığından buradan hareketle ayrıldığı işyerinden bu işçinin genel davranış biçimi hakkında gerekli bilgi alınması olanağı

mevcut iken buna itibar edilmediği ve bu suretle adam çalıştıran davalının gerekli özeni göstermediği anlaşılmaktadır. Çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için zarar verici eylem ile çalıştırmanın görülen işi arasında fonksiyonel bağlılık bulunması yeterlidir. Ayrıca, yerel mahkeme kararında belirtildiği gibi, işçinin yapması gereken iş dolayısıyla giriştiği bir faaliyetin sonunda zarar oluşması gibi özel bir durumun varlığı aranmaz. Yukarıdan beri açıklanan nedenlerden ötürü, davalıya ait otele güvenlik görevlisi olarak çalışan dava dışı işçinin aynı otele turist rehberi olarak kalan davacının zorla ırzına geçmekten ötürü ceza mahkemesinin kesinleşen kararı ile mahkum olan ve bu suretle davacının kişilik haklarına saldırıda bulunan işçinin bu eylemi nedeniyle BK. 55. maddesi uyarınca tarafların sosyo ekonomik durumları da göz önünde tutularak davacı yararına takdir edilecek miktarda manevi tazminata karar verilmesi gerekirken davanın reddi yönünde hüküm kurulması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir” sonucuna varmıştır.<sup>55</sup>

Bu karar inceleyen Ögüz, Yargıtay’ın vermiş olduğu bu kararlar BK. md. 55 hükmünün sınırlarının aşırı derecede genişletildiğini, burada 55. maddenin uygulanamayacağını, çünkü zarar doğuran eylemi yapan işçinin eyleminin kendisine verilen işi yaparken gerçekleştirildiğinin söylenemeyeceğini, tamamen kendi özel amacıyla hareket ettiğini, bu nedenle davalı şirketin 55. maddeye göre sorumlu tutulamayacağını, ancak davalı şirketin BK. 100. maddeye göre borca aykırı davranıştan sorumlu tutulabileceğini, Medeni Kanun md. 2’nin de gözetilerek BK. md. 100’e göre şirketin kusursuz sorumluluğuna gidilebileceğini (BK. md. 96) belirtmektedir.<sup>56</sup>

Yargıtay’ın bu kararına konu olan olayda, davacı (mağdur) ile davalı şirket arasında iş sözleşmesi (hizmet akdi) bulunmadığından, davanın iş mahkemesinde değil, genel görevli mahkemede (asliye hukuk mahkemesinde) görüldüğü, bu nedenle de “iş davası” olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak karar içeriğinin iş hukukunu yakından ilgilendiren bir içeriğe sahip olduğu gözlenmektedir. İşverenin işe aldığı işçinin geçmişini araştırmak, işçinin daha önce-

den çalıştığı işyerlerinden onun ahlaki durumu ve dürüstlüğü konusunda araştırmalar yapmak vs. gibi görevlerle yükümlü tutulması ve bunu yapmadığı takdirde işçinin üçüncü kişilere vereceği zararlardan bu nedenle sorumlu tutulabileceği görüşü dikkate değerdir.

### 3. CİNSİYET AYRIMCILIĞI VE CİNSEL TACİZ BAĞLAMINDA AYRIMCILIK TAZMİNATI

Tarih boyunca düşünürleri ve özellikle de felsefecileri meşgul etmiş olan “eşitlik ilkesi” hukukun da vazgeçilmez ilkelerinden biridir ve gerek uluslararası hukuk metinlerinde ve gerekse anayasalarda yerini almıştır. Bizim anayasamızda da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı “herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir (Anayasa, md. 10)” şeklinde ifade edilmiştir. Anayasadaki eşitlik ilkesinin iş hukukuna yansımaları 4857 sayılı İş Yasası’nın 5. maddesinde “eşit davranma ilkesi” olarak karşımıza çıkmaktadır. İş Yasası’nın “Eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesinin metni aşağıdaki gibidir;

“Madde 5 - İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı hak-

larını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

İş hukukundaki eşit davranma ilkesi<sup>57</sup> cinsel tacizle yakından ilgilidir.<sup>58</sup> Cinsel tacizin mağdurlarının büyük oranda kadınlar olduğu düşünüldüğünde, kadın olmaktan dolayı böyle bir davranışa maruz kaldıkları çok açıktır. Kadın olmaktan dolayı tacize uğramanın cinsiyet ayrımcılığı olduğu da rahatlıkla söylenebilir. İşyerinde cinsel tacizi salt bir hukuka aykırı eylem olarak değil, “cinsiyeti sebebiyle ayırım” olarak ele almak gerekir. Çünkü bir uygulama olarak cinsel taciz, kadınların işçi olarak statülerini olumsuz biçimde etkilemektedir. Cinsel taciz, kadınları, erkekleri sınırlamayan bir biçimde sınırlamakta, kadınları herkes için mevcut olan olanaklardan, cinsellik içeren koşulların kabulüne veya reddine dayalı olarak, yararlandırmakta veya yoksun kılmaktadır. Bu şekilde kadın çalışanlar ve erkek çalışanlar için iki farklı çalışma standardı yaratmaktadır. Dolayısıyla kadın ile erkekler arasında farklı çalışma koşulları uygulamakta ve ayrımcılık yaratmaktadır.<sup>59</sup> Nitekim Avrupa Birliği standartları ve bunun temelini oluşturan 2002/73 sayılı Direktif’de de cinsel taciz, cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak kabul edilmiştir.<sup>60</sup> Türkiye’nin onaylayarak iç hukukuna dahil ettiği CEDAW’ın (Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi) 1. maddesi de cinsiyete bağlı ayrımcılığa değinmektedir.<sup>61</sup> Taciz, ayrımcılığın bir alt türü olarak kabul edilmektedir.<sup>62</sup> Ancak 4857 sayılı yasa ile cinsel tacize ilişkin düzenlemeler getirilmişse de, tacizi ayrımcılık bağlamına oturmadiği da ifade edilmektedir.<sup>63</sup>

İşverenin kadın işçiye cinsel içerikli tekliflerde bulunması, cinsel isteklerinin kabulü yönünde baskıda bulunması, işçinin çalışma koşullarını ilgilendiren konularda (terfi, ücret artışı,

performans değerlendirmesi) karar almayı veya yararlandırmayı bu isteklerinin veya tekliflerinin kabulüne bağlı tutması veya bu sebeplerle diğer işçiler arasında çalışma şartları, ayrıcalıkları ve haklar bakımından farklılık yaratması halinde, kadın işçiye karşı cinsiyet ayrımcılığı yaratmış olur. Bu durumda işçinin kişilik haklarının ihlali ile cinsiyet ayrımı yasağının ihlali birlikte gerçekleşmektedir.<sup>64</sup>

İşyerindeki cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı olduğunun kabulü halinde “ayrımcılık tazminatı” olarak da adlandırılan İş Yasası’nın 5/6. maddesindeki “4 aya kadar ücreti tutarındaki tazminat” da gündeme gelecektir. Ancak, bu tazminata tavan sınırlaması getirilmiş olması ve tavanın da 4 aylık ücret olarak belirlenmiş olması nedeniyle işyerindeki cinsel taciz olaylarında uygulanamayacağı şeklinde bir görüş vardır.<sup>65</sup> Bu görüş, işyerinde cinsel tacize uğrayan işçinin 5/6. maddedeki ayrımcılık tazminatını alması halinde Borçlar Yasası’ndaki maddi ve manevi tazminatı alamayacağına dayanmaktadır ve aylık ücreti çok yüksek olan bir işçi ile asgari ücretli bir işçi arasında da eşitsizlik yaratacağını düşünmektedir.

Ancak, karşı görüşte olan hukukçular, işyerinde cinsel tacize uğrayan işçinin 5/6. maddedeki ayrımcılık tazminatını almasının maddi ve/veya manevi tazminatı almasına engel olmayacağını düşünmekte ve ayrımcılık tazminatına ilave olarak maddi/manevi tazminatları da isteyebileceği görüşündedirler.<sup>66</sup> Kanımızca da işyerinde cinsel tacize maruz kalan işçi ayrımcılık tazminatını da maddi/manevi tazminatı da talep edebilmeliler.

İş Yasası’nın 5/3. maddesinde cinsiyet ayrımcılığı, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında da yasak olmasına karşın; 5/6. maddesindeki ayrımcılık tazminatı “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” uygulanabilecek bir tazminat olarak düzenlenmiştir. Yani iş sözleşmesinin kurulmasına yönelik iş görüşmeleri aşamasında cinsel tacize uğrayan işçi ayrımcılık tazminatını isteyemeyecek, iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesi aşamasındaki cinsel tacizde ise isteyebilecektir. Bu durumda işe almada ayırım yapılması halinde uygulanacak tazminat konusunda genel hükümlere (culpa in contra-

hendo) gitmek gerekmektedir.<sup>67</sup> Bu durumun maddede getirilen yasağın etkinliğini azalttığı söylenebilir.<sup>68</sup>

İş Yasası'nın 5/7. maddesine göre, 20. maddede hükümleri saklı kalmak üzere, ayrımcılığı ispat etme yükü işçiye aittir, ancak işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğu takdirde ispat yükümlülüğü işveren geçmektedir.

Ayrımcılık tazminatı, eşit davranma borcuna aykırılığın hukuksal yaptırımını olduğundan, teknik anlamda bir tazminat olmadığından, sadece eşit davranma borcuna aykırılığın meydana gelmiş olması yeterli olup, işçinin herhangi bir zararı ve işverenin kusuru aranmamalıdır.<sup>69</sup> Yasada “dört aya kadar” dendiği için, tazminatın miktarı 4 aylık ücreti aşmamak üzere yargıcın takdirine bırakılmıştır. Şüphesiz yargıç da somut olayın durumuna (tacizin ağırlığı, işçinin işi, kıdemi, pozisyonu, vs.) göre takdir yetkisini kullanacaktır. Tazminata tavan sınırlaması getirilmiş olmasının AB normlarına uygun olmaması nedeniyle eleştirildiği görülmektedir.<sup>70</sup>

Ayrımcılık tazminatı çıplak ücret üzerinden hesaplanacağından, ücretin ekleri olan ikramiye ve sosyal yardımlar gibi ödemeler bu tazminatın hesabında dikkate alınamaz.<sup>71</sup> Ayrımcılık tazminatında 10 yıllık zamanaşımı söz konusudur. Ayrımcılık tazminatı ile ilgili hüküm nispi emredici nitelikte olduğundan toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmeleri ile artırılabilir.<sup>72</sup>

#### 4. CİNSEL TACİZ VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

İşyerindeki cinsel tacizin fesih için önemli bir neden oluşturduğu söylenebilir.<sup>73</sup> Bu nedenle gerek cinsel tacizin mağduru olan işçi açısından ve gerekse tacizin faili olan işçi açısından 4857 sayılı İş Yasası'na hükümler konmuştur. Eski (1475 sayılı) İş Kanunu'nda açıkça “cinsel taciz” kavramı kullanılmamış olmakla birlikte, o dönemde de cinsel taciz eylemleri “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller” kapsamında görülerek yargı kararlarına konu olmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu'nda “haklı fesih” sebeplerinden ayrı olarak “geçerli fesih” sebepleri de getirilmiş olduğundan, cinsel ta-

cizin geçerli fesih açısından da irdelenmesinde yarar vardır.

Haklı feshin söz konusu olabilmesi için, bir olayın sözleşmenin sürdürülmesini taraflardan birisi için çekilmez kılması<sup>74</sup> gerekir. Taraflar açısından iş sözleşmesinin devamını çekilmez kılan hallerin neler olduğu yasadaki sınırlı olmayacak şekilde (İş Yasası, md. 24/II ve 25/II) sayılmıştır. Ancak, madde başlıklarında “..ve benzerleri” dendiği için, bu sayılan hallerin benzerleri de bu maddeler kapsamındadır. Nitekim Borçlar Yasası'nın 344. maddesi de bu doğrultudadır.<sup>75</sup> “Geçerli fesih” ise, haklı feshi gerektiren eylemler kadar ağır olmayan durumlarda söz konusudur.

#### 4.1. İş Sözleşmesinin Cinsel Tacizden Dolayı İşçi Tarafından Haklı Nedenle Feshi

4857 sayılı İş Yasası'ndan önceki dönemde çalışma mevzuatımızda cinsel taciz kavramı kullanılmamıştı ve cinsel tacizi doğrudan düzenleyen herhangi bir hüküm de yoktu. O dönemde cinsel taciz niteliğindeki hareketler “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hareketler” kapsamında ele alınıyordu. Nitekim cinsel tacize maruz kalan işçinin haklı sebeplerle (bildirimsiz ve ihbar tazminatsız) iş sözleşmesini feshetmesinin yasal temelini o dönem yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II. maddesi oluşturmaktaydı.<sup>76</sup>

“Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri” başlığını taşıyan 16/II. maddesinde; “İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler veya davranışlarda bulunursa (16/II-b)”; “İşçi işverenin evinde oturmakta ise, bunların yaşayış tarzları genel ahlâk bakımından düzgün olmazsa (16/II-c)” ve “İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı satımda bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat ve ithamlarda bulunursa (16/II-ç)” iş sözleşmesi işçi

tarafından haklı nedenlerle bildirimsiz olarak feshedilebiliyordu. Yasanın bu hükümlerinin cinsel tacizi de kapsadığı düşünülüyor ve yargı organları önüne konu geldiğinde bu hükümler kapsamında değerlendirme yapılıyordu.

10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren mevcut 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II. maddesi de eski Kanunun 16/II. maddesine denk gelen madde olup, şu anda uygulanmakta olan "ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" konusunu düzenlemektedir. 4857 sayılı Yasanın 24/II. maddesindeki hallerin varlığı halinde, işçi iş sözleşmesini haklı sebeple derhal (bildirimsiz) feshedebilir. Bu maddede sayılan haller cinsel tacizi de kapsamakta ve burada "cinsel taciz" kavramına ilk defa yer verilmiş olmaktadır.

Yasal düzenlemeye göre;

- İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa (24/II-b),

- İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verir, yahut işçiye veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa (24/II-c),

- İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa (24/II-d),

İş sözleşmesi işçi tarafından bildirimsiz olarak feshedilebilir.

Bu yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, cinsel tacize uğrayan işçi İş Yasası'nın 24/II-b ve c maddelerindeki durumda hemen, 24/II-d'deki durumda ise koruma önlemleri alınmadığı takdirde iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir.

#### 4.1.1. İşçinin Hemen Fesih Hakkı

24/II-b maddesindeki eylemin "işverenin işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması" şeklinde ger-

çekleşmesinde cinsel tacizden bahsedilmiyor, ancak cinsel tacizi bu eylemden uzak düşünmemek gerekir. Çünkü, işçinin veya aile bireylerinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemek, davranışlarda bulunmak eyleminin cinsel tacizi de kapsayacağı kanısındayız. Buradaki "aile bireyleri" kavramını da işçinin kendisi ile birlikte otursun veya oturmasınlar yakın akrabaları olarak anlamak gerekir, aile üyelerini çok dar ya da çok geniş düşünmemek gerekir.<sup>77</sup> Şeref ve namusa dokunacak sözlerin mutlaka işçinin yüzüne karşı söylenmesi gerekmez, arkasından (gıyabında) da söylense işçi için haklı fesih koşulları oluşmuş demektir.<sup>78</sup> Bu kapsamdaki davranışların ceza yasasına göre suç oluşturması zorunlu değildir.<sup>79</sup>

24/II-b maddesindeki işçi açısından haklı feshi gerektiren ikinci eylem ise "işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması"dır. Buradaki "işveren" kavramını işveren vekillerini kapsayacak şekilde geniş düşünmemek gerekir, zira işveren vekilleri 24/II-d'deki "diğer bir işçi" kapsamındadır.<sup>80</sup> Ancak, işyerinde cinsel tacizin işyerinin genel müdürü gibi çok üst düzeydeki bir amirden gelmesi ve onun üzerinde başka şikayet mercii olmaması halinde 24/II-b hükmünün uygulanabileceği şeklinde de bir görüş vardır.<sup>81</sup>

#### 4.1.2. Koruma Önlemleri Alınmadığı Takdirde İşçinin Fesih Hakkı

İş Yasası'nın 24/II-d maddesinde ise "İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa" iş sözleşmesini bildirimsiz (derhal) feshetme hakkı vardır. Bu maddeye göre cinsel tacizin varlığı fesih için yeterli değildir. Cinsel tacize maruz kalan işçinin durumu önce işverene bildirmesi gerekmektedir. İşveren, işçinin bildirimine rağmen gerekli önlemi almazsa işçi açısından haklı fesih koşulları oluşmuştur. İşçi, tacizi işverene/işveren vekiline bildirmemişse veya işverene bildirmiş ve işveren de gerekli önlemleri almışsa işçinin fesih hakkı doğmaz. İşçinin işverene yapacağı bildirimde gecikmesi gerekir. Aradan uzun süre geçtikten sonra

yapılacak bildirim iyi niyetli olduğu söylene-  
mez. Ama uzun süreli tacizlerde önce sessiz  
kalan işçinin, sonra bildirimde bulunmasını ge-  
cikme olarak anlamamak gerekir. İşveren, işçi-  
nin haklı feshine muhatap olmak istemiyorsa  
tacizle ilgili önlemleri hemen almak zorunadır.  
Bu önlem, tacize uğrayanın çalışma koşullarını  
değiştirmeden yerini değiştirmek, tacizde bu-  
lunanı cezalandırmak, üçüncü kişilerin dikka-  
tini çekerek işçisini korumak şeklinde olabilir.  
Üçüncü kişinin müşteri olması halinde, müş-  
teriyi kaybetmek pahasına da olsa işverenin  
müşteri ile ticari ilişkisini kesmesi de bir ön-  
lemdir. Bu maddenin gerekçesinde de, “Bu-  
radaki “gerekli önlemler” sözü ile anlatılmak  
istenen, işverenin, olayın tekrar etmemesi için  
çaba göstermesi, sözgelimi işçinin çalıştığı yeri  
değiştirmesi ya da tacizin ağırlığı karşısında ta-  
cizci işçinin işine son vermesidir” deniliyor.

24/II-d'deki cinsel tacizin diğer bir işçi veya  
üçüncü bir kişi tarafından işyerinde yapılmış  
olması gerekir, işyeri dışındaki taciz bu madde  
kapsamına girmez. Buradaki “bir başka işçi”  
kavramı içerisine işveren vekillerinin de girdi-  
ğini unutmamak gerekir. Ödünç alınan işçiyi  
ve asıl işveren/alt işveren işçisini de diğer bir  
işçi olarak kabul edebiliriz. Tacizin işçinin ya-  
kınlarına değil, işçinin kendisine yönelik olma-  
sı gerekir.

Yargıtay da işçinin diğer bir işçinin cinsel  
tacize uğraması halinde işverenin koruma  
borcundan bahsetmektedir. Nitekim amiri ko-  
numundaki bir işçinin cinsel tacize uğrayan  
kadın işçinin açmış olduğu dava ile ilgili ola-  
rak verilen kararda “4857 sayılı Yasanın 24/II-d  
bendinde işçinin diğer bir işçi ya da üçüncü ki-  
şiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğrama-  
sı halinde bunu işverene bildirmesine rağmen  
gerekli önlemlerin alınmamış olması işçi yö-  
nünden haklı fesih nedeni olarak gösterilmiştir.  
Yasa koyucu, işyerinde cinsel tacize uğrayan  
işçinin durumu işverene bildirmesinin ardın-  
dan konuyla ilgili önlem alma ve işçiyi koruma  
yükümünü işverene bırakmıştır” deniyor.<sup>82</sup>

İşçiyi taciz eden “üçünü kişi” kavramını da  
açıklığa kavuşturmak gerekir. Üçüncü kişinin  
işçiyi işyerinde taciz ettiği düşünüldüğünde,  
işyeri ile bir şekilde ilgisi olan kişi olarak an-

lamak gerekir. Bunlar, işverenin akrabaları, iş-  
verenin misafirleri ve işyerinin müşterileri vs.  
olabilir.

Nitekim, Yargıtay bir kararında işverenin  
oğlu tarafından cinsel tacize maruz kalarak iş-  
yerini terk eden işçinin feshini haklı bulmuştur.  
Olayda kadın işçi, işverenin oğlunun kendisine  
sarkıntılık yaptığını iddia ederek ihbar, kıdem  
tazminatları ve bazı işçilik hakları için alacak  
davasını açmıştır. Mahkemece dinlenen davacı  
tanıklarından biri davacıyı ağlarken gördüğü-  
nü ve sebebini sorduğunda işverenin oğlunun  
kendisine sarkıntılık yaptığını söylediğini, tep-  
ki gösterince de işine son verildiğini belirt-  
miştir. Diğer davacı tanığı da benzer beyanda  
bulunmuştur. Davalı tanıkları ise cinsel taciz  
konusunda bilgilerinin olmadığını belirterek,  
davacının devamsızlık yaptığını söylemişler-  
dir. Davacının SSK'ya ve Bölge Çalışma Müdür-  
lüğüne de şikayet dilekçesi vermiş olması da  
gözetilerek, davacının iş sözleşmesini işverenin  
oğlunun sarkıntılık yapması nedeniyle feshet-  
miş olduğu sonucuna varılarak kıdem tazmina-  
tının ödenmesine karar verilmiştir.<sup>83</sup>

Bu konudaki bir başka karar şu şekildedir;

“Davacı işyerinde çalışan başka bir işçinin  
kendisine cinsel taciz içeren davranışlarda bu-  
lunduğunu, bu durumu davalı işverene bildir-  
diğini, ancak işverenin herhangi bir önlem al-  
madığı gibi ekonomik gerekçeler ile kendisini  
işten çıkardığını, bu haksız işten çıkarma ne-  
deniyle ihbar ve kıdem tazminatlarının faiziyle  
birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı ise davacının izinsiz ve mazeretsiz  
haber vermeksizin üç gün üst üste işe gelme-  
diği için devamsızlık yaptığı için iş akdini haklı  
nedenle fesih ettiğini savunarak davanın reddi-  
ni istemiştir.

Davalı tarafından tutulan devamsızlık tuta-  
nakları ve dinlenen davacı tanıklarının beyan-  
ları dikkate alındığında davacının iş sözleşmesi-  
nin davalı tarafından devamsızlık tarihlerinden  
önce sebepsiz fesih edildiği anlaşılmaktadır. Bu  
durumda davacının ihbar ve kıdem tazminatına  
hak kazandığı anlaşılmaktadır. Anılan isteklerin  
mahkemece kabulü yerine reddi hatalıdır”.<sup>84</sup>

Eski (1475 sayılı) İş Kanunu döneminde  
Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, işyerine

denetlemek amacıyla gelen bir denetleme elemanının (üçüncü kişinin) sataşması sonucunda üzülmeye işi bırakan işçinin feshini haklı bulmamıştır.

Karar şu şekildedir; “İşyerinin periyodik mali denetiminin yapıldığı sırada işyerinin elemanı dahi olmayan mali müşavirin sözlü şekilde sataşması sonucu davalı işçinin bu sataşmadan üzülmeye işyerini terk ettiği ve bir daha işbaşı yapmadığı dosya içeriğinden anlaşılabilir olup bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlık mevcut değildir. Mali müşavir mali konularda yapılan bir anlaşma üzerine denetim yapmak için işyerinde bulunduğu ve işveren vekili sıfatını taşımadığı işçiye hakaret etmesi davalı işveren için sorumluluğu gerektirmez. Gerçekten 1475 sayılı İş Kanununun 16/2-b kapsamında düşünülemez. Bu itibarla olayda davacı işçi bakımından bildirimli fesih hakkı doğmuş değildir. Böyle olunca kıdem tazminatı isteği reddedilmelidir (Yargıtay 9. HD. 08.11.1999 T., E.1999/13898, K.1999/16874).<sup>85</sup> Bu karar eski iş yasası döneminde verilmiştir ve kararda cinsel tacizden değil, sataşmadan bahsedilmektedir. Buradaki sataşmanın taciz şeklinde olması da muhtemeldir. Ancak, o dönemde yasada “üçüncü kişilerin” eyleminden bahsedilmiyordu. Yargıtay da kararında buradaki üçüncü kişinin “işveren vekili sıfatını taşımadığı” gerekçesine dayanmıştır. Kararı inceleme konusu yapan Bakırcı, kararda mali müşavirin sataşmasından işverenin veya işveren vekilinin haberinin olup olmadığı konusunda açıklık olmadığını, olay işveren veya vekilinin olmadığı bir ortamda gerçekleşmişse, mali müşavirin eyleminden dolayı işverenin bilmesi ve önlem almasının mümkün olmadığını, bu nedenle işverenin sorumlu tutulamayacağını, işçi için haklı fesih sebebinin oluşmadığını, ancak sataşma işveren veya vekilinin yanında gerçekleşmişse ve işverenin de bu saldırıyı bertaraf etme imkânı varken hareketsiz kalmışsa, bu durumda işverenin gözetme borcuna aykırı davrandığını ve işçinin bildirimli fesih hakkını kullanabileceğini ifade etmektedir.<sup>86</sup> Bakırcı, bu sonuca ulaşırken, ABD iş hukukundan yararlanarak üçüncü kişinin tacizi konusunda; “işverenin üzerinde kontrol veya etki sahibi olduğu veya davranışlarından ötürü

hukuksal sorumluluğunun bulunduğu üçüncü kişilerin davranışlarından sorumlu tutulacağı kabul edilmelidir” diyor.<sup>87</sup>

İşçinin 24/II'ye göre yapacağı feshi 26. maddedeki 6 iş günlük süre içinde yapması gerekir. Genel müdürün cinsel tacizine uğrayan genel müdür asistanı kadın işçinin 24/II'ye göre iş sözleşmesini feshettiği bir olayda Yargıtay kadın işçinin depresyona girdiğini ve temadi eden bu durumun sonuçları itibarıyla giderek mobbinge dönüştüğünü belirterek 6 iş günlük sürenin geçtiğinden bahsedilemeyeceğini vurgulamıştır.<sup>88</sup>

Burada önemle hatırlatılması gereken husus, 24/II'de işçi açısından yeterli ve gerekli yaptırımın olmayışıdır. Cinsel tacize uğrayan işçinin haklı sebeple iş sözleşmesini sona erdirmesinin işçiye kazandıracağı şey kıdem tazminatıdır. Feshi işçi yaptığı için ihbar tazminatına hak kazanamaz. İşçi, işi bırakmak gibi oldukça olumsuz bir durumla karşılaşmakta ve sadece kıdem tazminatına hak kazanabilmektedir. Bunun hakkaniyete uygun düşmediği söylenebilir. Kanımızca işçinin cinsel tacize uğraması halinde 24/II'ye göre iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkının yanında manevi tazminat ile birlikte ayrımcılık tazminatını da isteyebilecektir. Koşulları varsa maddi tazminat da gündeme gelebilecektir.

#### 4.2. İş Sözleşmesinin Cinsel Tacizden Dolayı İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi

İş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenlerle feshini düzenleyen hükümler eski (1475 sayılı) İş Kanunu'nun 17/II. maddesinde düzenlenmişti. O dönemde işçinin bir başka işçiye cinsel tacizde bulunmasını doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamakla birlikte, cinsel taciz eylemleri “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kapsamında değerlendiriliyordu. Nitekim Yargıtay'ın o dönemdeki kararlarında, işçinin bir başka işçiye elle veya sözlü yapılan sarkıntılık eylemleri 1475 sayılı Yasa'nın 17/II. maddesi kapsamında ele alınarak işveren için haklı fesih halleri olarak kabul edilmiştir.<sup>89</sup>

10 Haziran 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Yasası'nda işveren açısından haklı fesih halleri, 25/II. maddede “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu madde eski yasanın 17/II. maddesine denk gelen maddesidir. İş Yasası'nın cinsel tacize açıkça değinen ve cinsel tacize değinmemekle birlikte cinsel tacizi de kapsayacağını düşündüğümüz bentleri aşağıdadır;

- İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması (25/II-b),

- İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması (25/II-c),

- İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması veya 84 üncü maddeye aykırı hareket etmesi (25/II-d),

- İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması (25/II-e).

İşçinin sadakat borcunun bir gereği olarak olumsuz davranıştan kaçınması gerekir ki, bir işçinin diğer bir işçiye cinsel tacizde bulunması olumsuz bir davranış olarak sadakat borcunun ihlalidir.<sup>90</sup>

Yasal düzenlemede açıkça “cinsel taciz” kavramına yer veren düzenlemenin (25/II-c) yanında, “şeref ve namusa dokunacak sözler sarfetmek veya davranışlarda bulunmak” (25/II-b), “sataşmak” (25/II-d) ve “güveni kötüye kullanmak, doğruluk ve bağlılığa aykırı hareket etmek” (25/II-e) ibareleri de aslında cinsel tacizi de içine alabilecek nitelikte ibarelerdir. Örneğin, işçinin diğer bir işçiye cinsel tacizde bulunması açıkça düzenlendiği halde, işçinin işverene cinsel tacizde bulunması açıkça düzenlenmemiştir. Bundan hareketle, işçinin işverene yönelik cinsel tacizinin 25/II'nin dışında kaldığını söyleyemeyiz. Zira, işçinin işverene cinsel tacizde bulunmasını, işverenin şeref ve namusuna dokunan söz ve davranış olarak yorumlamak mümkün olduğu gibi, işverene

sataşmak veya işverenin güvenini kötüye kullanmak ya da doğruluk ve bağlılığa uymayan hareket olarak kabul etmek de mümkündür. İşçinin işverene yönelik cinsel tacizinin yasada belirtilmemiş olmasına karşın, bu eylemi 25/II-b kapsamında haklı fesih nedeni kabul etmek gerektiği isabetli olarak belirtilmektedir.<sup>91</sup>

İş Yasası'nın 25/II-c maddesinde cinsel tacizin mağduru için “işverenin diğer bir işçisi” ifadesi kullanılmış ise de, bunu daha geniş yorumlamak gerekir. Nitekim bu ifadenin ödünç işçiyi, memuru, sözleşmeli personeli kapsadığı ifade edilerek, “işverenin başka bir personeli” şeklinde bir ifadenin daha doğru olacağı belirtilmiştir<sup>92</sup> ki, kanımızca bu ifade de yeterli değildir, zira çırak, stajyer öğrenci gibi kişilerin de cinsel tacizin mağdurları oldukları görülmektedir.

İşverenin diğer bir işçisine cinsel tacizde bulunulmasını işveren açısından haklı fesih sebebi kabul eden hüküm (25/II-c), failin de mağdurun da işçi olması şeklinde düzenlenmiş olmakla birlikte, fail ve mağdurun işveren vekili olması halini de kapsadığı kabul edilmelidir. Zira işveren vekilleri de aslında iş sözleşmesi ile çalışan işçilerdir. Nitekim, işyerinde yönetici konumunda olan birinin konumunu da kullanılarak işyerinde sekreterlik yapan kadın işçiyi kendisiyle ilişkiye zorlaması sonucunda kadın işçinin şikayeti üzerine işine haklı sebeple son verilmiştir. İşine son verilen yöneticinin açmış olduğu alacak davasında, feshin haklı olduğu sonucuna varılarak ihbar ve kıdem tazminatlarının reddine karar verilmiştir.<sup>93</sup> Ustabaşı konumundaki işveren vekili olan davacının, işyerindeki üç kadın işçiye sarkıntılık yapmış olduğu olayda da feshin haklı olduğu, ihbar ve kıdem tazminatlarının reddi gerektiğine karar verilmiştir.<sup>94</sup> Bir başka olayda, davacı ve arkadaşlarının işyeri müdiresi hakkında işyeri tuvaletinin kapısına edebe aykırı sözler yazmış olmaları da haklı fesih kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiştir.<sup>95</sup>

Cinsel taciz işyeri dışında da yapılmış olsa işveren sözleşmeye haklı nedenle son verebilir.<sup>96</sup> Yargıtay HGK bir kararında, işçinin aynı vardiyadaki arkadaşının eşi ile onun evinde ilişkiye girmesi her ne kadar işyeri dışında bir



olay olsa da işyerinde huzur ve barışı bozacağı gerekçesi ile sözleşmesinin işverence feshini haklı bulmuştur.<sup>97</sup>

İşçinin işyerindeki üçüncü kişiye (örneğin müşteriye) yönelik cinsel tacizi de işveren açısından haklı fesih sebebidir. 1475 sayılı Yasa döneminde gerçekleşen bir olayda, davalı şirkete ait otelde tatilini geçiren yabancı uyruklu bir bayana akşam cinsel tacizde bulunan davacı işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi haklı bulunarak (1475 K. 17/II) ihbar ve kıdem tazminatı istekleri kabul edilmemiştir.<sup>98</sup> Benzer bir başka olayda, davacı işçi, 15 yaşında olduğu anlaşılan otel müşterisinin odasına mini barı kontrol etmek için girdiği sırada müşteriye cinsel tacizde bulunmuştur. Davacının sabit olan davranışının doğruluk ve bağlılığa aykırılık oluşturduğu açık olması nedeniyle ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanılmasına olanak bulunmadığı sonucuna varılmıştır.<sup>99</sup>

İşçinin cinsel tacizinin ödünç iş ilişkisi ile çalışan işçiye veya asıl işverenin işçisinin alt işverenin işçisine ya da alt işverenin işçisinin asıl işverenin işçisine yönelik olması da haklı fesih sebebidir. Nitekim asıl işveren konumunda olan işverenin işçisinin, alt işveren durumundaki kozmetik firmasının bayan promosyon elemanına sözleşme ve elle cinsel tacizde bulunmuş olduğu olayda Yargıtay işverenin feshini haklı bulmuştur.<sup>100</sup>

Cinsel tacizin yaygın olarak erkekler tarafından kadınlara yönelik bir hareket olduğu bilinmekle birlikte, ender de olsa kadın işçinin erkek işçiyi taciz ettiğine de rastlanmaktadır. Örneğin, kadın işçinin işyerinde arkadaşlarına ağır ithamlarda bulunduğu ve karşı cinsten olan işçiye cinsel nitelikte sözler söylediği olayda, Yargıtay bu eylemi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinin (c) ve (d) fıkraları uyarınca "işçinin işverenin başka işçisine cinsel taciz ve diğer işçilere sataşma" olarak kabul etmiştir.<sup>101</sup>

Yasal düzenlemede eşcinsellik ve cinsel tercih konusunda hüküm olmamakla birlikte, öğretilerde Narmanlıoğlu homoseksüelliği (eşcinselliği), hırsızlık, yankesicilik, pezevenklik, kaçakçılık gibi yüz kızartıcı eylemler arasında sayan<sup>102</sup> oldukça katı bir görüş ileri sürmüştür. Fransız hukukunda "işçinin cinsel tercihinin

işyerinde sorun yaratıp yaratmadığı" ölçütüne bakılmaktadır.<sup>103</sup> Yargıtay ise bu durumun cinsel tercih boyutunu aşarak iş verimini olumsuz etkilemesi halinde fesih nedeni olabileceği görüşündedir. Nitekim eşcinsel ilişki yaşayan iki işçinin aralarının bozulması sonrasında işyerinde küfürleşmeye varacak şekilde kavga etmeleri olayında iki işçinin de işine tazminatsız (haklı sebeple) son verilmiştir. Yargıtay bu olayda, eşcinsel ilişki yaşayan işçilerin cinsel tercihleri üzerinde değil, cinsel tercihi aşarak işyerinde iş verimini düşürecek şekilde küfürleşme, münakaşa ve cinsel taciz boyutuna ulaşması üzerinde durmuş ve işveren açısından haklı fesih nedeni kabul ederek ihbar ve kıdem tazminatı isteğini reddetmiştir.<sup>104</sup>

İşyerinde işverenin diğer işçilerine cinsel tacizde bulunması ilgili muhtelif kararlardan bazılarında özetle; tanıkların açıkça davacının, işyerinde bir kadına taciz ve sataşmada bulunması<sup>105</sup>, davacı işçinin diğer işçiye "geri zekalı, yavşak, yosma" şeklinde hakarete bulunması<sup>106</sup>, davacı işçinin sözleşme ve elle sarkıntılık yapması<sup>107</sup>, işyerindeki güvenlik görevlisinin, havaların sıcaklığından söz eden kadın işçiye "ateş başına mı vurdu" diyerek elbisesinin fermuarını indirmesi (Yargıtay 9. HD: 06.06.2001 T., E.2001/7060, K.2001/9654<sup>108</sup>), davacı işçinin, işyerindeki kadın işçiye "seni seviyorum" demesi ve serviste arkasına oturarak sataşmasını sürdürmesi<sup>109</sup>, davacı işçinin işyerindeki kadın işçiye arkadaşlık teklif edilmesi ve kabul edilmemesi üzerine tokat atması<sup>110</sup>, davacı işçinin işyerinde çalışan kendi eşine küfürler edip kaba kuvvette bulunması<sup>111</sup> olaylarında Yargıtay işverenin feshini haklı bularak işçinin ihbar ve kıdem tazminatı taleplerini kabul etmemiştir.

### 4.3. Cinsel Tacizin Haklı Neden - Geçerli Neden Bağlamında İrdelenmesi ve İş İade Davaları

"Geçerli fesih" kavramı iş hukukumuzda 15 Mart 2003 tarihinde yürürlük kazanan iş güvencesi hükümleri ile girmiştir. İş güvencesi hükümleri daha sonra 10 Haziran 2003 tarihinde

yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Yasası ile de varlığını korumuştur. İş güvencesinin uygulamadaki biçimi ise işe iade davaları şeklinde kendini göstermiştir.<sup>112</sup> İş güvencesinin pratikteki sonucu olan işe iade davaları “geçerli fesih” kavramını da beraberinde getirmiştir. Bu durumda eski yasa dönemindeki “haklı fesih” kavramından farklı bir içeriğe sahip olan “geçerli fesih” kavramı da özellikle işe iade davaları açısından önem arzeden bir konu haline gelmiştir. İş hukukunda işveren açısından haklı fesih nedenleri 4857 sayılı İş Yasası’nın 25/II. maddesinde düzenlenmiş iken, geçerli fesih nedenleri 18/1. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümde geçerli fesih sebepleri;

- İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler,
- İşçinin davranışından kaynaklanan sebepler,
- İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak sayılmıştır.

Sayılan bu geçerli fesih sebepleri içerisinde cinsel tacizle ilgili olanı “işçinin davranışından kaynaklanan sebepler”dir. Çünkü cinsel taciz de bir davranıştır. İşyerinde cinsel taciz eylemini gerçekleştiren işçinin bu davranışının “haklı fesih” nedeni olduğu İş Yasası’nın 25/II-c maddesinde açıkça belirtilmiştir. Ancak, 4857 sayılı İş Yasası’nın getirdiği bir yenilik olan işe güvencesi (ve işe iade davaları) ile birlikte cinsel tacizin “geçerli fesih” açısından da irdelenmesi gerekmektedir. Cinsel tacizde bulunduğu iddiasıyla işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde anılan işçi ihbar ve kıdem tazminatı için alacak davası açabileceği gibi, 4857 S. Kn. md. 25/son gereğince işe iade davası da açabilir. Bu husus 25. maddenin son fıkrasında; “İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21’inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir” şeklinde ifade edilmiştir.

4857 s. Kn. md. 25/II’de belirtilen “haklı fesih” sebebi oluşturan eylemler, 18/1. maddede “geçerli fesih” sebebi oluşturan eylemlere göre daha ağır eylemlerdir. Daha ağır olmaları nedeniyle hukuksal sonuçları da işçi açısından oldukça ağırdır. Örneğin, haklı sebeple işine

son verilen işçinin ihbar ve kıdem tazminatı ile işsizlik ödeneğine hak kazanması mümkün değilken, geçerli sebeple yapılan fesihlerde işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ile işsizlik ödeneğinin ödenmesi gerekir. İşine haklı sebep iddiası ile son verilen işçinin eyleminin sadece geçerli fesih nedeni oluşturduğu sonucuna varılırsa işe iade davasını açan işçi açtığı iade davasını kaybedecek, ancak ihbar ve kıdem tazminatını kazanmasının yolu açılmış olacaktır. Haklı fesih nedenlerinin geçerli fesih nedenlerini de kapsadığı söylenebilir. Yani her haklı fesih nedeni aynı zamanda bir geçerli fesih nedenidir. Oysa her geçerli fesih nedeni bir haklı neden oluşturmayabilir. Haklı fesih - geçerli fesih bağlamında, işçinin eyleminin ağırlığına göre hukuksal sonuçlarını şu şekilde tasnif edebiliriz:

- İşçinin eylemi 25/II’de belirtilen haklı fesih nedeni oluşturacak ağırlıkta ise işçi hem ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz, hem de işe iade davasını kaybeder, çünkü haklı nedenleri geçerli nedenleri de kapsamaktadır.

- İşçinin eylemi, sadece 18/1. maddede belirtilen işçinin davranışından kaynaklanan geçerli neden düzeyinde ise (haklı neden oluşturacak ağırlıkta değilse) ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanır, ancak işe iade davasını kaybeder.

- İşçinin eylemi, geçerli fesih nedeni oluşturmayacak kadar hafif ise işçinin işe iadesine karar verilmesi gerekir ki, bu durumdaki işçinin ihbar ve kıdem tazminatı hakkı da zaten vardır.<sup>113</sup>

İşçinin cinsel tacizde bulunduğu şeklindeki bir iddia sonucunda işine son verilmesi halinde ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı, bu tazminatlar için açacağı bir alacak davası sonucunda anlaşılacaktır. Bu konuyu daha önce “İş Sözleşmesinin Cinsel Tacizden Dolayı İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi” başlıklı bölümde incelemiştik.

Ancak, işçinin cinsel tacizde bulunduğu iddiası ile işine son verilmesi halinde 25/son maddeye göre (ve işe iade davasının koşulları da varsa) işe iade davası açma hakkı da vardır. İşçi ihbar ve kıdem tazminatı için alacak davası açma yoluna gitmeyerek işe iade davası açma yolunu tercih etmiş olabilir. İşe iade davasını

açan işçi, yaptığı eylemin cinsel taciz oluşturacak ağırlıkta olmadığı kanısında olabilir. Cinsel taciz iddiası ile işine son verilen işçinin işe iade davası açabilmesi için dava koşullarından olan bazı özellikleri taşıması gerekir. Bu koşullar şunlardır;

- İşçi 4857 sayılı İş Kanunu veya 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında bir işçi olmalıdır.
- Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işçi olmalıdır.
- İşçi, aynı işkolunda 30 veya daha fazla işçi çalıştıran bir işverenin işçisi olmalıdır.
- İşçini kıdemi aralıklı da olsa 6 ay veya fazla olmalıdır.
- İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarını ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olmaması gerekmektedir.

Dava şartlarını taşıyan işçinin işe iade davası görülürken, yapmış olduğu eylemin cinsel taciz boyutunda olup olmadığı irdelenecektir. İş Yasası md. 18'in gerekçesinde, işçinin davranışından kaynaklanan sebeplerin işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep oluşturabileceği belirtilmiş ve işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecinde herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılmayacağı belirtilmiştir. Yine aynı maddenin gerekçesinde işçinin davranışından kaynaklanan geçerli fesih sebeplerinin 25. maddede belirtilen sebepler kadar ağır olmadıkları da vurgulanmış ve örnek olarak da “işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek” eylemi belirtilmiştir. İşyerinde cinsel taciz ağırlığında olmayan davranışlar geçerli fesih nedeni kabul edilecektir. Bu durumda cinsel tacizle bağlantılı olan, ancak cinsel taciz ağırlığında olmayan davranışın nasıl bir davranış olduğunun da belirlenmesi gerekir. Öğretide bu durumu izah etmeye çalışan hukukçuların görüşlerine değinmekte yarar var. Örneğin “cinsel taciz anlamına gelen davranışta bulunmak”<sup>114</sup> şeklinde bir belirleme var ama kanımızca bu ifade sorunludur, çünkü “cinsel taciz” ile “cinsel taciz

anlamına gelen davranış” aynı ağırlıkta, eşdeğer eylemlerdir. Bu nedenle cinsel tacizin haklı fesih – geçerli fesih bağlamında izahında yeterli değildir. Benzer bir ifadeyi başka hukukçular da “cinsel taciz düzeyine gelmese de bu anlama gelen davranışta bulunmak” şeklindeki eylemi geçerli fesih nedeni olarak kabul etmektedirler<sup>115</sup> ki, kendi içinde çelişki barındıran bu ibare de sorunlu görünüyor. Zira cümlede hem “cinsel taciz düzeyine gelmemiş” eylemden bahsediliyor, hem de “cinsel taciz anlamına gelen” eylemden bahsediliyor. Belirtilen eylem cinsel tacizle aynı anlama geliyor ise eşdeğer ağırlıkta demektir. Cinsel tacizin haklı fesih nedeni olduğu açıkça yasada belirtildiğine göre, aynı anlama gelen (cinsel taciz anlamına gelen) davranışın da haklı fesih nedeni kabul edilmesi gerekir. Kanımızca geçerli fesih nedeni olabilecek davranışın, cinsel taciz anlamına gelen davranış değil, cinsel tacize doğru gelişmesi mümkün bir başlangıç eylemi olması gerekir. Nitekim Süzek bu konuda “diğer işçilere cinsel taciz niteliğinde (İK. 25/II,c) olmamakla birlikte uygunsuz sayılabilecek davranışlarda bulunmak” ibaresini kullanıyor<sup>116</sup> ki, bunun daha isabetli olduğu söylenebilir. İşçinin cinsel taciz niteliğinde olmamakla birlikte uygunsuz sayılabilecek davranışlarda bulunması ve bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde, örneğin bir kadın işçiye telefon edilmesi, yemeğe davet edilmesi, ısrarlı davranılması gibi geçerli nedenden söz edilebilir.<sup>117</sup> Öğretide, müşteriye karşı kötü şaka yapmanın, şantiyede günlük dilde hoş karşılanmayan sözler söylemenin Türk hukuku açısından geçerli sebep sayılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>118</sup>

Geçerli sebep iddiası ile işine son verilmiş işçinin savunmasının da alınmış olması gerekir. Hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan belirsiz süreli sözleşmesi o işçinin davranışından dolayı feshedilemez (İş K. md. 19/2). Haklı sebeple (İş K. md. 25/II) yapılan fesihlerde savunma alınma zorunluluğu yoktur.

İşçinin cinsel taciz eyleminin faili olduğu açık ise işverenin haklı sebeplerle fesih yapmasının da koşulları oluşmuş demektir ki, bu durumda açılan işe iade davasını işçi kaybedecektir. Ancak, bazı durumlarda işçinin eylemi

haklı feshi gerektirecek boyutta olmakla birlikte, işverenin haklı fesih için yasada belirtilen (İş Yasası, md. 26) hak düşürücü süreden sonra iş sözleşmesini feshetmesi halinde, artık fesih haklı olmaktan çıkar ve geçerli fesih halini alır. İşçinin davranışının cinsel taciz ağırlığında olmamakla birlikte, işyerinde olumsuzluklara yol açacak ve ileride cinsel tacize dönüşebilecek uygunsuz nitelikte ise işverenin feshinin haklı değil, geçerli fesih olarak kabul edilmesi gerekir. İşçinin davranışının geçerli feshi gerektirmeyecek kadar hafif olması halinde ise işçinin açmış olduğu işe iade davasını kazanması gerekir.

Yargıtay bir kararında, işyeri bilgisayarını kullanarak aynı işyerinde çalışan bir hanım iş arkadaşına e-mail yoluyla edep dışı sözler ve resimler göndermesi nedeniyle davacının iş sözleşmesi İş Kanunu md. 25/II-e maddesine göre feshedilmiş ve davacının açmış olduğu işe iade davasında Yargıtay işverenin feshini geçerli kabul ederek, işe iade talebini reddetmiştir.<sup>119</sup>

Bir başka olayda, davacı işçi görevi gereğince kendisinden oldukça küçük olan kadın işçiyi servis aracı ile evine bırakırken, kadın işçiye evlilik ve cinsellikle ilgili sözler söylemiştir. Yargıtay bu durumu adap ve muşeret kurallarına aykırı bularak işe iade talebini kabul etmemiştir. Ayrıca, araç içinde tanık bulunmamasının da sonuca etkili olmayacağını belirterek kadın işçi açısından ispat kolaylığı sağlamıştır.<sup>120</sup>

Davacı işçinin işyeri dışında 15 yaşından küçük bir çocuğa ırza tasaddi suçunu işlediği olayda, suçun işyeri dışında işlenmiş de olsa işyerinde üretim ve iş ilişkisini olumsuz etkilemesinin kaçınılmaz olduğunu da belirterek işe iadesi kabul edilmemiştir.<sup>121</sup>

Davacı işçinin mesai saatleri içinde işyerindeki bilgisayarı izin almadan kullanarak yöneticileri muhatap alan uygunsuz içerikli e-mailler gönderdiği ve daha sonra okunmasını engellemek için sildiği olayda Yargıtay feshin haklı sebep oluşturacak ağırlıkta olmamakla birlikte feshin geçerli olduğuna karar vererek işe iade talebini kabul etmemiştir.<sup>122</sup>

Davacı işçinin işyeri dışında çalışma saatleri haricinde kaldıkları otel odasında aynı cinsten

işverenin bir başka işçisine ahlaken uygun olmayan davranış sergileyerek tacizde bulunması olayında tacize uğrayan işçinin makul sürede amirine şikayette bulunması üzerine işine son verilmiştir. Tacizde bulunan davacı işçinin açmış olduğu işe iade davasında, mağdurun ifadesi samimi ve inandırıcı bulunarak davacının işe iadesi kabul edilmemiştir.<sup>123</sup>

Davacı işçi, işyerinde staj yapan kız öğrenciye uygunsuz hal ve hareketlerde bulunduğu için şikayet edilmiştir. İşveren İş Kanunu md. 26'daki 6 işgünlük süreden sonra tacizcinin iş sözleşmesini feshetmiştir. Yargıtay 6 işgünlük hak düşürücü sürenin geçmiş olmasının feshi geçersiz hale getirmeyeceğini belirterek işe iadeyi kabul etmemiştir.<sup>124</sup>

Davacının işyerinde iş saatleri içinde işverenle yaptığı bir e-posta yazışmasında "kick their ass baby (k...larını tekmele bebeğim)" şeklindeki sözcüklerin bulunması üzerine işine 25/II'ye göre son verilmiştir. Yargıtay bu sözcüklerin küfür ve hakaret içermediğini, ancak ağır argo sözcükler olduğunu belirterek feshin haklı değil, ancak geçerli olduğu sonucuna varmış ve işe iadeyi kabul etmemiştir.<sup>125</sup>

Gece bekçiliği yapan işçinin görevde iken alkollü bir vaziyette birkaç saatliğine görev yerini terk ederek, oğlunun nikahsız ve reşit olmayan eşi ile cinsel ilişkiye girmesi sonucunda bir aydan fazla tutuklu kaldığı ve Bakanlık oluru ile işine son verildiği olayda Yargıtay feshi haklı bulmuş ve işe iadeyi kabul etmemiştir.<sup>126</sup>

## 5. CİNSEL TACİZ DAVALARINDA İSPAT SORUNU

Bizim hukukumuzda ispat konusundaki genel hüküm Medeni Kanun'un 6. maddesindeki "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." (MK. md. 6) şeklindeki hükmüdür. Bu yasal düzenlemeye göre, iddia eden taraf iddiasını ispatla yükümlüdür. Ancak, bu genel kuralın istisnaları ve yumuşatıldığı haller de mevcuttur. Örneğin, İş Yasası'nın 5. maddesindeki ayrımcılık konusunda "20'nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlü-

dür” dendikten sonra aynı fıkra da; “Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlüdür.” (İş Kn. md. 5/son) denilmektedir. Bu hükme ve genel ispat kuralına göre, cinsel tacizin cinsiyet ayrımcılığı olarak görüldüğü bir davada öncelikle işçi iddiasını ispatla yükümlüdür, ancak cinsiyet ayrımcılığı kuralının ihlaline dair kuvvetli bir biçimde ortaya koyan bir durumu işçi ortaya koyduğunda ispat yükü işverene geçmektedir. Yasa koyucu bu ispat düzenlemesi konusundaki gerekçesinde Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlanmasına değinmektedir.<sup>127</sup>

Cinsel tacizin faili olduğu iddiası ile iş sözleşmesi işveren tarafından sona erdirilmiş olan işçinin açmış olduğu işe iade davasında ispat yükü işverene aittir. İşçinin tacizde bulunduğunu iddia eden işveren bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Zaten işe iade davalarında ispat yükünün işverene ait olduğu İş Yasası'nın 20/2. maddesinde de belirtilmiştir. Şöyle ki, “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür” (İş Kn. md. 20/2). Bu yasal düzenlemeye göre, işveren işçinin cinsel tacizde bulunduğunu ispatla yükümlüdür, ancak işçi feshin bir başka sebeple yapıldığını iddia ediyorsa iddia ettiği sebebi işçi ispat edecektir.

Cinsel taciz eylemini yaptığı iddiası ile iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle sona erdirilen (İş Kn. md. 25/II) işçinin feshin haksızlığını iddia ederek ihbar ve kıdem tazminatı için açtığı alacak davasında da ispat yükü işverene aittir. Çünkü işveren, iş sözleşmesini feshederken fesih nedeni olarak işçinin cinsel tacizin faili olduğu iddiasına dayanmıştır, bu iddiasını da ispat etmekle yükümlüdür.

Cinsel tacizin mağduru durumunda olan işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu, md. 24/II'ye göre işçi feshederse ve kıdem tazminatı için alacak davası açarsa, ispat yükü Medeni Kanun, md. 6 gereğince feshi yapan taraf olan işçiye aittir.<sup>128</sup>

Cinsel taciz olayları çoğu zaman mağdurla fail arasında gerçekleştiğinden, konu hakkında

tanık bulmakta güçlük çekilmektedir. Olayın tanıkları olsa dahi mahkemede tanıklık yapmak konusunda çekingen kalmaktadır. Bu nedenle de olay gizli kalmakta ve yargıya yansımaktadır. Bir araştırmada katılımcı 3980 kadına sorulan “ne tür cinsel tacize uğradınız” sorusuna, çok büyük bir kesim uğradığı cinsel tacizin çeşidini söyleyemeyeceğini belirtmiştir.<sup>129</sup> Bu nedenle öğretide de, failin aynı işyerinde başka kadınlara yönelik taciz edici davranışları, mağdurda taciz olayından sonra meydana gelen tutum ve davranış değişiklikleri, failin mağdura yönelik tutum ve davranışlarındaki değişiklikler ve bunlar arasındaki kronolojik ilişkinin kanıtlanmasının karine kabul edilerek kanıt yükünün kolaylaştırılması gerektiği dile getirilmiştir.<sup>130</sup>

Tanık bulmanın güçlüğünün farkında olan Yargıtay'ın cinsel tacizle ilgili kararlarında bazı fiili karineler oluşturularak ispat konusunda genel yaşam tecrübelerini de olaya kattığı ve bu anlamda işçi lehine kolaylaştırma yoluna gittiği gözlenmektedir.<sup>131</sup> Bu bağlamda cinsel taciz failinin ceza mahkemesinde berat etmiş olmasının hukuk hakimini bağlamayacağını belirten Yargıtay, “Cinsel suçların işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği vardır.” demektedir.<sup>132</sup> Örneğin, kadın işçiyi evine bırakmakla görevli servis şoförünün servis aracı içinde kadın işçiye sözlü tacizde bulunması olayında; “Somut olayda araç içinde tanık bulunmaması sonuca etkili değildir. Zaten topluluk içinde bu tür sözlerin söylenmesi olağan değildir.”<sup>133</sup> diyerek duruma göre tanık ifadesine gerek olmayabileceğini belirtmiştir. Bir kararında tacize uğrayan kadın işçinin şikayetin “tanık beyanları ile doğrulanması”<sup>134</sup> yeterli görülmüştür. Bir olayda da kapalı odada gerçekleşen bir kavga olayında, “Olaya tanık olduğunu belirten ve işverene ihbar eden kişinin tanık olarak dinlenmesi gerektiği” vurgulanmıştır.<sup>135</sup> Davacının işyerinde bir kadın işçiye tacizde bulunduğu bir olayda işyeri disiplin kurulunca yapılan soruşturmada 9 tanığın ve tacize uğrayanın ifadeleri sonucunda failin işine işverence son verilmiştir. Failin olaydan 5 sene sonra açtığı ihbar ve kıdem taz-

minatı davasında yerel mahkeme adı geçen 9 tanıktan sadece birini dinleyerek davayı kabul etmiştir. Ancak, Yargıtay olayın üzerinden 5 yıl geçtikten sonra dinlenen tek tanığın ifadesine dayanarak davanın kabulünün hatalı olduğunu, davalı tanıklarının işyerindeki tacizi doğruladıklarını belirterek ihbar ve kıdem tazminatının reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>136</sup> Bazı kararlarda mağdurların tanık olarak beyanları belirleyici olabilmektedir. Örneğin bir kararında, “Taciz olayının mağdurları olan A. Y. ve S. K. davacının kendilerine karşı vaki taciz fiillerini mahkemedeki ifadelerinde doğrulamışlardır. Tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde davacının iş akdinin işveren tarafından haklı nedenle feshedildiğinin kabulü gerekir”<sup>137</sup> denilmektedir. Şüphesiz bu kararda mağdurların birden fazla olması ve ifadelerin uyumlu olmasının rolü vardır. Nitekim bir kararda da “Kadın işçilerden ikisi davacının kendilerine cinsel tacizde bulunduğunu hem şikayet dilekçelerinde hem de duruşmadaki anlatımlarında açıkça ifade etmişlerdir. Dilekçede ve anlatımlarda tarih yer ve saat bildirilmiş, kişi isimlerine yer verilmiştir. Buna göre tanık anlatımları inandırıcı görülmüştür.”<sup>138</sup> diyerek, ifadelerdeki ayrıntılardan sonuç çıkarmıştır. Birden fazla kadının mağdur olduğu olaylarda mağdurların ifadelerine önem verildiği görülmektedir. Nitekim başka bir olayda; “İşyerinde çalışan üç bayan işçinin de ustabaşını suçlayan dilekçeler vererek işyerini terk etmeleri dikkat çekicidir. Bayan işçilerin, kendilerine sarkıntılık yapıldığı konusu da bu şekilde iftirada bulunmaları da hayatın olağan akışına uygun olmayan bir durumdur. Bütün bu olgular birlikte değerlendirildiğinde davacının sözlü ve fiili sarkıntılık eylemlerini gerçekleştirdiği ve bunun üzerine davalı işverence sözleşmenin haklı nedenle sona erdirildiği anlaşılmaktadır”<sup>139</sup> sonucuna varılmıştır ki, Yargıtay’ın burada “hayatın olağan akışı” kriterinden yararlandığı görülmektedir. Bu olayda olduğu gibi, aynı kişi hakkında çok sayıda şikayetçinin bulunması halinde olayın bir “iftira” olup olmadığının iyi irdelenmesinde yarar vardır. Fransız hukukunda belirtildiği üzere, bir kimse hakkında çok sayıda kişinin şikayette bulunması, gerçekçilik sınırla-

rını aşır, bu kimse hakkında deyim yerindeyse bir “komplo şüphesi” uyandırabilir. Bu noktada haklı olarak, bu işçilerin kendi aralarında ve suçladıkları kimse ile nasıl bir menfaat ilişkisi içinde bulduklarını, yargıç tarafından son derece duyarlı biçimde gözlemlenmelidir.<sup>140</sup>

Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında “hayatın olağan akışı” kriteri açısından somut olayı incelemektedir. Bir kararda da; “Şikayet dilekçesinin içeriği ve davalı tanığı beyanına göre davacının sekreter olarak çalışan bayan işçiye karşı işyerindeki konumunu da kullanarak baskı oluşturmak suretiyle duygusal ilişkiye zorladığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, bir bayan işçinin nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde bu kadar ayrıntılı olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır”<sup>141</sup> denilmektedir. Bir başka kararda da benzer gerekçeleri “Dosya içerisinde mevcut delillerin ve tanık anlatımlarının bütünlük içinde değerlendirilmesi neticesinde; davacının olayları yer ve zaman belirterek ayrıntılı biçimde anlatarak kendi iffetini herhangi bir sebep yokken ortaya koyması yaşamın olağan akışına aykırıdır” şeklinde ifade etmiştir.<sup>142</sup>

Tanık beyanlarının diğer delillerle birlikte değerlendirildiği bir olayda işverenin oğlunun tacizine uğrayan kadın işçi iş sözleşmesini bu sebeple feshetmiş ve dava açmıştır. Davacı tanıklarından biri “Davacıyı ağlarken gördüğünü, sebebini sorduğunda, işverenin oğlunun kendisine sarkıntılık yaptığını, tepki gösterince de işine son verildiğini, diğer davacı tanığının da aynı mahiyette beyanda bulunduğu, davalı tanıklarının ise davacının devamsızlığı nedeniyle işine son verildiğini söylemişlerdir. Yargıtay’ca bu davada, “Sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibariyle ispatı mümkün olmayan olaylardır” denildikten sonra, “Davacının şikayet dilekçesi, dinlenen tanık beyanları, olayların gelişimi ve tüm dosya içeriği birlikte değerlendirildiğinde davacıya, işverenin oğlu tarafından sarkıntılık yapıldığı, bu nedenle hizmet akdini haklı olarak feshettiği sonucuna varmak gerekir”<sup>143</sup> denilmiştir.

Bir başka olayda, nişanlı bir genç kızın iddiaları ciddi bulunarak, “Nişanlı olan genç bir kızın ciddi manada ve kabul edilmeyeceği de-

recede sıkıntılarının bulunduğu ve idareye başvurup sarkıntılık hatta tehdide varan ve bir süre temadi eden cinsel taciz iddiasında samimi olduğu yolunda kanaat hasıl olmuştur. Yakınları tarafından eylem ciddiye alınarak davacı iş çıkışında tartaklanmıştır. Tüm bu birbirini doğrulayan olay zincirinde taciz eylemlerinin gerçek olduğu sonucuna varılarak” denilmektedir.<sup>144</sup>

Otelde müşteri olarak bulunan yabancı uyruklu kadına otel çalışanı tarafından tacizde bulunulması olayında, yerel mahkeme delil yetersizliği nedeniyle davacının (failin) ihbar ve kıdem tazminatını kabul etmiş, ancak Yargıtay şikayet dilekçesi ve aynı günlük teşhis tutanağını yeterli görerek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>145</sup>

Yargıtay’ın bazen da davacının davranışlarını yorumlarken, “tevil yoluyla davranış” şeklinde değerlendirme yaptığı görülmektedir. Örneğin bir kararda, havaların sıcaklığından bahseden kadın işçiye aynı işyerindeki güvenlik görevlisinin “ateş başına mı vurdu” diyerek fermuarını indirmesi olayında kadın işçinin durumu yetkililere bildirmesi üzerine tutanak düzenlenmiştir. Davacı işçinin mahkemede beyanında “sendelemesi üzerine elinin fermuara dokunduğu” ifadesi Yargıtay tarafından “tevil yoluyla davranış” olarak nitelemiş ve yerel mahkemenin kabul ettiği ihbar ve kıdem tazminatının reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>146</sup>

Cinsel tacizle ilgili davalarda her ne kadar tanık bulmak zor olsa da, en önemli delilin yine de tanık olduğu görülmektedir. Yukarıda örnek olarak verdiğimiz kararlardan da anlaşılacağı üzere, somut olayın durumuna göre, bazen tanığa gerek duyulmuyor, bazen de tanık beyanları ile mağdur lehine sonuç çıkartılmaya çalışılarak ispat konusunda mağdur açısından kolaylık sağlanıyor. Olayın özelliği gereğince insanlar tanıklık yapmak istemiyorlar. Bu nedenle Fransız hukukunda cinsel tacize tanıklık eden kimselerin korunması ile ilgili özel bir yasal düzenleme bile yapılmıştır.<sup>147</sup> Fransız yargı kararlarında, tanıklık yapacak kişilerin engellenmesi de cinsel tacizin varlığı konusunda emare olarak yorumlanmaktadır.<sup>148</sup>

Bu konuda ILO’nun işyerinde cinsel taciz

mağdurlarına yol gösteren kılavuzu ispat bakımından da büyük önem taşımaktadır. Söz konusu kılavuza göre cinsel tacize uğrayan mağdur;

- Mümkünse doğrudan ya da üçüncü kişi aracılığı ile taciz niteliğindeki davranışın reddildiğini ve rahatsızlığı açıkça bildirmeli,
- Mümkünse durumu tacizde bulunan kimseye yazılı olarak bildirip yazının bir nüshasını işverene iletmeli,
- Günlük tutarak, olayları açık ve net; kişi, yer ve tanık göstererek not etmeli,
- Kendisi gibi mağdur olan ya da mağdur olduğundan şüphelendiği kimselerle konuşmalı ve onlarla birlikte hareket etmeli,
- Varsa durumu üyesi olduğu sendikaya ya da benzer bir örgüte iletmeli,
- Hukukçu ve profesyonellerden yardım almalıdır.<sup>149</sup>

## DİPNOTLAR

- 1 İş hukuku açısından işyerinde cinsel taciz konusunda bak; Bakırcı, Kadriye, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, (Cinsel Taciz), Yasa Yayıncılık, İstanbul 2000; Bakırcı, Kadriye, İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri (Çözüm Önerileri), Turhan Esener’e Armağan, Ankara 2000; Okur, Ali Rıza, İşyerinde Cinsel Taciz, Argumentum, Ocak-Mart- Mart 1994 Sayı:42; Aydın, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları (Kişilik Hakları), Eskişehir 2002; Aydın, Ufuk, İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi (Cinsel Taciz), Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı: 9, Şubat 2006; Yüksel, Melek Onaran, Karşılaştırmalı Hukuk İşığında Türk İş Hukukunda Kadın - Erkek Eşitliği, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000; Özdemir, Erdem, İşyerinde Cinsel Taciz (Cinsel Taciz), Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, Sayı 2; Senyen/Kaplan, Emine Tuncay, Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999; Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008; Bilgili, Abbas, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Karahan Yayınevi, Adana 2010.
- 2 Malkoç, İsmail, Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005; Yurtcan, Erdener, Yargıtay Kararları İşığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009; Yokuş Sevik, Handan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, Mart/Nisan 2005; Yenidünya, A. Caner, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, Sayı 33, Eylül 2005; Artuk, Mehmet Emin, Cinsel Taciz Suçu (TCK. M. 105), Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11 (2006/4), sh. 29. vd. yazarın aynı makalesi; HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, Temmuz 2006’de de yayınlanmıştır.

- 3 Bu konudaki bir çalışma için bak; Aydemir, Muzaffer, İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. baskı, Ankara 2007.
- 4 Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.
- 5 Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Hayat Yayınları, sh.1119.
- 6 Ş. Sami; Kamus-ı Türki, Cilt 3, sh. 1284, İstanbul 1986.
- 7 Büyük Larousse, cilt 21, sh. 11134.
- 8 Ertürk, Şükran, Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatında Kadın Erkek Eşitliği (Kadın-Erkek Eşitliği), Belediye - İş Yayınları, Ankara 2008, sh. 193.
- 9 Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 101.
- 10 Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar konusunda bak, Malkoç, age. sh. 5 vd.; Yurtcan, age. sh. 11 vd.; Yenidünya, agm. sh. 3284.
- 11 Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 103 vd.; Bakırcı, Çözüm Önerileri, sh. 443, 444.
- 12 Artuk, agm. sh. 29 vd.; Malkoç, age. sh. 161 vd.; Yenidünya, agm. sh. 3310 vd.; Yokuş Sevük, agm. sh. 269.
- 13 Süzek, Sarper, İş Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, sh. 346; Demir, Fevzi, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir 2003, sh. 89; Eyrenci - Taşkent - Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2004, sh. 121; Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, sh. 415; Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 41 vd.
- 14 Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İzmir 1998, sh. 245.
- 15 Aydın, Kişilik Hakları, sh. 5.
- 16 Kaplan, Emine Tuncay, İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamal Turan'a Armağan, Cilt 7, Yıl: 2003, Sayı: 2, sh. 146 vd.
- 17 Akipek, Jale G. - Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yayını, 6. Baskı, İstanbul 2007 sh. 339.
- 18 Akipek - Akıntürk, age. sh. 339.
- 19 Akipek - Akıntürk, age. sh. 340, 341; Kişilik haklarının kapsamı konusunda daha geniş bir inceleme için bak; Aydın, Kişilik Hakları, sh. 9 - 22.
- 20 Ertürk, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar (Temel Haklar), Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, sh. 84 vd.
- 21 Tunçomağ, Kenan - Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 3. Baskı, İstanbul 2003, sh. 126; Savaş, İşyerinde Manevi Taciz, sh. 92, 93.
- 22 Borçlar Kanunu Tasarısında (md. 421), "İşveren ... özellikle ahlaka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür." hükmü bulunmakta ve bu maddenin gerekçesinde de, işverenin bu amaçla, işçilerin derhal yardım isteyebilecekleri bir güvenlik sistemi kurma, güvenlik personeli bulundurma gibi, cinsel tacizle karşılaşma tehlikesini ortadan kaldırma ya yönelik uygun önlemleri almakla yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır (Bayram, Fuat, Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, sh. 17). Tasarının gerekçesindeki cinsel tacize karşı güvenlik birimi oluşturulması ve güvenlik personeli bulundurulması yükümlülüğü, "son derece isabetsiz" olduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir (Ekmekçi, Ömer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine, Mercek Dergisi, Temmuz 2005, sh. 166). Bu eleştiri ve önerilerden sonra Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417/1. maddesi şu şekildedir; "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür".
- 23 Narmanlıoğlu, age. sh. 245, Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 155.
- 24 İyiniyet kuralları konusunda daha geniş bilgi için bak; Ak-yol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- 25 Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 155.
- 26 Aydın, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, sh. 118.
- 27 Mollamahmutoğlu, age. sh. 417.
- 28 Aktay - Arıcı - Kaplan/Seneyen, İş Hukuku, sh. 159, 160.
- 29 Güzel - Ertan, agm. sh. 168.
- 30 Öztan, Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Turhan Kitabevi, 7. Baskı, Ankara 1977, sh. 151.
- 31 Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul 2006, sh. 122.
- 32 Helvacı, age. sh. 123.
- 33 Oğuzman, M. Kemal - Seliçi, Özer - Oktay/Özdemir, Saiibe; Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul 2009, sh. 170.
- 34 Oğuzman - Seliçi - Oktay/Özdemir, age. sh. 170, 171.
- 35 Sevimli, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamı, sh. 248, 249; keza aynı yazarın İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 2010/1 (24), sh. 295 vd.
- 36 Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı, sh. 253.
- 37 Akipek - Akıntürk, age. sh. 395 vd.; Oğuzman - Seliçi - Oktay/Özdemir, age. sh.171 vd.; Öztan, age. sh. 152 vd.; Helvacı, age. sh. 124; Bakırcı, Kadriye, Cinsel Taciz, sh. 199 vd.; Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 48, 49.
- 38 Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 200.
- 39 Akipek - Akıntürk, age. sh. 397 vd.; Oğuzman - Seliçi - Oktay/Özdemir, age. sh.173 vd.; Öztan, age. sh. 153 vd.; Helvacı, age. sh. 123 vd.; Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 49.
- 40 Öztan, age. sh. 154.
- 41 Akipek - Akıntürk, age. sh. 398 vd.; Oğuzman - Seliçi - Ok-



- tay/Özdemir age. sh.175 vd.; Öztan, age. sh. 154 vd; Helvacı, age. sh. 125; Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 200 vd.; Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 49 vd.
- 42 Akipek - Akıntürk, age. sh. 398.
- 43 Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 201.
- 44 Akipek - Akıntürk, age. sh. 404 vd.; Oğuzman - Seliçi - Oktay/Özdemir, age. sh.177 vd.; Öztan, age. sh. 158 vd; Helvacı, age. sh. 127 vd.; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003, sh. 695 vd.; Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 51 vd.
- 45 Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 191.
- 46 Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 194.
- 47 Ergin, Berin, Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar - Taciz ve Çalışma Hayatı (Cinsel Suçlar - Taciz), Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 7, Eylül 2007, sh. 154.
- 48 Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 196.
- 49 Erzurum İş Mahkemesi'nin 26.12.2003 T., E.2003/312, K.2003/311 sayılı kararı ve Yargıtay 9. HD.'nin 25.01.2005 T., E.2004/9209, K.2005/1465 sayılı onama kararı.
- 50 Akipek - Akıntürk, age. sh. 407 vd.; Oğuzman - Seliçi - Oktay/Özdemir age. sh.179 vd.;Öztan, age. sh. 159 vd; Helvacı, age. sh. 128; Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 197 vd.; Eren, Fikret, age. sh. 745; Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çeviren: Cevat Edege, Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları, No: 15, Ankara 1983, sh. 115 vd.; Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 53 vd.
- 51 Kılıçoğlu, Mustafa, İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Turhan Kitabevi (İlke Kararları), Ankara 2009, sh. 442.
- 52 Yargıtay 9. HD. 13.04.2010 T., E.2008/29930, K.2010/10301 (Karar arşivimizdedir).
- 53 Yargıtay 9. HD. 26.03.2009 T., E.2007/41164, K.2009/8092 sayılı kararı ve kararın incelemesi için bak Sevimli, Karar İncelemesi, sh. 295 vd.
- 54 Sevimli, Karar İncelemesi, sh. 304.
- 55 Yargıtay 4. HD. 05.04.2000 T., E.2000/2062, K.2000/4389 sayılı kararı (Yargıtay Kararları Dergisi, Sayı: Temmuz 2000, Sh. 1034, 1035, 1036).
- 56 Ögüz, Tufan, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından Zarar İle Görülen İş Arasında Fonksiyonel Bağlılık Sorunu (Karar İncelemesi), HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 8, Eylül 2006, sh. 154 vd.
- 57 Eşitlik ilkesini eski (1475 sayılı) İş Kanunu döneminde inceleyen bir araştırma için bak; Tuncay, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982; yeni (4857 sayılı) İş Kanunu dönemi için bak; Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu (Eşit İşlem Borcu), Yetkin Yayınları, Ankara 2008; Tuncay, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri isimli kitap içerisindeki tebliğ metni, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, sh. 20 vd.; Süzek, Sarper, İş Hukuku, sh.396 vd.; Doğan Yenisey, Kübra, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı (Ayrımcılık Yasağı), Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11 (2006/4), sh. 63 vd. Kaya, Pir Ali, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Nobel Kitabevi, Ankara 2007; Demiral, Cavit, 4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, e-akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, Mart 2005, Sayı: 37 (<http://www.e-akademi.org/makaleler/cdemiral-1.htm>.15.03.2010).
- 58 Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 57 vd.
- 59 Onaran Yüksel, Kadın - Erkek Eşitliği, sh. 264.
- 60 Özdemir, Cinsel Taciz, sh. 152; Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, sh. 192, 193; Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, sh. 74.
- 61 Yıldız, Eşit İşlem Borcu, sh. 109.
- 62 Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, sh. 193.
- 63 Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, sh. 74.
- 64 Onaran Yüksel, Kadın - Erkek Eşitliği, sh. 273.
- 65 Ergin, Cinsel Suçlar - Taciz, sh. 153.
- 66 Yıldız, Eşit İşlem Borcu, sh. 108, 109; Özdemir, Cinsel Taciz, sh. 152.
- 67 Süzek, İş Hukuku, sh. 404.
- 68 Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, sh. 68.
- 69 Savaş, İşyerinde Manevi Taciz, sh. 111.
- 70 Doğan Yenisey, Ayrımcılık Yasağı, sh. 77.
- 71 Bu husus 5. maddenin gerekçesinde de belirtilmiştir.
- 72 Süzek, İş Hukuku, sh. 415.
- 73 Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 61.
- 74 Narmanlıoğlu, İş Hukuku, sh. 327.
- 75 Narmanlıoğlu, İş Hukuku, sh. 327.
- 76 Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 61, 62.
- 77 Narmanlıoğlu, İş Hukuku, sh. 335, 336.
- 78 Akyiğit, Ercan, Şerh 1, sh. 921, 922.
- 79 Süzek, İş Hukuku, sh. 649.
- 80 Akyiğit, Şerh I, sh. 921.
- 81 Güven, Ercan - Aydın, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2007, 2. Baskı, sh. 170.
- 82 Yargıtay 9. HD., 13.04.2010 T., E.2008/29930, K.2010/100301 (Karar arşivimizdedir).
- 83 Yargıtay 9. HD., 19.02.1998 T., E.1997/21644, K.1998/2236 (Günay, Şerh 2001, sh. 1646).
- 84 Yargıtay 9. HD., 19.09.2007 T., E.2006/23760, K.2007/27233 (Karar arşivimizdedir).
- 85 Bakırcı, Kadriye, İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırısına Uğramaları Halinde İşverenin Sorumluluğu (Üçüncü Kişinin Saldırısı) Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2000, sh. 29.
- 86 Bakırcı, Üçüncü Kişinin Saldırısı, sh 31.
- 87 Bakırcı, Üçüncü Kişinin Saldırısı, sh. 30.
- 88 Yargıtay 9. HD., 04.11.2010 T., E.2008/37500, K.2010/31544 (Karar arşivimizdedir)
- 89 Odaman, Serkan, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2003, sh. 122; Alpagut, Gülsevil, Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem

- Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, sh. 110.
- 90 İşçinin sadakat borcu için bak: Demir, Fevzi – Demir, Gönenç, İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt : 11, Yıl: 2009, Sayı: 1, sh. 1 vd.
- 91 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, sh. 486, Süzek, İş Hukuku, sh. 637, Çil, Şahin, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, 1. Cilt, sh. 502; Kocabıyık, Selçuk, İşyerinde Cinsel Tacizde Bulunan Çalışanın İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Sayı: 16, sh. 242.
- 92 Aydın, Cinsel Taciz, sh. 27.
- 93 Yargıtay 9. HD., 08.03.2005 T., E.2004/13286, K.2005/7706 (www.hukuki.net erişim 04.12.2005).
- 94 Yargıtay 9. HD., 10.04.2001 T., E.2001/412, K.2001/5944 (Akyiğit, Emsal Kararlar, sh. 660, 661)
- 95 Yargıtay 9. HD., 25.10.2004 T., E.2004/5937, K.2004/24160 (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 5/2005, sh. 296).
- 96 Süzek, İş Hukuku, sh. 637, Ertürk, Kadın Erkek Eşitliği, sh. 195.
- 97 Yargıtay HGK., 20.09.2000 T., E.2000/9-1100, K.2000/1155 (www.hukuki.net erişim 07.12.2005).
- 98 Yargıtay 9. HD., 09.03.2006 T., E.2005/21167, K.2006/5833 (Karar arşivimizdedir).
- 99 Yargıtay 9. HD., 07.05.2005 T., E.2004/32055, K.2005/23794 (www.hukukturk.com).
- 100 Yargıtay 9. HD., 10.11.2005 T., E.2005/6471, K.2005/35643 (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 9/2006, sh. 252 - 254).
- 101 Yargıtay 9. HD., 07.11.2005 T., E.2005/17939, K.2005/35097 (Karar arşivimizdedir).
- 102 Narmanlıoğlu, İş Hukuku I, sh. 339.
- 103 Pakel, Nafi, Cinsel Tercihin İş Akdine Etkisi, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 2006/2, sh. 655.
- 104 Yargıtay 9. HD., 19.09.2005 T., E.2005/654, K.2005/30275 (Karar metni için bak: İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 2006/2, sh. 656, 657 ve ayrıca bak: <http://www.yargitay.gov.tr/basin/basinda/yargitay/taciz/tacizkarar.htm> 21.11.2005).
- 105 Yargıtay 9. HD., 02.03.2005 T., E.2004/16509, K.2005/6608 (Karar arşivimizdedir).
- 106 Yargıtay 9. HD., 29.06.2000 T., E.2000/6641, K.2000/9976 (Günay, Şerh 2, sh. 1621).
- 107 Yargıtay 9. HD., 18.10.1995 T., E.1995/12843, K.1995/31809 (Günay, Şerh 2, sh. 1754).
- 108 Akyiğit, Emsal Kararlar, sh. 663.
- 109 Yargıtay 9. HD., 21.11.2002 T., E.2002/7403, K.2002/21982 (Akyiğit, Şerh 1, sh. 980).
- 110 Yargıtay 9. HD., 07.03.2005 T., E.2005/16319, K.2005/7428 (Akyiğit, Şerh 1, sh. 988).
- 111 Yargıtay 9. HD., 19.04.2004 T., E.2004/20093, K.2004/8643 (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, sayı: 5/2005, sh. 362, 363).
- 112 İş güvencesi ve işe iade davaları ile ilgili olarak bak; Bilgili, Abbas, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları (İş Güvencesi), Karahan Yayınevi, 2. Baskı, Adana 2005; Kar, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması (İş Güvencesi), Yetkin Yayınları, Ankara 2009; Kılıçoğlu, Mustafa - Şenocak, Kemal, İş Güvencesi Hukuku (İş Güvencesi) Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2007; Çankaya, Osman Güven - Günay, Cevdet İlhan - Göktaş, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları (İşe İade), Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2005; Akyiğit, Ercan, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İş Güvencesi), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2007.
- 113 Bilgili, Cinsel Taciz, sh. 73.
- 114 MESS Akıllı Kitap, sh. B/010.
- 115 Çankaya - Günay - Göktaş, İşe İade, sh. 87.
- 116 Süzek, İş Hukuku, sh. 525.
- 117 Kar, İş Güvencesi, sh. 265.
- 118 Odaman, Serkan, Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep - Haklı Sebep Ayırımı, Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamil Turan'a Armağan, Cilt: 7, Yıl: 2003, Sayı: 2, sh. 600, 601.
- 119 Yargıtay 9. HD., 16.12.2004 T., E.2004/18435, K.2004/28069 (<http://yargitay.gov.tr/basinda/yargitay/taciz/tacizkarar.htm> 21.11.2005).
- 120 Yargıtay 9. HD., 18.10.2004 T., E.2004/6529, K.2004/23507 (Bilgili, Abbas, age. sh. 82-84).
- 121 Yargıtay 9. HD., 25.04.2005 T., E.2005/10292, K.2005/14479 (CD Medya Yazılım Hokuspokus İçtihat Programı).
- 122 Yargıtay 9. HD., 10.02.2005 T., E.2005/424, K.2005/3763 (Ertekin, Özkan, İşe İade Davaları, sh. 250, 251).
- 123 Yargıtay 9. HD., 14.02.2005 T., E.2005/1827, K.2005/4204 (Ertekin, Özkan, age. sh. 247, 248).
- 124 Yargıtay 9. HD., 19.06.2006 T., E.2006/13620, K.2006/1779 (Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11 (2006/4), sh. 211-213).
- 125 Yargıtay 9. HD., 17.11.2005 T., E.2005/35512, K.2005/36421 (MESS Akıllı Kitap - İş Güvencesi, II, sh. D2114/006 vd.).
- 126 Yargıtay 9. HD., 05.07.2004 T., E.2004/12516, K.2004/16973 (Karar arşivimizdedir).
- 127 Özdemir, Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları (İspat Yükü), Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 1. Baskı, İstanbul 2006, sh. 217 vd.
- 128 Özdemir, İspat Yükü, sh. 211.
- 129 Öz-İplik İş, Kadın İşgücünün İstismarını Belgeleyen Araştırmamız, İstanbul, 1997, sh. 12 vd.'den zikreden Aydın, Cinsel Taciz, sh. 29.
- 130 Bakırcı, Cinsel Taciz, sh. 202.
- 131 Özdemir, İspat Yükü, sh. 211.
- 132 Yargıtay 9. HD., 12.10.2009 T., E.2009/115, K.2009/26672 (Karar arşivimizdedir).
- 133 Yargıtay 9. HD., 18.10.2004 T., E.2004/6529, K.2004/23507 (Bilgili, İş Güvencesi, sh. 82-84).
- 134 Yargıtay 9. HD., 09.03.2006 T., E.2005/24053, K.2006/5892 (Karar arşivimizdedir).

- 135 Yargıtay 9. HD., 11.12.2006 T., E.2006/25640, K.2006/32379 (Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 13 (2007/2), sh. 195-197).
- 136 Yargıtay 9. HD., 02.03.2005 T., E.2004/16509, K.2005/6608 (Karar arşivimizdedir).
- 137 Yargıtay 9. HD., 04.05.2006 T., E.2005/33604, K.2006/12494 (Karar arşivimizdedir).
- 138 Yargıtay 9. HD., 25.10.2005 T., E.2005/16580, K.2005/34520 (Karar arşivimizdedir).
- 139 Yargıtay 9. HD., 10.04.2001 T., E.2001/412, K.2001/5944 (Akyiğit, Emsal Kararlar, sh. 660, 661).
- 140 Özdemir, İspat Yükü, sh. 212.
- 141 Yargıtay 9. HD., 08.03.2005 T., E.2004/13286, K.2005/7706 (www.hukuki.net erişim 04.12.2005).
- 142 Yargıtay 9. HD., 04.11.2010 T., E.2008/37500, K.2010/31544 (Karar arşivimizdedir).
- 143 Yargıtay 9. HD., 19.02.1998 T., E.1997/21644, K.1998/2236 (Günay, Şerh 2, sh. 1464).
- 144 Yargıtay 9. HD., 10.11.2005 T., E.2005/6471, K.2005/35643 (Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 9/2006, sh. 252-254).
- 145 Yargıtay 9. HD., 09.03.2006 T., E.2005/21167, K.2005/5833 (Karar arşivimizdedir).
- 146 Yargıtay 9. HD., 06.06.2001 T., E.2001/7060, K.2001/9654 (Akyiğit, Emsal Kararlar, sh. 663).
- 147 Özdemir, İspat Yükü, sh. 216.
- 148 Özdemir, İspat Yükü, sh. 217.
- 149 Aydın, Cinsel Taciz, sh. 29 vd.

## KAYNAKÇA

- Akıpeke, Jale G. - Akıntürk, Turgut; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. Yayını, 6. Baskı, İstanbul 2007.
- Akyiğit, Ercan; İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları (Emsal Kararlar), Cilt: 1, Ethemler Yayıncılık, İstanbul 2003.
- Akyiğit, Ercan; İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi (Şerh 1), Cilt: 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, Cilt: 1.
- Akyiğit, Ercan; Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İş Güvencesi), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2007.
- Akyol, Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2006.
- Alpagut, Gülsevil; Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003.
- Artuk, Mehmet Emin; Cinsel Taciz Suçu (TCK. M. 105), Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11 (2006/4); yazarın aynı makalesi HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 7, Temmuz 2006'de de yayınlanmıştır.
- Aydemir, Muzaffer; İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1. Baskı, Ankara 2007.
- Aydın, Ufuk; İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları (Kişilik Hakları), Eskişehir 2002.
- Aydın, Ufuk; İşyerinde Cinsel Taciz ve İş Sözleşmesinin Feshi (Cinsel Taciz), Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı: 9, Şubat 2006.
- Aydınlı, İbrahim; İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (Koruma Yükümlülükleri), Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Bakırcı, Kadriye; İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, (Cinsel Taciz), Yasa Yayıncılık, İstanbul 2000.
- Bakırcı, Kadriye; İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri (Çözüm Önerileri), Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000.
- Bakırcı, Kadriye; İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırısına Uğramaları Halinde İşverenin Sorumluluğu (Üçüncü Kişinin Saldırısı) Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2000.
- Bayram, Fuat; Borçlar Kanunu Tasarısı Işığında İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma Borcu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- Bilgili, Abbas; İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları (İş Güvencesi), Karahan Yayınevi, 2. Baskı, Adana 2005.
- Bilgili, Abbas; İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Karahan Yayınevi, Adana 2010.
- Büyük Larousse.
- Çalışma ve Toplum Dergisi.
- Çankaya, Osman Güven - Günay, Cevdet İlhan - Göktaş, Seracettin; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları (İşe İade), Yetkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2005.
- Çil, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, 1. Cilt.
- Demiral, Cavit; 4857 Sayılı İş Kanununda Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı, e-akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler İnternet Dergisi, Mart 2005, Sayı: 37 (<http://www.e-akademi.org/makaleler/cdemiral-1.htm> 15.03.2010).
- Demir, Fevzi; Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir 2003.
- Demir, Fevzi - Demir, Gönenc; İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt : 11, Yıl: 2009, Sayı: 1.
- Doğan Yenisey, Kübra; İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı (Ayrımcılık Yasağı), Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 11 (2006/4).
- Ekmekçi, Ömer; Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine, Mercek Dergisi, Temmuz 2005.
- Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2003.
- Ergin, Berin; Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar - Taciz ve Çalışma Hayatı (Cinsel Suçlar - Taciz), Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 7, Eylül 2007.
- Ertekin, Özkan; İşe İade Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2005.

- Ertürk, Şükran; Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatında Kadın Erkek Eşitliği (Kadın Erkek Eşitliği), Belediye - İş Yayınları, Ankara 2008.
- Ertürk, Şükran; İş İlişkinde Temel Haklar (Temel Haklar), Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- Eyrenci - Taşkent - Ulucan; Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2004.
- Günay, Cevdet İlhan; Şerhli İş Kanunu (Şerh), Yetkin Yayınevi, Cilt: 2, 2. Baskı, Ankara 2001.
- Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr.
- Güven, Ercan - Aydın, Ufuk; Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, Eskişehir 2007, 2. Baskı.
- Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Hayat Yayınları.
- Helvacı, Serap; Gerçek Kişiler, Ankan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul 2006.
- Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı, Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamil Turan'a Armağan, Cilt. 7, Yıl: 2003, Sayı: 2.
- Kar, Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması (İş Güvencesi), Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Kaya, Pir Ali; Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Nobel Kitabevi, Ankara 2007.
- Kılıçoğlu, Mustafa - Şenocak, Kemal; İş Güvencesi Hukuku (İş Güvencesi) Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- Kocabıyık, Selçuk; İşyerinde Cinsel Tacizde Bulunan Çalışanın İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshedilmesi (Cinsel Taciz), Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Sayı: 16.
- Malkoç, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005.
- MESS Akıllı Kitap, MESS Yayınları.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İzmir 1998.
- Odaman, Serkan; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 2003.
- Odaman, Serkan; Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep - Haklı Sebep Ayrımı, Kamu İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kamil Turan'a Armağan, Cilt: 7, Yıl: 2003, Sayı: 2.
- Oğuzman, M. Kemal - Seliçi, Özer - Oktay/Özdemir, Saibe; Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 9. Baskı, İstanbul 2009.
- Okur, Ali Rıza; İşyerinde Cinsel Taciz, Argumentum, Ocak-Mart - Mart 1994 Sayı:42.
- Onaran Yüksel, Melek; Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın - Erkek Eşitliği (Kadın Erkek Eşitliği), Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000.
- Ögüz, Tufan; Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından Zarar İle Görülen İş Arasında Fonksiyonel Bağlılık Sorunu (Karar İncelemesi), HPD Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 8, Eylül 2006.
- Özdemir, Erdem; İşyerinde Cinsel Taciz (Cinsel Taciz), Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, Sayı: 2.
- Özdemir, Erdem; İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları (İspat Yükü), Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 1. Baskı, İstanbul 2006.
- Öztan, Bilge; Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Turhan Kitabevi, 7. Baskı, Ankara 1977.
- Pakel, Nafi; Cinsel Tercihin İş Akdine Etkisi, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 2006/2.
- Savaş, Fatma Burcu; İşyerinde Manevi Taciz (Manevi Taciz), Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2007.
- Senyen-Kaplan, Emine Tuncay; Kadın İşçinin İş İlişkinde Doğan Hakları ve Korunması (Kadın İşçinin), Ankara 1999.
- Sevimli, K. Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları (İşçinin Özel Yaşamı), Legal Yayınevi, İstanbul 2006.
- Sevimli, K. Ahmet; İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı: 2010/1 (24).
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2008.
- Şemsettin Sami; Kamus-ı Türki, Cilt: 3, İstanbul 1986.
- Tuncay, A. Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Tuncay, A. Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri isimli kitap içerisindeki tebliğ metni, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.
- Tunçomağ, Kenan - Centel, Tankut; İş Hukukunun Esasları, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 3. Baskı, İstanbul 2003.
- Von Tuhr, Andreas; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çeviren: Cevat Edege, Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları, No: 15, Ankara 1983.
- Yenedünya, A.Caner; 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 33, Eylül 2005.
- Yıldız, Gaye Burcu; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu (Eşit İşlem Borcu), Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- Yokuş Sevik, Handan; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, Mart/Nisan 2005.
- Yurtcan, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009.
- www.hukuki.net.
- www.yargitay.gov.tr.

Av. Leyla KILIÇ

Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri

# İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı ve 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü

## Giriş

İş kazaları ve meslek hastalıkları tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Her yıl azımsanmayacak sayıda insan bu sebepten dolayı, hastalanmakta, yaşamını yitirmekte veya engelli (malul) hale gelmektedir. İş kazaları ve meslek hastalıkları her dönemde görülmekle birlikte teknolojinin gelişmesi ve üretimde yeni metotların kullanılması ile birlikte önemli bir artış göstermiştir.

Emniyetli ve sağlıklı çalışma ihtiyacı insanlık tarihi kadar eski olmasına rağmen; bunun bir sosyal ihtiyaç olarak ortaya çıkması yeni sayılabilecek bir olgudur ve “iş sağlığı ve güvenliği” kavramının ortaya çıkmasında, sanayileşme ile başlayan fabrika tipi üretim sürecinde ekonomik ve hukuki olarak bir başkasına (işverene) bağımlı olarak ücret karşılığında çalışan ve adına “işçi” denilen yeni çalışanlar kitlesi önemli etken olmuştur. İşyerinde sağlıklı ve emniyetli bir çalışma ortamının hazırlanması bu kesim

bakımından büyük önem taşımaktadır<sup>1</sup>. Bunun nedeni endüstride yeni teknik metotlarının uygulanması ile alet ve makinelerin çoğalmasına bağlı olarak iş kazası ve meslek hastalıklarında büyük artış olmasıdır<sup>2</sup>.

İş kazaları ve meslek hastalıkları; işçinin gelirinin azalmasına, tamamen kesilmesine yol açabileceği gibi işsiz kalma tehlikesi ile de karşı karşıya kalmasına sebep olabilecektir. Ayrıca işçinin malul kalması veya ölmesi de söz konusudur. Bu durumda geride bıraktığı ailesi maddi ıstırapın yanında, gelirinin azalması veya tamamen ortadan kalkması ile geçinmekte önemli ölçüde zorlanacaktır. Bu nedenlerden dolayı bu kesim için önemli olan, vücut bütünlükleri ve sağlıklarının çalışma ortamındaki mevcut tehlikelerden en az etkilenmesini temin etmektir<sup>3</sup>.

Tarihsel süreçte iş kazaları ve meslek hastalıklarının her geçen gün daha fazla işçiyi tehdit ettiği bir çalışma ortamında, iş kazası ve meslek hastalığının olumsuz sonuçlarını giderici düzenlemelerle yetinmek yerine riskin ger-

çekleşmesine engel olacak, yani; iş kazası ve meslek hastalıkları riskine karşı önleyici tedbirlerin alınması gereği, iş sağlığı ve güvenliği kavramının dayanağını oluşturmuştur. Esasen çağdaş iş hukuku, işverenin işçilerin sağlığını koruma borcunu, iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önleme borcu bağlamında algılamaktadır. Bu nedenle, işçileri iş kazaları ve meslek hastalıklarından koruyucu en yerinde politikanın, riskin gerçekleşmesini azaltan ve çalışma koşullarını insanileştiren önleyici tedbirlerin alınması olduğu söylenebilir. Dolayısıyla işverenin işyerinde işçinin beden ve ruh sağlığının korunması temel amacına yönelik tedbirler iş sağlığı ve güvenliğinin konusunu oluşturmaktadır<sup>4</sup>.

İş sağlığı ve güvenliği konusu çok geniş ve kapsamlı bir konu olması sebebiyle makalemizin konusunu iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin 4587 sayılı Kanun'un 77 nci maddesi kapsamında yükümlülükler oluşturacaktır. Ancak konuya girmeden önce iş sağlığı ve güvenliği kavramı ve ülkemizdeki konuya ilişkin yasal düzenlemelere kısaca değinmek istiyoruz.

## 1. İş Sağlığı ve Güvenliği Kavramı

İş sözleşmesiyle işçi, maddi ve fikri varlığı ile bir işin taahhüdü altına girdiğinden fizik güvenliğinin temini, iş hukukunun köşe taşlarından biridir. İş hukukunun, çalışılan ortamın insanileştirilmesi düşüncesinden doğduğu ve “insanileştirilmiş” bir çalışma ortamının da öncelikle işçinin maddi, manevi varlığını tehdit eden risklerden arınmış, “sağlıklı ve güvenli” bir ortamı anlattığı göz önüne alınacak olursa iş sağlığı ve güvenliğinin, bu hukuk disiplini içindeki yeri ve önemi daha iyi kavranacaktır<sup>5</sup>.

İşçi sağlığı, kavram olarak, gerek fiziki ve gerekse ruhi bakımdan çalışanların tam iyi olma durumlarının sağlanmasıdır. İşçinin çalıştırıldığı işin niteliğine göre, tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı, geçici veya sürekli hastalık, sakatlık ya da ruhi arıza halleri meslek hastalığı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>6</sup>.

İş güvenliğini de; kavram olarak, “işçilerin işyerinde işin görülmesi ile ilgili olarak mey-

dana gelen tehlikelerden, bedensel ve ruhsal olarak zarara uğramamaları için alınması zorunlu hukuki, teknik ve tıbbi önlemleri almaya yönelik sistemli çalışmalardır.” diye tanımlayabiliriz<sup>7</sup>.

Bu açıdan işçi sağlığı, sağlıklı bir yaşam için gerekli sağlık kurallarını içerirken; iş güvenliği, daha çok işçinin yaşamına ve vücut bütünlüğüne yönelik tehlikelerin ortadan kaldırılmasını hedef alır. Bununla birlikte, işçi sağlığı ile iş güvenliği kavramları, birbirinden kolaylıkla ayırt edilmeyip, bir bütün içinde yer almaktadır<sup>8</sup>. 4587 sayılı İş Kanunu'nda, “işçi sağlığı ve iş güvenliği” olarak endüstri ilişkileri lisanına yerleşmiş olan kavram “İş Sağlığı ve Güvenliği” olarak girmiştir. Kanunun gerekçeler kısmında “işçi sağlığı” kavramının, işyerinde meydana gelebilecek iş kazasının (örneğin büyük çaplı bir patlamanın) işyeri çevresinde yaşayanlara da zarar verebileceği endişesi ile “İş Sağlığı” olarak değiştirildiği ifade edilmektedir<sup>9</sup>.

### 1.1. Dar Anlamda İş Sağlığı ve Güvenliği

Dar anlamda iş sağlığı ve güvenliği, işin görülmesi sırasında işten, iş ortamından, çalışma çevresinden ve çalışmaktan doğan bütün riskler karşısında işçinin maddi ve manevi bütünlüğüne zarar verebilecek tehlikelere karşı işçinin yaşam sağlığının korunmasını<sup>10</sup> ifade eder. Bu tanım da gösteriyor ki, dar anlamda iş sağlığı ve güvenliğinin içeriği oldukça geniştir.

İşverenin, işyerinde iş kazaları ile meslek hastalıklarına karşı alacağı önlemler (teknik iş sağlığı ve güvenliği) yanında, işçinin psikolojik sağlığının, kişilik haklarının ve sosyal çevresinin korunması ve gözetilmesi amacıyla getirilmiş hükümler dar anlamdaki kapsam içinde yer alır. İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeleri genellikle, işçiyi işyerindeki olası iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı korumaya yönelik teknik iş sağlığı ve güvenliği hükümlerini içermektedir. Bu açıdan Türk iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı, işçinin ruhsal sağlığını ve sosyal çevresini koruyucu önlemleri içermediğinden, Avrupa Birliği mevzuatına göre daha dar bir kapsama sahiptir<sup>11</sup>.

## 1.2. Geniş Anlamda İş Sağlığı ve Güvenliği

Geniş anlamda iş sağlığı ve güvenliği, iş ilişkisinin sosyal niteliğinden hareketle, devletin çalışma ilişkisinin işçinin yararına kurulması ve geliştirilmesi için elindeki tüm araçları seferber etmesini içerir. Geniş anlamda iş sağlığı ve güvenliği önlemleri ile tüm yaşama çevresi dikkate alınarak korumanın sağlanması hedeflenmektedir. Zira bazı iş kazaları işçileri olduğu kadar tüm çalışanları, yaşama alanındaki tüm canlıları daha doğrusu tüm çevreyi etkilemektedir. Bu duruma en güzel örnek ise 12 Mart 2011 tarihinde Japonya'daki nükleer santralde meydana gelen patlamadır. Öngörülmeyen bir sebeple meydana gelen bu patlama bir iş kazası olup, işyerinde çalışanlarla birlikte belli bir mesafedeki bütün yaşama alanını etkilemiştir.

## 2. Ülkemizde İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yasal Düzenlemeler

İş kazaları ve meslek hastalıklarını önleme için iş sağlığı ve güvenliği alanında ilk yasal düzenleme 1865 tarihli Dilaver Paşa Nizamnamesi olup, Ereğli Kömür Havzasında çalışan işçilerin çalışma şartları ve saatleri ile hastaların tedavilerine ilişkin bir düzenlemedir. Daha sonraki yasal düzenleme ise işçileri iş kazalarına karşı koruyucu önlemleri, işverenleri ise iş kazasına uğrayan işçilere tazminat ödemekle yükümlü tutan hükümleri içeren 1869 tarihli Maadin Nizamnamesi'dir<sup>12</sup>.

Çalışanların çalışma hayatını ilgilendiren esaslar ve kurallar ülkemizdeki çalışma hayatının değişmesine, gelişmesine paralel olarak ilerlemiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kuruluşundan sonra Zonguldak ve Ereğli Kömür Havzasında çalışan işçilerin sağlık, güvenlik ve sosyal yardım problemleri ile ilgili daha yeni hükümler getiren 151 ve 114 sayılı Kanunlar yürürlüğe girmiştir<sup>13</sup>.

Cumhuriyetin ilanından sonra bu yöndeki çalışmalara hız verilmiş, kaza ve hastalık halleri, işyerlerinin sağlık ve güvenlik şartları gibi işçi sağlığı ve iş güvenliği konularının temelini teşkil eden hususlar da; Borçlar Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 3008 sayılı İş Kanunu,

4792 sayılı İşçi Sigortaları Kanunu, 5502 sayılı Hastalık ve Analık Sigortası Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu gibi kanunlarla ve bu kanunlarda yapılan değişiklikler ve ilavelerle çalışma hayatının bir taraftan iş hukuku, diğer taraftan da iş güvenliği konularındaki boşlukların doldurulmasına çalışılmıştır<sup>14</sup>.

1936 tarihli 3008 sayılı İş Kanunu yerine çıkarılan 1967 tarihli ve 931 sayılı İş Kanunu'nun 5. bölümü işyerlerinde "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği" şartlarının düzeltilmesine ilişkin tedbirler içeren maddeleri kapsamıştır<sup>15</sup>. 1475 sayılı İş Kanunu 931 sayılı Kanun'un yerine çıkarılmış ise de, işçi sağlığı ve iş güvenliği esasları aynen devam etmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13 maddeden ibaret olan 5. Bölümü "İş Sağlığı ve Güvenliği"ne ilişkin düzenlemeler içermektedir. Yeni İş Kanunumuz eski İş Kanunumuza oranla;

- Çalışanlarımızı daha koruyucudur,
- Daha ayrıntılıdır,
- AB normlarına uygundur,
- İşverenlere; eğitime, bilgilendirme, denetleme ve bildirme yükümlülüğü getirirken işçilere de önlemlere uyma yükümlülüğünü içermekte, ayrıca onlara çalışmama hakkı vermektedir,
- İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarını etkinleştirmektedir,
- Özel risk gruplarına yönelik pek çok koruyucu hüküm içermektedir,

1475 sayılı Kanun'a oranla işçi sağlığı ve güvenliği alanında daha koruyucu ve daha ayrıntılı hükümler taşıyan yeni İş Kanunu konuyla ilgili AB yönergelerinden de esinlenmiştir<sup>16</sup>. İş sağlığı ve güvenliği başlığını taşıyan 5 inci bölüm 13 maddeden oluşmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İş Sağlığı ve Güvenliği"ne ait 5 inci bölümü bu konuda yeni çıkarılan ve daha sonra çıkarılacak olan yönetmeliklerin yasal dayanağı durumunda olup, Kanun kapsamında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili 50'ye yakın yönetmelik çıkarılmıştır.

Yeni Kanun'da "İş Sağlığı ve Güvenliği" isimli 5 inci Bölümün ilk maddesi olan "İşverenlerin ve İşçilerin Yükümlülükleri" başlıklı 77 nci madde; "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği

konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler.” hükmünü taşımaktadır. Ek olarak; işverenlere iş güvenliği uygulamalarına uyulup uyulmadığını denetleme görevi de verilmiş, ayrıca işçilerin karşılaşılabilecekleri mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve yükümlülükleri hakkında bilgilendirilmesi, bunun yanında iş güvenliği konusunda işçilerin eğitilmesi gerektiği belirtilmiştir. Denetleme ve eğitim yükümü, AB'nin 91/383 sayılı “Belirli Süreli ve Geçici İş Hükümlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönergesi” hükümleriyle aynı doğrultuda düzenlenmiştir<sup>17</sup>.

Getirilen yenilikler, uygulamadaki eksiklerle Yargıtay tarafından oluşturulan içtihatların maddelere işlenmesi, bazı tanım, rakamların uluslararası sözleşme ve mevzuata yaklaştırılmasından veya birebir çevirisinden ibaret olmuş, ancak konunun tarafları olan işçi ve işverenlerin katılımı ise yeterince sağlanamamıştır.

İş sağlığı ve güvenliği alanında bugün gelişen durum ise, gelişmiş ülkeler yasal önlemlerle toplumsal eğitim ve bilinçlendirme ile sorunun çözümü yönünde önemli bir mesafe kat ederken, sanayileşmesine tamamlayamamış ülkelerde ve ülkemizde ise problem büyük bir sorun olarak devam etmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu işçi sağlığı ve güvenliği konusunda çok daha geniş düzenlemelere yer vermiş ise de, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin 4587 sayılı Kanun'un 77 nci maddesi hükümleri çerçevesinde işverenin üç ana yükümlülüğü ile ilgili görüşlerimizi belirtmeye çalışacağız.

### 3. 4857 sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü

#### 3.1. İş Sağlığı ve Güvenliği İçin Gerekli Her Türlü Önlemi Almak

4857 sayılı Kanun'un 77 nci maddesinde; “İşverenler, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” hükmü bulunmaktadır. 1475 sayılı Kanununun 73 üncü maddesine tekabül eden bu madde

işverenler ve işyerleri arasında hiçbir ayırım yapmaksızın işçi sağlığının ve iş güvenliğinin korunması ve sağlanması açısından işverenleri her türlü önlemi almakla yükümlü tutmaktadır.

Sadece bu madde ile işverenlerin alacağı önlemlerin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatındaki önlemlerle sınırlı olmadığı, mevzuatta öngörülmemiş ancak bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de almak zorunda olduğu anlaşılmaktadır. Yerleşik yargı içtihadına göre de kanun, tüzük ve yönetmeliklerde açıkça gösterilmemiş olsa bile işveren, İş Kanunu'nun emredici açık hükmü uyarınca iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Nitekim konu ile ilgi olarak Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 18.11.1991 tarihli ve E.1991/10815-K.1991/9243 sayılı Kararı ile; “İşveren, insan yaşamının kutsallığı çerçevesinde sigortalının sağlıklı ve güvenli bir ortamda iş görmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu yönü tartışmasızdır ve yasalarda, tüzüklerde ve yönetmeliklerde açıkça gösterilmemiş bulursa dahi işverenin işçi sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli önlemleri almakla yükümlü bulunduğu İş Kanunu'nun açık buyruğu olduğuna” hükmetmiştir.

Yine benzer yönde Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 14.10.1977 tarihli ve E.1977/1613-K.1977/6398 sayılı Kararı'nda; “İşverenin, gerekli önlemleri alma yükümü, iş güvenliği yönetmeliklerince belirlenenlerin yanında hayatın olağan akışı içinde oluşabilecek tehlikeleri giderici çalışmaları da içermekte olduğuna (İş Kanunu Madde: 73)” hükmetmiş olup, işverenin gerekli önlemleri alma yükümlülüğü, iş güvenliği kurullarınca belirlenenlerin yanında hayatın olağan akışı içinde oluşabilecek tehlikeleri giderici çalışmaları da içerdiği isabetle vurgulanmıştır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 15.04.2010 tarihli ve E. 2008/18502-K.2010/5561 sayılı yeni bir Kararında; “... olay günü fabrikadaki bakım ve temizlik işleri nedeniyle, demir kapakların çıkartılarak, üzerine karton mukavva ve onun üzerine de sabitlenmemiş sac konulduğu; sigortalı ve arkadaşının, anılan sacların altını da temizlemek amacıyla, bu sacları kaldırdıkları ve bir süre sonrada, sigortalının sacı bulunmayan,



sadece mukavva ile, örtülü bu delikten yaklaşık 3 metre yükseklikten aşağıya düşmesi suretiyle iş kazasının meydana geldiği anlaşılmaktadır. Bakım için olsa da, temizlik işçileri için risk teşkil edecek ve çalışmanın güvenliğinin tehlikeye sokacak şekilde demir kapakların kaldırılması, mukavva ve sabitlenmemiş sac ile deliklerin üzerinin kapatılması, iş güvenliği kurallarına aykırı olduğu gibi; aksi durumda dahi, çalışma güvenliğinin sağlanması açısından, teknik bir eleman nezaretinde çalışmanın sağlanmaması da yerinde değildir...” şeklinde ifade edilmiştir.

Yargıtayın içtihatları ile kabul edilen işverenin iş sağlığı ve güvenliği alanında her türlü önlem alma yükümlülüğü 4857 sayılı Kanun'un 77 nci maddesi ile bu defa norma aktarılmıştır. Bu madde, işverenlerin önlem alma yükümlüğünü mutlak ve geniş tutmuş, bütün işverenlere iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli her türlü önlem alma zorunluluğu getirmiştir. İşverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenli için alacağı önlemler; hakkaniyet içerisinde beklenebilecek önlemler değil, bilimin, tekniğin ve tecrübenin o andaki mevcut durumuna göre alınması mümkün olan ve işyerinde yapılan işin ortaya çıkardığı tehlikeleri önlemeye yönelik her türlü önlemdir<sup>18</sup>.

Bu konudaki ölçüt iş sağlığı ve güvenliği önlemleri açısından gerekli olmaktadır. Bu durumda işverenin alacağı önlemler, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatından ibaret değildir. Ayrıca, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma konusundaki sorumluluğunun kapsamı belirlenirken mali durumunun yetersizliği, teknik konulardaki bilgisizliği, benzer işyerlerinde de bu önlemlerin alınmadığı gibi iddialar önem taşımamaktadır<sup>19</sup>.

Çalışma hayatında ve sanayideki gelişmeler nedeniyle işyerlerinde daha önce mevcut bulunmayan yeni mesleki riskler ortaya çıkmakta ve bu risklere karşı bilim ve teknoloji de önleyici yeni tedbirler geliştirmektedir. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatının bu yeni gelişmeler karşısında süratle kendini yenileyebilmesi mümkün olmamaktadır. İş Kanunu'nun 77 nci maddesindeki “...gerekli her türlü önlem almak...” ifadesi yukarıda bahsedilen endişeyi bertaraf etmektedir. Kuşkusuz iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili bütün düzenlemelerin yasalarla yapılma-

sı doğru olmadığı gibi mümkün de değildir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kuralların tamamı yasalarla düzenlendiğinde teknolojinin hızla gelişmesi sonucunda ihtiyaçların gerisinde kalma riskleri bulunmaktadır. Yasaların değiştirilme sürecinin uzunluğu, alınması gereken önlemlerin hızla alınması gerekliliği açısından olumsuz bir durum yaratabilmektedir. Bu nedenlerden dolayı özellikle teknik iş sağlığı ve güvenliği kurallarının yasa yerine idari işlemler ile düzenlenmesi yoluna gidilmesi daha uygundur. Diğer yandan genel yükümlülükler, sorumluluk şartları gibi genel esaslar yasada düzenlenmeli, teknolojiye bağlı sürekli değişebilecek hususlar ise tüzük ya da yönetmeliğe bırakılmalıdır<sup>20</sup>.

### 3.2. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerine Uyulup Uyulmadığını Denetlemek

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerin mevzuatla düzenlenmesi ve işyerinde bu önlemlerinin alınması iş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemek için yeterli olmayıp, işçiler tarafından bu önlemlere uyulması ve uygulanması gerekmektedir. İnsanlar ne kadar iyi eğitilmiş olsalar da ne kadar işlerine önem verseler de denetlenemedikleri takdirde, bir süre sonra alınan sağlık ve güvenlik tedbirlerine uyma özelliklerini kaybetmektedirler. Bu nedenle bu özelliklerini canlı tutmanın yolu denetimden geçmektedir<sup>21</sup>.

İş Kanunu'nun 77 nci maddesi ile işverenlere, işçilerin işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyup uymadıklarını denetleme yükümlülüğü getirilmiştir. İş kazalarında işverenin önlem alma yükümlülüğü sadece koruyucu malzeme vermekle sınırlandırılmaz. Bir insanın sürekli olarak bir konuda dikkatini toplayabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçilerin sürekli denetlenmesi, işçilerdeki noksanlıkların zamanında fark edilerek risk oluşmadan önlem alınması imkanını vermektedir<sup>22</sup>.

Yargı kararlarında da işverenin yükümlülüğünün yalnızca önlem almaktan ibaret olmadığı; alınmış önlemlere uyulup uyulmadığının da işveren tarafından denetlenmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>23</sup>. Bu husus, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir. “...1475 sayılı Kanun'un 73 ve gerekse

Borçlar Kanunu'nun 332 inci maddelerine göre işveren, işçilere her türlü olanakları sağlamak, onları denetlemek, çalışma koşulları ile alakadar olmak zorundadır. Yalnızca tedbir almak yeterli olmayıp, alınmış tedbirlere uyulup uyulmadığının da işveren tarafından daimi kontrolü gerekir..."<sup>24</sup>.

Nitekim bir başka kararında da Yargıtay işverenin denetlemekle ilgili yükümlülüğünü şu şekilde ifade etmiştir; "... işverenin işçisine gözlük verme yükümünün bu gözlüklerin istenilen nitelikte olmaları ve işçiler tarafından kullanılmalarını sağlama zorunluluklarını da kapsayacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla, işin niteliği itibarı ile işverenin önlem alma ödevinin, salt işe uygun gözlük vermekle sınırlandırılmayacağı, bu gözlüğün kullanılmasını istemek bu önlemin uygulanmasını sağlamak ve uyulup uyulmadığını sürekli ve etkin bir biçimde denetlemek, giderek bunu gerçekleştirecek gerekli kontrol sistemini kurmak yükümlülüğünü içerdiği söz götürmez..."<sup>25</sup>.

Yine Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin verdiği 01.12.2008 tarihli ve E.2008/5624 K.2008/18632 sayılı Kararı ile; "İş kazasından doğan tazminat davalarında, İş Kanununun 77. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak; işyerinin niteliğine göre işyerinde uygulanması gereken İşçi Sağlık ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddelerini incelemek suretiyle işverenin işyerinde aldığı önlemleri almadığı veya alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı biçimde incelenmek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi" gerektiğine karar vermiştir.

Şu halde gerek İş Kanunu'nun 77 nci maddesi ve gerekse Yargıtay içtihatları ile işverenin yükümlülüğünün; iş kazaları meslek hastalıklarından korunmak için iş sağlığı güvenliği önlemleri kapsamında işçilere koruyucu malzeme vermekle kalmayıp, bunların kullanılmasını sağlamak, bunları kullanıp kullanmadıklarını sürekli bir şekilde denetlemesini de kapsadığı söylenebilecektir. Hatta bunun için etkin bir denetim sistemi kurularak işçilerin, koruyucu malzemelerin kullanılmasındaki ve iş sağlığı ve güvenliği için alınan önlemlere uymadaki aksaklıklar büyük ölçüde giderilecektir.

### 3.3. İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşçileri Bilgilendirmek ve Eğitmek

Bir toplumda gerçek anlamda iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanabilmesi için o toplumda her şeyden önce iş güvenliği bilincinin oluşması gerekir. İş güvenliği mevzuatında getirilen hukuki güvence mekanizmaları ne kadar iyi düzenlenmiş olursa olsun, ilgili tüm çevre ve kişilerde bu güvenceleri korumak ve işletmek konusunda yeterli bir bilinç oluşturulmamışsa bunlar, kağıt üzerinde kalan temenniler olmakta başka bir anlam taşımazlar<sup>26</sup>.

İşyerinde sadece iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmış olması çoğu kez oluşabilecek tehlikeleri ortadan kaldırmamaktadır ve işçilerin işyerindeki tüm tehlikeleri kendiliğinden bilmesini beklememek gerekir. İşverenler, sağlıklı ve güvenli bir iş ortamı için önlemlerle birlikte; bu önlemlere uyma, tehlikeleri bilme ve tekniğin getirdiği yenilikleri işçileri öğretmek zorundadırlar. İşveren işçisinin bilgisinin yeterli olduğuna güvenmeyecek onu iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hususlarda mutlaka eğitecektir<sup>27</sup>. İşverenler, işçilerin karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli önlemler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermekle yükümlüdür (İş K.m.77/f.2).

İş Kanunu'nun 77 nci maddesine dayanılarak çıkarılan "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikle" (ÇİSGEUEHK) işyerlerinde çalışanlara verilecek iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin usul ve esasları düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğe göre işçilerin eğitiminin amacı, işyerlerinde sağlıklı ve güvenli bir ortamı temin etmek, iş kazalarını ve meslek hastalıklarını azaltmak, çalışanları yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek, onların karşı karşıya buldukları mesleki riskler ile bu risklere karşı alınması gerekli tedbirleri öğretmek ve iş sağlığı ve güvenliği bilinci oluşturarak buna uygun davranışları kazandırmaktır (m.8). İşverenler, işyerlerinde sağlıklı ve güvenli çalışma ortamının tesis edilmesi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. İşverenler iş sağlığı ve güvenli-

ği ile ilgili alınması gerekli tedbirler konusunda işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği eğitim programlarını hazırlamak, eğitimlerin düzenlenmesini, çalışanların bu programlara katılmasını sağlamak ve verilecek eğitim için uygun yer, araç ve gereç temin etmekle yükümlüdür.

Bu yönetmeliğin genel hükümler bölümünde işverenin yükümlülükleri şu şekilde düzenlenmiştir: İşverenler, işyerlerinde sağlıklı ve güvenli çalışma ortamının tesis edilmesi için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. Bu amaçla, işverenler, çalışanları, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek, onların karşı karşıya buldukları mesleki riskler ve bunlarla ilgili alınması gerekli tedbirler konusunda işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği eğitim programlarını hazırlamak, eğitimlerin düzenlenmesini, çalışanların bu programlara katılmasını sağlamak ve verilecek eğitim için uygun yer, araç ve gereç temin etmekle yükümlüdürler (ÇİSĞEUEHK. m. 4/1).

Yönetmelik alt işveren- asıl işverenin yükümlüklerini de düzenleyerek, bu tür ilişkilerin kurulduğu işyerlerinde, alt işverene ait çalışanların eğitimlerinden, asıl işveren, alt işverenle birlikte sorumlu tutmuştur. Yine geçici iş ilişkisi (Ödünç iş ilişkisi) kurulan işveren, geçici iş ilişkisi ile çalışanlara gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür (ÇİSĞEUEHY. m. 4/f.2-3). İşverenler, çalışanlarına iş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın gerekli eğitimi vermekle yükümlü tutulmuştur.

Yönetmelikte, özellik arz eden işçilerin eğitimi konusunda işverene ayrı bir sorumluluk yüklenmiştir. İşverenlerin, işyerindeki kadınların, gençlerin, çocukların, özürü, eski hükümlü, terör mağduru ve göçmen işçilerin eğitimine özel önem vermeleri gerekmektedir (ÇİSĞEUEHY m.7/1). Yönetmeliğin aynı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasına göre, sağlık ve güvenlik ile ilgili özel görevi bulunan çalışanlar ve temsilcileri, sağlık ve güvenlik açısından özel önlem alınmasını gerektiren alanlarda çalışanlar özel olarak eğitilirler. Bu maddeyle kanun koyucu özellik arz eden işçilerin eğitimine özel önem verilmesi gerektiğini düzenleyerek konunun önemini tekrar vurgulamıştır.

İş Kanunu'nun iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverene yüklediği işçileri eğitime yükümlülüğü, Yönetmeliğe göre, özellikle işe

başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanlarının değişmesi, yeni teknoloji uygulanması hallerinde her işçinin çalıştığı yere ve yaptığı işe özel bilgi ve talimatları içeren sağlık ve güvenlik eğitimi almasını sağlamaya yöneliktir (ÇİSĞEUEHY. m. 10).

Çalışanlar sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının tesisi için işyerinde düzenlenecek olan iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılmak ve bu konudaki talimatlara uymakla yükümlüdürler (ÇİSĞEUEHY. m. 5). İş sağlığı ve güvenliği ile iş hijyeni konusunda verilen eğitimler, çalışanlara herhangi bir yük getirmeyecek şekilde düzenlenerek, eğitimde geçen süre çalışma süresinden sayılır (ÇİSĞEUEHY. m. 6). Bu maddeyle getirilen yükümlülük çalışanların lehine ve oldukça yerinde bir düzenlemedir.

Sosyolojik bir gerçek olarak işçilerin bir bölümünün alınan tedbirlere uymakta ihmal gösterdikleri görülmektedir. Bunun sebebi de geniş ölçüde işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda yeteri kadar eğitilmemiş ve bilinçlendirilmemiş olmalarıdır<sup>28</sup>. Ayrıca ülkemizde işçi olarak çalışanların büyük çoğunluğunu kırsal kesimden şehre gelmiş vasıfsız işçiler oluşturmaktadır. Bu nedenle bunlara iş sağlığı ve güvenliği bilincinin verilmesine şiddetle ihtiyaç vardır. İş Kanunu m.77/2'deki düzenleme ve ardından çıkarılan ÇİSĞEUEHY. ile bu alandaki ihtiyaç büyük ölçüde giderilecektir.

İşyerinde çalışan her işçinin görevini en iyi biçimde yerine getirebilmesi için sahip olması gereken bilgi, beceri, davranış ve tutumlarının ayrı ayrı ve ölçülebilir bir biçimde ortaya konması esastır. Bireysel seviye analizi yapılarak işçinin eğitimi öncesi seviyesi ve alması gereken eğitimler tespit edilir ve buna göre eğitim programları, konuları belirlenerek eğitimler teorik ve pratik olarak verilir.

Yapılan eğitimlerin gerçekçi eğitimler olması gerekmektedir. Uzman olmayan kişilerin verdiği eğitimin yarar sağlamasını beklemek söz konusu olmayacağı gibi, eğitimin eğitilecek kişilerin seviyesine uygun olmaması da bir yarar sağlamayacaktır<sup>29</sup>. İş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini uzmanlık konularına göre, iş güvenliği ile görevli mühendis veya teknik eleman ile işyeri hekiminden yararlanılabileceği gibi, verilecek eğitimin çeşidine göre, bu hizmeti

veren veya vermeye yetkili kurum, kuruluş ya da firmalardan, eğitim amaçlı merkezlerden, işçi veya işveren kuruluşlarınca kurulan eğitim vakıflarından, işveren ve işçi kuruluşları veya bunlar tarafından birlikte oluşturulan ortak eğitim merkez ve birimlerinden, iş sağlığı ve güvenliği konularında iş müfettişi olarak görev yapmış olanlardan yararlanılabilir.

Bir çok konuda olduğu gibi işçi sağlığı ve iş güvenliği sorununun çözümünde de eğitim öncelikli rol oynar. Toplumda iş güvenliği bilincinin yaratılması için bu konuda tüm ilgililerin her düzeyde eğitimi sağlanmalıdır. Başka bir deyişle sadece işçilerin değil, ilgili işveren ve-killerin, mühendislerin, teknik elemanların, işyeri hekimlerinin, sağlık personelinin, iş güvenliği müfettişlerinin sürekli bir işçi sağlığı ve iş güvenliği eğitimine tabi tutulması gerekir<sup>30</sup>.

İşveren bu eğitimleri vermekle işyerinde meydana gelecek iş kazası ve meslek hastalıklarının meydana gelmesini engelleyecek, işçilerin yaşam kalitesini artırarak hem işçinin hem de toplumun sağlığını korumuş olacak ve bu arada iş kazası ve meslek hastalığı dolayısı ile işgücü kaybı olmayacak ve masraflar daha çok azalacaktır. Çünkü hasta bir işçi için harcanacak olan masraf eğitime harcanan masraftan daima daha fazladır.

### 3.4. İş Sağlığı ve Güvenliği Konularında İşçilerin Görüşlerini Almak, Katılımlarını Sağlamak

İşçilerin yönetime ve kendileri ile ilgili kararlara katılma ilkesi toplumların hayatında farklı metotlarla ele alınmıştır. Birinci Dünya Harbinin sonundan beri işçilerin çalıştıkları işyerlerinde alınan kararların dışında tutulmalarının mahzurlarını eleştiren uzmanlar, çalışma hayatları boyunca bu kararlardan birinci derecede etkilenen işçilerin işyerinde verilen kararların dışında tutulmalarının yabancılaşma hallerini artıracığı, verimliliği ve kaliteyi düşüreceği endişesindedirler. Bu nedenle Birinci Dünya Harbi esnasında kurulan “karma komisyonlar” ve İkinci Dünya Harbi esnasında kurulan “işyeri komiteleri” batı ülkelerinde işveren temsilcileri ile işçi temsilcilerinden oluşan danışma kurullarının temeli olmuştur<sup>31</sup>.

Danışma kurulları, işçi ile işveren arasında karşılıklı anlayış havasını yaşatmak, işçiye bazı kararların alınmasında söz hakkı tanımak ilkesi üzerinde teşekkül etmiştir. Danışma kurulları; kutlama günleri, eğlenceler, konferanslar gibi sosyal ve kültürel meselelerin yanında yeni bir makinenin satın alınması, yeni bir çalışma tekniğinin işyerine sokulması gibi teknik kararlar veya yeni bir malın üretimi, işyerinin aylık üretim durumu, pazarlanacak malların fiyatları gibi iktisadi kararlarda da etkisini göstermiştir<sup>32</sup>.

İşyerini ilgilendiren kararları, günlük üretim faaliyetlerine ve geleceğe ilişkin kararlar olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Üretim seviyesinde alınan günlük kararların başlıcaları, üretim programlarının revizyonu, yeni malların veya hizmetlerin üretilmesi, yeni makinelerin üretimde kullanılması, yeni üretim tekniklerinin uygulanması üretim metotlarının değiştirilmesi ve günlük işlerin yönetimi gibi kararlardır. Bu nevi kararlar, iş şartlarını, çalışanların işyerindeki istikballerini, kısacası işçilerin genel hayat şartlarını etkilemektedirler<sup>33</sup>.

Geleceğe ilişkin kararlar ise, önceden tahmin edilmesi gerekli işletme dışı ve işletme içi unsurlarla ilgili kararları içermektedir. Bu kararları genellikle uzun devre kalkınma politikası ve işletme faaliyetlerinin uzun devre içinde planlanması, teknolojik gelişmeye ayak uydurulması ve teknolojinin ortaya çıkarabileceği riskler, bu risklerin işçilerin sağlığına ve güvenliğine çalışırken verebileceği zararlar, bunlara karşı alınacak önlemler olarak sıralayabiliriz.

İş sağlığı ve güvenliği konularında, korumanın süjesini oluşturan işçilerin görüşlerinin alınması, katılımlarının sağlanması etkili bir önleme ve koruma için son derece önemlidir. Çünkü insanlar kendi görüşlerinin yer aldığı kararlara daha kolay uyum sağlarlar. Ayrıca işçiler işyerlerinde olabilecek sorunları, çıkabilecek riskleri birebir işyerinde çalışan ve makineleri kullananlar olarak en erken ve en kolay tespit ederler.

4857 sayılı İş Kanunu ile mümkün olduğu kadar katılımcı bir anlayış getirilmeye çalışılmaktadır. Her şeyden önce katılımcı modele uygun olarak oluşturulan ve işçi temsilcilerinin (sağlık ve güvenlik işçi temsilcisi, sendika temsilcisi, ya da açık oyla seçilen işçi, ustabaşı

vs.) yer aldığı iş sağlığı ve güvenliği kurullarının kuruluş koşulları eskisinden farklı olarak tüzükle değil kanunla düzenlenmiştir (İş K. m.80, f.1). Ayrıca 1475 sayılı Kanun'dan farklı bir şekilde 4857 sayılı Kanun'da bu kurullar yaptırım gücüyle donatılmış ve işverenlerin "iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun olarak verilen kararları uygulamakla yükümlü" olduğu hükme bağlanmıştır (İş K. m.80).

İşverenler iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine yönelik alınan kararlarda ve uygulamalarda işçilerin katılımını ve işbirliğini sağlamaları gerekmektedir. İşyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda katılımın ve işbirliğinin gerçekleştirildiği ve bunun gerekleri yerine getirildiği oranda başarı sağlanabilecektir. Bu konuda esas yükümlülük işverene düşmektedir. Dolayısıyla işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için bu konularda işçilerin veya temsilcilerinin görüşlerini almak, öneri getirme hakkı tanımak, bu konulardaki görüşmelerde yer almalarını ve dengeli katılımlarını sağlamakla yükümlüdür.

## Sonuç

İş kazaları ve meslek hastaları çalışma yaşamını ilgilendiren en önemli konulardan biridir. Sosyal Sigortalar Kurumu 2001 yılı istatistiklerine göre 72.367, 2002 yılı istatistiklerine göre de 72.344 sigortalı iş kazasına uğramıştır. Yine Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, 2010 yılı kayıtlarına göre iş kazaları ve meslek hastalığı nedeniyle sadece sürekli iş göremezlik geliri alanların sayısı, Ağustos 2010 ayı itibarıyla yüzde 1,30 artarak 59.947'ye, ölüm geliri alanların dosya bazındaki sayısı ise yüzde 2,18 oranında artarak 47.039'a yükselmiştir. İş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi için en önemli husus işyerlerinde etkin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve sürdürülmesidir. Bu da ancak iyi bir mevzuatın hazırlanması ve uygulanması ile mümkündür.

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için iyi hazırlanmış, mümkün olduğunca eksiksiz bir mevzuat, bu mevzuatın işyerlerinde uygulanmasının sağlanması, iyi bir denetim sisteminin oluşturulması, önleme politikalarına ağırlık verilmesi ve iş güvenliği bilincinin eğitim yoluyla

işçi ve işverenlerde geliştirilmesi gerekmektedir. İş güvenliğinin sağlanmasında ve korunmasında işverenlerin, işçilerin, işçi sendikalarının yanı sıra devletin de çok önemli görevleri vardır. Her şeyden önce işverenlerin, işçilerin, sendikaların ve tüm toplumun iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilinçlenmiş olması gerekmektedir<sup>34</sup>.

Gerek dünyada gerek ülkemizde, kullanıma yeni giren kimyasal maddeler, yeni teknolojiler ve bunların karmaşık yapıları, kullanımları, hangi sorunlarla ve ne gibi tehlikelerle karşılaşacakları ve en iyi kullanım yöntemleri gibi konularda işçilerin bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Ülkemizde işçi yapısını da göz önüne alacak olursak bu çok önemli bir ihtiyaçtır. Zira ülkemizde işçi kesiminin kırsaldan gelmiş ve vasıfsız olduklarını, genellikle usta-çırak yöntemi ile yetiştiklerini düşünecek olursak bunların hızlı gelişen, değişen ve karmaşılaşan teknolojiye uyumlarının sağlanması gerekmektedir. Günümüzdeki iş kazalarının tehlikelilik boyutunun oldukça yüksek ve geniş etkili olduğunu düşünecek olursak, bu eğitimlerin sürekliliğinin sağlanması gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler isabetli ise de, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hususları birkaç maddeyle sınırlandırıp, diğer bütün hususların ayrı ayrı yönetmeliklerde düzenlenmesi bu alandaki dağınıklığı giderememiştir. Öğretide de ileri sürüldüğü üzere, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hususların bağımsız bir kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. İş sağlığı ve güvenliğini ilişkin genel yükümlülükler, sorumluluk şartları gibi genel esaslar yasada düzenlenmeli, teknolojiye bağlı sürekli değişebilecek hususlar ise tüzük ya da yönetmelikle bırakılmalıdır. Bu şekilde hem uygulayıcılar hem muhataplar açısından daha anlaşılır, uygulanması ve denetlenmesi daha kolay olacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 ARICI, s.4; Aydemir, s. 1.
- 2 ULUSAN, s. 33.
- 3 AYDEMİR, s. 2.
- 4 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 725.
- 5 MOLLAMAHMUTOĞLU s. 725.

- 6 CENTEL, s. 5
- 7 SÜZEK (İş Güvenliği), s. 16.
- 8 CENTEL, s. 6.
- 9 SÜZEK (İş Hukuku) s. 329.
- 10 ARICI, s. 51
- 11 EYRENCİ, Ömer/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, s. 205.
- 12 TUNCAY, (Sosyal güvenlik), s. 61; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 28.
- 13 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 30; AVCI, s. 2; SÜZEK (İş Hukuku), s. 12.
- 14 AVCI, s. 3; SÜZEK (İş Hukuku), s. 12-13
- 15 AVCI, s. 3.
- 16 TUNCAY (Yeni İş Kanunu), s. 9.
- 17 TUNCAY (Yeni İş Kanun), s. 9.
- 18 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 729; ÇENBERCİ, s. 972; ULUSAN, s. 48.
- 19 ULUSAN, s. 42; SÜZEK (İş Hukuku), s. 331, SERHATLI (Destek), s.23.
- 20 SERHATLI, (İş Sağlığı ve Güvenliği), s. 1131; SÜZEK (Çözüm Önerileri), s. 307,
- 21 FER, s. 11.
- 22 KAÇMAZ, s. 125; FER, s. 12.
- 23 MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 729.
- 24 Yarg. HGK .28.03.1979 tarih ve E.1977/10- 484-K.1979/330; "İşveren bu tür işlerde çalıştırdığı işçisi için işyerinde baret bulundurmamakla yetinemez. Bu baret sürekli olarak vermek ve verdiği baretin işçi tarafından kullanıldığını denetlemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen işveren iş kazasından sorumlu olur. Yargıtay 10. HD. 07.11.1979 tarih ve E5905/8813 YÜCESOY, s. 183")
- 25 Yar. 10. HD. 30.09.1986 tarihli ve 4453/4793 (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, S:10, Kasım-Aralık 2002, s. 22.)
- 26 SÜZEK, (Çözüm Önerileri) s. 305.
- 27 KAÇMAZ, s. 125; FER, s. 11.)
- 28 YÜCESOY, s. 1182.
- 29 FER, s. 12.
- 30 SÜZEK (Çözüm Önerileri), s. 306
- 31 TURAN, s. 69-70
- 32 TURAN, s. 70.
- 33 TURAN, s. 115.
- 34 SÜZEK (İşçi Sağlığı), 21; aynı yazar (Çözüm Önerileri), s. 305-306 .

## KAYNAKÇA

- ARICI, Kadir, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara 1999.
- AVCI, Adnan, İşyerlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı, Güncel 3. Baskı, İstanbul 2001.

- AYDEMİR, Murteza, TC. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezi), Haziran 2000, Yayın No:13.
- ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986
- CENTEL, Tankut, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı, İstanbul 1997.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004.
- FER, Ural, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, (Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezi), Haziran 2000, Yayın No. 5.
- GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku (Yeni İş Yasaları), Ankara 2003.
- KAÇMAZ, Haydar, İş Sağlığı ve İş Güvenliği Konularında Devletin İşverenin İşçinin Görev ve Sorumlulukları (TMMOB,II. İş Sağlığı ve Güvenliği Kongresi Bildiriler Kitabı Mayıs 2003)
- KAPLAN, E. Tuncay, Kamu-İş (Kamu İşveren) İş Hukuku ve İktisat Dergisi (İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı, s. 137-151), Ankara 2003, Cilt: 7, Sayı: 2
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2004.
- SERHATLI, G. Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2003.
- SERHATLI, G. Burcu, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre İş Sağlığı ve Güvenliği, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Legal (1130-1171), S: 7, İstanbul 2005.
- SÜZEK, Sarper, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Kamu-İş (İş Hukuku ve İktisat Dergisi Kamu İşletmeleri İşverenleri Dergisi), C: 5, S: 3 Nisan 2000 (Çözüm Önerileri).
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2002.
- SÜZEK, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985.
- SÜZEK, Sarper, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Devletin, İşverenin ve Sendikaların Sorumluluğu, ODTÜ Mühendislik Fakültesi ve Prof. Dr. Mustafa Parlar Eğitim ve Araştırma Vakfı Kıbrıs Seminerleri, Eylül 1985, 1 - 62.
- TURAN, Kamil, İşçilerin Yönetime Katılması ve Türkiye Uygulaması, Ankara 1972.
- TUNCAY, A. Can, Yeni İş Kanunu'nda İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği, Türkiye İşveren Sendikası Konfederasyonu, (İşveren Dergisi, s.9-11), Temmuz 2003 (Yeni İş Kanunu).
- TUNCAY, A. Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 2000.
- ULUSAN, İhsan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990.
- YÜCESOY, E. Şevket, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu ile 1475 Sayılı Eski İş Kanunu'nun Karşılaştırılması Yorumu ve Gerçekçesi, Ankara 2003.

Doç. Dr. Fuat BAYRAM

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Sözleşmenin Yenileme Süresinin Geçmesinden Kısa Bir Süre Sonra Fesih Hakkının Kullanılmasının İyiniyet Kuralı ile Bağdaşır Bağdaşmayacağı Sorunu

## T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/33562

**Karar No** : 2010/23192

**Tarihi** : 13.07.2010

### DAVA

Davacı, kıdem tazminatı, ücret farkı, ücret farkının günlük % 1 faizi, ücretin geç ödenmesi nedeniyle % 1 günlük faiz, eğitime hazırlık tazminatı ve günlük % 1 faizi, Ağustos-Eylül dönemi ücreti alacağı, fesih tarihine kadar çalışılan süre ücret alacağı ve günlük %1 faizi alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi U.Ocak tarafından düzenle-

nen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### KARAR

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm ve davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı vekili, sözleşmenin sürenin bitmesinden bir ay öncesine kadar feshedilmemesi halinde sözleşmenin kendiliğinden bir yıl süre ile uzadığını, 03.08.2006 tarihinde sözleşme bir yıl süre ile uzadıktan sonra 10.08.2006 tarihinde sözleşmeyi ücretlerin zamanında ödenmemesi nedeniyle sözleşmeyi haklı olarak feshettiğini, 03.08.2006-03.09.2006 tarihi arasındaki bakiye süre ile sözleşmenin bir yıl uzamış olması nedeniyle 03.09.2006-03.09.2007 tarihleri arasında kalan süre ücretlerini talep etmiştir.

Davalı vekili ücretlerin zamanında ödendiğini, feshin haklı olmadığını davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, bakiye süreden kaynaklı alacakların reddine karar verilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi halinde işverence ödenmesi gereken kalan süreye ait ücret konusunda toplanmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesinde, "İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir" şeklinde kurala yer verilerek işçinin kalan süre ücretini talep hakkı olduğu belirlenmiştir. Bakiye süre ücretinin istenebilmesi için iş sözleşmesi, işverence feshedilmiş olmalıdır. Öte yandan, iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedene dayanmaması gerekir. İşverenin feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin ilk bendinde yazılı olan sağlık sebeplerine, ikinci bentte sözü edilen ahlak ve iyiniyet kuralları ile benzerlerine uymayan hallere ve üçüncü bentte öngörülen zorlayıcı sebeplere dayanması durumunda işçiye sözleşmenin kalan süresine ait ücretler bakımından talep hakkı doğmaz.

Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde, haklı nedenlerle iş sahibi veya işçinin derhal fesih hakkı düzenlenmiş, aynı yasanın 345. maddesinde ise, "Muhik sebepler bir tarafın akde riayet etmemesinden ibaret olduğu takdirde bu taraf diğer tarafa, onun akit ile müstahak iken mahrum kaldığı fer'i menfaatlerde nazara alınmak üzere tam bir tazminat itasıyla mükellef olur" şeklinde kurala yer verilmiştir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi dışında, işçi tarafından süresinden önce haklı nedenle feshinde de işçinin tazminat hakkı doğabilecektir.

4773 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 15.3.2003 tarihi sonrasında İş Hukukunda "geçerli fesih" kavramı da yerini almıştır. Her ne kadar anılan fesih, gerek 4773 sayılı yasa ve gerek 4857 sayılı İş Kanununda belirsiz

süreli iş sözleşmeleri için öngörülmüş olsa da, belirli süreli iş sözleşmesi bakımından da geçerli nedenin sonuçlarının tartışılması gerekir. Geçerli neden ister, işletmenin ve işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklansın ya da işçinin yeterliliği ve davranışlarına dayansın belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence feshi için gerekçe oluşturmamalıdır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesi düzenleyerek taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılmalıdır. Bu itibarla geçerli nedenlerin varlığına rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin ödenmesi gerekir.

Belirli süreli iş sözleşmesinde, feshin Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde sözü edilen ifa imkansızlığına dayanması halinde bakiye süre ücreti ödenmesi gerekmez.

İfa imkansızlığı; edimin içeriği değişmek-sizin borcun aynen yerine getirilmesinin olanaksız hale gelmesi olarak açıklanabilir.

İşçinin iş görme edimini ifa edememesi, işverenin temerrüdünden kaynaklanmaktadır. O halde sanki sözleşme devam ediyormuş gibi kalan süreye ait ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekecektir. İş Hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi yada taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir.

O halde bakiye süre ücreti için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen özel faizin uygulanması söz konusu olmaz. Çünkü eylemli çalışmanın karşılığı değildir. Sosyal Sigortalar Kurumuna bakiye süre ücreti içinden bakiye süreye dair prim ödemesi de gerekmez.

Borçlar Kanunu'nun 325. maddesine göre, işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidil-



meli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönemde içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği, ya da iş arayıp aramadığı araştırmalar sonuca gidilmelidir.

İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse, bu tutarın, bakiye süre ücretinden hak kazanılan miktardan indirilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle mahsup işlemi, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan tutar üzerinden gerçekleştirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 16.6.2008 gün 2007/16098 E, 2008/15750 K.).

Somut olayda, davacı 625 Sayılı Yasa kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışırken sözleşmeyi ücretlerin ödenmemesi nedeniyle haklı olarak feshetmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 5. maddesine göre sözleşmenin bitmesinden bir ay önceden fesih bildirim yapılmadığı takdirde sözleşme kendiliğinden bir yıl daha uzar. Ne var ki, davacı bu durumu bilmesine rağmen fesih hakkını sözleşmenin uzadığı süreden önce kullanma imkanına sahip iken, sözleşmenin

1 yıl daha uzamasından bir hafta sonra kullanmıştır. MK. nun 2 nci maddesi gereğince, hak ve borçların kullanımı ve ifasında iyiniyet kurallarına uyulması gerekmektedir. Bir hakkın sırf başkasını zarara sokacak şekilde kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez. Davacının sözleşmenin yenileme süresinin geçmesinden kısa süre sonra fesih hakkını kullanması sözü edilen iyiniyet kuralına aykırı düşmektedir. Kaldı ki, henüz yürürlüğe girmeyen bir sözleşme nedeniyle bakiye süreden dolayı davalı sorumlu tutulamaz. Bu nedenle davacının 11.08.2006-03.09.2006 tarihleri arasında sınırlı olarak bakiye süre ücreti alacağını kabulüne karar vermek gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

## SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.07.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

## GİRİŞ

İncelememize konu olayda, davacı işçi 625 sayılı Kanun kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışırken, ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle sözleşmeyi haklı nedenle feshetmiştir. Sözleşmenin 5. maddesi, sözleşmenin bitmesinden bir ay önceden fesih bildirim yapılmadığı takdirde sözleşme kendiliğinden bir yıl daha uzayacağı hükmünü haizdir. Davacı vekili, süresinin bitmesinden bir ay öncesine kadar feshedilmeyen belirli süreli iş sözleşmesinin 03.08.2006 tarihinde kendiliğinden bir yıl süre ile uzadığını, ücretlerin zamanında ödenmemesi nedeniyle sözleşmeyi 10.08.2006 tarihinde haklı olarak feshettiklerini belirtmiştir. Bu olgulara dayanan davacı vekili ilk sözleşme döneminden kalan (03.08.2006-03.09.2006 tarihi arasındaki) bir aylık bakiye süre ücreti ile yenilenmiş dönem olan 03.09.2006-03.09.2007 tarihleri arasında kalan bakiye süre ücretlerinin

tümünü talep etmiştir. Davalı vekili ise ücretlerin zamanında ödendiğini, feshin haklı olmadığını ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Yerel Mahkeme tarafından, bakiye süreden kaynaklı alacakların reddi yönünde karar verilmiştir.

## 1. KARARIN ÖZETİ

Yüksek Mahkeme'ye göre taraflar arasındaki uyuşmazlık, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshinde işverence ödenmesi gereken bakiye süre ücretinden kaynaklanmaktadır. Bu tespitten hareket eden Yüksek Mahkeme öncelikle işveren temerrüdüne ilişkin BK.m.325 hükmüne atıf yapmış ve akabinde bakiye süre ücretine hak kazanılabilmesinin koşullarını belirtmiştir. Borçlar Kanunu'nun 325.maddesi belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshi durumunda geniş bir uygulama alanı bulmaktadır.

Nitekim BK.m.325 hükmüne atıf yapılan yargı kararlarının ekseriyeti, belirli süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından süresinden önce (haksız neden olmaksızın) feshedilmesine ilişkindir<sup>1</sup>. Somut olayda olduğu gibi belirli süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedilmesi de aynı hukuki sonuçları doğurur ve BK.m.325 hükmü bu ihtimalde de uygulama alanı bulur<sup>2</sup>.

325.maddenin “İş sahibi işi kabulde temerrüt ederse, işçi taahhüt ettiği işi yapmaya mecbur olmaksızın mukaveledeki ücreti isteyebilir.” şeklindeki hükmü ile işçiye kalan süre ücretini talep hakkı verildiğini belirten Yüksek Mahkeme, bakiye süre ücretinin belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haklı neden olmaksızın veya işçi tarafından haklı bir nedenle feshedilmesi halinde istenebileceğini belirtmiştir. Yargıtay’a göre “işverenin feshi, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 25. maddesinin ilk bendinde yazılı olan sağlık sebeplerine, ikinci bentte sözü

göre geçerli neden ister işletmenin ve işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklansın ya da işçinin yeterliliği ve davranışlarına dayansın belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işverence feshi için gerekçe oluşturmamalıdır. Gerçekten, belirli süreli iş sözleşmesi düzenleyen taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılmalıdır. Bu itibarla geçerli nedenlerin varlığına rağmen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi süresinden önce haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinde kalan süreye ait ücretinin ödenmesi gerekir.

Yargıtay belirli süreli iş sözleşmesinin fesihinin, Borçlar Kanunu’nun 117. maddesinde sözü edilen ve edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin olanaksız hale gelmesi olarak açıkladığı ifa imkansızlığına dayanması halinde bakiye süre ücreti ödenmesinin gerekmeyeceği görüşünü de kararında vurgulamıştır.

## Belirli süreli iş sözleşmesi düzenleyen taraflar fesih iradelerini sürenin sonuna kadar askıya almış sayılmalıdır.

edilen ahlak ve iyiniyet kuralları ile benzerlerine uymayan hallere ve üçüncü bentte öngörülen zorlayıcı sebeplere dayanması durumunda işçiye sözleşmenin kalan süresine ait ücretler bakımından talep hakkı doğmaz ... Borçlar Kanununun 344. maddesinde, haklı nedenlerle iş sahibi veya işçinin derhal fesih hakkı düzenlenmiş, aynı yasanın 345. maddesinde ise, “Muhik sebepler bir tarafın akde riayet etmemesinden ibaret olduğu takdirde bu taraf diğer tarafa, onun akit ile müstahak iken mahrum kaldığı fer’i menfaatlerde nazara alınmak üzere tam bir tazminat itasıyla mükellef olur” şeklinde kurala yer verilmiştir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız feshedilmesi dışında, işçi tarafından süresinden önce haklı nedenle feshinde de işçinin tazminat hakkı doğabilecektir”.

Yüksek Mahkeme kararında belirli süreli sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesinin sonuçlarını da tartışmıştır. Yüksek Mahkeme’ye

Yüksek Mahkeme bakiye süre ücretinin hukuki niteliğine ilişkin olarak bu ücretin çalışma karşılığı olmadığı tespitinden hareketle bu ücret için mevduata uygulanan en yüksek faizin talep edilemeyeceğini ve bakiye süre için sigorta priminin ödenmeyeceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre “işçinin iş görme edimini ifa edememesi, işverenin temerrüdünden kaynaklanmaktadır. O halde sanki sözleşme devam ediyormuş gibi kalan süreye ait ücret ve diğer hakların ödemesi gerekecektir. İş Hukukunda ücret kuralı olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi yada taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir. O halde bakiye süre ücreti için 4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinde öngörülen özel faizin uygulanması söz konusu olmaz. Çünkü eylemler çalışmanın karşılığı değildir. Sosyal Sigortalar Kurumuna bakiye süre ücreti içinden bakiye süreye dair pirim ödemesi de gerekmez.”

Bakiye süre ücretinden mahsup edilecek ka-

## Bir hakkın sırf başkasını zarara sokacak şekilde kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez.

lemler de kararda üzerinde durulan hususlardandır. "... Borçlar Kanununun 325. maddesine göre, işçinin, sözleşme kapsamındaki işi yapmaması sebebiyle tasarruf ettiği miktar ile diğer bir işten elde ettiği gelirleri veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeyler kalan süreye ait ücretler toplamından indirilmelidir. Bu konuda gerekli araştırmaya gidilmeli, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği, ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak sonuca gidilmelidir. ... İşçiye belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına rağmen ihbar tazminatı ödenmişse, bu tutarın, bakiye süre ücretinden hak kazanılan miktardan indirilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle mahsup işlemi, bakiye süre ücretinden gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan tutar üzerinden gerçekleştirilmelidir ..."

Yargıtay bakiye süre ücretine ilişkin bu değerlendirmeleri yaptıktan sonra somut olayı ele almıştır. "... Somut olayda, davacı 625 Sayılı Yasa kapsamında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışırken sözleşmeyi ücretlerin ödenmemesi nedeniyle haklı olarak feshetmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 5. maddesine göre sözleşmenin bitmesinden bir ay önceden fesih bildirimini yapılmadığı takdirde sözleşme kendiliğinden bir yıl daha uzar. Ne var ki, davacı bu durumu bilmesine rağmen fesih hakkını sözleşmenin uzadığı süreden önce kullanma imkanına sahip iken, sözleşmenin 1 yıl daha uzamasından bir hafta sonra kullanmıştır. MK. nun 2 nci maddesi gereğince, hak ve borçların kullanımı ve ifasında iyiniyet kurallarına uyulması gerekmektedir. Bir hakkın sırf başkasını zarara sokacak şekilde kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez. Davacının sözleşmenin yenileme süresinin geçmesinden kısa süre sonra fesih hakkını kullanması sözü edilen iyiniyet kuralına aykırı düşmektedir. Kaldı ki, henüz yürürlüğe girmeyen bir sözleşme nedeniyle bakiye süreden dolayı davalı sorumlu tutulamaz.

Bu nedenle davacının 11.08.2006-03.09.2006 tarihleri arasında sınırlı olarak bakiye süre ücreti alacağına kabulüne karar vermek gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..."

## II. KARARIN İNCELENMESİ

### 1. Hukuki Sorun

Karara konu olay, belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi sürecine ilişkindir. Belirli süreli iş sözleşmeleri tarafların fesih bildirimine ihtiyaç olmaksızın, sözleşme süresinin tamamlanmasıyla kendiliğinden sona ererler (BK.m.338). Bu hukuki süreç bir fesih olarak nitelendirilmediğinden, sürenin dolmasıyla sona eren (infisah eden) belirli süreli iş sözleşmeleri için feshe bağlı hukuki sonuçlar gerçekleşmez. Belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesini haklı kılan objektif bir neden varsa zincirleme iş sözleşmeleri belirli süreli sözleşme olma özelliklerini muhafaza ederler (İK.m.11/3). Yenilemeyi haklı kılan objektif bir neden yoksa ve buna rağmen sözleşme yenilenirse iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sözleşme olarak kabul edilir (İK.m.11/2). Belirli sürenin sonunda sözleşmenin açıkça yenilenmemesine karşın, iş ilişkisi sürüyorsa; diğer bir ifade ile işçi çalışmaya ve işveren de çalıştırmaya devam ediyorsa sözleşme susma ile yenilenmiş olur (sükut ile tecdit)<sup>3</sup>. Bu ihtimalde sözleşmenin yenilenmesini haklı kılan esaslı neden varsa BK. m. 339/1 uygulanarak sözleşme aynı süre için, fakat en fazla 1 sene için yenilenmiş sayılmalıdır. Bu durumda ortaya çıkan zincirleme iş sözleşmeleri de belirli süreli sözleşme niteliklerini kaybetmezler ancak objektif neden yoksa susma ile yenilenen sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.

Somut olayda uygulamasını bulan mülga 625 sayılı Kanun ve onun yerini alan ve aynı esasları içeren 5580 sayılı Özel Öğretim Kanunu<sup>4</sup>, yönetici, öğretmen ve Kanunda belirtilen diğer kişilerle yapılacak iş sözleşmelerinin en az bir yıl süreli olması ilkesini esas almıştır. Kanundaki bu düzenleme karşısında bahsi geçen kişilerle yapılan sözleşmenin belirli süreli olması yasal bir zorunluluk olduğundan; gerek sözleşmenin ilk defa yapılmasında ve gerekse

## Fesih bildiriminin hukuki sonuçları, yenilememe ihbarının yapılması ile sözleşmenin sona ermesinde uygulanamaz.

yenilenmesinde objektif koşulun varlığı aranmaz<sup>5</sup>. Bu yönü ile objektif koşulun varlığı açısından belirli süreli iş sözleşmesinin geçerliliği incelemenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Kararın odağını teşkil eden hukuki sorun, belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin bu hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı noktasındadır.

Belirttiğimiz gibi BK.m.338 uyarınca belirli süreli iş sözleşmeleri aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça feshi ihbara gerek olmadan sürenin tamamlanmasıyla son bulurlar. Madde hükmünden bu düzenlemenin emredici olmadığı ve aksinin kararlaştırılabileceği sonucuna varılır. Somut olayda olduğu gibi taraflar belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesini sürenin bitiminden önce bildirimde bulunulması koşuluna bağlı tutabilirler. Bu ihtimalde sözleşmenin sona erdiği taraflarca ihbar edilmezse sözleşme yenilenmiş sayılacaktır (BK.m.339/2).

Buradaki ihbar kurumu bir fesih bildirimini olmayıp; sürenin sonunda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini ve yenilenmeyeceğinin karşı tarafa bildirilmesini ifade eder. Dolayısıyla fesih bildiriminin hukuki sonuçları, yenilememe ihbarının yapılması ile sözleşmenin sona ermesinde uygulanamaz. Somut olayda davacı taraflar sözleşmenin sona ermesini bir ay önceden bildirim koşuluna bağlamışlardır. Ancak bu ihbar hakkı her iki tarafça da kullanılmamış ve sözleşme bir yıl daha yenilenmiştir. Davacı işçi sözleşme yenilendikten sonra ancak yenilenen sözleşme yürürlüğe girmeden önce haklı nedenle fesih hakkını kullanmıştır.

### 2. Haklı Nedenle Fesih Hakkının İşçi Tarafından Kötüye Kullanılması

#### a) Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haklı Nedenle Feshedilmesi

Belirli süreli iş sözleşmelerinde süreli fe-

sih veya geçerli nedene dayalı işveren feshi söz konusu değildir. Ancak sözleşme taraflarca haklı nedenle feshedilebilir. Belirli süreli iş sözleşmelerinin haklı bir neden olmaksızın süresinden önce sona erdirilmesinin hukuki açıdan nitelendirilmesi ve sonuçları öğretide tartışılmıştır. Bu konudaki baskın görüşe göre belirli süreli iş sözleşmesinin haklı neden olmadan süresinden önce feshi haksız fesih niteliğindedir. İş sözleşmesi bu haksız fesihle birlikte sona erer. Haksız fesih işveren tarafından yapılmışsa işçinin ücret değil fakat tazminat alacağı doğar<sup>6</sup>. Yargıtay bakiye süre ücreti konusunda BK.m.325 hükmünü uygulamakta; maddeye göre gerekli indirimleri yaparak bakiye ücrete ve ayrıca (şartları varsa) kıdem tazminatına hükmedileceğini kararlaştırmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesinin işverence haksız feshi ile işçi tarafından haklı feshi aynı hukuken sonuçları doğurur ve BK.m.325 hükmü işçi tarafından yapılan haklı fesihle de uygulama alanı bulur.

#### b) Fesih Hakkının İşçi Tarafından Kötüye Kullanılması

Belirli süreli iş sözleşmesi işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğinde de işçi bakiye süre ücretine hak kazanır. İncelemeye konu kararda Yargıtay belirli süreli iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işçinin kural olarak bakiye süre ücretine hak kazanacağı tespitini yaptıktan sonra; somut olayda bu fesih hakkının kullanımını iyiniyet kurallarına aykırı görmüştür. Somut olayın ele alınmasında objektif iyiniyet (dürüstlük kuralı) ölçütünden hareket eden Yüksek Mahkeme; kötünin tespitini fesih hakkının kullanıldığı zaman diliminden hareketle belirlemiştir. Yargıtay'a göre "... ne var ki, davacı bu durumu bilmesine rağmen fesih hakkını sözleşmenin uzadığı süreden önce kullanma imkanına sahip iken, sözleşmenin 1 yıl daha uzamasından bir hafta sonra kullanmıştır. MK.'nın 2 nci maddesi gereğince, hak ve borçların kullanımı ve ifasında iyiniyet kurallarına uyulması gerekmektedir. Bir hakkın sırf başkasını zarara sokacak şekilde kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez. Davacının sözleşmenin yenileme süresinin geçmesinden

## Dürüstlük kuralının içeriğinin belirlenmesinde güven ilkesinin de önemli bir yeri vardır.

kısa süre sonra fesih hakkını kullanması sözü edilen iyiniyet kuralına aykırı düşmektedir ...”.

### **aa) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması**

Gerçekten de objektif iyiniyet (dürüstlük) kuralı iş ilişkisinde de yoğun olarak uygulama alanı bulan bir kuraldır. MK.m.2/1 uyarınca “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.” Bir hak dürüstlük kuralına aykırı kullanılırsa kötüye kullanılmış olacağından dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlıdır<sup>7</sup>.

Dürüstlük kuralı doktrinde değişik biçimlerde tanımlanmıştır. Hak sahibinin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken hukuka, genel ahlaka, örf ve adet kurallarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranması; haklarının çevresinde bulunan diğer hak sahipleri veya borç ilişkisinde karşı tarafta varlığı normal olan güven duygusunu zedelememesi<sup>8</sup>; namuslu ve dürüst bir insandan beklenebilecek davranışlar içinde olması<sup>9</sup> bu tanımlardan sadece bir kaçıdır. MK.m.2 hükmü emredici hukuk kuralı olduğundan<sup>10</sup> hakim tarafından re’sen dikkate alınır<sup>11</sup>. Dürüstlük kuralının içeriğinin belirlenmesinde güven ilkesinin de önemli bir yeri vardır. Güven ilkesi uyarınca “hiç kimse haklı beklentilerinde hayal kırıklığına uğratılamaz.” Bir kişi karşısındaki kişinin kendisinden beklediği şeyi düşünerek hareket etmeli ve bu düşünceye göre davranışlarını yönlendirmelidir<sup>12</sup>.

Hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen MK.m.2/2 hükmü uyarınca ise “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın kendi şartları göz önünde tutularak tayin edilebilecek ise de; bazı unsurlar hakkın kötüye kullanıldığı yönünde önemli ipuçları verebilir. Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması ve bir hakkın

sırf bir başkasına zarar vermek için kullanılması; bir hakkın kullanılmasında hak sahibi için aynı değerde başka imkanlar mevcut iken hakkın başkasına zarar verici tarzda kullanılması; hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı orantısızlık bulunması; kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak hak kullanılması ve uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması hakkın kötüye kullanıldığını gösteren işaretlerdir<sup>13</sup>.

İşçi işveren ilişkisinin karşılıklı güveni ön plana çıkararak ve sadakat borcu içeren niteliği, dürüstlük kuralı ve güven ilkesi ile hakkın kötüye kullanılması yasağının iş ilişkisindeki uygulamasını daha anlamlı kılmaktadır. Karşı tarafın haklı bir neden olmadan belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce feshetmeyeceği konusundaki haklı beklenti, güven ilkesinin de bir gereğidir.

### **bb) Ücretin Ödenmemesinden Kaynaklanan Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**

Hukukumuzda işçinin ücretinin zamanında ödenmemesi haklı fesih sebepleri arasında açıkça sayılmıştır. İş Kanunu m.24/II,e hükmü uyarınca “ ... işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse ...” işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilir. Her ne kadar İş Kanunu ücreti ödenmeyen işçiye çalışmama hakkı tanıdıysa da, işçi bu yolu tercih etmeyerek haklı nedenle fesih hakkını da kullanabilir. Nitekim Yargıtay’a göre de “ ... ücreti ödenmeyen işçinin alacağı konusunda takibe geçmesi ya da ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması, iş ilişkisinin devamında bazı sorunlara yol açabilir. Bu bakımdan, işverenle bir çekişme içine girmek istemeyen işçinin, haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı da tanınmıştır ...”<sup>14</sup>

İK.m.24/II,e hükmünde geçen ücret kavramını geniş anlamda ücret olarak anlamak gereklidir. “ ... ücretin ödenmediğinden sözedebilmek için işçinin yasa ya da sözleşme ile belirlenen ücret ödeme döneminin gelmiş olması ve işçinin bu ücrete hak kazanmış olması gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 24/II-e

## Sadece ücretin ödenmemesi veya eksik ödenmesi değil, geç ödenmesi de haklı fesih sebebidir.

bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların ödenmemesi işçiye haklı fesih imkanı verir ... »<sup>15</sup>

Hemen belirtelim ki, sadece ücretin ödenmemesi veya eksik ödenmesi değil, geç ödenmesi de haklı fesih sebebidir. Bu sebeple haklı fesihten söz edebilmek için işçinin aylık ücretlerinin olağan ödeme dönemi belirlenmeli ve buna göre bir gecikme olup olmadığı değerlendirilmelidir<sup>16</sup>. Ücretin geç ödenmesi halinde işçinin fesih hakkının sınırını dürüstlük ve iyiniyet kuralları belirler<sup>17</sup>. Ücretlerin geçmiş aylarda gecikmeli olarak ödenmesine itiraz etmeyen işçinin, sonradan akdedilen toplu iş sözleşmesi ile bu ödeme şeklinin kabul edilmesi ihtimalinde, işçinin ücretinin geç ödendiğini ileri sürerek iş sözleşmesini ayın 8'inde feshetmesi haklı görülmemiş ve bu davranışı Yargıtay iyiniyet kurallarına aykırı görmüştür<sup>18</sup>. İyiniyet kurallarına göre ücretin vaktinde ödenmemesinin makul karşılanması gereken hallerde dahi gecikme kısa bir süre için söz konusu olmalıdır. Tek geçim kaynağı ücret olan işçinin bu niteliği de dikkate alınarak, işçi açısından uzun sayılabilecek bir süre ücret ödenmemesi halinde işçi iş sözleşmesini feshetmekte haklı sayılmalıdır. Bu durumda işçinin kötüniyetinden söz edilemez<sup>19</sup>. Ücretlerin genellikle zamanında ödendiği bir işyerinde ödemenin bazı durumlarda kısa bir süre için gecikmesi, bu durumun süreklilik kazanmamış olması koşuluyla, işçi tarafından haklı fesih gerekçesi olarak kullanılamaz<sup>20</sup>.

Hakkın kötüye kullanılması durumu, ancak bir hakkın doğmuş olması halinde ortaya çıkabileceğinden belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmaksızın feshedilmesi halinde (fesih hakkının kötüye kullanılması değil) haksız fesih sözkonusu olacaktır. Ancak somut olayda, işverence işçinin ücretinin zamanında ödenmemesi sebebiyle işçinin haklı fesih hakkı doğmuştur. Ücretin zama-

nında ve düzenli ödenmemesi ile oluşan haklı fesih hakkı, dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılmıştır.

Ücreti (düzenli) ödenmeyen işçi haklı nedenle fesih hakkı bulunmasına karşın bu fesih hakkını kullanmamış; belirli süreli sözleşme kendiliğinden yenilediği zaman diliminde bu hakkını kullanarak, yenilenen ikinci dönem için bakiye süre ücreti talep etmiştir. Davacı işçi sözleşme yeniledikten sonra ancak yenilenen sözleşme yürürlüğe girmeden önce haklı nedenle fesih hakkını kullanmış; ilk sözleşme dönemindeki işveren uygulamasını feshe gerekçe oluşturarak, yürürlüğe girmemiş ikinci sözleşme dönemi için talepte bulunmuştur. Dürüstlük kuralı gereği belirli süreli iş sözleşmesinin tarafı olan ve fakat ücreti düzenli ödenmeyen dürüst bir insandan (işçiden) beklenecek olan davranış tarzı; sözleşmenin yenilenmeyeceğini bir ay önceden işverene ihbar etmek yönünde olmalıdır. Ücretlerini düzenli alamadığı işvereni ile arasındaki iş ilişkisini sona erdirmek niyetini taşıyan bir işçinin, sözleşmenin yenilenmemesi için irade beyanında bulunmaması, ihbar süresi geçtikten kısa bir süre sonra sözleşmeyi haklı nedenle feshetmesi ve yenilenen sözleşme döneminin tümü için bakiye ücret talebinde bulunması kanımızca da fesih hakkının objektif iyiniyet kuralına aykırı bir biçimde kullanıldığını göstermektedir.

Somut olay hakkın kötüye kullanıldığını gösteren işaretler açısından ele alındığında öncelikle davacı işçi aynı değerde başka imkanlara (yenilememe ihbarında bulunma hakkına) sahipken hakkını başkasına (işverene) zarar verici tarzda kullanmıştır. Yine işçi yenilememe ihbarını yapmayarak işveren nezdinde (sözleşmenin devam edeceği yönünde) bir güven oluşturmuştur. Yapılan bu fesih işlemi, işveren nezdinde uyandırılan bu güvene de aykırı davranış niteliğindedir.

Yargıtay'ın üzerinde durduğu bir diğer nokta, yenilenen (2.dönem) sözleşme döneminin yürürlüğe girmesinden önce kullanılan fesih hakkı ile yenilenen dönem için bakiye süre ücretinin talep edilemeyeceği hususudur. Yüksek Mahkeme'ye göre "... henüz yürürlüğe girmeyen bir sözleşme nedeniyle bakiye süreden do-

layı davalı sorumlu tutulamaz ...". Yasal objektif koşul devam ettiğinden dolayı yenilenmekle belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmeyen iş sözleşmesinde kanımızda bir önceki sözleşme dönemlerinde ücretin zamanında ödenmemesi uygulamaları yeni dönem için hukuki sonuçlar doğuramaz. Ancak bu konuda yenilemenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara da değinmek gerekir. BK.m.339/2 hükmünde tecdit (yenileme) değil temdit (uzatma) kurumunun düzenlendiğini ileri süren görüş uyarınca, uzatmaya dayalı beyanın (ihbarın) yapılmaması sözleşmenin sona ermesini önler ki, sona ermeyen bir sözleşmenin yenilenmesinden, diğer bir ifade ile yeni bir sözleşmenin oluştuğundan bahsedilemez<sup>21</sup>. Bu görüş paralelinde düşünüldüğü taktirde belirli süreli sözleşme dönemleri birbirinden bağımsız dönemler olarak değil tek bir sözleşme dönemi olarak değerlendirilecek ve Yargıtay'ın "henüz yürürlüğe girmeyen bir sözleşme nedeniyle bakiye süreden dolayı davalı sorumlu tutulamaz." şeklindeki içtihadı da dayanaksız kalacaktır. Ancak somut olayda işçinin fesih hakkını (kanımızca) kötüye kullanması; yenilenen ancak yürürlüğe girmeyen sözleşme döneminin bakiye süreye eklenip eklenemeyeceği tartışmasını gölgede bırakmıştır.

## SONUÇ

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışırken ücretlerinin (düzenli) ödenmemesi sebebiyle haklı fesih hakkını kullanmayan; sözleşmenin yenilenmemesi için tanınan ihbar imkanını kullanmayıp, sözleşme kendiliğinden yenilendikten sonra haklı fesih hakkını kullanarak yenilenen dönem için de bakiye süre ücreti talep eden işçinin, fesih hakkını kötüye kullandığı ve henüz yürürlüğe girmeyen sözleşme için bakiye süre ücreti talep edemeyeceği yönündeki Yargıtay kararına katılmaktayız.

## DİPNOTLAR

- 1 Erdem Özdemir, Borçlar Kanunu'nun 325.Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Ali Güneren'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, 73.
- 2 Gülsevil Alpagut, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, 205.
- 3 Doktrinde BK.m.339 hükmünün sükut ile tecdit (yenileme)

değil, temdit (uzatma) kurumunu düzenlediği görüşü de ileri sürülmüştür. Bkz. Alpagut, 165.

- 4 RG, 14.02.2007, 26434.
- 5 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 23.b., İstanbul 2010, 94; Sarper Süzek, İş Hukuku, 4.b., İstanbul 2008, 229. Alpagut, 114.
- 6 Süzek, 669; Çelik, 270.
- 7 Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, 9.b., İstanbul 2002, 163.
- 8 Bülent Köprülü, Medeni Hukuk-Genel Prensipler-Kişinin Hukuku. 2.b., İstanbul 1984, 138.
- 9 Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, 6.b., İstanbul 1990, 163; Oğuzman/Barlas, 164.
- 10 Köprülü, 138; karşı görüş için bkz. İmre, Medeni Hukuka Giriş, 3.b., İstanbul 1980, 301.
- 11 Bkz. Oğuzman, 158; İmre, 286; Köprülü, 135.
- 12 İmre, 287-288.
- 13 Oğuzman/Barlas, 169-173.
- 14 Yrg.9.HD., 18.1.2010, E.2008/14546, K. 2010/193.
- 15 Yrg.9.HD., 16.7.2008, E.2007/22062, K. 2008/16398; 6.7.2009, E.2008/5300, K.2009/19503; 26.9.2008, E.2007/27521, K.2008/25157.
- 16 Yrg.9.HD., 18.1.2010, E.2008/14546, K. 2010/193.
- 17 Çelik, 262.
- 18 Yrg.9.HD., 9.4.1990, E.990/1072, K.990/4735.
- 19 Hamdi Mollamahmutoglu, İş Hukuku, 3.b., Ankara 2008, 613; Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, 375.
- 20 Süzek, 654
- 21 Alpagut, 172.

## KAYNAKÇA

- Centel, Tankut. İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, 375.
- Çelik, Nuri. İş Hukuku Dersleri, 23.b. İstanbul 2010.
- Gülsevil Alpagut. Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, 205.
- İmre, Zahit. Medeni Hukuka Giriş, 3.b. İstanbul 1980.
- Köprülü, Bülent. Medeni Hukuk-Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2.b. İstanbul 1984.
- Mollamahmutoglu, Hamdi. İş Hukuku, 3.b., Ankara 2008, 613.
- Oğuzman, Kemal. Medeni Hukuk Dersleri, 6.b. İstanbul 1990, 164.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami. Medeni Hukuk, 9.b. İstanbul 2002, 164.
- Özdemir, Erdem. Borçlar Kanunu'nun 325. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Ali Güneren'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, 73.
- Süzek, Sarper. İş Hukuku, 4.b. İstanbul 2008.

**Av. Filiz ATAY**

Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (Kamu-İş) Hukuk Müşaviri

## Geçerli Neden ve Haklı Neden Ayrımında Yazılı Bildirim Şartı

### **T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ**

**Esas No** : 2009/37139**Karar No** : 2010/41030**Tarihi** : 27.12.2010

### **DAVA**

Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı ve davalı ... Makine Kalıp San. Tic. Ltd. Şti. avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi B. Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

### **KARAR**

Davacı vekili, davacı işçinin davalı ...

Makine Kalıp San. Tic. Ltd. Şti. işyerinde diğer davalı ... İnsan Kaynakları San. Tic. Ltd. Şti. işçisi olarak çalışmakta iken 24.04.2007 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucunda sağ dört parmağının koptuğunu, o tarihten bu yana sürekli olarak tedavilerini yaptırarak raporunun devam ettiğini, Manisa Devlet Hastanesi'nin 08.08.2007 tarihli muayenesi neticesinde iş göremezlik devam belgesinin düzenlendiğini, söz konusu belgede 15.08.2007 tarihinden sonra çalışabileceğinin belirtildiğini, ancak davacının bu tarihte işyerine gittiğinde hiçbir haklı sebep gösterilmeksizin çalıştırılmadığını, bunun üzerine Manisa 1. Noterliği'nin 22766 yevmiye numaralı ihtarnamesiyle işyerine ihtarname çekildiğini ve bu ihtara rağmen davacının işe başlatılmadığını, iş akdinin haksız olarak feshedildiğini belirterek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 ve 21. maddeleri uyarınca feshin geçersizliğine



ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... Makine Şirketi vekili, davacının müvekkili şirket çalışanı olmadığını ve bu şirkette hizmet sözleşmesiyle çalışmadığını, asıl işverenin diğer davalı şirket olduğunu, müvekkil şirketin bu nedenle davacının iş akdini feshetmesinin söz konusu olmadığını ve çalıştığı süre boyunca ücretlerinin diğer davalı tarafından ödendiğini belirterek, davanın öncelikle taraf sıfatı yokluğu nedeniyle davanın reddi gerektiğini beyan ederken,

Diğer davalı ... İnsan Kaynakları Şirket vekili ise, şirketin ... Makine şirketine pres operatörü olan işçi temin ettiğini, dosya kapsamındaki ifadelerden de bu işçilerin, diğer davalı şirketin işçileri olduklarının anlaşıldığını, asıl işin bir bölümünü müvekkil şirkete vererek yürütmesi nedeniyle muvazaanın içerisinde olduğunu belirterek davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesini; ayrıca davacının iş akdinin feshinin, işe alınırken pres operatörü olduğunu bildirdiği halde, kazadan sonra verdiği ifadede olmadığını söyleyerek işvereni yanılttığı için İş Kanunu'nun 25/II-1 maddesi gereğince ve kazadan sonra aldığı raporlarla 4 haftalık süreyi 6 haftadan fazla süre aşacak şekilde işe gelmediği için aynı kanunun 25/I-a maddesi gereğince haklı nedene dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, muvazaanın varlığının mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gerektiği, davacıya ait işyeri dosyası içindeki işe giriş bildirgesinde ve SGK'dan gelen hizmet cetvelinde işyeri sicil numarasının davalı ... Makine şirketinin SGK işyeri dosya numarası olduğu, davacının davalı tarafça sunulan ücret bordrolarında da işveren bölümünde aynı işyeri numarasının bulunduğu, ... Makine şirketinin faaliyet alanı gereği işçilerinin asıl işi olan pres operatörlüğünü davacıya yaptırdığı ve diğer davalı şirketin birçok işçisinin ... Makine şirketine kağıt üzerinde de geçiş yaptığı, bu maddi olgulara göre da-

vacının gerçek işverenin ... Makine şirketi olduğu, davalı ... şirketi yönünden davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddi gerektiği, davacının iş sözleşmesinin yazılı bildirim yapılmadan feshedildiği, feshin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca salt bu nedenle geçerli nedene dayanmadığı gerekçesi ile davanın ... İnsan Kaynakları San. Tic. Ltd. Şti. hakkında husumet nedeni ile reddine, diğer davalı ... Makine Kalıp San. Tic. Ltd. Şti. yönünden kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca aynı yasanın 18. maddesi kapsamında kalan işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Yazılı fesih bildiriminin de, fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde içermesi zorunludur. Yazılı şekil, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. Madde uyarınca, işveren fesih bildirimini yazılı yapmak zorunda olduğu gibi fesih sebeplerini de yazılı olarak göstermek zorundadır. Buna karşılık Dairemiz uygulaması gereği, aynı Kanun'un 25. maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartı aranmamaktadır. Zira 25. maddesinin son fıkrasında işçinin feshin maddedeki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde feshin geçersizliği istemi ile dava açabileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemede, geçerli fesih için getirilen yazılı bildirim zorunluluğu getiren 19. maddeye atf yapılmamıştır.

Kanunun 25/I-b maddesinde işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi nedenlerle rapor alıp devamsızlık yapması halinde işveren için iş sözleşmesinin bildirimsiz fesih hakkının, belirtilen hallerde işçinin devamsızlığının işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini 6 hafta aşmasından sonra doğacağı belirtilmiştir.

Doğum ve gebelik halinde bu sürenin 74. maddedeki sürenin bitiminde başlayacağı da madde hükmüdür.

Dosya içeriğine göre davacının işyerindeki hizmet süresi fesih tarihine göre 6 aydan fazla, 1 yıldan azdır. İşçinin çalışma süresine göre ihbar öneli 4 haftadır. Bu süreye 6 hafta daha ilave edildiğinde, hastalık nedeni ile aralıksız devamsızlıkta işverenin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I.b maddesi uyarınca fesih hakkı 10 haftadan sonra doğmaktadır. Somut uyuşmazlıkta davacı işçi işyerinde 24.04.2008 tarihinde iş kazası geçirmiş olup, 15.08.2008 fesih tarihine kadar raporlu olduğu süre 10 haftadan fazladır. Rapor bitimi işverenin bildirimsiz fesih hakkı doğmuştur. Bildirimsiz fesih hakkında yazılı fesih bildirimi aranmayacağına göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-b maddesine göre gerçekleştirilen ve haklı nedene dayanan fesihten dolayı davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasası'nın 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

## SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ortadan kaldırılmasına,
  2. Davanın REDDİNE,
  3. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,
  4. Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 89,-TL. yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,
  5. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.100,-TL. ücreti vekaletin davalıdan alınarak davalıya verilmesine,
  6. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine
- kesin olarak 27.12.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

## ÖZET

İş sözleşmesini geçerli nedenle feshetmek isteyen işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmek zorundadır. Bu yazılı şekil geçerlilik şartıdır. Buna karşılık işverence iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde yazılı şekil şartı aranmadığından bu feshin geçersizliği istemiyle açılan davada yazılı bildirim yapılmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar verilemez.

## OLAY

Davacı işçi, asıl işveren konumundaki işverene ait bir işyerinde, alt işveren işçisi olarak çalışırken iş kazası geçirdiği, kaza sonrası rapor kullandığı, rapor bitiminde işe döndüğünde hiçbir sebep gösterilmeden çalıştırılmadığı için noter aracılığı ile işverene ihtarname çektiği, buna rağmen işe başlatılmadığı, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiği gerekçesiyle feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesi talebiyle her iki işvereni de davalı

göstererek dava açmıştır. Asıl işveren konumundaki davalı şirket, savunmasında, davacı işçinin kendi işçisi olmadığı, bu nedenle iş sözleşmesini feshetmesinin mümkün olmadığı, işçinin ücretinin diğer davalı şirket tarafından ödendiği iddiası ile davanın reddini istemiştir. Alt işveren konumunda bulunan diğer davalı ise asıl işverenin bir bölümünün kendi şirketleri tarafından yürütülmesinin muvazaaya dayandığını, davanın husumet yönünden reddine, ayrıca iş sözleşmesinin feshinin hem işvereni yanılttığı için İş Kanunu'nun 25/II maddesi gereğince, hem de rapor sürelerinin ihbar önelini altı hafta aşması nedeniyle 25/I-a maddesi gereğince haklı nedene dayandığı için davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkeme, öncelikle muvazaaya iddiasını incelemiş ve ücret bordolarındaki işyeri numarasının asıl işverene ait olduğu ve asıl işveren konumundaki şirketin asli işi olan pres operatörlüğünü davacıya yaptırdığı gerekçesiyle davacı işçinin, asıl işverenin işçisi olduğuna ve iş sözleşmesinin yazılı bildirim

şartına uyulmadan feshedilmesi nedeniyle feshin geçersizliğine karar vermiştir.

Yargıtay, kararın temyizi üzerine; “yazılı şeklin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak arandığını, buna karşılık aynı kanunun 25. maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekil şartının aranmadığını zira, bu maddenin son fıkrasında yapılan feshin maddedeki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde feshin geçersizliği istemiyle dava açılabilirliğinin belirtildiğini, bu düzenlemede yazılı bildirim zorunluluğu getiren 19. maddeye atıf yapılmadığından bahisle, somut uyuşmazlıkta davacı işçinin devamsızlığının 25/I-b maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı” gerekçesiyle mahkeme kararının ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar vermiştir.

Yukarıda özetlediğimiz Yargıtay kararına konu olayda; işverence yapılan fesihlerde yazılı bildirim şartının hangi hallerde aranacağı hususunun mahkemece herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı, Yargıtay’ın ise bu konuyu dikkate alarak karar verdiği görülmektedir. Bu nedenle, öncelikle işveren tarafından yapılan geçerli nedenle fesih ve haklı nedenle fesih arasındaki farklılıklar kanundaki düzenlemeler ve yargı kararları dikkate alınarak açıklanmaya çalışılacak ve daha sonra Yargıtay kararı değerlendirilecektir.

## 1- İŞVERENCE İŞ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİ NEDENLE FESHİ

Bilindiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 17. maddesinde süreli fesih düzenlenmiş olup, bu hükme göre belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekmektedir. Bu maddede düzenlenmiş olan fesih, bildirimli fesih olarak da tanımlanır ve gerek işçi gerekse işveren kanuni bildirim sürelerine uymak kaydıyla iş sözleşmelerini sona erdirebilirler. Buradaki süreler asgari olup sözleşmeler ile arttırılabilir. İşverenin bildirimli fesih hakkını kullanırken bu sürelerle uymama-

sı veya bu sürelerle ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi bu Kanun’un 18, 19, 20 ve 21. maddelerinin uygulanmasına engel olmaz.

Şöyle ki, “Feshin Geçerli Sebebe Dayandırılması” başlıklı 18. maddede; işverenin otuz veya daha fazla işçi çalıştırdığı işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin, belirsiz süreli iş sözleşmesini işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırmak suretiyle feshedebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bu maddede fesih için geçerli sebep oluşturmayacak hususlarda belirtilmiş olup, bunlar arasında işçinin hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin 1 numaralı bendinin “b” alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlığı da yer almaktadır. Bu bekleme süresi içerisinde işverence yapılacak bir fesih haklı nedenle bir fesih olmadığı gibi geçerli fesih nedeni olarak da kabul edilemeyecektir.

18. maddenin gerekçesinde geçerli sebep geniş kapsamlı bir kavram olduğu için bu düzenleme ile söz konusu kavrama objektif ölçülere uygun bir içerik kazandırılmaya çalışılmış ve bazı örnekler verilmiştir. Özellikle Kanun’un 25. maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı nedenlerle fesih olgusunu, geçerli sebeplerle fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak, maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farklı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda geçerli olacak ayırımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak yargı ve öğretinin katkıları ile sağlanacaktır. Bu madde bakımından geçerli sebepler 25. maddede belirtilenler kadar ağır olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen nedenlerdir. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekmektedir.

İşçinin yeterliliğinden kaynaklanan sebepler, benzer işi görenlerden az verimli çalışma, düşük performansla sahip olma, öğrenme yetersizliği, sık hastalanma gibi hallerdir. İşçinin

davranışlarından doğan sebepler, haklı fesih nedeni niteliğinde olmamakla birlikte, arkadaşlarından borç para almak, işini eksik, kötü yapmak, işin akışını etkileyecek tartışma, telefon görüşmesi, geç gelme, geçimsizlik gibi haller olarak gösterilmiştir.

İşçiden kaynaklanmayan, işyeri, işletme ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeplerde maddenin gerekçesinde sayılmıştır. Bunlar talep azalması, enerji sıkıntısı, dış pazar kaybı, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, bazı bölümlerin ve bazı iş türlerinin kapatılması ve bunun gibi hallerdir.

Öğretide, 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde belirtilen geçerli nedenler, haklı nedenler kadar ağır olmamakla birlikte işverence iş ilişkisini sürdürmenin önemli ve makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlar olarak kabul edilmektedir. İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan fesih sebepleri iş ilişkisinin devamının işveren için dürüstlük kuralları gereği çekilemez hale getiren sebepler olarak, geçerli nedenler ise haklı neden ağırlığında olmayan fakat geçerli feshe imkan tanıyan sebepler olarak değerlendirilmektedir. Nitekim, madde gerekçesinde belirtilmiş olan ve uygulamada da kabul edilen "makul ve önemli ölçüler içerisinde" ifadeleri de objektif nitelik taşımamakta, bu nedenle geçerli sebeplerle haklı nedenler arasındaki farklılıklara öğreti ve yargı kararları çerçevesinde olayların özelliğine göre açıklık kazandırılmaya çalışılmaktadır.

Yargıtay, işçinin talimatlara uymamasının işverene duruma göre iş sözleşmesini haklı veya geçerli nedenle feshetme hakkı verdiğini; örneğin İş Kanunu'nun 25/II-h maddesine göre, işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesini haklı fesih nedeni olarak, buna karşılık işçinin işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesini geçerli fesih nedeni olarak kabul etmekte, somut olayın incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>1</sup>

Yargıtay benzer kararlarında, işverende oluşan şüphe objektif vakıa ve emarelere dayanarak güven ilişkisini zedeliyor ve olumsuzluğa yol açıyorsa bu durumun haklı fesih nedeni

olmamakla beraber geçerli fesih nedeni olarak değerlendirileceğini<sup>2</sup>, işçinin davranışının iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içerisinde beklene-meyeceği bir durum olarak kabul edilmesi halinde yapılan feshi, haklı nedenle değil geçerli nedenle fesih olarak değerlendirmekte, kıdem ve ihbar tazminatının kabulüne karar vermektedir<sup>3</sup>.

Örneğin, Yargıtay bir kararında "geçerli neden olmadan yapılan feshin geçersizliğine ilişkin mahkeme kararında, davacının eylemi 4857 sayılı Yasanın 25/II-e madde kapsamında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış oluşturma-cağından, işverence yapılan feshin geçerli ve haklı nedene dayandığının belirtilmiş olduğu, her iki fesih sebebinin birbirinden farklı kavramlar olduğu göz önüne alındığında, hükümün kendi içinde çelişki içerdiğinin anlaşıldığı, mahkemece verilen kararın hangi fesih sebebinin kabulü ile kurulduğu hususunun açıklığa kavuşturulması gerektiği" gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur.<sup>4</sup> Bu Yargıtay kararına konu olan olayda, mahkeme "davacının eylemi 4857 sayılı Kanun'un 25/II-e maddesi kapsamında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olduğundan işverence yapılan feshin geçerli ve haklı nedene dayandığı gerekçesiyle" davanın reddine karar vermiştir.

Kanunun 19. maddesinde, işverenin geçerli nedenle yapacağı feshin usulü düzenlenmiştir. Buna göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Maddenin 2. fıkrasında işverenin işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle yapacağı bir fesihden önce, işçinin hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan iş sözleşmesini feshedemeyeceği, ancak 25. maddenin ilgili bendine ilişkin şartlara uygun fesih hakkının saklı olduğu belirtilmektedir. Fesih bildirimine itiraz ve usulü başlıklı 20. maddede ise işçinin fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde feshin geçersizliği iddiası ile iş mahkemesinde dava açabileceği hüküm altına alınmıştır.

Nihayet, geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları 21. maddede düzenlenmiş ve işverence sebep gösterilmediği ve gösterilen sebebin

geçerli olmadığı mahkemece tespit edildiğinde, feshin geçersizliğine karar verileceği ve işverenin işçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işe başlatmaz ise kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücreti ve diğer hakları ile en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir.

Bu düzenlemelere baktığımızda, işverence feshin geçerli sebebe dayandırılması halinde 19. maddeye göre fesih bildirimini yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğunu görmekteyiz. Kanunen getirilmiş bulunan bu usul, öğreti ve Yargıtay kararlarında da geçerlilik şartı olarak kabul edilmekte, feshin sadece yazılı yapılmamış olması halinde dahi fesih geçersiz sayılarak işçinin işe iadesine karar verilmektedir. Ancak 19. maddenin gerekçesine baktığımızda yazılı bildirim şartının, ileride işçi tarafından açılacak bir davada feshin İş Kanunu anlamında geçerli sayılıp sayılmayacağına belirlenmesi bakımından ispat kolaylığı sağlayacağı belirtilmektedir. Her ne kadar İş Kanunu'nun 109. maddesinde de "Bu kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir." hükmü yer almakta ise de bu hükümdeki yazılı bildiriminde ispat şartı olarak düzenlendiği, geçerlilik şartı olarak getirilmediği yargı kararları ile kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın feshin şekli ile ilgili istikrarlı olarak vermiş olduğu kararlarında, 19. maddenin lafzından feshin yazılı yapılması şartının bir geçerlilik şartı olduğu, bu şartı taşımayan bir fesih işleminin sadece bu sebeple geçersizliğinin kabul edildiği<sup>5</sup>, işverence fesih için geçerli bir sebebe dayanılmasına rağmen fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirten yazılı bir fesih bildiriminde bulunulmadığından feshin geçersizliğine karar verildiği görülmektedir.<sup>6</sup> İşveren, işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenlerden dolayı savunmasını talep ederken aynı tarihte işçilik alacaklarının ödendiğine dair ibraname tanzim etmiş ise bu işlemden sonraki yazılı fesih bildiriminde bulunması sonuca etkili olmamakta, işçiye ibraname ve çalışma belgesinin verildiği tarih iş sözleşmesinin fesih

tarihi olarak kabul edilmekte ancak, bu fesih yazılı yapılmadığı gerekçesi ile geçersiz kabul edilmektedir.<sup>7</sup>

Feshin yazılı olarak yapılmadığı gerekçesiyle geçersizliğine karar verilebilmesi için feshin 18. maddedeki nedenlerden birine dayanılarak yapılması gerekmektedir. Çünkü, 19. maddedeki düzenleme geçerli nedenle feshin usulüne ilişkin özel bir düzenleme getirmiş olup, 25. maddeye dayanılarak yapılan fesih hallerinde bu feshin haksız ve geçersiz olduğu iddiasıyla açılan davalarda, 19. maddenin uygulama alanı bulunmamaktadır. Bu husus aşağıda inceleyeceğimiz üzere Kanunun 25. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, yapılan feshin haklı nedenlerle olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurulabilecektir. Ancak yazılı bildirim şartını arayan 19. maddenin bu hükümde zikredilmemiş olması nedeniyle, işverence haklı nedenle dayanılarak yapılan ve dava konusu olan bu tür fesihlerde yazılı bildirim şartına uyulmamış olması, feshin sadece bu sebeple geçersiz sayılmasına neden olmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, işverenin, iş sözleşmesini geçerli sebeple feshetmesi halinde kıdem ve ihbar tazminatı söz konusu olmaktadır. İşveren, geçerli sebebe dayanarak yaptığı fesihlerde işçiye ihbar öneli kullanılmak veya ihbar tazminatı ve koşulları varsa kıdem tazminatı ödemek zorundadır. Çünkü, yukarıda belirttiğimiz üzere geçerli nedenle fesih belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirim öneli tanımak suretiyle feshedilmesinin vasıflı bir şekli olup, 17. maddede genel olarak işçi ve işveren tarafından yapılacak süreli fesih düzenlenmiş, 18. ve devamı maddelerde ise sadece işveren tarafından yapılan süreli feshin geçerli bir sebebe dayandırılması, bu feshin usulü ve bunun gibi diğer hususlara ilişkin düzenlemeler ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

İşveren, Kanunun düzenlediği geçerli nedenle fesih şartlarına uyarak bir fesih işlemini gerçekleştirmesi durumunda herhangi bir yaptırımla karşılaşmayacaktır. Ancak işveren 18. maddede belirtilen nedenler somut olarak gerçekleşmeden ve bu maddede sayılan is-

tisnalara uymadan bir fesihle bulunursa fesih geçersiz sayılacaktır. Diğer taraftan işveren geçerli sebepler olsa dahi 19. maddede belirtilen usullere uymadan örneğin yazılı bildirimde bulunmadan veya işçinin savunmasını almadan iş sözleşmesini geçerli nedenle feshettiğinde, sadece bu usul şartlarına uymadığı için fesih işlemi geçersiz hale gelebilecektir. İşveren bu durumlarda 20. madde çerçevesinde açılacak feshin geçersizliği ve işe iade davalarına muhatap olabilecek ve 21. maddede belirtilen geçersiz feshin sonuçları ile karşı karşıya kalabilecektir.

## 2- İŞVERENCE İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI NEDENLE FESHİ

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiş olan bu fesih, dört başlık altında toplanmıştır. Bunlar sırasıyla sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler ve işçinin gözüne alınması ve tutuklanması hallerinde yapılan fesihler olup, işverence iş sözleşmesi sürenin bitiminden önce veya bildirim süresi beklenmeksizin feshedilebilecektir. Bu fesih türü maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, belirli süreli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde uygulanacaktır.

Bu madde, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde "İşverenin Bildirimsiz Fesih Hakkı" başlığı altında düzenlenmiş iken, 4857 sayılı İş Kanunu'nda "İşverenin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı" şeklinde düzenlemiştir. Madde içeriğinde ise belirli ekleme ve düzenlemeler dışında fazla değişiklik yapılmamıştır. Söz konusu madde, işveren için iş ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren sebeplerin varlığı durumunda, işverene iş sözleşmesini derhal sona erdirmeye yetkisini tanımaktadır. Bu fesih hallerinde de fesih işleminin sonuç doğurabilmesi için fesih iradesinin işçiye yöneltilmesi gerekmektedir. Ayrıca işveren kanunen belirlenen bu haklı sebeplerden birinin varlığını uyumsuzluk anında ispat ile mükelleftir. Fesih bildirim yapılırken birden fazla sebep gösterilmişse bunlardan birinin olayda gerçekleşmiş olması yeterlidir.

İncelediğimiz Yargıtay kararında, dava konusu olan feshin sağlık sebepleri ile ilgili olarak işçinin iş kazası sonucu işe devamsızlığının bildirim süresini altı hafta aşmasından sonra yapıldığı, feshin haklı nedene dayandığı kabul edildiğinden, öncelikle 25. maddenin 1. bendinde yer alan sağlık sebeplerine ilişkin düzenlemeye bakmak gerekmektedir. Bilindiği üzere, 25. maddenin 1/b alt bendinin 2. fıkrasında "(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin iş yerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar..." denilmektedir.

Yargıtay benzer bir kararında "işçinin uzun süreli rapor kullanmasından kaynaklanan devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin feshi İş Kanununun 25/I-b alt bendi maddesi kapsamına girmektedir. Hukuki nitelendirme hakim görevi olduğundan, davalı işverenin fesih bildiriminde 25/I-a maddesi ibaresini kullanması sonuca etkili değildir" demek suretiyle feshin geçersizliği sebebiyle açılan davayı reddetmiştir.<sup>8</sup>

Haklı nedenle feshi düzenleyen 25. maddenin son fıkrasında "İşçi feshin, işverence yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun yapılmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvuru yapılabilir." hükmü yer almakta, böylelikle işçiye işverence haklı nedene dayanılarak yapılan fesihlerde de iş sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davası açma imkanı tanınmaktadır. Bu fıkrada 19. maddenin yer almadığı görülmektedir. Ancak 25. maddenin gerekçesinde 19. maddeye bu düzenlemede neden yer verilmediği konusunda herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Yukarıda kısaca başlıklar halinde belirtmiş olduğumuz haklı fesih sebeplerinin kanunen sınırlandırıldığı ve belirlenmiş olduğu, işverenin bu maddede sayılan sebepler dışında iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. İşveren bu sebeplerden herhangi birine dayanmak suretiyle iş sözleşmesini feshederken, bu fesih

bildirimini yazılı yapmak zorunda değildir. İş Kanunu'nun 109. maddesinde "Bu Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir." denilmesine rağmen öğreti ve yargı kararlarında bu düzenlemedeki şeklin geçerlilik şartı olmayıp ispat şartı olarak kabul edildiğini belirtmiştik. Genel olarak iş sözleşmesinin feshinde, fesih işleminin işçiye mutlaka bildirilmesi gerekmektedir. Çünkü fesih işlemi karşı tarafa ulaşması gereken ve sonuçlarını bu şekilde doğuran hukuki bir işlemdir. Bu bildirim yazılı şekilde yapılabileceği gibi sözlü veya işverenin eylem ve davranışları ile de olabilir. İşverenin eylem ve davranışlarından iş sözleşmesinin feshedildiği, iradenin bu yönde olduğu anlaşılıyorsa, iş sözleşmesinin feshinin işverence yapıldığı kabul edilmelidir.

Öğretide, işçinin rapor sonrası işe başlatılmaması, iş verilmemesi, ücretsiz izne çıkarılması halleri eylemli fesih olarak kabul edilmekte, yargı kararlarında da feshin hangi nedenlerle yapıldığı araştırılarak, geçerli veya haksız feshin tespiti halinde bu feshin sonuçlarına göre karar verildiği görülmektedir. Yargıtay bu hususla ilgili bir kararında "ücretsiz izne çıkarma işlemi, ekonomik sıkıntı ve parasal giderlerin bütçenin %30'unu aşması nedenlerine dayandığından geçerli bir fesih nedenidir" demektedir.<sup>9</sup> Bu kararda ücretsiz izin işleminin işçilere yazılı olarak bildirilmiş olup olmadığı hususu açık olmamakla birlikte, bu işlemin geçerli fesih mahiyetinde kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay, konuya ilişkin olarak, "iş sözleşmesinin işveren tarafından 25. madde gereğince feshi hallerinde aynı maddenin son fıkrası gereği yasanın 19. maddesindeki koşullara uyma zorunluluğu yoktur. Bir başka anlatımla işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği durumlarda, fesih bildirimini yazılı, fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi şekli koşulları aranmaz" demek suretiyle haklı nedenle fesihte yazılı bildirim şartına uyulmuş olmasının bu feshi geçersiz kılmayacağını açıkça belirtmekte<sup>10</sup>, iş şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde olan ücretsiz izin uygulamasının yazılı olarak yapılmaması, eylemli fesih kabul edilse dahi feshin geçersizliği kararına

kadar işçinin iş görme edimi dışındaki borçlarının devam edeceği şeklinde vermiş olduğu bir kararında da görüleceği üzere işverenin fesih iradesinin eylem ve davranışlarıyla da açıklanabileceğini kabul etmektedir.<sup>11</sup> Yargıtay bu kararında iş şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde olan ücretsiz izin uygulamasının işçiye yazılı olarak bildirilmemesi nedeniyle geçerli nedene dayanmadığına dair mahkemenin değerlendirmesinin de yerinde olduğunu belirtmektedir.

Burada belirtilmesi gereken ve yargı kararları ile de benimsenen önemli bir husus, işverence yapılan fesihlerin geçersizliği istemi ile açılan davalarda feshin geçersizliği kararına kadar davacı işçinin asli edimi olan iş görme edimi dışındaki diğer borçlarının devam ettiği, işçinin sadakat borcu kapsamında işverene karşı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde belirtilen ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışlarda bulunmamaya dikkat etmesi gerektiğidir. Bu olgu, feshin geçersiz olduğu iddiasıyla açılan davalara özgü olup, feshin geçerli nedene dayandığının belirlenmesi halinde iş sözleşmesi sona ermekte ve tarafların tali yükümlülükleri de ortadan kalkmaktadır.

Feshin ispatıyla ilgili Yargıtay "işverence yazılı bir fesih belgesi bulunmamaktadır. İspat kurallarının zorlanan sınırları hukukumuzda tartışılmaktadır. Emare kavramı bu tür bir arayışın sonucunda ortaya çıkmıştır. Somut olayda davacı işçinin işveren vekilinin sözleri üzerine ağıladığı tartışmasıdır. İşverenin ücret ve fazla çalışma ücretini ödemediği açıktır. İşçilerin işveren yanında çalışırken tanık bulmakta güçlüğü, bazen karşılıklı konuşmayla iş sözleşmelerinin sona erdiği bilinmektedir. Yukarıda sözü edilen gerekçe ışığında iş sözleşmesini işverenin haksız feshettiği anlaşılmaktadır. Kıdem ve ihbar tazminatının ödenmesi gerekir" şeklinde karar vermiştir.<sup>12</sup>

Gerek kanuni düzenleme, gerekse Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere haklı nedenle fesihlerde yazılı şekil şartı geçerlilik koşulu olarak aranmamakla beraber, işveren ister disiplin kurulu kararı sonrası isterse doğrudan haklı nedene dayanarak yapacağı fesihlerde ispat bakımından yazılı fesih bildiriminde bulunmalıdır. Buradaki yazılı fesih bildirimini, derhal

fesih sonucunu içermekte, işçiye bildirim öneli tanımak anlamını taşımamaktadır. Çünkü 4857 sayılı Kanunun 25. maddesindeki nedenlerden herhangi birine dayanılarak yapılan fesihler derhal fesih olup, süresi belirli veya belirsiz olan tüm iş sözleşmelerinde uygulanabilecek fesihlerdir. Bir başka anlatımla bu maddeye göre, belirli süreli iş sözleşmesi de haklı neden varsa işverence bildirim süresi verilmeden derhal feshedilebilecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, haklı nedene dayanılarak yapılan fesihlerde yazılı bildirim yapılması işverence feshin ispatı yönünden bir kolaylık sağlamak amacını taşımakta, yazılı yapılmamış olması feshin geçersizliğine sebep olmamaktadır. Haklı nedenle derhal fesih yapılırken, fesih nedeni olan fiilin disiplin kurulunca incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi öngörülmüş ise, işverenin konuyu disiplin kuruluna götürmeden veya disiplin kuruluna götürmekle beraber, disiplin kurulu kararına uymadan bir fesihte bulunması durumunda, fesih bu yönüyle haksız fesih sayılabilecek ve işveren bu feshin sonuçlarıyla karşı karşıya kalabilecektir.

Ancak, işverenin disiplin kurulu şartına uymadan yapmış olduğu haksız feshin, her zaman geçersiz sayılması da mümkün değildir. Diğer bir ifade ile haksız fesih niteliğinde olan bir fesih işlemi şartları var ise geçerli fesih olarak değerlendirilecek ve bu feshin sonuçlarına tabii olacaktır. Örneğin, Yargıtay konu ile ilgili bir kararında “Disiplin kuruluna gidilmesi zorunluluğu bulunması durumunda, disiplin kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde fesih haksız hale geleceğinden işçi ihbar, kıdem tazminatını talep edebilecektir. Ancak, geçerli fesih nedenlerinin varlığı kanıtlanırsa disiplin kuruluna gidilmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez. Çünkü söz konusu toplu iş sözleşmesi geçerli feshine ilişkin bir düzenlemede bulunmamıştır. Geçerli fesih nedenleri mevcuttur” demek suretiyle konuya açıklık getirmiştir.<sup>13</sup>

İşverenin haklı nedenlerle derhal feshinde, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olmasının herhangi bir öneminin bulunmadığını belirtmiştik. İş sözleşmesinin belirli süreli

olup olmaması, geçerli nedenlerle yapılacak fesihlerde önem taşımaktadır. Çünkü geçerli nedenlerle yapılacak fesih, İş Kanunu’nun 17 ve devam maddelerindeki düzenlemeye göre, sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanabilmektedir. Ancak işverence iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde işçinin yapılan bu feshin haklı nedene dayanmadığı iddiasıyla 18. 20. ve 21. madde hükümlerine göre feshin geçersizliği davası açması halinde, belirtilen bu maddelerdeki şartların dava konusu olayda da varlığı aranmalıdır. Örneğin işçinin çalıştığı işyerinde 30 veya daha fazla işçinin çalıştırılıyor olması, işçinin en az 6 ay kıdemini bulunması, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması hususlarına dikkat edilerek, açılan davanın kabulü veya reddine karar verilecektir.

Haklı nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçi, feshin haksız yapıldığı iddiasında bulunmuş, feshin geçersizliği ve işe iade davası açmamış ise, açılan bu davada feshin haksız yapıldığı sonucuna varılırsa, şartları mevcutsa işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanacaktır. Ancak, haklı nedene dayanılarak yapılan bir fesihte, işçi feshin geçersizliği iddiası ile dava açmış ise dava sonunda feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde işe iade müessesesine ilişkin kanuni düzenlemeler devreye girecek, işçi işverence işe başlatılmaz ise iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olan hakların işçiye ödenmesi söz konusu olacaktır.

Bu bağlamda, “iş güvencesi” kavramı çerçevesinde 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18, 20 ve 21. maddelerinde getirilmiş olan düzenlemelerin, işverence haklı neden olmadan yapılan belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshi bakımından uygulama imkanının, aynı Kanunun 25. maddesinin son fıkrası hükmü ile getirildiği görülmektedir.

### 3- YARGITAY KARARININ İNCELENMESİ

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız kanuni düzenlemeler ve yargı kararları çerçevesinde inceleme konusu Yargıtay kararına baktığımızda; işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği gerekçesiyle mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırıldığı ve haklı nedene dayanan



fesihden dolayı davanın reddine karar verildiği görülmektedir. Yargıtay kararında; 19. maddede fesih bildirimini yazılı olarak yapılması şartının İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak arandığını, işverenin fesih bildirimini yazılı yapmak zorunda olduğu gibi fesih sebeplerini de yazılı olarak göstermek zorunda olduğunu, buna karşılık Daire uygulamaları gereği, aynı Kanunun 25. maddesinde öngörülen işverenin haklı nedenle derhal feshinde yazılı şekli şartının aranmadığını, zira 25. maddenin son fıkrasında feshin bu maddede öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiasıyla 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde feshin geçersizliği istemiyle dava açılabilirliğinin belirtildiğini, bu düzenlemede yazılı bildirim zorunluluğu getirilen 19. maddeye atıf yapılmadığını belirtmektedir.

Davacı işçi, iş akdinin haksız olarak feshedildiğini belirterek feshin geçersizliği ve işe iade talebini içeren davasını hem alt işvereni-ne hem de asıl işverene karşı açmış, böylelikle dava sonucundan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiş olan asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki müteselsil sorumluluk kuralı gereğince her iki işvereni de sorumlu tutmak istemiştir.

Asıl işveren konumunda bulunduğu anlaşıl-dan davalı şirket savunmasında, işçi ile aralarında iş sözleşmesi bulunmadığını, davanın taraf sıfatı yokluğuyla reddini istemiştir. Alt işveren konumundaki davalı şirket ise diğer davalı şirkete işçi temin ettiğini, bu şirketle muvazaalı ilişki içerisinde olduğunu belirterek davanın husumet yönünden reddini, davacı işçinin iş sözleşmesi feshinin İş Kanunu'nun 25/II-1 ve 25/I-a maddeleri gereğince haklı nedene dayandığı gerekçesiyle reddini talep etmiştir. Bu savunmada alt işveren konumundaki şirketin, asıl işverenle kurmuş olduğu ilişkinin muvazaalı olduğunu belirterek davanın reddini istemesi, Medeni Kanunu'nun doğruluk ve dürüstlük kuralları ile Borçlar Kanunu'nun ahlak ve iyi niyet kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir olgu olmakla beraber, mahkemece muvazaa ilişkisi kabul edilerek hüküm kurulmuş olmasına rağmen, Yargıtay tarafından mahkeme kararının bozularak ortadan kaldırıl-

ması ve davanın reddedilmiş olmasından dolayı bu konu irdelenmemiştir.

Mahkemenin; davacı işçinin dava dilekçesindeki "kullanmış olduğu raporlar nedeniyle uzun süre devamsızlığı sonucu işe başlatılmadığı gerekçesiyle yapılan feshin haksız olduğuna ilişkin" talebini ve işçinin asıl işvereni konumunda olduğu anlaşıl-dan davalının savunmasında belirtmiş olduğu "iş kazası sonrası alınmış olan raporların dört haftalık süreyi altı hafta aşması nedeniyle iş sözleşmesinin 25/I-b maddesi gereğince feshedilmiş olduğu" iddiasını ve bu maddenin son fıkrasındaki istisnai düzenlemeyi dikkate almadığı, olayı "muvazaa" ve "geçerli fesih" kavramı çerçevesinde inceleyerek karar verdiği anlaşılmaktadır.

Mahkeme kararının temyizi üzerine, Yargıtay vermiş olduğu bu kararda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesini esas almıştır. Bu maddenin "Sağlık Sebepleri" başlıklı 1. bendinin (b) alt bendinin 2. fıkrasında "(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesinin bildirimsiz fesih hakkı belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini alt hafta aşmasından sonra doğar." denilmektedir. Nitekim, davacı işçinin iş kazası sonucu almış olduğu süreklilik arz eden raporlar nedeniyle devamsızlığının, dosya içeriğine göre işçinin hizmet süresi dikkate alınarak tespit edilen ihbar öneli olan dört haftalık süreye altı hafta eklenmesi suretiyle bulunan sürenin üzerinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda Kanunda belirtilen "işverenin fesih hakkı .... 17 nci maddesindeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar." düzenlemesi çerçevesinde işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı görülmektedir. Bu maddeye dayanılarak yapılan fesihlerde de yazılı bildirim şartı, 25. maddenin son fıkrası gereğince geçerlilik şartı olarak aranmayacağından, işverence yapılan feshin kanuni düzenlemelere uygun olduğu sonucuna varılmaktadır.

Böylece bu kararla, Yargıtay aynı konudaki benzer diğer kararlarında olduğu gibi ilgili kanuni düzenlemeler çerçevesinde isabetli bir sonuca ulaşmış bulunmaktadır.

#### 4- SONUÇ

İnceleme konusu Yargıtay kararı, kanunun bu açık düzenlemesi gereği doğru bulunmaktadır. Bununla beraber, geçerli nedenle feshe göre daha ağır bir fesih sebebi olarak kabul edilen ve sonuçları da geçerli feshe göre daha ağır olan haklı nedenle fesihlerde yazılı bildirim şartının, geçerlilik şartı olarak aranmayacağı sonucunu doğuran düzenleme, bir çelişki olarak karşımıza çıkmaktadır. Elbette İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan bu iki fesih türü esas ve usul bakımından bir takım farklılıklar göstermektedir. Bunlar, sözleşmenin türü, feshin işçi ve işveren tarafından yapılması, feshin nedenleri, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmaması, feshin sonucuna göre kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanılıp kazanılmaması, hak düşürücü süre olarak sayılabilir. Bu farklılıklara rağmen, işveren tarafından yapılan haklı nedenle fesihlerde 25. maddedeki düzenleme gereği iş güvencesine ilişkin hükümlerin çoğunun uygulanacağı görülmektedir. Sadece, yazılı bildirim ve işçinin savunmasının alınmasına ilişkin 19. maddenin bu tür fesihlerde uygulanması zorunlu bulunmamaktadır. Ancak, 25. maddenin gerekçesine bakıldığında 19. maddenin bu tür fesihlerde aranmamasının hiçbir gerekçesinin olmadığı, bu hususa değinmediği görülmektedir.

Uygulamada ise geçerli sebeple fesihlerde olduğu gibi haklı nedenle fesih hallerinin genellikle toplu iş sözleşmeleri ile disiplin kurulu kararı sonucuna bağlandığı, böylelikle işçilerin kanuni düzenlemelere rağmen savunmalarının alındığı ve derhal fesih işlemlerinin yazılı şekilde yapıldığı bilinmektedir.

Bu nedenle, her iki fesih türü arasında usul bakımından getirilmiş olan şekle ilişkin farklı uygulamanın kaldırılması, yukarıda belirttiğimiz çelişkili durumu gidermiş olacağı gibi feshin ispatı bakımından ortaya çıkan uyumsuzlukları da azaltacaktır.

#### DİPNOTLAR

- 1 Yarg. 9HD., 17.03.2008, E2007/27565-K2008/5286 KAMU-İŞ YARGITAY KARARLARI 2008-2009, s 627.vd.
- 2 Yarg. 9HD., 28.04.2008, E2007/31288-K2008/10450 KAMU-İŞ YARGITAY KARARLARI 2008-2009, s 633.vd.

- 3 Yarg. 9HD., 02.05.2008, E2007/17448-K2008/11049 KAMU-İŞ YARGITAY KARARLARI 2008-2009, s 635.vd.
- 4 Yarg. 9HD., 14.07.2008, E2007/24490-K2008/20203 KAMU-İŞ YARGITAY KARARLARI 2008-2009, s 224.
- 5 Yarg. 9 HD., 04.12.2006, E2006/23730-K31649 M. KILIÇOĞLU - K. ŞENOCAK İŞ KANUNU ŞERHİ, CİLT I, s 1373.
- 6 Yarg. 9HD., 29.06.2005, E2005/19407-K2005/23047 M. KILIÇOĞLU - K. ŞENOCAK İŞ KANUNU ŞERHİ, CİLT I, s 1381.
- 7 Yarg. 9HD., 16.11.2009, E2009/8348-K2009/32051 KAMU-İŞ YARGITAY KARARLARI 2008-2009, s 666.
- 8 Yarg. 9HD., 25.12.2006, E2006/27434- K2006/34580 M. KILIÇOĞLU - K.ŞENOCAK, İŞ KANUNU ŞERHİ, CİLT II, s 413.
- 9 Yarg. 9HD., 13.10.2003, E2003/22915-K2003/22947 TÜHİS DERGİSİ CİLT 19 S. 1-2, s 133vd.
- 10 Yarg. 9HD., 17.04.2006, E2006/5460-K2006/994 M. KILIÇOĞLU - K. ŞENOCAK, İŞ KANUNU ŞERHİ, CİLT II, s 399.
- 11 Yarg. 9HD., 09.11.2009, E2009/32059-K2009/31083 KAMU-İŞ YARGITAY KARARLARI 2008-2009, s 662.
- 12 Yarg. 9HD., 27.02.2008, E2007/9789-K2008/2644 KAMU-İŞ YARGITAY KARARLARI 2008-2009, s 625.vd.
- 13 Yarg. 9HD., 29.06.2009, E2008/36286-K2009/18338 F. ŞAHLANAN, KARAR İNCELEMELERİ, TEKSTİL İŞVERENLERİ SENDİKASI, s 297 vd.

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Grev Oylamasının Önemi ve Uygulaması

### 1- GİRİŞ

Ülkemizde toplu iş sözleşmesi ve grev uygulamasında en önemli konulardan birini grev oylaması oluşturmaktadır. Öyle ki, bir yandan yasadan kaynaklanan bir takım boşlukların bulunması, öte yandan işçiler, işverenler ve sendika bakımından doğurduğu sonuçlar, grev oylamasını grevin kaderini belirleyen çalışma hayatının başta gelen kurumlarından birisi haline getirmiştir. Gerçi, grev oylamasının üçüncü kişiler bakımından da önemi büyüktür. Çünkü grev oylamasının sonuçları, oylamanın yapıldığı işyeri ile ilişkisi olan üçüncü kişiler bakımından da yeni durumlar yaratmakta ve onların ilişkilerini de etkilemektedir. “Üstelik grev uygulaması, ekonomik ve siyasal alanda çok yönlü sonuçlar da doğurur. Maliyetleri arttırıp fiyat-ücret düzenini etkileyeceği gibi, üretim miktarında azalmalara yol açar. Bunun sonucu grevin dış ticarete, ödemeler dengesine etkisi de söz konusudur”<sup>1</sup>.

Öncelikle belirtelim ki, bir grev oylamasının

“yasal” olması, her şeyden önce grevin “kanuni grev” olmasına bağlıdır. Kanuni olmayan bir grev için yapılan grev oylamasının da “yasa dışı” sayılacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, bu çalışmada öncelikle “Grev Hakkı Kavramı” ile ilgili açıklamalara yer verilmiş, bilahare “Grev Oylaması Kavramı” incelenmiştir.

### II- GREV HAKKI KAVRAMI

#### A) GREV HAKKININ ÖZELLİĞİ

Uzun yıllar bir zor ve şiddet kullanma aracı olarak algılanan grev kavramı, toplumların demokratikleşme sürecine paralel bir gelişme göstererek “mesleki yararların korunmasında” toplumsal bir denge unsuru olarak kabul görmüştür. Gerçekten, geçen yüzyılın başlarında “skandal” ve “yasak” konusu olan grev, daha sonra özellikle verilen örgütlü işçi mücadeleleri sonucu bir hak ve özgürlük konusu olmuş, giderek anayasalara girmiştir. Günümüzde klasik (Batı) demokrasi modelini benimseyen toplumlarda kaçınılmaz ve vazgeçilmez temel hak

ve özgürlükler arasında yer alan “grev hakkı”, zamanımızın gelişen ve sosyalleşen demokrasi anlayışı içinde çalışanların en önemli temel haklarının başında gelmektedir. Öyle ki bu hak anayasalarda yer alsın veya almasın, bugün bütün Batı demokrasilerinin benimsediği temel bir hak halini almıştır<sup>2</sup>. Bu nedenle, ülkemizde olduğundan farklı biçimde, Batı ülkelerinde grev hakkını uzun uzadıya düzenleyen (daha doğrusu sınırlandıran) özel “grev kanunu” hükümlerine rastlanmaz. Batı ülkelerinde grev hakkı, genellikle anayasalarda tanındıktan sonra, “genel hükümler” çerçevesinde kullanılan bir haktır. Bizde ise, özel olarak dikkat edilmesi gereken “usul ve esaslara” bağlı bir yasal hükümler yumağıdır.

## B) KANUNİ GREVİN ŞARTLARI VE KANUN DIŞI GREV

Her şeyden önce, bir “kanuni grevin” varlığı “toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkan uyuşmazlıklarda” söz konusu olabilir (Any.md.54/1; TİSGLK md.25/2). Bir başka deyişle, mevcut haklara ek olarak yeni bir hak elde etmek amacıyla bir toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkan “toplu menfaat uyuşmazlıkları” nedeniyle grev yapılabilir. Yoksa, yürürlük süresi içinde bir toplu iş sözleşmesinin veya mevzuatın “uygulanması” veya “yorumu” dolayısıyla çıkan “toplu” veya “bireysel” nitelikli “hak uyuşmazlıkları” nedeniyle greve başvurma hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle, Türk hukukunda menfaat uyuşmazlıkları sonunda alınan “menfaat grevi” kararları için “grev oylaması” yapılabilir. Hak uyuşmazlıkları için yasa ile tanınan bir “hak grevi” olmadığından, “grev oylaması” da söz konusu olmaz. Üstelik, sadece toplu menfaat uyuşmazlıklarının çözümünde tanınan grev hakkı, ancak yetkili sendikanın “çağrı”, “toplu görüşme” ve “resmi arabuluculuk” aşamalarından geçmesinden sonra kullanılabilen bir haktır. Aksi halde, bu aşamalardan geçmeden ve “kanuni şartlar gerçekleşmeden yapılan grev” kanuni bir grev olmayacağından (TİSGLK md.25/2,3), bu aşamalardan geçmeden yapılan bir “grev oylaması” da “geçersiz” (batıl) olacaktır.

Bundan başka, bir grevin “kanuni” olması

için aranan ikinci şart, grevin “işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarını korumak veya düzeltmek” amacıyla yapılmasıdır. Bu amaç dışında, “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyete, milli egemenliğe ve milli güvenliğe” aykırı olarak yapılan her türlü “siyasi amaçlı grevler” ile “genel grev, dayanışma grevi, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme” ve “diğer direnişler” hakkında “kanun dışı grevin” yaptırımları uygulanacaktır (TİSGLK md.25/3 ve 72). Buradaki “diğer direnişlerden” maksat, “sempati”, “uyarı” veya “gösteri” grevleri gibi benzeri grevlerin de yasa da belirtilen “iktisadi ve sosyal amaç” dışında kaldıkları sürece “kanun dışı” sayılmalarıdır<sup>3</sup>. Gerçi Anayasanın 54/7. maddesinde de yer alan bu hükümler 12.09.2011’de yapılan referandum ile kaldırılmıştır; ancak, halen 2822 sayılı TİSGLK’da yer alan bu hükümler yürürlükte kalmaya devam etmektedir.

Kanuni bir grevin üçüncü şartı, işçilerin kendi “aralarında anlaşarak” ve “bir kuruluşun topluca çalışmamaları amacıyla verdiği karara uyarak işi bırakmaları” gerekmektedir (TİSGLK md.25/1). Bu esas, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin işçi tarafının bir işçi sendikası olabileceği ve bu nedenle greve bir işçi sendikasının karar verebileceği yolundaki kanuni hükümlere (TİSGLK md.27) uygundur. Bu nedenle “yetkili işçi sendikasının kararı” olmadan sadece işçilerin kendi “aralarında anlaşarak” doğrudan grev kararı almaları ve uygulamaları Kanuna aykırı olacağından, böyle bir “kanun dışı grev” için yapılacak “grev oylaması” da kanun dışı olacaktır. Kanundaki “aralarında anlaşarak” hükmünü, işçi sendikasının grev kararı almadan önce kendi üyeleri arasında yapacağı “sondaj” veya “anket” çalışmaları veya kanuni grev kararı sonrası yapılan “grev oylaması” (TİSGLK md.35) sonucu olarak anlamak gerekir. Çünkü, işçi sendikasının kararına uyarak yapılan kanuni grevin, “işyerinde faaliyeti durdurmak” veya “işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak” amacıyla “toplucu işi bırakmak” suretiyle yapılması gerekir (TİSGLK md.25/1). Bu amacı sağlamanın işçiler arasında belirli bir ön “anlaşmayı” gerektirdiğine; grevin başarı şansının, mümkün olduğu ölçüde işçi kitlesinin işi toplu-

ca bırakmasına bağlı olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, Kanunda “toplucu” sözcüğünden “birden çok işçiyi”; “iş bırakmaktan” da işyerinin terk edilmesini anlamak gerekir. Aksi halde, “apartman kapıcısı olan tek işçi için alınan grev kararı” Kanuna aykırı (kanun dışı grev) olacağı gibi<sup>4</sup>, işyerinden ayrılmayarak “oturma grevi” yapmak da “kanun dışı grev” sayılacaktır<sup>5</sup>.

Uygulamada Yargıtay, amaç unsurundan hareketle “Türk-İş’in verdiği karara uyarak işyerlerinde uygulanan pasif direnişi”<sup>6</sup>, işçilerin “Devlet Güvenlik Mahkemeleri yasa önerisini protesto etmek amacıyla giriştikleri toplu iş bırakma (siyasi grev) eylemini”<sup>7</sup>, “daire şefinin yerinin değiştirilmesini kınamak amacı ile işçilerin işyerinde çalışmadan kısa süre masalarının başında oturmalarını”<sup>8</sup>, salgın bir hastalık veya zehirlenme gibi bir olaya dayanmadığı sürece “işçilerin topluca viziteye çıkmalarını”<sup>9</sup>, “ücretlerin zamanında ödenmemesi” veya “sosyal hakların ödenmemesi” gibi haklı nedenlere dayansa bile işçilerin haklı sebeple fesih haklarını (İş K.md.24/II) kullanmayıp “toplucu iş bırakmalarını”<sup>10</sup> veya “hakları ödenmediği için başka bir işçi ile birlikte işi bırakan işçinin servis aracının önünü kesme eylemini”<sup>11</sup> veya “vardiyalarına katılarak çalışmak isteyen işçilerin işyerine girmelerini engellemelerini”<sup>12</sup>, “bir işçinin işten çıkarılmasını protesto amacıyla bir kısım işçinin uyarıya rağmen işbaşı yapmamasını”<sup>13</sup>, “ücreti az buldukları için işçilerin protesto amacıyla topluca işbaşı yapmama eylemini”<sup>14</sup> hep “kanun dışı” grev sayarak, işverenin işçilerinin hizmet sözleşmelerini “ihbarsız” ve “tazminatsız” haklı sebeple fesih edebileceğini (İş K.md.25/II,d ve TİSGLK md.45) kabul etmiştir<sup>15</sup>.

**Grevin taraflar için yaratabileceği riskler ve zorluklar göz önünde tutularak altı işgünlük “son bir defa daha iyi düşünme” süresi tanıyan yasa koyucu, bu süreyi “kamu düzeni” ile ilgili “emredici” bir süre kabul etmiştir.**

## C) GREV KARARININ ALINMASI VE İLANI

Tarafların, kendi aralarında sürdürdükleri (veya herhangi bir nedenle sürdüremedikleri) toplu görüşmelerin otuz veya altmış günlük sürelerin sonunda uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine, gerek Bakanlık veya Bölge Müdürlüğü gerek İş Mahkemesi aracılığıyla atanan resmi arabulucu nezaretinde devam eden görüşmeler de “uyuşmazlıkla sonuçlanmış” olabilir. İşte, resmi arabulucunun tutanağının (Resmi Arabulucu Raporu’nun) Bakanlık veya Bölge Müdürlükleri aracılığı ile taraflara “altı işgünü” içinde tebliğinden itibaren “altı işgünü” daha geçmedikçe “grev kararı alınmaz” (TİSGLK md.23/son, 27/1). Grevin taraflar için yaratabileceği riskler ve zorluklar göz önünde tutularak altı işgünlük “son bir defa daha iyi düşünme” süresi tanıyan yasa koyucu, bu süreyi “kamu düzeni” ile ilgili “emredici” bir süre kabul etmiştir. Zira, bu süre geçmeden alınan bir grev kararı, “kanun dışı” sayılacağından (TİSGLK md.25/2,3), bu süreler uylmadan yapılan bir “grev oylaması” da kanun dışı sayılacaktır. Süreyi başlatan resmi arabulucu raporu tebligatının, Bakanlık veya Bölge Müdürlüğünce 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılması gerekir. Ancak uygulamada Yargıtay, tebligatın “adi posta” ile yapılmasını da “sendikaya ulaşması koşuluyla” kabul etmekte; “sırf Bölge Müdürlüğünce usulüne uygun tebligat yapılmamasının, sendikanın haklarını bertaraf edici bir sonuç doğurmayacağını” belirtmektedir<sup>16</sup>.

Kanuna göre, tebligatın yapılmasını müteakip altı işgünlük sürenin geçmesinden sonraki “altı işgünlük süre içinde” grev kararı “uyuşmazlığın tarafı işçi sendikasıncı alınabilir”. Şayet, bu “altı işgünlük süre içinde grev kararı alınmazsa”, işçi sendikasının “yetki belgesinin hükmü kalmaz” (TİSGLK md.37/2); artık işçi sendikasının toplu sözleşme yapma hakkı düşer<sup>17</sup>. Sözleşme yapmakta ısrarlı olursa, sendikanın “yetki tespiti” için Bakanlığa yeniden başvurması gerekir. Buna karşılık, süresi içinde usulüne uygun olarak alınan grev kararı, işyeri nitelik (işkolu) değiştirmedikçe uygulama alanı bulur. Üstelik, “işyerinin nitelik değiştirmek-

## Grev hakkı kavramı gibi grev oylaması hakkı da yalnızca işçilere özgü ve onlara tanınmış, onların serbest iradeleri ile harekete geçirilebilen ve işletilebilen bir kurumdur.

sizin başka bir yere veya adrese nakledilmiş olması, yetki alınmış o işyeri için toplu iş sözleşmesi yapılmasını engellemez ve bu nedenle alınmış grev kararı yasa dışı sayılmaz<sup>18</sup>.

Alınan grev kararı, karar tarihinden itibaren “altı işgünü içinde” işveren tarafa tebliğ edilmek üzere “notere” ve kararın bir örneği de “görevli makama” tevdi edilmek zorundadır (TİSGLK md.28). Uygulamada kararın “notere” ve “görevli makama” süresi içinde tevdi edilmesi yeterli görülmekte; noter tarafından karşı tarafa “altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra” tebligat yapılması, grevi “kanunsuz” kılmamaktadır<sup>19</sup>. Bununla birlikte, karar tarihinden itibaren altı işgünü içinde karşı tarafa tebliğ edilmek üzere “notere tevdi edilmeyen”<sup>20</sup> veya “görevli makama tevdi edilmeyen”<sup>21</sup> grev kararları uygulanamaz. Ancak, “grev kararının uygulanamaması”, “kanun dışı” grevin hüküm ve sonuçlarını değil, “yetki belgesinin hükümsüzlüğü” sonucunu doğurur<sup>22</sup>.

Buna karşılık, alınan grev kararının işyerinde veya işyerlerinde “kararı alan tarafça derhal ilan edilmesi” gerekir (TİSGLK md.28). Aksi halde grev kararının “ilan” edilmemesi, grevin “kanun dışı” sayılması sonucunu doğuracağı gibi,<sup>23</sup> grev kararı işyerinde ilan edilmeden yapılan grev oylaması da “kanun dışı” olmaktan kurtulamaz. Zira, grev kararının ancak işyerinde “ilan” edilmesinden başlayarak “altı işgünü” içinde grev oylaması talebinde bulunulabilir. “Hak düşürücü” olan bu sürenin geçirilmesinden sonra artık böyle bir talepte bulunulamaz.

### III- GREV OYLAMASI KAVRAMI

#### A) GREV OYLAMASININ ÖZELLİĞİ

Grev hakkı kavramı gibi grev oylaması hak-

kı da yalnızca işçilere özgü ve onlara tanınmış, onların serbest iradeleri ile harekete geçirilebilen ve işletilebilen bir kurumdur. Nasıl ki grevin hukuki ve sosyal sonuçları öncelikle işçileri ilgilendiriyorsa, grev oylamasının hukuki ve sosyal sonuçları da işçileri ilgilendirmektedir. Aynı şekilde, grevi etkileyen faktörler, greve hazırlanma ve grevin yönlendirilmesi gibi sorunlar grev oylaması için de geçerlidir. Grev oylamasına hazırlanırken, grev oylamasını etkilemek ve yönlendirmek isterken bizzat grev kavramı ile uğraşıldığı, greve hazırlık ve grevi yönlendirme eylemine girildiği aşıkardır.

Bununla birlikte, ülkemizde kabul edilen sistemde grev oylamasında sendika üyesi olmayan işçilerin etkin olabilmesi grev oylamasına ayrı bir görünüm kazandırmakta, oylamaya hazırlık ve oylamanın yönlendirilmesi aşamalarında bu işçilerin önemli etkileri olabilmektedir. Gerçi, sendikalı olsun veya olmasın, greve katılıp katılmamanın serbest olduğu muhakkaktır. Ancak, sendikaların greve katılmayan işçilere gösterdiği tepkinin pek olumsuz olduğu, üstelik yasa gereği greve katılmayanların sözleşmeden yararlanmalarının sözleşmeye açık bir hüküm konulmasına bağlı olduğu (TİSGLK md.38/2) göz önünde tutulacak olursa, her iki kurumun niteliğinin ve sonuçlarının ayrı olduğu da görülecektir.

Grev oylamasının diğer bir özelliği, onun demokratik niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, adı üstünde “oylama” kavramı ister istemez işverenlerin, sendikanın ve hatta işçilerin bazı spekülasyonlarına yol açmakta, spekülasyonlar oylama ve grevi etkilemeye yönelmektedir. Bu durum, işçilerin gerek çalışma yaşamına gerekse özel hayatlarına da olumsuz etkide bulunmakta, işyerindeki işçilerde tümüyle oylamadan kaynaklanan ayrı ve değişik bir psikolojik ortam yaratmaktadır. İşçilerin çalışmalarını ve özel hayatlarını da etkileyen bu ortam, toplu görüşmelerin seyrine, işverenin ve sendikanın tutumuna göre değişik sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin, kimi işyerlerindeki işçilerde çekingenlik ve işinden olma kaygısı meydana gelmekte, kimi işyerlerinde işverence zaten istenmeyen sendikanın saf dışı edilmesi veya edileceği düşüncesi hakim olmakta, kimi

işyerlerinde ise işverene karşı bir zafer kazanıldığı veya kazanılacağı duygusu gelişmektedir. Böylece grev oylaması, oylamanın yapıldığı sırada veya bazı zamanlar uzunca bir süre işçilerin yaşantıları ile iç içe geçmekte, onların yaşantısının bir parçası haline gelebilmektedir<sup>24</sup>.

## B) GREV OYLAMASINDA ÇEŞİTLİ SİSTEMLER

Grevin başlatılması ya da sürdürülmesi için çoğunluk iradesine başvurma, başka bir deyişle grev oylaması yönteminin kullanılması her ülkenin iş hukuku mevzuatında farklılık gösterebilmektedir. Zira, her ülkenin kendi çalışma yaşamı konusunda geçirdiği deneyimler ve bu deneyimlerin grev hakkına yansımaları birbirinden farklı olmuştur. Aslında bu durum, ülkelerin iş hukukunu meydana getiren sosyolojik gelişmelerin doğal bir sonucudur. Durum böyle olunca, her ülkede grev hakkına gösterilen yaklaşım biçimi ile konumu itibarıyla grev hakkının içeriğinde olan grev oylamasına gösterilen yaklaşım biçimi de farklı olmaktadır.

Bu bakımdan grev oylaması konusunda kabul edilen sistemleri değişik açılardan değerlendirmek mümkündür. Örneğin grev oylaması konusunda kabul edilen sistemleri, oylamanın yasadan veya tüzükten kaynaklanan bir sebeple zorunlu olup olmamasına göre, “zorunlu”, “yarı zorunlu” ve “ihtiyari” olarak üçe ayırmak mümkündür. Bundan başka, grev oylamasının grevle ilgili prosedürdeki konumunu ve greve etkisini göz önünde tutarak “ön oylama niteliğindeki grev oylaması” ve “grev kararını denetleyen grev oylaması” şeklinde ikiye ayrılması da mümkündür. Ancak biz, hem ülkemizde kabul edilen sistemin nasıl oluştuğunu ortaya koyması hem de bazı ülkelerde kabul edilen ön oylama niteliğindeki sistemi daha açıklığa kavuşturması bakımından, grev oylamasını “zorunlu grev oylaması”, “yarı zorunlu grev oylaması” ve “ihtiyari grev oylaması” şeklinde üçlü bir ayırım içinde incelemeye çalışacağız<sup>25</sup>.

### 1- Zorunlu Grev Oylaması

Zorunlu grev oylaması, mevzuatın emredici nitelikteki bir hükmüne dayanarak, grev prosedürü içinde konumu ne olursa olsun mutlak

olarak yapılması gereken grev oylamasıdır. Bu sistemde ilgili yasa veya sendika tüzüğü hükümü gereği grev oylaması yapılmaktadır. Oylamanın, grev prosedürü içinde grev kararının alınmasından önce veya sonra yapılmasının bu sistemde önemi yoktur. Ancak, oylamanın grev kararının alınmasından önce yapılması genellikle kabul edilen bir yöntemdir.

Ülkemizde daha önceki 275 sayılı TİSGLK hazırlanırken başlangıçta zorunlu grev oylaması sistemi öngörülmüştü. Çalışma Bakanlığı'nca hazırlanan tasarının son şeklinde 21. madde, “greve yetkili sendikanın” serbest ve gizli oyla tespit edileceğini öngörmekte idi. Bir başka deyişle, Çalışma Bakanlığı tasarısı, bir sendikanın toplu iş sözleşmesine taraf olma yetkisini yeterli görmemiş, ayrıca greve yetkili olabilmek için gizli bir oylamanın yapılmasını gerekli görmüştü. Tasarının 22. maddesi de grev oylamasının Bölge Müdürünün veya temsil edeceği iş müfettişi ile sendika temsilcisinin önünde ve iş saatlerinde yapılacağını öngörmüştü. Böylece, hazırlanan tasarı grev kararının alınmasından önce yapılan grev oylamasını, “ön oylama” niteliğinde kabul etmişti<sup>26</sup>.

Zorunlu grev uygulamasının yapıldığı ülkelerden birisi Meksika Birleşik Devletleridir. Meksika Federal İş Kanunu'nun 451/II. maddesine göre, işçi örgütünün aldığı grev kararına o işletmede ve işyerinde çalışan işçilerin çoğunluğunun ancak “greve evet” demesinden sonra greve başvurulabilir. Burada grev oylaması grev kararını bütünleyen ön şarttır. Grev oylamasına başvurmadan veya gerekli çoğunluk sağlanmadan yapılan grev hukuka aykırıdır. Şili ve Bolivya'da da grev oylaması yasal zorunluluk iken, bilahare Şili'de askeri yönetimle birlikte buna son verilmiştir<sup>27</sup>. Meksika ve Filipinler'de grev oylamasına halen devam eden bir grevin sürdürülüp sürdürülmemesi konusunda da başvurulabilir<sup>28</sup>.

İngilterede 1984 tarihli Sendikalar Yasası ve 1990 tarihli İstihdam Yasası “grev oylamasını” grevin yasallığının ön şartı kabul etmiştir. Buna göre, her türlü toplu iş eylemine gitmeden önce oylama talep ve oylamaya katılma yetkisi her bir sendika üyesi işçiye ve hatta sendika üyesi olması kaydıyla işyerinde bağımsız

çalışanlara da tanınmıştır. Yasa, grevden etkilenecek üçüncü kişilere dahi grev oylamasına gidilmediği takdirde mahkemeye itiraz hakkını tanımıştır. Sendikalar, grev kararı işkolu düzeyinde alınmış olsa bile, her bir işyeri için ayrı ayrı grev oylaması yapmak ve buralarda çalışan tüm üyelerinin oylamaya katılmalarını sağlamak zorundadır. Oy hakkı olan işçilere, oylamadan önce veya sonra hiçbir şekilde baskı yapılamaz ve bu hakkına müdahalede bulunulamaz. Üyelerden tek bir tanesine bildirim yapılmamış olması veya başka bir işyerinde çalışan üyenin oy kullanması oylamayı geçersiz kılmaktadır. Oylama sonucunda kayıtlı sendika üyelerinin salt çoğunluğu grev lehinde oy kullandığı takdirde, grev kararı sendika yönetim kurulunda da onaylanmakta ve bunun sonucu grev uygulamasına geçilmektedir. Sendikanın oylamaya başvurmadan veya yeterli üye desteği sağlamadan greve başvurması veya bir grevi tanınması, grevi yasa dışı yapar<sup>29</sup>. Oylama gizli oyla yapılır. Sonuçların yayımlanması zorunludur. Eğer greve evet oyu fazla çıkarsa grevin 4 hafta içinde başlaması gerekir. Bu sürede greve gidilmezse oylama geçersiz sayılır ve yeniden oylama gerekir. Oylamadan haberdar edilen işverene, en az yedi gün önceden grevin uygulanacağını da bildirilmesi gerekir<sup>30</sup>.

## 2- Yarı Zorunlu Grev Oylaması

Yarı zorunlu grev oylaması kaynağını emredici nitelikteki bir yasa hükmünden almayan ve belli koşulların varlığı halinde grev prosedürü içindeki konumu ne olursa olsun yapılan grev oylamasıdır. Bu sistemde uyuşmazlığın herhangi bir aşamasında grev oylaması yapılması konusunda bir zorunluluk yoktur; ancak, belirli koşulların oluşması halinde grev oylamasının yapılması zorunludur.

Ülkemizde yine önceki 275 sayılı TİSGLK hazırlanırken Hükümet ve Türk-İş tekliflerinde “greve yetkili sendika” başlığı altında 21. maddede şu hükme yer verilmişti: “Greve toplu sözleşmeye taraf olma yetkisi bulunan sendika karar verebilir. Ancak, bu sendika grev kararı alacağı sırada o toplu sözleşme kapsamına giren sendika üyesi olabilecek nitelikteki işçilerin çoğunluğunu temsil etmiyorsa, toplu sözleşme

leşme kapsamına giren bu durumdaki işçilerin çoğunluğunun gizli oyla muvaffakatini alarak karar verebilir”<sup>31</sup>. Görüldüğü gibi, grev oylaması yapma zorunluluğu bulunmamakla birlikte, “sendikanın sözleşme kapsamına giren sendika üyesi olabilecek nitelikteki işçilerin çoğunluğunu temsil edememe” gibi bir durum varsa, o zaman “gizli oyla” grev oylaması yapma zorunluluğu doğacak demektir.

Yarı zorunlu grev oylaması sisteminin bulunduğu bir ülke Federal Almanya’dır. Federal Almanya’da grev oylamasının grevin yasallığı için bir ön koşul olmasını gerektiren bir hüküm bulunmamasına rağmen, uygulamada genellikle işçi sendikalarının yapacağı bir ön oylamadan sonra greve gidilmektedir. Federal İş Mahkemesi verdiği bir kararda grev oylamasını barış (dirlik) borcunun bir gereği saymıştır. Sendikaların tüzüklerinde usul ve oylama için “hangi oranda çoğunluğa” sahip olunması gerektiği belirtildiği gibi, Alman Sendikalar Birliği (DGB) Tüzüğüne de atıfta bulunmaktadır. Grev oylamasına gitmeden ya da gerekli çoğunluk sağlanmadan alınan grev kararları ve bu grev kararına göre uygulanan grevler hukuka aykırı grev sayılmaktadır<sup>32</sup>. Bununla birlikte, “Alman Hukukunda grev kararı alabilmek için önce gizli oylama yapılması ve bu oylamada sendika üyelerinin %75’inin grev için oy kullanması gerekse ve bu oranda işçi “greve evet” dese dahi<sup>33</sup>, yetkili sendika bütün durumu göz önünde tutarak grev kararı almayabilir”<sup>34</sup>. Görüldüğü gibi, bu ülkede uygulanan sistemin yarı zorunlu grev oylaması niteliğinde olmasının sebebi, yasal bir zorunluluk olmamakla birlikte hukuk düzeni ve sendika anatüzüğüne konulan hükümlerle oylamanın yapılmasının zorunlu hale getirilmesidir. Aynı şekilde, grevden önce oylamaya gidilmesi usulü İrlanda, Japonya, Kanada, İsviçre gibi ülkelerde de yasal yönden değilse de uygulamada benimsenmiş bir demokratik yöntem olarak kabul edilmektedir.

## 3- İhtiyari Grev Oylaması

İhtiyari grev oylaması, kaynağını herhangi bir yasal düzenlemeden (yasa, tüzük) veya teamülden alsa bile, hukuk düzeni tarafından



kabul edilen ve işçilerin serbest iradeleri ile harekete geçirebildikleri “grev oylamasıdır”. Bu sistemde asıl olan “işçilerin istemleridir”. İşçiler tarafından grev oylaması yapılması istendiği zaman, artık oylamanın yapılması kaçınılmaz olur. Daha önceki 275 sayılı TİSGLK’da 21 ve 22. maddelerde yapılan yukarıda açıklanan düzenleme, Millet Meclisi Komisyonu’nda bir takım aşamalardan geçtikten sonra tasarının 21 ve 22. maddeleri birleştirilerek bugünkü 2822 sayılı TİSGLK’daki (md.35, 36) şekline kavuşmuştur. Gerçekten, “sendikanın çoğunlukta olmadığı” zaman oylama yapma mecburiyeti kaldırılmış, oylama yapılması tamamen işçilerin isteğine terk edilmiştir<sup>35</sup>.

İhtiyari grev oylaması sisteminin bir örneği Fransa’da uygulanmaktadır. Fransa’da yasalar grevin hangi organca ve ne şekilde kararlaştırılacağı yolunda bir hüküm ihtiva etmediğinden, grev kararını işçi sendikası alabileceği gibi, işletme veya işyerindeki işçi topluluğu da alabilir. Hatta, birkaç işçi ile grevin başlatılması da mümkündür. Bunun için herhangi bir “grev oylaması” zorunluluğu da yoktur. Ancak, istenirse “grev oylaması” yapılmasını engelleyen bir hüküm de yoktur. Grev oylaması yapılmış ve işçilerin çoğunluğu “greve hayır” demiş olsa bile grevin uygulanmasına engel değildir. Bir başka deyişle, “grev kararı” alınması ile ilgili bir yasal düzenleme olmamasının doğal sonucu olarak, “grev oylaması” ile de yasal bir düzenleme ve bir ön şart mevcut değildir. Temel düşünce, işçilerin oylama konusunda serbest bırakılmasıdır<sup>36</sup>.

ABD’de de greve başvurmadan önce sendikaların oylamaya başvurma zorunluluğu yoktur. Bu ülkede grev oylamasına ilişkin düzenlemeler yasalarda yer almamış ve mahkeme kararlarıyla da bir zorunluluk olarak algılanmamıştır. Gerçi, sendikalar çoğunlukla tüzüklerde ve toplu iş sözleşmelerinde grev oylamasına yer vermektedirler. Ancak, bu hükümlere mutlak uyulması şartı yoktur. Grev oylaması yapılması, tüzük ve toplu sözleşmelerde oylamaya ilişkin düzenlemelerin yer almasına bağlı değildir. Bu konuda tamamen bir serbesti vardır. ABD’de grev oylaması, daha çok sendikaların bazılarının isteğe bağlı olarak başvurduğu bir uygu-

lama olup, bu uygulamayla mevcut grevlerin başarısının garanti edilmesi, işveren üzerinde baskı oluşturulması ve sendika üye ilişkisinin kuvvetlendirilmesi amaçlanmaktadır<sup>37</sup>.

## C) DOKTRİNDE GREV OYLAMASI

Grev oylaması kurumu mevzuatımızda düzenlenişiyile birlikte çeşitli olumlu ve olumsuz görüşleri de beraberinde getirmiştir.

### 1- Grev Oylaması Hakkında Olumsuz Görüşler

Doktrinde ULUCAN, bireysel bir hak olarak işçilerin greve katılıp katılmamakta özgür olduklarından dolayı grev oylaması düzenlemesinin işverenlere kanuni grevleri kırma imkanı verdiğine ve bunun da hakkın özüne dokunur biçimde sınırlanması anlamına geldiğine işaret etmektedir<sup>38</sup>. DEMİRCİOĞLU’na göre ise, “grevin başlatılmasında hangi irade, yöntem öngörülmüşse, başlamış grevin yürütümü ve kaldırılmasında da özdeş iradenin yetkili kılınması gerekir. Böyle olmayıp da grevi kaldırma sendikanın üyelerine bırakılır ise işçi ile sendika arasında görüş ayrılığı ortaya çıkabileceği gibi, sendikanın grev hakkını kullanarak işverenle toplu pazarlığı sürdürme imkanı da ortadan kalkar”<sup>39</sup>. Grev oylaması düzenlemesinin olumsuz grev özgürlüğünü ve greve müdahaleyi genişlettiğini ifade eden yazar şöyle devam etmektedir: “Greve katılmama, grevden vazgeçme anlamına gelen olumsuz grev özgürlüğü, gerek 1982 Anayasası’nda gerekse 2822 sayılı yasada düzenlenmişken, alınmış bir grev kararının uygulanmasına karşı çıkma olarak 2822 sayılı Yasada yeniden grev uygulaması adıyla düzenlenmesi, katmerli bir şekilde grevden uzak kalma özgürlüğü anlamına gelmektedir”<sup>40</sup>. TAŞKENT de geçmişten beri yapılan uygulamaları göz önünde tutarak, “Ülkemizdeki düzenleniş biçimiyle grev oylamasının Anayasanın 54. maddesinde işçilere tanınan grev hakkının kullanılmasını engelleyici bir işlev gördüğünü, grev hakkını sınırladığını” ifade ederek “grev oylamasının olumsuz grev özgürlüğünü ve greve müdahaleyi aşırı derecede genişlettiğini” ileri sürmüştür<sup>41</sup>. Nihayet, TÜRK-İŞ’in grev kararının grev oylaması yoluyla önlenmesinin

sendikal demokrasiye ters düşeceği şeklindeki görüşü yanında<sup>42</sup>; hemen tüm yazarların aynı paraleldeki ortak görüşü, “hukukumuzda toplu iş sözleşmesi yapma ve grev kararı alma yetkisinin sendikalara verilmesine rağmen, grevin toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin ayrılmaz bir parçası olmasından dolayı bu sistem içinde işçilere yeniden söz verilmesinin çelişki olduğu” ve “bunun sendikal demokrasi ile bağdaşmayacağı” yolundadır<sup>43</sup>.

## 2- Grev Oylaması Hakkında Olumlu Görüşler

Mevzuatta düzenlendiği şekliyle grev oylamasının yerinde olduğunu savunan yazarlardan SAYMEN/EKONOMİ'ye göre grev oylaması, grev hakkının kullanılmasında çoğunluğun iradesini hakim kılarak işçilerin grevin muhtemel sonuçları karşısında bizzat karar vermelerini sağlayan demokratik bir yoldur. Zira, “demokratik düzende sadece siyasal haklar bakımından değil, sosyal hakların kullanılması bakımından da çoğunluk prensibinin uygulanması doğrudur. Böylece faal azınlıkların işyerlerinde kendi iradelerini çoğunluklara zorla kabul ettirmelerini önlemekte; ayrıca, işçi teşekküllerinin üyelerinin arzusu hilafına grevi empoze etmeleri veya kilit noktasında bulunan birkaç işçinin grev yapmak arzusu yüzünden büyük bir işçi kitlesinin zarara uğraması gibi tehlikeler bertaraf edilmektedir”<sup>44</sup>. ÜÇİŞİK ise, grev kararının uygulanmasının bir bütün olarak o işyerindeki işçilerin çoğunluğunun iradesi ile geçerlilik kazanması gerektiğini belirtmektedir. Zira, “grev ilan edilecek bir işyerindeki bir kısım işçilerin greve taraftar olmamalarına rağmen grev ilanından ters yönde etkilenmesi ve buna karşı olabildiğince tedbirler alınması konusu bir yana, madem bir işyerinde grev ilanı bir bütün olarak o işyeri işçi topluluğu için lehte ve aleyhte sonuçlar doğuracaktır, o halde grevin sevk ve idaresi ile sorumluluğun kime veya kimlere, hangi çerçevede ait olacağı gibi hususlarda toplumu, işçileri ve işvereni koruyucu düşüncelerle ne türlü bir düzenleme yapılırsa yapılsın, grev kararı bir bütün olarak o işyeri işçi topluluğunun iradesi ile geçerli olmalıdır”<sup>45</sup>. GÖKSOY da sadece işçilere tanınan grev

hakkını yasaların çizdiği sınırlar içinde kullanıp kullanmaması da yine kendilerine tanınan bir hak olduğuna göre, bunun “kendi haklarına müdahale, grevin yapılmasını önleyen müdahale olarak değerlendirilmesi en azından mantık kuralları ile çelişmektedir” demektir. Ona göre “kişinin kendi hakları konusunda tasarrufta bulunurken yaptığı şey, haklarına müdahale etmek değil, onu kullanmak ve korumaktır. Bu da bir hak sahibi olmanın doğal sonucudur”<sup>46</sup>. KOCAOĞLU'na göre ise, grev oylaması bir işyerindeki çoğunluk iradesini temsil etmeyen bir grev kararını eyleme geçirmekten alıkoymuş, çoğunluk iradesini hakim kılarak işçilerin grevin muhtemel sonuçları karşısında bizzat karar vermelerini sağladığı için yerinde bir düzenlemedir. Gerçekten, “işçi sendikasının grev kararı alması, işyerindeki işçilerin iradesinin grev yapma yolunda olduğuna ancak bir karene teşkil eder. Halbuki, grev kararı üzerine grev oylaması talep edilmez ise, işçiler zımni olarak grev oylaması yaparak olumlu karar verirse açık olarak iradelerinin grev uygulanması yönünde olduğunu gösterir”<sup>47</sup>. Grev oylaması, “özellikle sırf anlaşmış olmamak için uzlaşmaya yanaşmayan, ideolojik ve militan sendikacılık faaliyetleri sonucu gereksiz grev uygulamalarına engel olmakla kalmayacak, oylama sonunda işçiler greve “evet” demişlerse, işveren işçilerin çoğunluğu tarafından da desteklenmiş bir grevin uygulanmasıyla karşı karşıya kalacaktır”<sup>48</sup>.

## 3- Anayasa Mahkemesi Kararı

275 sayılı Kanun zamanında<sup>49</sup>, Türkiye İşçi Partisi tarafından bu kanunun bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırılık iddiası ile açılan davada “grev oylamasının” Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmiş, davacı grev oylamasına ilişkin 22. maddenin Anayasa'nın 11. ve 47. maddelerine aykırılığı iddiasını şu gerekçeye dayandırmıştı: “Dava konusu yasanın 22. maddesinin birinci fıkrası uyarınca işyerinde grev oylamasına başvurma yükümü grev hakkının kullanılmasında işverenin bir takım işçilere baskı yapma yolunu açacaktır ve grev hakkının kullanılmasını zorlaştıracaktır. Bu oylamanın gerekip gerekmeyeceğini işçi kuruluşları kendi tüzükleri ile belli edebilirler, oylama zorunlu sayılsa bile bunun

yalnız işyerinde yapılmasını öngören kanun hükmü, hakkın özüne dokunur niteliktedir”<sup>50</sup>.

Anayasa Mahkemesi açılan davada aksi bir görüşle grev oylamasını düzenleyen 22. maddenin toplu sözleşme ve grev hakkının özüne dokunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir<sup>51</sup>: “Grev oylaması sendikanın işçilerin çoğunluğunun isteğine aykırı bir kararın uygulanmasını önlemek üzere öngörülen bir tedbirdir. Böylece sendika yöneticilerinin durumu yanlış takdir ederek işçiler için istenilmeyen bir davranışa geçmesine fırsat verilmemiş olur. Bu oylamanın ancak ve ancak işyerinde yapılabileceği anlamı hükmün yazılışından kesin olarak anlaşılmalı birlikte bunun ancak işyerinde yapılabileceği kabul edilse dahi oylamayı gözetleyecek olan memurun uygulayacağı ve en büyük mülki amirin belli edeceği tedbirler alınarak işverenin işçiler üzerinde olumsuz etkide bulunması olanağı ortadan kaldırılabılır. Bu bakımdan bu hükmün sendikaların tüzüklerine bırakılmayıp kanunda yer almasının grevin kullanılmasını zorlaştıracığı ve işçilere baskı yapılmasına yol açacağı ve bundan ötürü Anayasaya aykırı olduğu iddiası kabul edilemez”<sup>52</sup>.

Mahkemenin kararını demokratik katılım bakımından değerlendirildiğinde yerinde bulunan OKUR, “kanundaki grev oylaması düzenlemesinin hukuki yönden toplu pazarlık düzeni dikkate alındığında bu sistem ile çelişen ve sistemin ayrılmaz parçası olan grev hakkını ortadan kaldıran bir kurum olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Bu anlamda, grev hakkının disiplinli ve geniş işçi kuruluşları içinde sorumlu zihniyetle kullanılabilmesinin tarihi denemelerle sabit olduğunu, işçi kuruluşlarının kuvvetlenmesi ve sendikacılığın işçiler arasında yayılması bakımından zorunlu bir önlem olarak düşünülmesi gereği nedeniyle grev oylamasının kanunun bütününe ve sistemine aykırı olduğunu” belirtmiştir<sup>53</sup>. KABAKCI da paralel bir düşünceyle, “grev oylamasını toplu pazarlık bakımından olmazsa olmaz bir kurum olarak görmemekle birlikte; “sendikanın grev kararı almadan önce üyelerinin görüşünü almasının sendika içi demokrasinin sağlanması bakımından faydalı” ve bu anlamda grev oylamasının “kanundaki düzenlemeye bakıldığında demok-

ratik bir katılım mekanizması gibi gözüktüğünü” belirtmekte; “ancak, oylamanın grev kararından sonra yapılması ve buna tüm işçilerin katılması dikkate alındığında, bunun işverenler tarafından kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir” demektedir<sup>54</sup>.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi kararını isabetli bulan yazarlara göre<sup>55</sup>, bu karar 2822 sayılı Yasanın 35 ve 36. maddeleri açısından da geçerliliğini korumaktadır<sup>56</sup>. Grev oylaması temelde sendikal faaliyetlere, toplu sözleşme grev haklarına ters düşmeyen bir kurumdur. Çünkü grev sırasında bu hakkın kullanılmasından dolayı en fazla etkilenenler işçilerdir<sup>57</sup>. Bundan başka, uyuşmazlık, işçilerin kendi hak ve borçları ve çalışma koşullarını tespit edecek sözleşme ile ilgilidir. Şu halde bu etkilenme ve ilgi nedeniyle, işçilere belirli koşullar çerçevesinde grev oylaması yoluyla greve engel olabilmek hakkı tanınmalıdır<sup>58</sup>.

Ekleyelim ki, “grev oylaması” hakkının işçilere tanınması konusunda ileri sürülen görüşlere hukuki bir son veren Anayasa Mahkemesi kararının isabetinden şüphe edilmemek gerekir kanısındayız. Öğretide yapılan tartışmalarda getirilen eleştirilerden “demokratik bir kurum olarak grev oylamasının grev kararının alınmasından önce yapılmasını” öngören görüşlerin ise, özellikle oylamada “greve hayır” çıkması halinde “yetkinin düşmesini” öngören 275 sayılı Yasa zamanında geçerli olabileceğini düşünüyoruz. Buna karşılık, “greve hayır” çıkması halinde 15 gün içinde karşılıklı “anlaşma” yanında “Yüksek Hakem Kuruluna başvurma” alternatifini getiren 2822 sayılı Yasa döneminde ise bunun önemini kalmadığı aşıkardır. Zira, işyerinin sözleşmesiz kalmasına izin vermeyen, toplu sözleşme düzenini bir “kamu düzeni” addeden 2822 sayılı Yasanın sistemi, “grev oylamasını” işçilerin önüne “tercihli” olarak sunmaktadır. Buna göre, işçiler ve örgütleri sendikalar, işyerinde grev sonrası gerçekten uygulanabilir bir sözleşme yapacaklarına inanıyorlarsa grev oylamasında “greve evet” çıkararak direnişe geçebileceklerdir. Ama, işçiler ve sendikaları grevi sürdürmekte zorlanacaklarına, boş yere ücret ve kıdem kaybına uğrayacaklarına inandıkları takdirde, halen genel

## Yerinde ve zamanında işletilmesi koşuluyla grev oylamasının her üç tarafa da istismarı önlemekte önemli bir araç sağladığı kanaatindeyiz.

olarak yapıldığı gibi, “greve hayır” çıkararak Yüksek Hakem Kurulu’na başvurmak suretiyle işyerinde “kamu düzenini” yeniden tesis edebileceklerdir. Böyle bir sistemin her üç tarafın yararına olduğu, “grev oylamasının” istismara yol açabilecek yönlerine rağmen “zarardan çok yarar sağladığına” kuşku yoktur. Bunun önemini, aşağıda taraflar bakımından yaptığımız inceleme ve değerlendirmede de görmek mümkündür.

### D) GREV OYLAMASININ TARAFLAR BAKIMINDAN ÖNEMİ

Yukarıda zikredilen doktrin görüşlerinin her birinin kendine özgü doğru yanları olduğu muhakkak. Bu nedenle “grev oylaması” kurum olarak toplu iş hukukunun önemli konularından birini oluşturmaya devam ediyor. Burada biz, “grev oylamasının” önemini artısıyla eksisiyle tarafları olan işçiler ve örgütleri sendikalar ile işverenler bakımından ortaya koymaya çalıştık. Sonuçta da bu kurumun varlığını devam ettirmesi gereken bir kurum olduğu, grev hakkının bir uzantısı ve tamamlayıcısı olarak maceraya sürüklenmeyi önleyen bir görevi olduğu, yerinde ve zamanında işletilmesi koşuluyla grev oylamasının her üç tarafa da istismarı önlemekte önemli bir araç sağladığı kanaatine vardık.

#### 1- İşçiler Bakımından Önemi

Grev oylaması sadece işçilere tanınmış bir haktır. İşveren veya üçüncü kişiler ile sendikaya böyle bir hak tanınmış değildir. Bu husus TİSGLK’nın grev oylamasını düzenleyen 35. maddesinde “işçilerin” sözcüğü ile açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan grev oylaması grev hakkının bir uzantısı olarak kabul edilmektedir. “Sendikaca alınan grev kararının uygulanıp uygulanmaması yönünde işçiye görüş ve

düşüncelerini açıklama imkanı veren bu müessese, bazı Batı tatbikatında yer aldığı gibi, demokrasi ve hür sendikalizmin tabii icaplarından”<sup>59</sup>. Böylece işçiler, ancak grev oylaması yoluyla bir grev durumunda kendi kaderlerine kendileri hakim olmakta, sonuçlarına da yine kendileri katlanmaktadır. Gerçekten, grev oylaması yoluyla gereğinde azınlıkta olan ve tasvip görmeyen sendika iradesinin çoğunlukta olan işçilerin iradesine zorla üstün kılınmasının önüne geçilmektedir. Böylece, demokrasi ilkesi ile bağdaşmayan bazı kötü sonuçların doğmasına da imkan verilmediği gibi, bunun sonucu sendika yöneticilerinin durumu yanlış takdir ederek işçiler için istenilmeyen bir davranışa sürüklenmesine de fırsat verilmemiş olmaktadır<sup>60</sup>.

İşçiler bakımından grev oylamasının önemini ortaya koyan bir yön de “grev oylamasının” sendikaya, işçilere ve işverene karşı işçilerin güçlerini ve etkinliğini ortaya koyma olanağı vermesidir. Gerçekten, “greve evet” diyerek işçilerin sendikayı işveren karşısında güçlendirmesi veya “greve hayır” diyerek işçilerin bir anlamda sendika karşısında işvereni güçlendirmesi, toplu görüşmeler sırasında bu yolla işçilere sendikal örgütlerini denetleme olanağı vermektedir. Özellikle toplu sözleşme hakkının yalnızca içerdiği hakları korumak bakımından mı, yoksa yeni haklar sağlamak için mi veya ideolojik amaçlara araç edilmek için mi kullanıldığını denetleyebilmek ancak grev oylaması ile mümkün olabilmektedir. Bu durum, çalışanları onurlandırıcı ve kendilerine olan güveni artırıcı bir etki yaptığı gibi, işyeri üretimine de olumlu katkıda bulunmaktadır<sup>61</sup>.

#### 2- Sendikalar Bakımından Önemi

Sendikalar bakımından grev oylaması, her şeyden önce prestij konusudur. Sendikaların işveren karşısında gücünü ortaya koyabilmesi veya gücünün derecesini denetleyebilmesi bakımından grev oylaması önemli bir sınavdır. İşçilerin çoğunluğunun grev oylamasında “greve evet” demesinin sendika üzerinde yaratacağı etki, hem grev uygulamasının başarı derecesini tahmin etmekte hem de toplu iş sözleşmesi koşullarını yeniden gözden geçirmekte önemli bir etkidir. Böyle bir durumda, uygulama-

**“Kanuni grev” kararının işyerinde  
“ilan” edilmesinden başlayarak  
“altı işgünü” içinde grev oylaması  
talebinde bulunulabilir.  
Altı işgününün hesabına,  
ilanın yapıldığı gün dahil edilmez.**

da sendika ileri sürdüğü tekliflerini gereğinde ağırlaştırabilmekte; aksi halde, işçilerin tam desteği ve dayanışması ile grev uygulamasına geçmekte tereddüt etmemektedir. İşçilerin çoğunluğunun “greve hayır” demesi durumunda ise, sendikanın o işyerinde gücünün yeterli olmadığı, dolayısıyla grev uygulamasına geçmesine veya toplu sözleşme yapmaya yönelmesine uygun ortam bulunmayacağı, Yüksek Hakem Kurulu’na başvurmanın en uygun yol olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda eski 275 sayılı TİSGLK’dan farklı olarak 2822 sayılı TİSGLK, oylama sonucunun “greve hayır” çıkması halinde “yetki belgesinin hükümsüz” kalmasını, “işçi sendikasının oylama sonucunun kesinleşmesinden itibaren 15 gün içinde karşı tarafla anlaşmaya varamama veya Yüksek Hakem Kuruluna başvurmama” şartına bağladığından (md.36/3), uygulamada sendikaların genel olarak “karşı tarafla anlaşma” yerine “Yüksek Hakem Kuruluna başvurduğunu” görüyoruz<sup>62</sup>. Özellikle ilk defa örgütlenen işyerlerinde işverenlerin sistematik olarak toplu iş sözleşmesi yapmayı reddettiği haller ile sendikaların bir grevi sürdürme gücünün sınırlı olduğu veya sonucu belli olmayan bir maceraya sürüklenmek istemediği hallerde, sendikaların “grev oylaması” öncesinde işçiler arasında “greve hayır” propagandasını bizzat yaparak uyuşmazlığı Yüksek Hakem Kurulu’na götürmeyi kural haline getirdiğine tanık olunmaktadır. Öyle ki, son yıllarda grev oylamalarının bir barışçı çözüm yolu olan Yüksek Hakem Kurulu’na başvurmanın sendikalar arasında gitikçe yaygınlaşan bir araç haline geldiğini söylemek de yanlış olmaz.

Sendikalar bakımından bir başka önemli husus, grev oylamasının sendikal rekabette örgüt içi demokrasiyi ve dayanışmayı sağlamaya yar-

dımcı olmasıdır. Özellikle işyerinde rakip sendikaların oylamayı kaybetmesini istediği hallerde işyerinde gücünü kanıtlama, sürdürme ve rakip sendikayı altetme bakımından da grev oylaması önemli rol oynamaktadır. Zira, bilindiği gibi, uygulamada bir sendikanın diğer bir sendikanın grev oylamasını kaybetmesi için çalıştığı da zaman zaman görülmektedir. Bu gibi durumlarda sendikaca alınan grev kararı kolektif bir nitelik kazanmakta, grev oylamasını kazanan sendika bu yolla örgüt içi dayanışmasını sağlamaktadır. Aslında “greve kolektif ve meşru karakterini veren, ona iştirak edenlerin adedi değil, işçiler nazarında bu hareketin tasvip görmesidir”<sup>63</sup>.

### 3- İşverenler Bakımından Önemi

Grev oylaması, işverenin ekonomik gücü, ekonomik geleceği açısından önemli bir kudur. Denebilir ki, grev oylamasına hakim olan işveren, o günkü ekonomik gücünü de korumuş demektir. Bu nedenle, grev oylaması nitelik bakımından işverenin müdahalesine her zaman açık bir konu olmuştur. Uygulamada yapılan hemen her grev oylamasında işverenlerin konuya değişik biçimlerde el attığı sık sık görülmüştür. Genellikle işverenler, işçilere vaadde bulunma, hatta bu vaadin bir kısmını peşinen yerine getirme, sendika isteklerini kötüleme ve yerme, grev uygulamasına geçildiği takdirde işyerinin bir daha çalıştırılmayacağını ileri sürme şeklinde konuya müdahale etmektedir. Bu konuda sınırlı da olsa “kapsam dışı personel” aracılığı ile oylamayı sayısal bakımdan etkileme olanağına sahip olan işveren, yaptığı müdahaleler ile oylamaya da egemen bir pozisyona geçebilmektedir<sup>64</sup>.

Bundan başka, işveren bakımından grev oylamasının sendikaya karşı bir koz ve mücadele aracı olarak kullanılmaya elverişli olduğu da inkar edilemez. Bunun sonucu grev oylaması yoluyla işçilere egemen olabilen işveren, bunun doğal sonucu olarak, toplu iş sözleşmesinin içereceği ücret ve diğer çalışma koşullarıyla ilgili konularda isteklerini daha kolay yaptırabilme olanağına sahip olmaktadır. Öyle ki, toplu görüşmeler sırasında grev oylamasında “greve hayır” çıkması halinde Yüksek

Hakem Kurulu'na başvurulacağını bilen işverenler, işçiler arasında yaptığı propaganda ile "greve evet" çıkararak bazı hallerde sendikaları güç durumda bırakabilmektedirler. Böyle durumlarda, "greve evet" çıkması halinde greve katılımın üretimi pek etkilemeyeceğini bilen sendikalar ile greve katılımın çok olması veya lokavt uygulamasına geçilmesi halinde işçilere "yardım" dağıtmakta zorlanacağını bilen gücü sınırlı sendikalar, toplu görüşmelerde daha ılımlı bir tutum ve davranış takınmakta, direnişini en fazla grev oylaması öncesine kadar sürdürebilmekte, grev oylamasında beklemediği sonuçla karşılaşmamak için de grev oylaması yapılmazdan hemen önce anlaşmaya varma gereği duymaktadırlar.

Ekleyelim ki, işverenin de bir koz ve mücadele aracı olarak gördüğü "grev oylamasını", grev hakkının karşıtı gibi değerlendirmek, onu grev hakkından soyutlayarak düşünmek doğru olmaz. Tam tersine, grev oylamasını grevi tamamlayan, "grev kararına tabanın özünü ve düşüncesini şırınga eden bir kurum olarak görmek gerekmektedir"<sup>65</sup>.

## IV-GREV OYLAMASININ USUL VE ŞARTLARI

### 1- Grev Oylama Talebinde Bulunanlara İlişkin Usul ve Şartlar

Kanuna göre, "kanuni grev" kararının işyerinde "ilan" edilmesinden başlayarak "altı işgünü" içinde grev oylaması talebinde bulunulabilir. Altı işgününün hesabına, ilan yapıldığı gün dahil edilmez<sup>66</sup>. İşyeri esas alınarak yapılan grev oylaması, işletme sözleşmelerinde her bir işyeri ayrı bir birim olarak esas alınır.

Bu talebin, "grev kararının ilan edildiği tarihte" işyerinde çalışan "işçilerin en az dörtte birinin" talebi üzerine yapılması gerekir (TİSGLK md.35/1)<sup>67</sup>. 2822 sayılı Kanun 275 sayılı eski TİSGLK'dan farklı olarak üçte bir oranını dörtte bire indirerek daha az sayıda işçi ile grev oylamasının yapılmasını sağlamıştır<sup>68</sup>. Oylama talebi "yazılı" olarak her işçi tarafından ayrı ayrı yapılabileceği gibi, tek metnin işçiler tarafından topluca imzalanması şeklinde de ya-

pılabilir<sup>69</sup>. Talebin "yazılı" yapılması "geçerlilik" şartı; altı işgünlük süresi de "hak düşürücü" bir süredir<sup>70</sup>. Kanunda "işçiler" denildiğine göre, "işletmenin bütününü sevk ve idareye yetkili olan" (Sen.K.md.3/5) işveren vekilleri ile "toplulu görüşmelerde taraf olarak hareket eden" (TİSGLK md.62/2) işveren vekilleri dışında kalan bütün işçiler, "sendika üyesi olsun veya olmasın" dörtte birlik oranının hesabında göz önünde tutulacak demektir<sup>71</sup>. İşletme toplulu iş sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıktaki grev oylamasında ise, grev oylaması isteyen işçilerin yeterli orana ulaşmış olup olmadığına tespitinde, işletmeye dahil tüm işyerlerindeki işçilerin toplamı dikkate alınarak belirlenecektir (TİSGLK md.36/son).

Ayrıca bu işçilerin, "grev ilanının yapıldığı tarihte" işyerinde çalışan işçiler olması gerekir (TİSGLK md.35/1). Eski 275 sayılı Yasada boşluk bulunması nedeniyle tartışmalara yol açan bu husus da 2822 sayılı Yasada açıkça düzenlenmiştir<sup>72</sup>. Bununla birlikte, "kötü niyetli bir işverenin bu tarihe kadar grev kırıncısı işçileri işe alabileceği" ihtimali ve endişesiyle bu düzenleme de eleştirilmiştir. Buna göre, uyuşmazlık raporunun resmi arabulucudan çıktıktan sonra işyerinde grev ilanına kadar işveren grev yanlısı işçileri işten çıkarabilecek, buna karşılık kısa süreli de olsa işe aldığı grev karşıtı işçiler sayesinde "greve hayır" çıkartabilecektir. Gerçi, işverenin grev oylamasını etkilemek için yaptığı dürüstlük kuralları ile bağdaşmayan bu davranışı esas itibariyle Medeni Kanunun 2. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Ancak, dürüstlük kuralına aykırılık iddialarının ispatlanmasının ne derece zor ve uzun bir süreç aldığı da iyi bilinmektedir. Bu nedenle, değişik görüşler arasında ileri sürülen "arabulucu tutanağının görevli makam tarafından taraflara tebliğ edildiği" tarihte<sup>73</sup>, veya "toplulu sözleşme çağrısının yapıldığı tarihte"<sup>74</sup> veya "yetki belgesinin alındığı tarihte" işyerinde çalışan işçilerin hesaplamada dikkate alınması tavsiyesi yer almıştır.

Bu tavsiyelerden kendimizi en yakın hissedebileceğimiz görüşün, "arabulucu tutanağının görevli makam tarafından taraflara tebliğ edildiği tarihte" çalışan işçilerin sayısı olabileceğini

## Oylama talebinin yapılmasından itibaren oylama sonucunun kesinleşmesine kadar geçecek sürede grev uygulamasına geçilemez. Aksi halde grev kanun dışı sayılır.

ifade etmek isteriz. Ancak, sayın KUTAL'ın bu görüşünü Yasanın çıktığı yılı müteakip 1984 yılında serdettiği, henüz “iş güvencesi” yasası gereği “geçerli sebeple” iş sözleşmesi fesihleri gündemde olmadığı için, kabul edilebilir bir görüş olabilirdi. Bu nedenle, halen gerek iş sözleşmesi fesihlerini “geçerli sebebe” bağlayan yeni İş Kanunu hükümlerinin yükleyeceği maliyetlerin “caydırıcı” niteliği, gerekse “arabulucu tutanağının görevli makam tarafından taraflara tebliğ edildiği tarih” ile “işyerinde grev ilanının yapıldığı tarih” arasında çok uzun bir sürenin bulunmaması (en fazla iki hafta), bizi mevcut yasal düzenlemenin de bir sakıncası olmadığı düşüncesine götürmektedir.

Ekleyelim ki, “grev ilanının yapıldığı tarihten” önce işten çıkan ve çıkarılan işçiler ile bu tarihten sonra işe giren işçiler talepte bulunamayacakları gibi, oylamaya da katılamazlar<sup>75</sup>. Bunun gibi, “çıraklar” ve “stajyerler” bir iş sözleşmesi ile çalışmadıkları için, “güvenlik görevlileri” de tabii oldukları 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun<sup>76</sup> gereği yapılacak bir greve de katılamayacaklarından dolayı (m.17), grev oylamasında da dikkate alınmazlar<sup>77</sup>. Aynı şekilde, alt işveren işçileri de asıl işverenin işyerinde yapılacak grev oylamasında hesaba katılmazlar. Aksi halde, alt işveren işçileri ile kanuni grevlerin önüne geçilmesi her zaman mümkün olabilirdi<sup>78</sup>. Buna karşılık, grevin ilan edildiği tarihte işçinin hasta olması, izinli olması veya işverenin başka işyerinde çalışıyor olması, oylamaya ilişkin oranların hesabında bunların dikkate alınmasına engel olmaz<sup>79</sup>. Çünkü iş sözleşmeleri yürürlüktedir. Tıpkı iş sözleşmeleri feshedilmemiş geçici işçilerin de grev oylamalarında dikkate alınmasına bir engel bulunmadığı gibi...

## 2- Grev Oylaması Yapılmasına İlişkin Usul ve Şartlar

Grev oylaması talebi, Bakanlık veya Bölge Müdürlüklerine değil, mahallin en büyük amirine yapılabilir (TİSGLK md.35/1). Oylama, bu konudaki talebin yapılmasından başlayarak “altı işgünü” içinde, işyerinde iş saatleri dışında, en büyük mülki amirin belirleyeceği gün ve saatte, onun veya görevlendireceği memurun yönetimi altında gizli oy ve açık sayım esasına göre yapılır (TİSGLK md.35/2). Uygulamada talep, Valiliklere (veya Kaymakamlıklara) yapılmakta, Valilik de ya kendi memurlarından birini görevlendirmekte ya da talepleri genellikle Bölge Müdürlüklerine havale etmektedir. Bölge Müdürlüğünün görevlendirdiği memur veya iş müfettişi öncelikle grevin işyerinde ilan tarihindeki çalışan işçileri tespit ederek bunların doğruluğunu işyeri kayıtları ile karşılaştırmakta, en az bir gün önceden oylama gününü ve saatini ilan etmekte, “greve evet” ve “greve hayır” oy pusulalarını, oy sandığını ve kapalı oy verme yerini hazırlamakta, bilahare belirlenen gün ve saatte kendi nezaretinde ve işçi-işveren temsilcilerinin gözetiminde oylamayı yaptırmaktadır. Postalar halinde çalışılan işyerlerinde ise her posta için ayrı ayrı oylama yapılmakta, hazırlanan oy pusulaları kapalı bir yerde zarfa konularak sandığa atılmaktadır<sup>80</sup>. İşletme sözleşmelerinin yapılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, grev oylaması talebi her bir işyerinin bulunduğu mahallin en büyük mülki amirliğine yapılmakta; daha sonra dörtte bir oranının tespiti ile oylama sonuçları işletme merkezinin bulunduğu en büyük mülki amirlikte toplanmakta ve belirlenmektedir (TİSGLK md.36/4). Oylama talebinin yapılmasından itibaren oylama sonucunun kesinleşmesine kadar geçecek sürede grev uygulamasına geçilemez. Aksi halde grev kanun dışı sayılır<sup>81</sup>.

Grev oylaması, kanuni bir grevin zorunlu şartlarından olmadığı için, oylama talebinin usulünce yapılmaması nedeniyle (yazılı olmayan bir şekilde yapılması, altı işgünlük süresi geçirilerek yapılması veya dörtte birin altında işçinin talep etmesi hallerinde), oylamanın yapılamamış olması alınan grev kararının ka-

nuniliğine bir zarar vermez. İşçi kuruluştaki da alınan grev kararından sonra “işçilerin oyuna başvurmak” zorunda olmadığı gibi, bu kararı uygulamak için grev oylaması “talep edilmesini” beklemek zorunda da değildir. Ancak bu durum, bir grev oylaması talebinde bulunulmadığı hallerde söz konusudur. Zira, usulüne uygun bir grev oylaması talebi yapılmışsa, oylama yapılmadan ve sonucu alınmadan grev kararının uygulamaya konulması mümkün değildir. Böyle bir talebe rağmen, işçi sendikasının grevi uygulamaya koyması halinde grev “kanun dışı” sayılır<sup>82</sup>.

## V- GREV OYLAMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

Yapılan grev oylamasının sonucu dört nüsha olarak düzenlenecek bir tutanakta gösterilir<sup>83</sup>. Bu tutanağın bir nüshası “işverene”, bir nüshası greve karar veren “işçi sendikasına”, bir nüshası “Bölge Müdürlüğüne”, dördüncü nüshası da “mahallin en büyük mülki amirliğine” verilir (TİSGLK md.36/1). Oylamaya itirazlar, oylama günü hariç “üç işgünü” içinde yapılmak zorundadır. Zira üç günlük itiraz süresi “hak düşürücü” bir süredir. Oylama tarihinden itibaren üç işgünü içinde herhangi bir itiraz olmaz ise, oylama sonucu kesinleşmiş olur<sup>84</sup>. İtirazların, başvurulması gereken iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemeye yapılması gerekir. Mahkeme, yine “üç işgünü” içinde itirazı “kesin” olarak karara bağlar (TİSGLK md.36/2).

Kanunda itiraz etmeye hakkı olanlarla ilgili bir hüküm bulunmamakla birlikte, sonuçtan olumlu veya olumsuz etkilenen ve itiraz etmekte menfaati olan herkesin grev oylamasına itiraz hakkı vardır. Bu anlamda oylamaya itiraz edebilecek kişilerin başında işçiler gelmektedir. Ancak, itiraz için de artık dörtte bir oranında işçi sayısı aranmaz. Tek işçi dahi grev oylamasına itiraz edebilir. Grevi uygulayan taraf olarak sendikanın da oylamaya itiraz etmesi mümkündür. Sendikalar Kanunu'na göre, “toplu iş uyuşmazlıklarında ..... yargı organlarına başvurma” (md.32/2) hükmü de sendikalara bu tür itirazlarda bulunma yetkisini vermektedir<sup>85</sup>. Doğal olarak grev oylamasından etkilenen işverenin veya işveren sendikasının da itiraz

hakkı vardır<sup>86</sup>. Çünkü, grevin uygulanıp uygulanmaması işveren tarafının durumunu doğrudan etkilemektedir. Bu nedenle ona da itiraz hakkının tanınması gerekir<sup>87</sup>.

Kanunda bir sebep gösterilmemekle birlikte, oylama sonucunu etkileyebilecek herhangi bir sebep itiraza konu olabilecektir. Örneğin, grev oylamasına işçilerin katılmaması için tehdit etmek veya cebir ve şiddet kullanmak<sup>88</sup>, benzeri eylemleri grev lehinde veya aleyhinde oy kullanmak veya yaptırmak için yapmak, birden fazla oy kullanmak, oy kullanmaya hakkı olmayanlara oy yaptırmak, yeterli çoğunluk bulunmadığı yolunda itirazlarda bulunmak gibi...<sup>89</sup> Oylamaya itiraz edilmesi halinde, işçi sendikası bu itirazın kesinleşmesini beklemek zorundadır. İtirazın kesinleşmesini beklemeden uygulamaya konan grev kararı, “kanun dışı” sayılır<sup>90</sup>.

İtirazı inceleyen mahkeme üç işgünü içinde kesin olarak vereceği kararda itirazı reddederse, grev oylaması süreci de sona erecek ve grev uygulaması süreci başlayacak demektir. Buna karşılık, itirazın kabulü halinde nasıl hareket edileceği konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda mahkeme itiraz nedenine bağlı olarak ya oylamanın yenilenmesine ya da yapılmamasına karar verecektir. Örneğin, oylamada mükerrer oy kullanılması veya oy kullanma hakkı olmayanlara oy yaptırılması veya oylamada tehdit, cebir, şiddet kullanılması hallerinde oylamanın yenilenmesine karar verecektir. Yargıtay'a göre, grev oylamasının iptalinden sonra ikinci defa grev oylamasına gidilmeden uygulanacak grev kanun dışı olacaktır<sup>91</sup>. Oylamanın yenilenmesi için dörtte bir oranında işçi ile yeni bir oylama talebinde bulunmaya da gerek yoktur<sup>92</sup>. Bununla birlikte, hak düşürücü süre sonrası oylama yapıldığı veya yeterli orana ulaşmadan başvuruda bulunulduğu gerekçesi ile itiraz kabul edilerek iptal sonucu doğurduğu takdirde, artık yeni bir oylama yapılmasına gerek kalmayacaktır<sup>93</sup>.

Oylama sonunda, “grev ilanının yapıldığı tarihte” işyerinde çalışan işçilerin “salt çoğunluğu” (yarıdan fazlası) grevin uygulanmamasına karar verirse, o işyerinde artık grev uygulanamaz (TİSGLK md.35/3). Böyle bir durumda,



işçi sendikası “on beş gün içinde” ya işveren tarafla bir anlaşmaya varmak ya da Yüksek Hakem Kurulu’na başvurmak zorundadır<sup>94</sup>. Aksi halde, sendikanın “yetki belgesinin” hükmü kalmaz (TİSGLK md.36/3). Oylamanın “olumsuz” (greve hayır) sonucuna rağmen, sendikanın grev uygulamasını başlatması ise “kanunsuz grev” sayılır<sup>95</sup>.

Kanunda, oylama sonucunun “olumsuz” (greve hayır) şeklinde sonuçlanması halinde işverenin lokavt kararının ne olacağı yolunda bir hüküm yoktur. Bununla birlikte, işçi sendikasının on beş günlük süre sonunda yetkisi düşecek olursa, işveren tarafı yetkisiz bir sendikayı sözleşme yapmaya zorlayamayacağından, lokavt kararını da uygulamaya koyamayacaktır. Ancak, tarafların anlaşarak daha sonra bir toplu iş sözleşmesi imzalamaları kırk beş günlük süre içinde herhangi bir itiraza uğramadığı takdirde, “yetki belgesi almadan yapılan bir toplu iş sözleşmesinin” geçerli hüküm ve sonuçlarını doğurur<sup>96</sup>.

Buna karşılık, uygulamada da genellikle görüldüğü gibi, on beş günlük süre içinde bir anlaşma yapılmış veya sendikaca Yüksek Hakem Kurulu’na başvurulmuş olabilir. Bu durumda artık lokavta başvurmanın bir amacı kalmayacağından, yine lokavt yapılamayacaktır. Aksi halde lokavt, “kanun dışı” lokavt sayılacaktır<sup>97</sup>. Ancak, grev oylaması “olumlu” (greve evet) şeklinde sonuçlanacak olursa, Kanuni grev ve lokavtın uygulanmasına ilişkin yasal süreç ve prosedür işlemeye başlayacaktır.

## DİPNOTLAR

- 1 M. DEMİRCİOĞLU, Türk İş Hukukunda Grev Hakkına Müdahale, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1981, s.220
- 2 PELISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, Droit du Travail, Dalloz, Précis, 21. Edition, Paris, 2003 s.1226 vd.; G.GUERY, Pratique du Droit du Travail, Montchrestien, Guliano, Paris, 2003, s.585 vd.; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir, 2002, s.519-522; CAMERLYNCK-LYON/CAEN, Droit du Travail, Paris, 1980, s.745; F.D.OLLIER, Le Droit Du Travail, Paris, 1973 s.170; LYON-CAEN/PELISSIER, Droit du Travail, B.16, Paris, 1992, s.797; RIVERO SAVATIER, Droit Du Travail, B.12, Paris, 1991, s.266; Değişik bir yaklaşım ve sistematik için bkz.: Ş. ERTÜRK, İş Mücadelesinde Denge İlkesi, İzmir, 1999, s.29 vd.
- 3 ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 17.B., İstanbul, 2004, s.526; SUR, Grev Kavramı, İzmir, 1987, s.59-60. Gerçi Anayasanın 54/7. maddesinde de yer alan bu hükümler 12.09.2011’de yapı-

lan referandum ile kaldırılmıştır; ancak, halen 2822 sayılı TİSGLK’da yer alan bu hükümler yürürlükte kalmaya devam etmektedir.

- 4 9.HD, 31.05.1976, 10702/14402, İşveren D., Temmuz 1976, s.26
- 5 ÇELİK, s.528
- 6 9.HD, 09.02.1976, 1358/4516, İHU, TSGLK 17 (No:4) – C. TUNCAY İncelemesi
- 7 CGK, 17.04.1978, 9189/140 – OĞUZMAN, Vak’a Metodu İle Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar, B.4, İstanbul, 1984, s.17
- 8 9.HD, 19.12.1968, 14483/15638, İHU, TSGLK 17 (No:1) – D. ULUCAN İncelemesi
- 9 9.HD, 08.12.1989, 10641/10707, Tekstil İşv.D., Şubat 1990, s.8; 9.HD, 19.12.1995, 34701/35842, Çimento İşv.D., Eylül 1997 – V. DENİZ İncelemesi; 9.HD, 22.01.2002, 20349/593, Tekstil İşv.D., Nisan 2002, s.36
- 10 9.HD, 07.10.1993, 3638/14256, İşveren D., Mart 1994, s.15; 9.HD, 11.04.1994, 5570/5318, Tekstil İşv.D., Aralık 1994, Kararlar Eki; 9.HD, 21.06.1994, 1728/9862, İşveren D., Kasım 1994, s.15. Aksi görüş: Kocaeli İş Mahkemesi’nin 30.04.1990, 53/6 s. kararı onayan 9.HD, 06.08.1990, 6424/7006 s. kararı. Yargıtay’ın 1990 Yılı Kararlarının Değerlendirmesi, C. TUNCAY, s.126; Gebze İş Mahkemesininin 540/525 s. kararını onayan 9.HD, 31.07.2000, 16507/14753 s. kararı-Selüloz-İş, Aralık 2000, s.66, s.18
- 11 9.HD, 15.09.1999, 10941/13721, Çimento İşv.D., Kasım 1999, s.21
- 12 9.HD, 22.01.2002, 20349/593, Tekstil İşv.D, Nisan 2002, s.36; Çimento İşv. Mart 2002, s.60
- 13 9.HD, 27.01.1998, 17598/606, YKD, Ağustos 1998, s.1166; 9.HD, 16.02.2000, 2154/1674, TÜHİS, Kasım 2000-Şubat 2001, s.57; 9.HD, 18.09.2001, 10898/13933, Çimento İşv. Kasım 2001, s.47; 9.HD, 14.03.2002, 5209/4183, Tekstil İşv., Ocak 2003, s.40- T. CENTEL İncelemesi; 9. HD, 28.09.2004, 8546/20828, LEGAL, İHSGHD, 2005/6, 781
- 14 9.HD, 08.07.1998, 1133/12346, GÜNAY, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Hukuku (TİSGLH), Ankara, 1999, s.736
- 15 Buna karşılık, işverenin avans ödemesi yapmaması nedeniyle işçilerin işyerini terk etmeden toplu olarak işi bırakmaları, Yargıtay’ın bir kararında istisnaen kanun dışı grev sayılmamıştır: 9.HD, 08.06.1990, 6424/7006, EGEMEN-TEMİZ, İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Örnek Kararlar, İstanbul, 1991, s.753; ÇELİK, s.527
- 16 9.HD, 03.12.1990, 12928/13831, Türk Kamu-Sen, Aralık 1990, s.21
- 17 ÇELİK, s.533; İNCE, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1989, s.204
- 18 9.HD, 13.07.1987, 7421/7183, YKD, Ocak 1989, s.46; Çimento İşv.D., Mart 1989, s.14 – C. TUNCAY İncelemesi; İHU, TSGLK, 25 No:1 – Ü. NARMANLIOĞLU İncelemesi
- 19 9.HD, 18.02.1987, 2078/2139, İşveren D., Mayıs 1987, s.13; NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, II, Toplu İş İlişkileri, İzmir, s.624, dn.370
- 20 9.HD, 24.03.1986, 2721/3200, Tekstil İşv.D., Ağustos 1986, s.20

- 21 9.HD, 28.01.1987, 864/724, TÜHİS, Şubat 1987, s.30
- 22 9.HD, 24.03.1986, 2721/3260, TÜHİS, Mayıs-Temmuz 1986, s.11
- 23 9.HD, 29.02.1996, 2465/33161, Yargıtay'ın 1996 Yılı Kararları, s.204 – A. GÜZEL Eleştirisi
- 24 Ayrıca bkz: Türk İş Hukukunda Grev Oylaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 1982, s.68-69
- 25 Ayrım için ayrıca bkz: Y. GÖKSOY, s.39
- 26 Beyaz Kitap, Çalışma Bakanlığı, Türk-İş Yayınları No:35, 1961, s.119; K. ATASAYAR, Grevin Başlama Zamanına Ait Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararının Tahlili, İşveren D., Nisan-1967, Cilt:5, s.29
- 27 M. DEMİRCİOĞLU, s.224
- 28 A. GOLDMAN, Settlement of Dispute Over Interests, Comparative Labour Law, Kluwer Law Int., The Hague 2004, s.639; A. C. TUNCAY, Toplu İş Hukuku, 2.B. İstanbul, 2010, s.301-302
- 29 J. BOWERS-S. HONEYBALL, Textbook on Labour Law, London, 1990, 355-357; A. TOKOL, Avrupa Topluluğuna Üye Ülkelerde Sendikal Hareket, Uludağ Üniversitesi Basımevi, 1993, s.63-64; A. ÜNAL, Çeşitli Ülkelerde ve Türkiye'de Grev Oylaması, Bursa, 1993, s.32; M. AYDEMİR, Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, Selüloz-İş Sendikası, Ankara, 2001, s. 190
- 30 G. PITT, Employment Law & Ed. London, 2007, s.388; B. PERRINS, Trade Union Law, London, 1985, s.311-312; A. C. TUNCAY, s.301
- 31 Türk-İş Yayınları No: 35, s.60. Aynı eserin 243. sayfasında bu teklifin "grev oylaması" niteliğinde olmadığı belirtilmektedir.
- 32 M. DEMİRCİOĞLU, s.223-225; A. ÜNAL, s.23
- 33 A. C. TUNCAY, 301
- 34 K. TUNÇOMAĞ; İş Hukuku, Cilt:II, Sermet Matbaası, Kırklareli-Vize, 1980. Ayrıca bkz: A.ÜNAL, s.23
- 35 K. ATASAYAR, s.30; TUNÇOMAĞ, 288
- 36 PELISSIER/SUPIOT/JEMMAUD, s.1226 vd.; G. GUERY, s.585 vd.; CAMERLYNCK-LYON/CAEN s.745 vd.; F. D. OLLIER, s.170 vd.; LYON-CAEN/PELISSIER, s.797 vd.; RIVERO-SAVATIER, s.266 vd.; H. SINAY, La Greve, Traité de Droit du Travail, Dalloz, Paris, 1966, s.49 vd.; A. BRUN-H. GALAND, Droit du Travail, Paris, 1978, s.435 vd.
- 37 A. ÜNAL, Çeşitli Ülkelerde ve Türkiye'de Grev Oylaması, Bursa, 1993, s.20-22
- 38 D. ULUCAN, İHU, TİSGLK 22, 3
- 39 M. DEMİRCİOĞLU, s.252
- 40 M. DEMİRCİOĞLU, s. 256-257
- 41 S. TAŞKENT, Grev Hakkı ve Sorunları, Çalışma Hayatının Güncel Sorunları, İstanbul, 1989, s.191-213. Aynı yönde D. ULUCAN, İHU, TİSGLK 22, 3; A. ÜNAL, s.67-68
- 42 TÜRK-İŞ 275 sayılı Kanunda toplu iş sözleşmesi yapma ve greve karar verme yetkisinin işçi kuruluşlarına verildiğini belirterek, bu konuda bütün sorumluluğun da bu kuruluşlara ait olduğu halde, grevin yapılıp yapılmaması konusunda işçilere (sendikali-sendikasız) söz hakkı vermenin çelişkili bir durum yarattığını ileri sürmüştür: Sendikalar ve Grev Lokavt Hakları, Beyaz Kitap, Ankara, 1975, s.72
- 43 Ortak görüşler için bkz: M. KABAKCI, Grev ve Lokavt, İstanbul, 2004, s. 183-188
- 44 F. H. SAYMEN/M.EKONOMİ, Türk İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 1967, s.259. Ayrıca bkz: EKONOMİ, İHU, TİSGLK, 22, 1
- 45 F. ÜÇİŞİK, Grev Oylaması Düzenlemesi ve Düşündürdükleri, İTİAD, 1977, S.1, İstanbul, s.306
- 46 GÖKSOY, s.55
- 47 M. KOCAOĞLU, 2822 Sayılı Kanundaki Yeni Düzenleme ile Grev Oylaması, TÜHİS, Mart 1989, C.10, s.7
- 48 M. KOCAOĞLU, s.9. Mevcut grev oylamasını yerinde bulan doktrindeki diğer görüşler için bkz: A. ÇİFTER, Grev Oylaması, Prof. Dr. K. TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul, 1997, s.86-89; A. C. TUNCAY, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 2010, s. 301; Aynı yazar, Grev Oylamasına Esas Alınacak Çoğunluğun Tespiti, İHU, TİSGLK, 22, 4; M. KUTAL, Grev Oylamasının Hukuki Esasları ve Doğurduğu Sorunlar, İktisat ve Maliye, Kasım 1975, C.22, S.8, s.333; E. İNCE, Toplu İş Hukuku, İstanbul, 1983, s. 217-218; İ. ERKUL, Türk İş Hukuku Dersleri, 275 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ve Uygulaması, Eskişehir, 1976, s.207
- 49 275 sayılı Kanunun "grev oylamasının" gerekçesi Geçici Komisyon Raporunda şu şekilde yer almıştır: "Bir işyerinde kilit mevkilerde bulunan birkaç işçinin grev yapması yüzünden grev yapmak istemeyen büyük bir işçi kitlesinin zarara duçar edilmesini kabul etmek mümkün değildir. Aksi halde, grev hakkının istimalinde demokratik esaslardan uzaklaşmış olur": MMTD, S. Sayı:132, 16; N. ÇELİK, s.624, dn.15
- 50 M. AYDEMİR, s.196; M. KABAKCI, s.187, dn.671; OKUR, s.196; KOCAOĞLU, s.8; A. ÇİFTER, s.86
- 51 M. KUTAL, Grev Oylamasının Hukuki Esasları ve Doğurduğu Sorunlar, İktisat ve Maliye, C.XXII, S.8, Kasım 1975, s.334; A. R. OKUR, s.210; A. ÜNAL, s.50
- 52 Any. Mah. 19-20. 10.1967, E.1963/337, K.1967/31-RG, 02.05.1969, 13188; AYMKD, C.6, 1975, s.63
- 53 A. R. OKUR, Grev Oylaması, İTİAD, 1975, İstanbul, s.210
- 54 KABAKCI, s.187
- 55 M. AYDEMİR, s.197
- 56 A. ÜNAL, s.49
- 57 M. KUTAL, 2822 Sayılı Yasada Hükümetin ve İşçilerin Grev Hakkının Kullanılmasına Müdahaleleri, İktisat ve Maliye, C.XXXI, S.7, Ekim 1984, s.288
- 58 M. KUTAL, Müdahaleler, s.289; M. KOCAOĞLU, s.9
- 59 N. YÜKSEL, Grev Oylaması, İşveren D., Temmuz-1967, Cilt:5, s.19
- 60 Y. GÖKSOY, s. 38-39; İş Hukuku, Kazai ve İلمي İctihat Dergisi, Temmuz-1970, S.17, s.15
- 61 Y. GÖKSOY, s.39
- 62 "Greve hayır" çıkması halinde "yetkinin düşmesi" yolundaki düzenlemenin daha iyi olacağı hakkında bkz: N. ÇELİK, 22.B, 625; A. C. TUNCAY, s.303

- 63 Sendikalar ve Grev Lokavt Hakları, Türk-İş Yayınları No:35, s.111; Y. GÖKSOY, s.41
- 64 Y. GÖKSOY, s.42
- 65 Y. GÖKSOY, s.44-45
- 66 9.HD, 15.02.1966, 12297/11607, NARMANLIOĞLU, II, s.630, dn.393
- 67 Grev oylamasının işçilerin talebine bağlı olmasına ilişkin karar için bkz: 9.HD, 09.01.1969, 17926/21, İHU, 1975, TSGLK, 22, 1-M. EKONOMİ İncelemesi
- 68 M. KUTAL, Grev Oylaması, s.333-335
- 69 M. K. OĞUZMAN, s.200; KOCAOĞLU, s.18; ÇELİK, s.624; OKUR, s.198; ÜÇİŞİK, s.294; KABAKCI s.192
- 70 NARMANLIOĞLU, II, s.630
- 71 9.HD, 13.10.1975, 28864/46610, İHU, TSGLK 22, No:2 – H. K. ELBİR İncelemesi; OĞUZMAN, İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul, 1987, s.201; A. C. TUNCAY, Toplu İş Hukuku, s.257. “Grev oylamasından beklenen yararlar göz önüne alınarak işverenlere de grev oylaması talep hakkı verilmelidir.” görüşü için bkz: KOCAOĞLU, s.26
- 72 M. KUTAL, Grev Oylaması, s.335
- 73 M. KUTAL, Müdahaleler, s.293
- 74 M. AYDEMİR'den naklen AVRUPA Sendikalar Enstitüsü, s.35
- 75 “Grev kararının ilanından sonra fakat oylamadan önce işyerinden ayrılmış olanlar dörtte birlik nisapta göz önünde bulundurulurlar, ancak oylamaya katılamazlar.” görüşü hakkında bkz: S. REİSOĞLU, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s.310; A. C. TUNCAY, s.302
- 76 RG: 26 Haziran 2004 - Sayı:25504
- 77 5188 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun zamanında aynı sonucu doğuran işbu özel kanundaki bu düzenlemenin yerinde olmadığı hakkında bkz: M. KABAKCI, s.190
- 78 N. ÇELİK, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları, Prof. Dr. Münir EKONOMİ, 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s.167-168; C. İ. GÜNAY, Toplu İş İlişkileri Açısından Alt İşverenin İşçilerinin Hukuki Durumu, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 1993, C.14, S.2, s.7
- 79 M. KABAKCI, s.191
- 80 ÇELİK, s.537
- 81 ÇİFTER, s.91; KOCAOĞLU, s.14-15; KABAKCI, s.192
- 82 9.HD, 05.10.1967, 7610/9108, İş ve Hukuk, Mart 1968, No:235, s.58; NARMANLIOĞLU, II, s.630
- 83 Tutanakta “oylamanın yapıldığı tarih, yer, gün ve saat, listelere göre işçi sayısı, oy kullanan işçi sayısı, sandıktan çıkan oy sayısı, geçerli sayılan oy sayısı, iptal edilen oy sayısı ve iptal nedenleri, grevi kabul eden ve etmeyen oy sayısı” hususlarının yer almasının, sonuca itiraz edilmesi halinde mahkemenin kolaylıkla karar verebilmesi bakımından faydalı olacağı hakkında bkz: OKUR, s.203-204; ÇİFTER, s.92; KOCAOĞLU, s.19-20; KABAKCI, s.196, dn.709
- 84 A. ÜNAL, s.61; REİSOĞLU, s.316; KABAKCI, s.196
- 85 M. KABAKCI, s.197
- 86 Aksi görüşte; K. TUNÇOMAĞ, s.503; DEMİRCİOĞLU, s.245
- 87 M. AYDEMİR, s.195; KABAKCI, s.197
- 88 “Bir grev oylamasının sonucuna tesir etmek maksadıyla hile veya tehdit veya cebir kullananlar üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına mahkum edilir.” (TİSGLK md.76)
- 89 M. KUTAL, Grev Oylaması, s.336; A. ÜNAL, s.60; REİSOĞLU, s.315; DEMİRCİOĞLU, s.245; M. AYDEMİR, s.195; KABAKCI, s.196
- 90 NARMANLIOĞLU, II, s.632
- 91 HGK, 03.04.1968, E.1967/846, K.1968/226-M. K. OĞUZMAN, s.156-157
- 92 REİSOĞLU, s.319; NARMANLIOĞLU, II, s.205; DEMİRCİOĞLU, s.246; A. ÜNAL, s.61
- 93 REİSOĞLU, s.319
- 94 İşverenin Yüksek Hakem Kuruluna başvurma yetkisi yoktur: A. C. TUNCAY, s.303
- 95 NARMANLIOĞLU, II, s.632
- 96 9.HD, 08.04.1992, 356/3031, İHD, Temmuz-Eylül 1992, s.410 – Ü. NARMANLIOĞLU İncelemesi; ÇELİK, s.538; GÜNAY, TİSGLH, s.802
- 97 A. C. TUNCAY, s.303

**Uygar BOSTANCI**

MESS Müşavir Avukatı

# Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Feshe İlişkin Hükümlerin Feshin Geçerliliğine Etkisi

**T.C. YARGITAY  
9. HUKUK DAİRESİ'****Esas No** : 2010/6243**Karar No** : 2010/5349**Tarihi** : 01.03.2010**ÖZET**

Dosya içeriğine göre davacının üyesi olduğu sendika ile davalı işveren arasında bağitlanan Toplu İş Sözleşmesinin 27/c maddesinde açıkça, "Toplu işçi çıkartmada, önce deneme süresi dolmamış, daha sonra sırası ile emeklilik hakkını kazanmış, verimi az ve sicili bozuk olan ve diğer işçiler için kıdem durumuna göre ilk giren son çıkar usulü uygulanacağı, sendika yöneticileri ile temsilcileri en kıdemli işçi sayılacağı ve işyeri tamamen kapatılmadığı sürece çıkartılmayacağı" kuralına yer verilmiştir. İşverenin işletme gerekleri ile toplu işçi çıkarılması

için fesih sebebi doğmuş olsa dahi, bu kurala aykırı davranması, feshi geçersiz kılar. Nitekim hükme esas alınan bilirkişi raporunda davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesinin 27/c maddesine uyulmadığı, davalı işverenin genellikle kıdemi olan işçileri çıkardığı tespit edilmiştir. Toplu İş Sözleşmesindeki işten çıkarmada ölçüt getiren kurala uyulmaması, feshi geçersiz kılar. Mahkemenin yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in 27/c maddesindeki hükümlere % 100 uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağı yönündeki gerekçesi, feshi geçerli hale getirmez.

**DAVA**

Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tara-

findan temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi B. Kar tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

İş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan feshedildiğini belirten davacı işçi, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalı işverenin faaliyet alanı tekstil sektöründe yaşanan darboğaz, Türk Lirasının aşırı değerlenmesi, maliyetlerin artması, üretimde daha fazla devam ettirme olanağı kalmaması, kısa süre önce aynı nedenle başka bir grup şirketinin tamamen kapatılması nedeni ile faaliyetlerin daraltılmasına gidildiğini, istihdam fazlalığının işten çıkarılmasına karar verildiğini, davacının iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17-18 ve 29. maddeleri uyarınca feshedildiğini, feshin işletme ve işyeri gereklerinden kaynaklanan nedenlere dayandığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece verilen ilk kararın, Dairemizin 14.07.2008 gün ve 18258-20179 sayılı kararı ile "davalı işverenin işletme dışından kaynaklanan tekstil sektöründeki ekonomik olumsuzluklar nedeni ile daralma, üretimi azaltma kararı aldığı ve bu karar doğrultusunda toplu işçi çıkarma kararı aldığı, kurumlara bildirdiği ve bu doğrultuda davacı işçinin iş sözleşmesini feshettiği, alınan bu karar sonrası bazı bölümlerde istihdam fazlalığı meydana geleceği, davalı işverenin bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığını, feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlaması ve kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan bir kural yok ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmesi, tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davalı işvereni işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesine bağlayan bir kural bulunup bulunmadığı yönünden araştırma yapılması"

gerektiği gerekçesi ile araştırmaya yönelik bozma kararı üzerine, bozma üzerine yapılan yargılama sonunda, "işyerinde fesih tarihi itibarıyla kısmen dahi olsa işverenin işini sürdürmesinin ekonomik açıdan imkansız hale geldiği, işçi çıkarma zorunluluğunun ortaya çıktığı, davalı işyerinde 2007 Ocak ile 2007 Temmuz ayları arasında işçi çıkarma işlemleri yapıldığı, toplu işçi çıkışlarının ilk ayı olan Ocak 2007'de en çok emekliliği gelenlerin tercih edildiği, sonraki aylarda da emekliliği gelen işçilerin çıkarılmaya devam edildiği, işverenin toplu çıkış işlemleri gerçekleştirirken bir taraftan iş organizasyonunu bozmamayı diğer taraftan da çıkışa tabi tutulan işçilerin bundan en az zarar görmelerini düşündüğü, emeklilik çıkışları akabinde liyakatlerine göre işçi çıkışlarının yapılmasının olağan çalışma hayatına da uygun olduğu, toplu iş sözleşmesindeki ilk giren son çıkar hükmünün mutlak uygulanmasının söz konusu olamayacağı, aksi halde üretimde aksama, koordinasyonda bozukluk, kalite standartlarında düşüklük vb. sonuçların doğması kaçınılmaz olacağı, bu kadar yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in 27/c maddesindeki hükümlere %100 uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağı, davacı ve arkadaşlarının iş sözleşmelerinin geçerli nedenlerle 4857 sayılı yasanın 29. maddesi hükümlerine uygun olarak feshedildiği" gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Daha öncede bozma gerekçesinde açıklandığı üzere, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi eşit işlem borcuna aykırılık ve 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerinde sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler dışında, işletme ve işyeri gerekleri ile fesihte, işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde yasal bir kriter veya sosyal bir seçim şartına yer verilmediği, ancak bireysel veya toplu iş sözleşmesi ile işçi çıkartılmasında bazı kriterler öngörülmüş veya işveren işten çıkarmada bazı kriterler gözettilmesini ileri sürmüştü ise, işverenin sözleş-

me ile düzenlenen veya kendisini bağladığı kriterlere uyup uymadığının da denetlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesi ile işvereni işten çıkartacakları belirlemede birtakım kurallara yer verilmiş ise, bu kural şekil bakımından işvereni bağlar. İşverenin bu kurala uymaması yapılacak feshi geçersiz kılar.

Dosya içeriğine göre davacının üyesi, olduğu sendika ile davalı işveren arasında bağitlanan Toplu İş Sözleşmesinin 27/c maddesinde açıkça, "Toplu işçi çıkartmada, önce deneme süresi dolmamış, daha sonra sırası ile emeklilik hakkını kazanmış, verimi az ve sicili bozuk olan ve diğer işçiler için kıdem durumuna göre ilk giren son çıkar usulü uygulanacağı, sendika yöneticileri ile temsilcileri en kıdemli işçi sayılacağı ve işyeri tamamen kapatılmadığı sürece çıkartılmayacağı" kuralına yer verilmiştir. İşverenin işletme gerekleri ile toplu işçi çıkarılması için fesih sebebi doğmuş olsa dahi, bu kurala aykırı davranması, feshi geçersiz kılar. Nitekim hükme esas alınan bilirkişi raporunda davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesinin 27/c maddesine uyulmadığı, davalı işverenin genellikle kıdemli olan işçileri çıkardığı tespit edilmiştir. Toplu İş Sözleşmesindeki işten çıkarmada ölçüt getiren kurala uyulmaması, feshi geçersiz kılar. Mahkemenin yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in 27/c maddesindeki hükümlere % 100 uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağı yönündeki gerekçesi, feshi geçerli hale getirmez. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı bulunmuştur.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

## HÜKÜM

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2. Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE**,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6. Davacının yapmış olduğu 28.40 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 1.000,-TL ücreti vekaletin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgisine iadesine,

Kesin olarak 01.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

## 1- GİRİŞ

İnceleme konusu Karar, iki defa Yargıtay denetiminden geçmiş olan ve gerek bireysel iş hukukunun gerekse de toplu iş hukukunun tartışmalı ve önemli birden çok kavramıyla doğrudan ilgilidir. İncelememizde, toplu iş sözleşmesinde yer alan feshe ilişkin hükmün, feshin

geçerliliği noktasındaki etkisi üzerinde durulacaktır. Karara ve konuya ilişkin, toplu işçi çıkarma prosedürü, sosyal seçim kriteri, eşitlik ilkesi gibi diğer hukuki kavram ve kuramların derinlemesine değerlendirmesi yapılmayacak, yeri geldikçe tanımlarına ve uygulamadaki yerlerine değinilmekle yetinilecektir.

## II- KARARA KONU OLAY, KARAR VE UYUŞMAZLIK

### 1- Olay

Kararda bahsi geçen uyuşmazlıkta; işletmesel nedenlerle toplu işçi çıkarma kararı kapsamında iş sözleşmesi feshedilen işçilerden birisi olduğu anlaşılan davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

### 2- Yerel Mahkeme'nin ve Yargıtay'ın Kararları

Yerel mahkeme; inceleme konusu Yargıtay ilamından gerekçesi tam olarak anlaşılammakla birlikte, ilkin davayı reddetmiş ve feshin geçerli bir fesih olduğunu tespit etmiştir.

Yüksek Mahkeme kararda belirtilen “davalı işverenin işletme dışından kaynaklanan tekstil sektöründeki ekonomik olumsuzluklar nedeni ile daralma, üretimi azaltma kararı aldığı ve bu karar doğrultusunda toplu işçi çıkarma kararı aldığı, kurumlara bildirdiği ve bu doğrultuda davacı işçinin iş sözleşmesini feshettiği, alınan bu karar sonrası bazı bölümlerde istihdam fazlalığı meydana geleceği, davalı işverenin bu kararı tutarlı bir şekilde uyguladığı, feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlaması ve kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan bir kural yok ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmesi, tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı, feshin kaçınılmaz olup olmadığı, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davalı işvereni işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesine bağlayan bir kural bulunup bulunmadığı yönünden araştırma yapılması” gerektiği şeklindeki gerekçelerle, kararı araştırmaya yönelik bozmuştur.

Bilindiği üzere iş mahkemelerinin verdiği feshin geçersizliğine ilişkin kararların temyizi halinde, İş Kanunu'nun 20. maddesi gereğince Yargıtay'ın verdiği kararlar kesin kararlardır. Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, “temyiz üzerine önüne gelen kararı in-

celeyen Özel Daire, dosya içeriğini kendisini sonuca götürecekt mahiyette gördüğü takdirde kararını kesin olarak verecektir. Ancak, özel daire dosya içeriğini, kesin olarak karar vermeye yeterli bulmadığında eksikliklerin giderilmesi amacıyla hükmü bozacak ve giderilmesini yerel mahkemeden isteyebilecektir.”<sup>2</sup> Yine bir başka Hukuk Genel Kurulu Kararı ise, “Yasa koyucu burada açıkça, ‘Yargıtay’ca kesin olarak karara bağlanır’ demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır.”<sup>3</sup> şeklindedir. Buradan hareketle, yerel mahkemenin söz konusu bozma ilamına şeklen uyararak, özde direnme kararı vermesinin ya da bozma ilamında belirtilen eksiklikleri gidermeksizin çok farklı bir gerekçeyle yeni bir hüküm kurmasının mümkün olmaması gerektir. Ancak, eksiklikler giderildikten sonra da yerel mahkeme ilk kararına paralel bir karar verebilecektir. Buna hiçbir engel bulunmamaktadır.

Nitekim yerel mahkemenin de, Yüksek Mahkeme'nin bozma gerekçesine uyararak; bozma ilamında belirtilen değerlendirmeleri yaptığı anlaşılmaktadır. Yine Karar'dan -karar metninde yer almıyor olsa da- yerel mahkemenin, davalı işverenin, tutarlılık ve ölçülülük denetimi kapsamında, söz konusu işletmesel kararı tutarlı şekilde uyguladığı, feshin kaçınılmaz olduğu, davacının aynı veya başka bir birimde değerlendirilemeyeceği kanaatine ulaştığı anlaşılmaktadır.

İlk bozma ilamında Yargıtay, “işten çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde davalı işvereni bağlayan bir kural bulunup bulunmadığı yönünden de” araştırma yapılması gerektiğini belirttiğinden, yerel mahkeme bu incelemeyi de yapmış ve gerçekten de işvereni bu yönde bağlayan bir kuralla karşılaşmıştır. Ne var ki, yerel mahkeme bozma üzerine verdiği ikinci kararında, yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in -söz konusu- 27/c maddesindeki hükümlere yüzde yüz uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağını belirterek, böyle bir hükmün varlığına rağmen davacı ve arkadaşlarının iş sözleşmelerinin geçerli nedenlerle ve 4857 sayılı Yasa'nın 29. maddesi hükümlerine uygun olarak feshedildiği gerekçesi yine ile davanın reddine karar vermiştir.

İncelemeye konu olan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin nihai kararında ise, toplu iş sözleşmesindeki işten çıkarmada ölçüt getiren kurala uyulmamasının, feshi geçersiz kılacağı belirtilerek, yerel mahkemenin yoğun işçi çıkışının yaşandığı bir işyerinde TİS'in 27/c maddesindeki hükümlere yüzde yüz uyabilmenin işin doğasına da aykırı olacağı yönündeki gerekçesinin feshi geçerli hale getirmeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını ortadan kaldırarak feshin geçersizliği yönünde yeni ve kesin bir hüküm ortaya koymuştur.

Yargıtay, kararında davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödemesi gereken tazminat miktarını da davacının kıdemini, fesih nedeni dikkate alarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlemiştir. Yargıtay uygulamasında işe başlatmama tazminatının miktarı belirlenirken, "yıllık ücretli izinle ilgili İş Kanunu 53. maddedeki kıdem sürelerini dikkate alarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında işe başlatmama tazminatı belirlenmesini öngörmekte, fesih sebebine göre bu miktarlarda azami sınır 8 aya kadar da çıkmaktadır."<sup>4</sup> Karar metninden davacı işçinin kıdemi anlaşılmamaktadır. Şayet, davacının kıdemi beş yıldan fazla değil ise, TİS'teki kurala uyulmaksızın yapılan feshin, Yargıtay tarafından özel olarak müeyyideye bağlandığı sonucuna ulaşmak da mümkün olabilecektir.

### 3- Karara İlişkin Kavramlar ve Çözülmesi Gereken Hukuki Sorun

**3.1.** İnceleme konusu Yargıtay kararında göze çarpan ilk husus, yapılan feshin İş Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenmiş bulunan toplu işçi çıkarma şeklinde yapıldığı hususudur. Somut olayda, feshin İş Kanunu'nun 29. maddesinde belirtilen prosedüre uygun olarak yapılıp yapılmadığı noktasında bir uyuşmazlık görünmemektedir. Yeri gelmişken belirtelim ki, feshin söz konusu prosedüre uygun şekilde yapılmamış olmasının müeyyidesi idari para cezasından ibaret olup, bu durum

zaten feshin geçersizliğine sebep olmamaktadır.<sup>5</sup>

**3.2.** Yargıtay'ın bozma ilamında, yerel mahkemeden tutarlılık ve ölçülülük denetimi yapması istenmiştir. Ülkemiz iş güvencesi mevzuatında söz konusu ilkeler ve hatta bu ilkelerin bir kısmının ifade ettiği yükümlülükler yer almamaktadır. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin son yıllarda istikrar kazanmış kararlarıyla, bu ilkeler de feshin geçerli olması için aranan şartlar olmuşlardır. Yargıtay'a göre; feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi - feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.<sup>6,7</sup> Somut uyuşmazlıkta bahse konu ilkelere uyulmuş olduğu sonucuna varmak mümkün görünmektedir.

**3.3.** Somut uyuşmazlıkta olduğu gibi, birden çok işçinin iş sözleşmesinin işletmesel nedenlerle feshinde, önce sayıca belirlenen işçilerin sonradan ismen belirlenmesi ayrı bir hukuki sorundur. Hangi işçilerin iş sözleşmesinin feshedileceği hususunda yol gösterici olacak bir kanun hükmü iş hukuku mevzuatımızda yer almamaktadır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30 ve devamı maddelerindeki sendika üyesi işçileri koruyucu düzenlemeler bir kenara bırakılırsa, bu konudaki tek sınırlama, Anayasal bir hak olan eşitlik ilkesinin, İş Kanunu'nun 5. maddesinde vücut bulan şekli yani eşit davranma ilkesidir.<sup>8</sup> Buna göre işveren, birden çok işçinin iş sözleşmesinin feshinde, iş sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlerken keyfi davranamayacak, özellikle de dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayanarak seçim yapamayacaktır. Ayrımcılık yasağının müeyyidesi, madde içerisinde, tazminat olarak belir-



lenmiştir.<sup>9</sup> Dolayısıyla, eşit davranma ilkesine aykırı olmaması halinde, “işveren fesih hakkını kötüye kullanmadığı sürece, yönetim hakkına dayanarak işten çıkarılacak işçileri serbestçe seçebilecektir.”<sup>10,11</sup>

Mevzuatımızda, belirtilenler dışında bir sınırlama olmamakla birlikte, Yüksek Mahkeme “sosyal seçim kriterleri” olarak adlandırılan kriterleri de işletmesel sebeplerle yapılan iş sözleşmesi fesihlerinde, feshin geçerli olabilmesi için bir dönem önkoşul olarak aramıştır.<sup>12</sup> Sosyal seçim, işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriter vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder.<sup>13</sup> Yerel mahkeme de ilk kararındaki “toplu işçi çıkışlarının ilk ayı olan Ocak 2007’de en çok emekliliği gelenlerin tercih edildiği, sonraki aylarda da emekliliği gelen işçilerin çıkarılmaya devam edildiği...” şeklindeki gerekçeleriyle, TİS’in ilgili hükmü yanında esasen sosyal seçim kriterlerine atıfta bulunarak, feshin bu açıdan da geçerli olduğunu vurgulamıştır.

“Yasal düzenleme yokluğuna rağmen, yargı kararları ile işverene sosyal seçim ilkesini uygulama yükümlülüğü getirilmesi doktrinde eleştiri konusu olmuştur.”<sup>14</sup>

Ne var ki Yargıtay, daha sonraki kararlarında bu içtihadından dönmüş ve sosyal seçim kriterlerini feshin geçerliliğinde gözetmemeye başlamıştır.<sup>15</sup>

Türk hukukunda yasa maddesi olarak karşılığı olmayan sosyal seçim kriterleri karşılaştırmalı hukukta yer almaktadır.<sup>16</sup> Alman hukukunda yer alan sosyal seçim ilkesi ile; Fransız hukukundaki<sup>17</sup> seçim kriterleri kanunla öngörülmüş ve düzenlenmiş bulunmaktadır. Nitekim kararda geçen “işverenin toplu çıkış işlemleri gerçekleştirirken bir taraftan iş organizasyonunu bozmamayı diğer taraftan da çıkışa tabi tutulan işçilerin bundan en az zarar görmelerini düşündüğü” şeklindeki ifade Alman hukukunda karşılığını bulmaktadır. Gerçekten de Alman hukukundaki Feshe Karşı Koruma Kanunu’nda donanım, yetenek ve ifa ettikleri iş nedeniyle ya da işletmenin ağırlıklı personel yapısının muhafazası için çalıştırılmalarına devamda işletmenin haklı çıkarının bulunduğu

işçiler sosyal seçimin dışında tutulmuşlardır.<sup>18</sup>

**3.4.** Yargıtay’ın sosyal seçim kriterlerine ilişkin içtihadından dönmesiyle birlikte, Türk iş hukukunda, iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde -İş Kanunu 5. madde ve Sendikalar Kanunu 30 vd. maddeleri dışında- bir sınırlama kalmamıştır. Yeter ki taraflar bu konuda kendilerini kısıtlayan bir sözleşme yapmamış olsunlar. İşte söz konusu uyuşmazlığın düğüm noktasını da bu oluşturmaktadır: Tarafların sözleşmeye, sözleşmenin feshine ilişkin koyduğu sınırlandırıcı hükümlere ne şekilde itibar edilecektir?

Somut uyuşmazlıktaki sınırlayıcı hüküm, bir toplu iş sözleşmesi hükmü olduğundan, bireysel iş sözleşmelerine de konabilecek benzer hükümlerle ilgili ayrıca değerlendirme yapılmayacaktır.

#### 4- Kararın Değerlendirilmesi

Toplu iş sözleşmesi, işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek üzere<sup>19</sup>, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek amacıyla işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan<sup>20</sup>, yazılı<sup>21</sup> bir sözleşmedir. 2822 sayılı Yasa’dan edindiğimiz bu tanıma göre toplu iş sözleşmeleri ile iş sözleşmesinin yapılması ve muhtevası düzenleneceği gibi, somut olayda olduğu gibi iş sözleşmesinin sona ermesi de düzenlenebilecektir. Bunlara toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri denmektedir. Toplu iş sözleşmelerinde normatif hükümlerin dışında doğrudan borç doğuran hükümlere de yer verilebilir.

Esasen toplu iş sözleşmelerinde aslolan sözleşmeye konulabilecek hükümlerin değil; sözleşmeye konulamayacak hükümlerin belirlenmesidir. Nitekim 2822 sayılı Kanun da toplu iş sözleşmelerine konulamayacak hükümleri belirtmiştir. Kanun’un 5. maddesine göre, “Toplu iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlâka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik ve himaye eden veya kanun

veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz.” Taraflar bu sınırlamalara uymak koşuluyla, toplu iş sözleşmesinin içeriğini dilediğince belirleyebilir. Buna toplu iş sözleşmesinin özerkliği denilmektedir. Toplu iş sözleşmesi özerkliği gereği, emredici yasa hükümlerine aykırı olmadıkça tarafların getirdikleri düzenlemelere dışarıdan müdahale edilmesi prensip olarak caiz değildir.<sup>22</sup>

Toplu iş sözleşmeleri hükümlerine müdahaleye daha çekinceli yaklaşmanın altındaki sebep şu olsa gerektir: Bireysel iş sözleşmelerinin uygulanmasında ve yorumlanmasında, işçi lehine yorum ilkesi katı bir şekilde uygulanır. Çünkü kural olarak ekonomik ve sosyal yönden daha güçlü olan bir işverenle, işverenden alacağı ücrete ihtiyaç duyan bir işçinin yaptığı sözleşmede, iradelerin özgürlüğüne çekinceyle yaklaşılmalıdır. Ne var ki, toplu iş sözleşmeleri “güçlü” işveren ile “güçsüz” işçinin yaptığı sözleşmeler değil; birliktelikten edinilmiş kuvveti kullanan işçiler topluluğu, sendika arasında akdedilmiş sözleşmelerdir. Bir başka ifadeyle güçleri dengeli tarafların yaptığı sözleşmelerdir. Bu sebeplerle her ne kadar toplu iş sözleşmelerinde taraf iradelerine özgürlük tanımak asıl; sınırlama koymak istisna ise de hukukun her alanında uygulanan hakkın kötüye kullanılması yasağı burada da hakimdir. Nitekim Yargıtay da TİSGLK'nın 5. maddesindeki yasaklar içinde yer almamasına rağmen, bazı TİS hükümlerine müdahale edebilmektedir.<sup>23,24</sup>

Açıklanan sebeplerle ki; toplu iş sözleşmesi hükümleri diğer kişiler arasında yapılan, özellikle de işçi işveren arasında yapılan sözleşmelerden daha özel bir yere sahiptir. Toplu iş sözleşmesi hükümleri, normlar hiyerarşisi içerisinde Anayasa ve kanunların altında, bireysel iş sözleşmeleri, işyeri yönetmelikleri ve işyeri uygulamalarının üzerinde yer alır. Toplu iş sözleşmesi hükümleri kanun hükmü niteliğinde, gücündedir.

Toplu iş sözleşmeleriyle, işçilerin kanunlarla korunmamış olan menfaatleri koruma altına alınabilir ya da kanunun sağladığı korumanın ötesinde bir koruma sağlanabilir. “İşçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar çözümlenirken çalışma koşullarını düzenleyen kaynakla-

ra başvurulur. Buna göre çalışma koşullarını oluşturan kaynaklar arasında bir sıralama yapılmalı ve normlar hiyerarşisine uygun hareket edilmelidir. Normlar hiyerarşisine göre bir sıralama yapıldığında; Anayasa, yasalar, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri, personel yönetmeliği, benzer kaynaklar ve işyeri uygulamalarının bütünü düşünülmelidir. Alt sıralardaki düzenlemelerin normlar kuralına göre belirlenmesi, üst sıradaki kaynaklara aykırı olmaması gözetilmelidir. Bu kural, emredici kural niteliğinde olan bir hususun işçi lehine dahi olsa alt sıralardaki kaynaklarla değiştirilemeyeceğini de kapsar.”<sup>25,26</sup> Gerçekten de, kanunlarda özellikle de İş Kanunu'ndaki bazı düzenlemeler, işçi lehine olacak şekilde dahi TİS ile yeniden düzenlenemez. Örneğin, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkrasında belirtilen ücret ve tazminatlar ne bireysel iş sözleşmeleri ile ne de toplu iş sözleşmeleri ile değiştirilemeyecektir.<sup>27</sup>

Tüm bu bilgiler ışığında, toplu iş sözleşmesi taraflarının, herhangi bir toplu işçi çıkarımında işçilerin seçimini hangi sıraya göre yapacaklarını toplu sözleşmeyle bağtılamalarına da herhangi bir hukuki engel bulunmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Yeter ki bu husustaki TİS maddeleri İş Kanunu 5. maddeye aykırı olmasın. Keza somut olaydaki sözleşme maddesi de “Eşit Davranma İlkesine” aykırı bir madde olarak görülmemektedir. Nitekim, bireysel iş sözleşmesi fesihlerinde, TİS'te öngörülen fesih prosedürüne uyulmaksızın yapılan fesihler Yargıtay'ın önüne sıklıkla gelmiştir. Bu tür uyuşmazlıklara en çok da feshin TİS gereği disiplin kurulu kararıyla yapılması hakkında tartışılmaktadır. Yargıtay bu tür uyuşmazlıklarda TİS'in sözleşmenin feshine ilişkin öngörülen hükümlerine geçerlilik tanımıştır.<sup>28</sup>

Bir TİS hükmünün hukuk düzeni tarafından tanınması, hükmün sözleşme taraflarını bağlamasına da evleviyetle sebep verir. Bu itibarla kanımızca da söz konusu TİS hükmü geçerli ve hukuken tanınması gereken bir hükmüdür. Tarafların hür iradeleriyle koydukları sınırlayıcı bu hüküm hukuken geçerli ise tarafların bu kurallara uymaları ve uymadıkları takdirde de müeyyidelerine katlanmaları gerekir.

### III-SONUÇ

Sonuç itibariyle ilgili mevzuatımızda işçi çıkarmalarda, çıkarılacak işçilerin belirlenmesi hususunda işverenin, sosyal seçim ilkesinin uygulanması yönünde yasal herhangi bir yükümlülüğü bulunmamakta olup, taraflar yaptıkları sözleşmelerle bu konuya ilişkin bir düzenleme, sınırlama getirmişlerse, tarafların ancak o düzenlemeyle bağlı kalacağı Yargıtay'ın son dönemdeki kararlarıyla istikrar kazanmış bulunmaktadır.

Somut olayda toplu iş sözleşmesi tarafları olan işçi sendikası ve işveren veya işveren sendikası tarafından, davaya konu olan uyumsuzluk öngörülerek, böyle bir riskin gerçekleşmesi halinde nasıl davranılması gerektiği konusunda karşılıklı olarak anlaşılmıştır. Risk gerçekleşmiş, ancak işveren öngörülen şekilde davranmayarak, sözleşme hükümlerine aykırı bir şekilde fesih yapmıştır. Bu itibarla yapılan feshin geçersiz olması mevzuata da, yerleşik içtihadı da uygundur. Bu açıdan Yargıtay'ın kararının isabetli olduğu görüşündeyiz.

Ne var ki, şu ayrıntıya da değinmeden geçmek mümkün değildir:

Yerel mahkeme kararında mezkur TİS hükmünün yüzde yüz uygulanmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğundan uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Yüksek Mahkeme ise söz konusu hükmün yüzde yüz uygulanması hayatın olağan akışına aykırı olsa dahi, bu durumun feshi geçerli hale getiremeyeceği yönünde bir görüş ihdas etmiştir. Türkçe'de "yüzde yüz uygulanabilmek" de "hayatın olağan akışına aykırılık" da görece müphem, en önemlisi aksi ispatlanabilir kavramlardır. Bir sözleşme hükmünün yüzde yüz uygulanamıyor olması halinde, uygulanabildiğince uygulanabilmesi gerekeceği de, söz konusu hükmün batıl bir hüküm olacağı da kabil-î müdafaadır. Zira gerek yürürlükteki mevcut Borçlar Kanunu'nda (Md. 117) gerekse de 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda (Md. 136, 137) hem sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan ifa imkânsızlığının, hem de sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan kısmî ve tümünden ifa imkânsızlığının, borcu tamamen veya kısmen ortadan da kaldırabilen

farklı sonuçları vardır. Somut olayda, toplu işçi çıkarma durumunda hangi işçilerin, nasıl seçileceği konusunda tarafların ortak mutabakatı ile bir sıralama sistemi benimsenmiş ve davalı işverene bir borç yüklenmiştir. İşçi çıkarmakta benimsenen sıralama sisteminin varlığı esasen borcun ifasının gerçekleşmesine olanak sağlamak amaçlıdır. Bu sıralama içindeki durumlardan bazılarının icrası mümkün olabilirse de bu kararda yerel mahkeme, somut olaydaki sözleşme hükmünün yüzde yüz uygulanmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu benimserken, elinde olmayan nedenlerle toplu işçi çıkarmak zorunda kalan bir işverenin, işletmesinin bütünü bakımından zorluk içinde olması nedeniyle başlangıçta benimsenen sıralamaya uyamayacak durumda olmasına vurgu yapmak istemiştir.

Söz konusu borcun ifasının mümkün olup olmaması davalı işverenin borcunun akıbeti açısından önemlidir. Yüksek Mahkeme de fiili imkansızlık nedeniyle işverenin borçtan kurtulabileceğine, yani BK. 117. maddenin iş hukukunda da uygulanabileceğine çeşitli kararlarında değinmiştir.<sup>29</sup>

İlk derece mahkemesinde, davalı işveren, söz konusu TİS hükmünü uygulayabilmesinin, kendi kusuru olmaksızın imkansızlaştığını ispat etmiş olsaydı, TİS hükmü işveren açısından borç doğurmayabilecek, böylelikle de Yargıtay'ın bozma ilamı tarafımızca isabetsiz bulunabilecekti. Ancak, kararda sadece "yüzde yüz uygulanması hayatın olağan akışına aykırıdır" gibi muğlâk bir ifade kullanıldığından, halihazırda bu sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir.

Bir başka ifadeyle, Yargıtay'ın işbu karardan, "TİS hükmünün uygulanabilirliği ne olursa olsun, tarafları bağlar" şeklinde genel geçer bir sonuca ulaşılmaması gerektiği düşüncesindedir.

Son söz olarak, yerel mahkemenin ve Yargıtay'ın karşılıklı olarak "mezkur hükmün yüzde yüz uygulanmasının hayatın olağan akışına aykırı olması" hususundan aynı anlamlara ulaşmış olduklarını varsayarak ve Karar'da yer alan "Nitekim hükme esas alınan bilirkişi raporunda davalı işverenin Toplu İş Sözleşmesinin

27/c maddesine uyulmadığı, davalı işverenin genellikle kıdemi olan işçileri çıkardığı tespit edilmiştir.” şeklindeki ifadeden ötürü, Yargıtay kararını isabetli bulmaktayız.

## DİPNOTLAR

- 1 Karar metni Legalbank'tan alınmıştır.
- 2 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.10.2004 gün ve 2004/9-510 E. 2004/557 K.
- 3 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.09.2005 gün ve 2005/9-475 E. 2005/511 K.
- 4 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 01.03.2010 gün ve 2010/2982 E. 2010/5326 K.
- 5 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 24.11.2005 gün ve 2005/32720 E. 2005/37114 K.
- 6 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 22.02.2010 gün ve 2010/2354 E. 2010/4182 K.
- 7 Yargıtay'ın söz konusu ilkeleri hakkında inceleme için bkz: Prof. Dr. Savaş TAŞKENT, Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 21, Syf. 15.
- 8 Ayrıntılı bilgi için bkz: Prof. Dr. Sarper Süzek, İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 12 Syf. 24.
- 9 Ayrıntılı bilgi için bkz: Doç. Dr. Serkan Odaman, Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti Sorunu üzerine Görüşler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 14, Syf. 77.
- 10 Dr. İftar Cengiz, Türk Hukuku'nda Toplu İşçi Çıkarma, Ankara 2009, Syf. 66.
- 11 Aynı yönde bir başka inceleme için bkz: Doç. Dr. Kübra Doğan Yenisey, İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 2, Syf. 60.
- 12 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 06.02.2006 gün ve 2005/37490 E. 2006/2317 K.
- 13 Prof. Dr. Gülsevil Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlüğü Mevcut Mudur?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 4, Syf. 99.
- 14 Dr. İftar Cengiz, Syf. 95.
- 15 Yargıtay mevcut kararda da yer alan “Feshin kaçınılmaz olduğunu kanıtlaması ve kendisini çıkarılacak işçilerin belirlenmesinde bağlayan bir kural yok ise, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmesi” şeklindeki ifadelerle, sosyal seçim kriterlerini dikkate almadığını uzun süredir vurgulamaktadır. Aynı yönde: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 11.09.2008 gün ve 2008/28373 E. 2008/23213 K. “Bilirkişilerin diğer tespiti ve mahkemece feshin geçersizliği için kabul edilen işten çıkarılanların belirlenmesinde objektif kriterlere uyulmadığı yönündeki tespit ise yukarıda açıklandığı üzere karara gerekçe yapılamaz. Zira işvereni istihdam fazlası işçileri işten çıkarırken, işten çıkarılacakları belirlemede bağlayan bir kural bulunmamaktadır.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 18.10.2010 gün ve 2009/30454 E. 2010/171 K.
- 16 Prof. Dr. Gülsevil Alpagut, Syf. 99.
- 17 Fransız İş Kanunu'nda işverenin, sözleşmeleri feshedilecek işçileri bu kriterlere göre seçmemesi, fesihlerin geçerliliği üzerinde etkili değildir. Fransız Yargıtay'ına göre, seçim kriterlerine uyulmaması, işçinin zararını karşılayacak uygun bir tazminata yol açar. Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Ankara, 2008, Sayfa, 738.
- 18 Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu, Syf: 738; Prof. Dr. Devrim Ulucan, İş Güvencesi Kapsamında Sosyal Seçim Uygulaması ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:14 Syf. 502.
- 19 2822 Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) Md. 1.
- 20 TİSGLK Md. 2.
- 21 TİSGLK Md. 4.
- 22 Prof. Dr. Melda SUR, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 <http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ic&id=3025> (Erişim tarihi: 04.06.11).
- 23 Doktrinde de çok tartışılmış olan, fahiş miktarda belirlenen ihbar öneline ilişkin TİS hükmüne müdahale eden Yargıtay Kararı için bkz: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 11.04.2006 gün ve 2006/2630 E. 2010/9547 K.
- 24 TİS hükmüne yargı tarafından müdahale edilmesiyle ilgili olarak: Prof. Dr. M. Fatih Uşan, İş Güvencesi Kapsamında Olmayan Bir İşçi İçin Toplu İş Sözleşmesi ile Getirilen İş Güvencesi Tazminatı İş Kanunu'nda Öngörülen İş Güvencesi Tazminatından Daha Fazla Olabilir mi?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:9, Syf. 102.
- 25 Türk Hukuk Sitesi Şerhi: <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=3112> (Erişim tarihi: 04.06.11).
- 26 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 22.01.2009 gün ve 2007/34716 E. 2009/637 K.
- 27 Bu yönde bir sözleşme yapılamayacağı, İş Kanunu madde 21/son fıkrada açıkça düzenlenmiştir. Ancak, Kanundaki tüm emredici hükümler, bu şekilde açıkça ifade edilmiş değildir.
- 28 Ayrıca TİS hükmünün geçerli ya da haklı feshine ilişkin olup olmamasını da önemsemmiştir. Örneğin: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 29.06.2009 gün ve 2008/36286 E. 2009/18338 K., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.04.2000 gün ve 2000/9-813 E. 2000/837 K.
- 29 Örneğin: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 22.01.2004 gün ve 2003/22637 E, 2004/535 K.

## Mesut BALCI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi

# Hak Sahibi Ana ve Babanın Ölüm Aylığı ile İlgili Sorunlar

## 1- 506 sayılı Yasanın uygulama zamanında ana ve babanın ölüm geliri ve aylığı hakkı:

### a- 506 sayılı Yasaya göre iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölüm nedeniyle ana ve babanın ölüm geliri hakkı:

506 sayılı Yasanın 06.08.2003 tarihinden önce yürürlükte bulunan 24. maddesine göre, sigortalının ölümü nedeniyle ana ve babasına, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından “geçimlerinin sigortalı tarafından sağlanması” halinde ölüm geliri bağlanıyordu.

Maddede yer alan “geçimi sigortalı tarafından sağlandığı belgelenen” ibaresi, 06/08/2003 yürürlük tarihli, 25191 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4958 sayılı Yasanın 35. maddesi ile, “sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 sayılı Yasaya göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında

olursa olsun gelir veya aylık almayan” şeklinde değiştirilmiştir.

06.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Yasanın 35. maddesi ile değiştirilen 506 sayılı Yasanın 24. maddesinde, “sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümü tarihinde eşine ve çocuklarına bağlanması gereken gelirlerin toplamı, sigortalının yıllık kazancının %70’inden aşağı ise, artanı, eşit hisseler halinde sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 sayılı Yasaya göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan ana ve babasına gelir olarak verilir. Ancak, bunların her birinin hissesi sigortalının yıllık kazancının %70’inin dörtte birini geçemez ve sigortalının ölümü ile eşine ve çocuklarına bağlanabilecek gelirlerin toplamı, sigortalının yıllık kazancının %70’inden aşağı değilse, ana ve babanın gelir bağlanma hakları düşer.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Burada, eski mevzuatta da yer alan düşme hükmüne göre, ölüm anında düşen hak sonradan durum değişikliği ile canlanmaz<sup>1</sup>.

Bu konuda Yargıtayın uygulaması, 4958 sayılı Yasanın yürürlüğünden önce sigortalının ölümü halinde, o tarihte geçimi sigortalı tarafından sağlanmadığından gelir veya aylık bağlanmayan ana ve babaya, sosyal güvenlik yasalarına tabi olarak çalışmamaları ve buralardan gelir ve aylık almamaları halinde 4958 sayılı Yasanın yürürlük tarihi olan 06.08.2003 tarihinden itibaren gelir bağlanması gerekeceği yönündedir. Ana ve babanın durumları ayrı ayrı incelenmelidir.<sup>2</sup>

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölüm halinde, sigortalının belli bir prim ödemesi koşulu yoktur. Ölen çocuk, eğer 506 sayılı Yasa kapsamına alınması gereken bir iş dolayısıyla iş kazasına uğrayarak veya meslek hastalığına yakalanarak ölmüşse, ana ve babaya ölüm aylığı bağlanacaktır.

### **b- 506 sayılı Yasaya göre ana ve babanın ölüm aylığı hakkı:**

506 sayılı Yasanın 69. maddesinin eski halinde “geçimi sigortalı tarafından sağlanan” ana ve babaya ölüm sigortasından aylık bağlanacağı öngörülmüştü.

506 sayılı Yasanın ölüm sigortası ile ilgili 4958 sayılı Yasanın 35. maddesi ile değişik 69. maddesinde de; sigortalının ölümü tarihinde eşine ve çocuklarına bağlanması gereken aylıkların toplamı, sigortalıya ait aylıktan aşağı olursa, artanı, eşit hisseler halinde sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 sayılı Kanuna göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan ana ve babasına aylık olarak verileceği, ancak, bunların her birinin hissesinin sigortalıya ait aylığın %25’ini geçemeyeceği ve sigortalının ölümü ile eşine ve çocuklarına bağlanabilecek aylıkların toplamı, sigortalıya ait aylıktan aşağı değilse, ana ve babanın aylık bağlanma haklarının düşeceği hükmü getirilmiştir.

Burada da, Yargıtay uygulaması 4958 sayılı Yasanın yürürlüğünden önce sigortalının ölümü halinde, o tarihte geçimi sigortalı tarafından sağlanmadığından gelir veya aylık bağlanmayan ana ve babaya, sosyal güvenlik yasalarına tabi olarak çalışmamaları ve buralardan gelir

ve aylık almamaları halinde 4958 sayılı Yasanın yürürlük tarihi olan 06.08.2003 tarihini izleyen aybaşından itibaren aylık bağlanması gerekeceği yönündedir.

506 sayılı Yasaya göre, gelir ve aylık bağlanmasında ana ve babanın durumlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.<sup>3</sup> Aylık hakları birbirinden bağımsızdır.

506 sayılı Yasanın 66. maddesinde ölüm aylığı için sigortalının pirim ödemesine dair koşullar yer almaktadır. Buna göre;

a) Malullük veya yaşlılık aylığı almakta iken, yahut malullük veya yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olup henüz işlemi tamamlanmamış durumda veya,

b) Bağlanmış bulunan malullük veya yaşlılık aylığı, sigortalı olarak çalışmaya başlamaları sebebiyle kesilmiş durumda veya,

c) Toplam olarak 1800 gün veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün<sup>4</sup> malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş durumda (Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından sonra 5561 sayılı Yasanın 1. maddesi ile (c) bendi 18.10.2006 tarihinden geçerli olmak üzere değiştirilerek “c-5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinde en az 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş durumda”)

ölen sigortalının hak sahibi kimselerine aylık bağlanır.

### **2- 2925 sayılı Yasanın uygulama zamanında ana ve babanın ölüm aylığı hakkı:**

2925 sayılı Yasanın ölüm sigortası ile ilgili 25. maddesinde, ölen sigortalının eş ve çocuklarına aylık bağlanacağı hüküm altına alınmış olmasına karşın, ana ve baba yönünden ölüm aylığı ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 25.10.2006 gün ve 2006/20213 Esas, 2006/17547 Karar sayılı bozma kararında da, “2925 sayılı Yasa ile oluşturulan isteğe bağlı sigortalılık sistemi ile teminat altına alınan riskler; iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık, malullük, yaşlılık ve ölümdür. 2925 sayılı Yasanın “Tanımlar” başlıklı 3.

maddesinde hak sahibi olarak eş ve çocukların sayıldığı, ana ve babanın bu kavrama dahil edilmedikleri görülmektedir. Bu Yasanın 25. maddesinde, kimlere ölüm aylığı bağlanacağı açıklanmış olup, anneye yer verilmemiştir. Esasen, sözkonusu Yasanın 506 sayılı Kanuna yollama yapan 39. maddesinde de anne, babaya ölüm aylığı bağlanması ile ilgili 506 sayılı Yasanın 69. maddesine yer verilmemiştir. Bu yönde davacı annenin ölüm aylığı almasına yasa imkan yoktur.” gerekçesi ile yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

### 3- 5434 sayılı Emekli Sandığı Yasası'nın uygulama zamanında ana ve babanın ölüm aylığı hakkı:

5434 sayılı Yasanın 72. maddesine göre, “Ölen iştirakçilerin, iştirakçi bulunmayan dul ve muhtaç anaları ile iştirakçi olmayan ve ölüm tarihinde de muhtaç ve 65 yaşını doldurmuş bulunan babalarına sandığa müracaat tarihini izleyen aybaşından itibaren aylık bağlanır. Muhtaç babalardan çalışarak geçimini sağlayamayacak derecede malul olanlar için, yaş kaydı aranmaz. Muhtaçlık, asgari ücretin net tutarı altında geliri olma durumudur.

Muhtaç olması nedeniyle aylık bağlanan babanın ölümünde, aylığı muhtaç olması şartı ile Emekli Sandığına müracaat tarihini takip eden aybaşından itibaren öz anaya bağlanır.

5434 sayılı Yasanın 77/son maddesine göre, “Evli kız ve erkek çocuklarla anaya aylık bağlanmaz.”

5434 sayılı Yasa anaya ölüm aylığı bağlanması için dul ve muhtaç olmasını aramıştır. Ana için yaş koşulu yoktur. Baba muhtaç olmakla birlikte, evli olsa da aylığı alabilecektir. Ancak baba için 65 yaş koşulu aranmaktadır. Baba ile evli olan ana, ancak babanın ölümü durumunda muhtaç olması halinde aylık alabilecektir. Baba, muhtaç ve geçimini sağlayamayacak derecede malul olursa, yaş koşulu aranmaksızın ölüm aylığı alabilecektir.

72. maddeye göre, baba için muhtaçlık, çocuğun ölüm tarihi itibarıyla aranmaktadır. Ancak baba sonradan 65 yaşını doldurur ve muh-

taç olursa aylık alabilecektir. Ana da, sonradan boşanır veya dul kalırsa muhtaç olması şartı ile aylık bağlanabilecektir.

5434 sayılı Emekli Sandığı Yasası'nın 68/b maddesine göre, ölüm aylığı ana veya babanın her biri için ölen çocuğun emekli, adi malullük veya vazife malullüğü aylığının %25'i olacaktır. Ancak, aynı maddeye göre, bağlanacak dul ve yetim aylıklarının toplamı ölenin aylığını geçerse aylıklar mütenasiben indirilir.

Diğer yasalarda, ölüm tarihini izleyen aybaşından itibaren aylık bağlanıyorken, 5434 sayılı Yasaya göre, Sandığa müracaat tarihini takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanmaktadır.

5434 sayılı Yasanın 92. maddesi gereğince muhtaçlığın kalkması veya dul ananın evlenmesi aylık kesme nedenidir.

5434 sayılı Yasanın 66. maddesine göre, ana ve baba ölen çocuklarının en az 10 yıl hizmeti bulunması halinde ölüm aylığı alabilirler.

5434 sayılı Yasa Ek Madde 13'e göre ise, 5-10 yıl arası hizmeti bulunan sigortalının ölümü halinde, ana ve baba ölüm aylığı hakkından yararlanamaz. Dul eş ve çocuklar, başkasının yardımı olmadan hayatlarını devam ettiremeyecek derecede malul ve muhtaç ise dul ve yetim aylığı alabilirler.

### 4- 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası'nın uygulama zamanında ana ve babanın ölüm aylığı hakkı:

1479 sayılı Yasanın 45/d maddesine göre, “Sigortalının ölümü tarihinde veya sonradan eşine veya çocuklarına yapılması gereken tahsisin toplamı, sigortalıya ait tahsisten aşağı olursa, artan kısım eşit paylar halinde sigortalının bu Kanun ile diğer sosyal güvenlik kurumları kapsamında çalışmayan, bu kurumlar kapsamındaki çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almayan ana ve babasına, her birinin hissesi sigortalıya ait aylığın en çok %25'i aylık veya toptan ödeme şeklinde verilir.” (24.08.2000 tarih ve 619 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 21. maddesinin, Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2000 tarih ve E.:2000/61, K.:2000/34 sayılı kararı ile iptali üzerine; 24/7/2003 tarihli 4956

**5510 sayılı Yasa asgari koşullarla ölüm aylığı bağlanabilmesi için ölenin toplam en az 1800 gün prim ödeme süresini yeterli saymaktadır. Ayrıca, 5 yıldan beri sigortalı bulunup 900 gün primi bildirilmiş sigortalının hak sahiplerine de ölüm aylığı bağlanabilmektedir.**

sayılı Yasanın 23. maddesiyle değişik 45. maddede)

45/d maddesinin KHK ile değiştirilmeden önceki haline göre, “geçiminin sigortalı tarafından sağlandığı anlaşılan ana ve babaya ölüm aylığı bağlanır” şeklindeydi. Maddenin bu haliyle uygulandığı dönemde ana babanın geçiminin sigortalının ölüm tarihi itibarıyla sağlanması gerektiği yönünde uygulanmaktaydı. Yardımın geçime katkı amacıyla yapılması ve sürekli olması da aranıyordu. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin bu konudaki kararı “Babanın aldığı emekli aylığının geçime yetmeyeceği, davacı annenin ev kadını olması nedeniyle sürekli ve düzenli yardıma muhtaç olduğunun kabulü gerektiği” yönündedir (10.HD. 18.02.1991, 1991/8488E.-1992/1380K.)<sup>5</sup>.

Ana ve baba ile diğer hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilmesi için, 1479 sayılı Yasanın 41. maddesine göre sigortalının, 3 tam yıl prim ödemesi koşul iken, 02.08.2003 tarihinden itibaren 4956 sayılı Yasa ile 5 tam yıla çıkarılmıştır. Bu tarihten sonra ölenler bakımından, 5510 sayılı Yasanın yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihine kadar 5 yıl sigortalılık koşulu aranır.

### **5- 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Yasası'nın uygulama zamanına göre ana ve babanın ölüm aylığı:**

4956 sayılı Yasa ile 2926 sayılı Yasanın ölüm aylığına ilişkin hükümleri yürürlükten kaldırılmış, 2926 sayılı Yasaya eklenen Ek Madde 3

uyarınca, 1479 sayılı Yasanın ikinci kısmının dördüncü bölümünde yer alan ölüm aylığına ilişkin hükümlerin, 2926 sayılı Yasaya tabi olan sigortalılara da uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

### **6- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'na göre ana ve babanın ölüm aylığı ve geliri:**

01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa ile 506, 1479, 2925 ve 2926 sayılı Yasa kapsamında bulunan sigortalılar, 5510 sayılı Yasa kapsamına alınmışlardır.

5510 sayılı Yasanın, 17.04.2008 tarihli 5754 sayılı Yasanın 21. maddesi ile değişik 34. maddesine göre; hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde, her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam %25'i oranında; ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla toplam %25'i, oranında aylık bağlanır. 34. maddedeki gelir seviyesine sahip, gelir ve aylık almayan ana ve baba 5510 sayılı Yasanın 60. maddesine göre sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılır.<sup>6</sup>

5510 sayılı Yasanın 34. ve 35. maddeleri iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölüm hallerinde, 5510 sayılı Yasanın 16/e maddesine göre ana ve babaya gelir bağlanmasında, ayrıca ölüm sigortasından 32/a maddesine göre ölüm aylığı bağlanmasında ve bu aylıkların kesilmesinde, yeniden bağlanmasında uygulanır.

5510 sayılı Yasa, eş ve çocuklar dolayısıyla ana ve baba için iş kazası veya meslek hastalığı sonucu %50 ve üzerinde işgöremez iken ölen sigortalıdan dolayı ölüm nedenine bakılmaksızın 20. maddenin birinci fıkrasına göre, ölüm geliri gibi sigortalının aylık kazancının %70'i üzerinden gelir bağlanacağı hükmünü getirmiştir. İşgöremezlik oranı %50'nin altında ise, ölüm nedeni de iş kazası veya meslek hastalığı değilse, hak sahiplerine dolayısıyla ana ve ba-



## 5510 sayılı Yasanın geçici maddeleri, eski sigortalıların hak sahibi olan ana ve babalarının ölüm aylığı ile ilgili olarak kısıtlamalar içermektedir.

baya sigortalının almakta olduğu işgöremezlik geliri 34. madde hükümlerine göre gelir olarak bağlanır.

5510 sayılı Yasa asgari koşullarla ölüm aylığı bağlanabilmesi için ölenin toplam en az 1800 gün prim ödeme süresini yeterli saymaktadır. Ayrıca, 5 yıldan beri sigortalı bulunup 900 gün primi bildirilmiş sigortalının hak sahiplerine de ölüm aylığı bağlanabilmektedir.

### 7- Ana ve babaya ölüm aylığı bağlayacak Kurum:

5510 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden önce sigortalı olanlar bakımından hizmet birleştirilmesinde, 01.10.2008 tarihinde yürürlükten kaldırılan 2829 sayılı Yasa hükümleri uygulanır<sup>7</sup>. 2829 sayılı Yasanın 8. maddesine göre, ölüm halinde ilgililere hizmetin geçtiği son Kurum tarafından ölüm aylığı bağlanır. Hizmet birleştirmesine ilişkin olarak 5510 sayılı Yasanın 53. maddesine göre, 5510 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanlar bakımında da, ölüm halinde son sigortalılık hali dikkate alınacaktır.

Murisin ölüm tarihinden önce tabi olduğu son Kurumdaki hizmetleri ölüm aylığına yeterli olmamasına karşın, daha önceki Kurumdaki hizmeti yeterli ise, son Kurumun aylık bağlayacağına ilişkin madde hükmü Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.11.1997 gün ve 1997/10-698-895 K. sayılı kararı gereğince uygulanmaz. Önceki Kurum, aylığı bağlamak zorundadır<sup>8</sup>.

### Değerlendirme ve Sonuç:

1- 5434 sayılı Yasa açısından bakıldığında, ana ve babanın ölüm aylığı ile ilgili olarak; 5510 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden sonra sigortaya tescil edilenlerin ölümü ile hak sahibi durumunda olmaları halinde, 5510 sayılı Yasa-

nın 34. maddesinin uygulanacağı ve bu yasanın hak sahibi olacak ana ve baba yararına hükümler getirdiği kuşkusuzdur.

Ancak, 5510 sayılı Yasanın geçici maddeleri eski sigortalıların hak sahibi olan ana ve babalarının ölüm aylığı ile ilgili olarak kısıtlamalar içermektedir.

5510 sayılı Yasanın geçici 4. maddesinin 4. ve 5. fıkraları "Bu Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde; iştirakçi iken, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 5434 sayılı Kanun hükümlerine tabi olarak çalışmış olup bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olarak yeniden çalışmaya başlayanlar ile bunların dul ve yetimleri hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu madde kapsamına girenlerin aylıklarının bağlanması, artırılması, azaltılması, kesilmesi, yeniden bağlanması, toptan ödemeleri, ilgi devamı, ihya ve borçlanmaları, diğer ödemeler ve yardımlar ile emeklilik ikramiyeleri hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır ve bu maddenin uygulanmasında mülga 2829 sayılı Kanun hükümleri ayrıca dikkate alınır." hükmünü içermektedir.

Geçici madde, 5510 sayılı Yasadan önce 5434 sayılı Yasa kapsamına alınanlardan, 5510 sayılı Yasanın yürürlük tarihinde çalışmaya devam ederken, Yasanın 4/c maddesi kapsamına giren sigortalılar ile önceden 5434 sayılı Yasaya tabi iştirakçi olup işinden ayrılan ancak, 5510 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden sonra 4/c madde kapsamında çalışması bulunanların ana ve babaları yönünden, mülga 5434 sayılı Yasa hükümlerine göre dul ve yetim aylığının bağlanacağını, kesileceğini öngörmekte ve 5510 sayılı Yasanın 34. maddesinden yararlanmalarını engellemektedir.

Geçici 4. madde de, daha önce iştirakçi olduğu halde 5510 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarih itibariyle iştirakçi olmayan ve 5510 sayılı Yasadan sonra 4/c madde kapsamında

çalışmayan sigortalının ana ve babasına, 5510 sayılı Yasadaki koşullara göre ölüm aylığı bağlanmasına imkan sağlamaktadır. Ancak, SGK bu kapsama giren ana ve babaya da eski Yasa (5434) hükümlerini uygulamakta, muhtaç olmayan ana ve babaya, evli olan anaya ölüm aylığı bağlamamaktadır. Hatta, aşağıda yer verilen Kamu Görevlilerinin Tahsis Yardımlarına ilişkin Tebliğin 24/2.<sup>9</sup> maddesinde, 5510 sayılı Yasanın geçici 4. maddesinde yer almadığı halde “Bir süre iştirakçi iken görevinden ayrılanların hak sahiplerinin” mülga 5434 sayılı Yasaya tabi olacağı şeklinde yasaya aykırı bir düzenleme yapılmıştır.

5510 sayılı Yasanın 4/c maddesi, 5434 sayılı Emekli Sandığı Yasası'na tabi sigortalılığın devamı niteliğindedir.

Ana ve babanın lehine hükümler içeren 5510 sayılı Yasa hükümlerinin, 01.10.2008 tarihinden sonra 4/c maddesi kapsamında ilk defa sigortalı olanların ana ve babaları yönünden uygulanması, 01.10.2008 tarihinden önce 5434 sayılı Yasaya göre tescili bulunan sigortalıların, ana ve babası yönünden uygulanmaması, T.C. Anayasası'nın eşitlik kuralına açıkça aykırıdır.

Zira, 5510 sayılı Yasanın 34. maddesi, “Hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde, her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla, ana ve babaya” aylık bağlanacağını hüküm altına almaktadır. Burada ana ve baba Yargıtay'ın 506 sayılı Yasa döneminde uyguladığı gibi ayrı ayrı değerlendirilecektir. 5434 sayılı Yasada ise, ana ve baba birlikte değerlendirilmekte, ayrıca “muhtaçlık” koşulu yer aldığı gibi, ana yönünden “evli olmama” koşulu da yer almaktadır. Ananın evli olması aylık kesme nedenidir. 5510 sayılı Yasa “evli anaya” da aylık bağlamaktadır.

5510 sayılı Yasanın Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasında ilginç bir ayrıntıya yer verilmiştir. Maddeye ve maddeyi açıklayan 09.10.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Tahsis Yardımlarına ilişkin Tebliğin 24. maddesi<sup>10</sup> hükmüne göre, iştirakçinin 5-10 yıl arasındaki hizmeti esas alınarak 5434 sayılı

Yasaya göre hak sahibi eş ve çocuklara ölüm aylığı bağlanmışsa, bu aylık sadece 5510 sayılı Yasanın 34. maddesindeki koşulların kaybedilmesi halinde kesilecektir. Hatta, aylık 5434 sayılı Yasaya göre hesaplanacak, aylığın bağlanması ve kesilmesi şartlarında 5510 sayılı Yasa hükümleri uygulanacaktır. 10 yıldan fazla hizmeti bulunan iştirakçiden dolayı bağlanan aylığın bağlanması ve kesilmesi ise, 5434 sayılı Yasa hükümlerine tabi olacaktır. Burada, hizmet süresi fazla olan iştirakçiden dolayı ölüm aylığı bağlanan ana ve baba ve hatta eş ve çocuklar yönünden aleyhe hüküm getirilmesi izaha muhtaç bir haksızlıktır.

**2-** 5510 sayılı Yasa Geçici Madde 1 malul-lük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ilişkin geçiş hükümlerini içermektedir.

Geçici Madde1/2'ye göre, 506, 1479, 2925 ve 2926 sayılı mülga yasalara göre bağlanan veya hak kazanılan gelir, aylık ve ödeneklerin verilmesine devam olunur. Bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, bu kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanır.

01.10.2008 tarihinden sonra ölen sigortalılar yönünden 5510 sayılı Yasa hükümleri uygulanacaktır.

5510 sayılı Yasanın 34/d maddesine göre, hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde, ana ve babaya toplam %25 oranında aylık bağlanacaktır. Artan hisse yoksa ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması ve diğer aylık bağlama koşullarını taşımaları halinde toplam %25 oranında aylık bağlanacaktır. Burada mülga yasalar zamanında bağlanmış bir aylık bulunmadığından, başka bir anlatımla bağlanmış bir aylığın artırılması, azaltılması, kesilmesi veya kesilen aylığın yeniden bağlanması sözkonusu olmadığından, lehe olan hükmün uygulanması ve 5510 sayılı Yasaya göre 65 yaşın doldurulması halinde ana ve babaya artan hisse bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ölüm aylığının bağlanması gerekir.

506 sayılı Yasaya 29.07.2003 tarihinde 4958 sayılı Yasa ile eklenen Ek Madde 46 hükmüne göre, bu maddenin yürürlüğe girmesinden sonra ölen sigortalının, anne ve babalarına bağla-

nan gelir ve aylıklar sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak çalışmaya başladıkları veya 2022 sayılı Yasaya göre bağlanan aylık hariç olmak üzere, buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir ve aylık almaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilir.

5510 sayılı Yasanın aylığın kesilmesi ile ilgili 35. maddesine göre, ölüm sigortasından hak sahiplerine bağlanan aylıklar 34. maddede belirtilen şartların ortadan kalktığı tarihi takip eden ödeme dönemi başından itibaren kesilir. 34. maddede de ana ve babanın ölüm aylığı için diğer çocuklardan alınan ölüm aylıkları hariç olmak üzere, gelir ve aylık almamaları koşul olduğundan aynı doğrultuda bir uygulama söz konusudur.

4958 sayılı Yasanın yürürlük tarihi olan 06.08.2003 tarihinden önce ana ve babaya 506 sayılı Yasa kapsamında bağlanan ölüm aylıkları, ana ve babanın başka gelir ve aylık alması nedeniyle kesilemeyecektir.

506 sayılı Yasanın Ek 46. maddesinin uygulandığı dönemde aylık bağlanan ana ve baba, sosyal güvenlik kurumlarına tabi çalışmaya başlayınca mülga 506 sayılı Yasa hükümleri uygulanarak aylıkları kesileceği halde, 5510 sayılı Yasaya göre asgari ücretin net tutarı altında gelir ve kazanç elde eden ana veya baba zorunlu olarak 5510 sayılı Yasa kapsamına girse de aylığı kesilmeyecektir. Burada da sigortalıların ölüm zamanına göre, hak sahipleri bakımından bir eşitsizlik söz konusu olacaktır.

**3-** Mülga 1479 sayılı Yasada (ve 2926 sayılı Yasada), ana ve babanın ölüm aylığının kesileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yönü ile de 01.10.2008 tarihinden önce ölenlerin haksahiplerine bağlanan ölüm aylıkları, sadece eski mevzuata göre kesilebileceğinden, aylıklarının kesilmesi söz konusu olamayacaktır. Ancak, önceden Bağ-Kur veya Tarım Bağ-Kur sigortalısı iken, 01.10.2008 tarihinden sonra 5510 sayılı yeni Yasanın 4/b maddesi kapsamına girerek ölenlerin, ana ve babasına bağlanan ölüm aylıkları 5510 sayılı Yasanın 34. maddesindeki şartların ortadan kalkması halinde kesilecektir. Burada da 5510 sayılı Yasa, aleyhe hüküm getirmiştir.

**4-** 2925 sayılı Yasada ana ve babanın ölüm aylığı hakları bulunmadığından bu sigortalıların ana ve babasının ölüm aylıkları yönünden 5510 sayılı Yasanın geçici 2. maddesinin uygulanması olanağı yoktur. 01.10.2008 tarihinden sonra ölen sigortalı bakımından diğer koşulların varlığı halinde 5510 sayılı Yasanın 34. maddesine göre ölüm aylığı bağlanması gerekeceği kuşkusuzdur. 01.10.2008 tarihinden önce ölen sigortalıların ana ve babasının da lehe getirilen yasadaki yararlanması ve hizmet süresine ilişkin koşulların varlığı halinde ölüm aylığının bağlanması gerekir. Bu durumda da, aylığın kesilmesi ile ilgili olarak 5510 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

**5-** 5510 sayılı Yasa ile mülga yasalara tabi olan sigortalıların hak sahipleri olan ana ve babaları yönünden, 5510 sayılı Yasa öncesinde bağlanan gelir veya aylıklarının kesilmesi ile ilgili olarak bir ayrıcalık sağlanmış olmakla birlikte, yukarıda sözü edilen geçici madde hükümleri ile de hak sahibi ana ve babanın lehe getirilen hükümlerden de yararlanmaları önlenmiştir.

**6-** 5510 sayılı Yasa, asgari koşullarla ölüm aylığı bağlanabilmesi için ölenin toplam en az 1800 gün prim ödeme süresini yeterli saymaktadır. Ayrıca, 5 yıldan beri sigortalı bulunup 900 gün primi bildirilmiş sigortalının hak sahiplerine de ölüm aylığı bağlanabilmektedir.

5510 sayılı Yasadaki koşullar ile 506 sayılı Yasadaki prim ve sigortalılık süresi koşulları arasında bir farklılık yoktur. 5434 sayılı Yasaya tabi olan eski sigortalıların hak sahipleri, 5510 sayılı Yasanın Geçici 4. maddesi engel olduğundan, lehe olan bu düzenlemeden yararlanamazlar. 5434 sayılı Yasanın 66. maddesine göre, ana ve baba en az 10 yıl hizmeti bulunan sigortalı çocuklarından ölüm aylığı alabilmektedir.

Yeni yasal düzenlemelerle veya Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvurularla bu hak-sızlıkların giderilmesi gerekmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Mustafa Çenberci Shf:284.
- 2 "Davacı babanın 10.1.1984 tarihinden beri 1479 sayılı Yasa'ya tabi sigortalı olarak çalışmasına göre iş kazası so-

nucu ölen oğlundan dolayı iş kazası sigorta kolundan ölüm aylığı alması ve dolayısıyla destekten yoksun kalması söz konusu değildir. Annenin ev hanımı olduğu, bir gelirinin bulunmadığı ancak geçiminin eşi tarafından karşılandığı gerekçesiyle isteminin reddedildiği anlaşılmaktadır. Davacı annenin bir geliri bulunmadığı, sosyal güvenlik kuruluşları kapsamında sigortalı olarak çalışmadığı Kurumca da saptandığına göre anne için 506 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde değişiklik yapan 9.7.2003 tarih 4958 sayılı Yasa'nın 35. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden aybaşından itibaren iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanmasına karar verilmesi gerekir." (21.HD.15.03.2010, 2009/1918 Esas, 2010/958 Karar).

- 3 Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi Shf:282, 283.
- 4 Anayasa Mahkemesinin 6/1/2005 tarihli ve E:2005/1, K:2001/479 sayılı Kararı ile bu bendin "... veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün ..." bölümü iptal edilmiş olup, iptal hükmünün, Kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır.
- 5 Bağ-Kur Kanunu, Yalçinkaya Orhan-Ankara 1999, shf:40.
- 6 Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Doç. Dr. M. Fatih Uşan, Ankara 2009, shf:271.
- 7 5510 sayılı Yasanın 5754 sayılı Yasa ile değişik 2. maddesi.
- 8 İsteğe Bağlı Sigortalılık Borçlanma Hizmetlerin Birleştirilmesi, Ankara 2010, Shf:378, M. Balcı.
- 9 Tebliğin 24. maddesi "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde; a) Bir süre iştirakçi olduktan sonra görevinden ayrılanların, b) İştirakçi iken, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla kamu görevlisi sigortalılık kapsamına alınanların, c) Kamu görevlisi olarak yeniden çalışmaya başlayanların, ç) Bu fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin dul ve yetimlerinin, aylık, tazminat, harp malûllüğü zammı, evlenme ikramiyesi gibi diğer ödemeler ile ölüm, eğitim ve öğretim yardımları hakkında, Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 ve mülga 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır."
- 10 MADDE 24 – "(1) Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 5434 sayılı Kanuna göre tahsis edilmiş; aylık, tazminat, harp malûllüğü zammı, evlenme ikramiyesi, ölüm, eğitim ve öğretim yardımı gibi diğer ödemeler ile yardımlara ve 8/2/2006 tarihli ve 5454 sayılı Kanunun 1 inci maddesine göre verilmekte olan ek ödemeye Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre devam olunur. Bunlardan fiili hizmet süresi beş ilâ on yıl arasında olan iştirakçilerden dolayı dul ve yetim aylığı almakta olanların, aylıklarının hesabında Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun, aylığa hak kazanma, evlenme ve cenaze ödenekleri ile aylıkların ödemeye devam şartlarında Kanunun 32, 34 ve 37 nci maddeleri esas alınır."

- Doç. Dr. M. Fatih Uşan, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara-2009.
- Mesut Balcı, İsteğe Bağlı Sigortalılık Borçlanma Hizmetlerin Birleştirilmesi, Ankara 2010.
- Utkan Araslı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar-Ankara 2002.
- Resul Arslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara-2009.

## KAYNAKÇA

- Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara-1977.
- Orhan Yalçinkaya, Bağ-Kur Kanunu Ankara-1999.

Dr. Özgür Hakan ÇAVUŞ

Sosyal Güvenlik Kurumu Başmüfettişi

# 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda Düzenlenen Fiili Hizmet Süresi Zammı ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları

## 1. GİRİŞ

Yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını etkileyen önemli durumlardan birisi de fiili (itibari) hizmet süreleridir. Söz konusu süreler, özellikle yıpratıcı ve ağır işlerde çalışanlar için öngörülmüştür. Fiili hizmet süreleri, ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanların erken yıpranmaları nedeniyle emekli aylığına daha erken hak kazanmalarını sağlamak üzere söz konusu kişilerin hizmet sürelerine eklenmektedir. Böylece var olmayan fakat varsayılan bir farazi sigortalılık süresi ve farazi prim ödeme gün sayısı oluşturularak fiili hizmet sürelerine tabi sigortalılar diğer normal işlerde çalışan sigortalılara nazaran daha avantajlı duruma getirilmektedir<sup>1</sup>.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 60. maddesinin E bendinde ve ek 5. ve 6. maddelerinde "itibari hizmet süresi" ve 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenmiş olan "fiili hizmet müddeti

zammı" şeklindeki düzenlemeler, 2008/Ekim başında yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenen "fiili hizmet süresi zammı" kavramı ile aynı içeriğe ve öze sahip önceki düzenlemelerdir.

5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce yürürlükte olan 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'na tabi kendi nam ve hesabına çalışanlar, 2926 sayılı Tarım Bağ-Kur Kanunu'na tabi tarımda bağımsız çalışanlar ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi tarım sektöründe çalışan sigortalılar "fiili hizmet süresi" uygulamasının dışında bırakılmışlardır<sup>2</sup>.

Bu çalışmamızda, özellikle işveren mevzuatı açısından 506 sayılı Kanun'da yer alan "itibari hizmet süresi" ve 5510 sayılı Kanun'da yer alan "fiili hizmet süresi" düzenlemeleri ve Sosyal Güvenlik Kurumu uygulamaları üzerinde durulacaktır. 5434 sayılı Kanun kapsamında yer alan konuyla ilgili düzenlemeler çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

## II. 506 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR KANUNU'NA GÖRE İTİBARI HİZMET SÜRESİ VE ŞARTLARI

506 sayılı Kanun'da yer alan itibari hizmet uygulaması, ilk kez 01.09.1977 tarihinde yürürlüğe giren 2098 sayılı Kanun<sup>3</sup> ile başlamıştır. Bu düzenlemeyle, basım ve gazetecilik işyerlerinin Yasa'da belirtilen unvanlarla çalışan sigortalıların yine Yasa'da belirtilen işlerde geçen sigortalılık sürelerine, belirli bir sürenin daha eklenmesi öngörülmüştür. Daha sonra 3395 sayılı Kanun<sup>4</sup> ile 01.09.1987 tarihinden geçerli olmak üzere, unvan ayrımı yapılmaksızın hizmetin basım ve gazetecilik işyerlerinin Kanun'da sayılan işlerde geçmesi, itibari hizmet süresinden yararlandırılması için yeterli görülmüştür. Bunun yanı sıra gemi adamları, gemi ateşçileri, kömür-cüler, dalgıçlar ile azotlu gübre ve şeker sanayisinin Yasa ile belirlenen bölüm ve işlerinde çalışan sigortalılar da itibari hizmet süresinden yararlandırılmışlardır.

506 sayılı Kanun'a göre, itibari hizmet süresinden yararlanabilmek için üç koşulun bir arada olması gerekmektedir. Bunlar; sigortalı sayılma, hizmetin belirli işlerde geçmesi ve belli bir süre prim ödeme gün sayısının varlığıdır.

### a) Sigortalı Sayılma

İtibari hizmet süresinden yararlanmanın ilk koşulu, itibari hizmet süresinden yararlanacak kimsenin 2098 sayılı Kanun'a göre 01.09.1977 tarihinde ve bu tarihten sonra sigortalı niteliğini taşımasıdır. Sigortalı sayılmayacaklar veya sigortalılık niteliğini yitirmiş bulunan kişiler itibari hizmet sürelerinden yararlanamazlar.

### b) Hizmetin Kanun'da Belirlenen İşkollarında ve İşyerlerinde Geçmesi

Bir hizmet süresine itibari hizmet süresi eklenebilmesinin ikinci şartı, o hizmetin 506 sayılı Kanun'un ek 5. maddesinde düzenlenmiş olan çizelgede yer alan sınırlı bir biçimde sayılan işkolu ve işyeri koşullarında gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>5</sup>. 506 sayılı Kanun'un ek 5. maddesi, hangi sigortalıların hangi çalışma süreleri-

ne itibari hizmet süresi verileceğini, çalışılan işyerleri ve yaptıkları işler itibariyle belirlemiştir. Bu işler aşağıda 3 grupta açıklanmıştır:

#### **b.1) Basın Mesleği ile Basım ve Gazetecilik İşyerlerinde Çalışanlar**

Kanun'da basın mesleği ile basım ve gazetecilik işyerlerinde çalışanlardan kimlerin hangi işlerde geçen çalışma sürelerine itibari hizmet verileceği üç grupta toplanmıştır.

**b.1.1)** 212 sayılı Kanunla değiştirilen 5953 sayılı "Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun" kapsamında Türkiye'de yayımlanan gazete ve mevkutelerle, haber ve fotoğraf ajanslarında çalışan ve İş Kanunu'ndaki "işçi" tarifi kapsamı dışında kalan gazeteciler, anılan Kanun kapsamına giren her türlü fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalıştıkları süreler

**b.1.2)** Basın Kartı Yönetmeliği'ne göre basın kartına sahip olup gazetecilik yaparken, kamu kurumlarına giren ve bu kurumların basın müşavirliklerinde meslekleriyle ilgili görevlerde istihdam edilen sigortalıların bu görevlerde geçen süreleri.

**b.1.3)** Basım ve gazetecilik işyerlerinde 1475 ve 4857 sayılı İş Kanun'ları ve değişikliklerine göre çalışan sigortalıların;

- Solunum ve cilt yoluyla vücuda geçen gaz veya diğer zehirleyici maddelerle çalışılan,
- Fazla gürültülü ve ihtizaz yapıcı makine ve aletlerle çalışarak iş yapılan,
- Doğrudan doğruya yüksek hararete maruz bulunarak çalışılan,
- Fazla ve devamlı adali gayret sarf edilerek iş yapılan,
- Tabii ışığın hiç olmadığı ve münhasıran suni ışık altında çalışılan,

**506 sayılı Kanun'un ek 5. maddesi, hangi sigortalıların hangi çalışma sürelerine itibari hizmet süresi verileceğini, çalışılan işyerleri ve yaptıkları işler itibariyle belirlemiştir.**

- Günlük mesainin yarısından fazlası saat 20.00'den sonra çalışılarak yapılan, işyerlerinde geçirdikleri süreler<sup>6</sup>.

### **b.2) Denizde Geçen Hizmet Süreleri**

3395 sayılı Kanunla gemi adamları, gemi ateşçileri ve dalgıçların 01.09.1987 tarihinden sonra denizde geçen ya da geçecek hizmet süreleri de itibari hizmet süresi kapsamına alınmıştır<sup>7</sup>. Buna göre, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda tanımlanan kaptan, zabî, yardımcı zabî, tayfa ve yardımcı hizmet personeli ile gemi ateşçileri, kömürcüler ve dalgıçların denizde geçen sürelerinin, bu süre içinde ücretli izin ve resmi tatil günlerinin ayrımı yapılmaksızın itibari hizmet süresinden yararlanırlar. Gemi adamı olmakla beraber römorkör, marinbot ve kılavuz botu gibi hizmet gemilerinde hizmetin olduğu günlerde çalışıp diğer günlerde karada geçen süreleri bulunanların da yalnız denizde geçen sürelerine itibari hizmet verilir. Ancak liman hizmetlerinde çalışan gemi adamları, gemi ateşçileri, kömürcüler ve dalgıçların seferde olmamakla beraber, gemide ve geminin limana bağlı olduğu sırada geçen hizmetlerine itibari hizmet süresi eklenmez.

### **b.3) Azotlu Gübre ve Şeker Sanayisinde Çalışanlar**

Yine 3395 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanun'un ek 5. maddesine eklenen IV. fıkrasına göre, azotlu gübre ve şeker sanayisine ait fabrika, atölye, havuz ve depolarla, trafo binalarının:

- Çelik, demir ve tunç döküm işlerinde,
- Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerinde,

- Patlayıcı maddeler yapılan işlerinde,
- Kaynak işlerinde,

çalışanlar itibari hizmet kapsamına alınmışlardır.

Buna göre, sigortalıların itibari hizmet uygulamasından yararlanabilmeleri için, hizmetin azotlu gübre ve şeker sanayisinin fabrika, atölye, havuz ve depolarında, trafo binalarında geçmiş olması ve buralarda çalışan sigortalıların aynı zamanda yukarıda sayılan işleri fiilen yapmaları gerekmektedir. Ancak belirtilen iş-

lerde çalışanlar, azotlu gübre ve şeker sanayisinin fabrika, atölye, havuz ve depolarında, trafo binalarında çalışmıyorlarsa, bunlara itibari hizmet süresi verilmez.

SSK'nın 20.03.1998 tarih ve 12-85 ek genelgesine göre, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'ye bağlı Ankara, Eskişehir, Afyon, Erzincan ve Tural makine fabrikalarının "Şeker İşkolu"na (Şeker Sanayisi) girdiğinin tespitine dair Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 09.07.1987 tarih, 14 sayılı işkolu tespit kararı göz önüne alınarak, Kurum Yönetim Kurulu'nun 12.03.1998 tarih ve V/897 sayılı Kararı'nda; Şeker Fabrikaları A.Ş.'ye bağlı makine fabrikalarının 506 sayılı Yasanın ek 5. maddesinin IV. fıkrasında belirtilen işlerde çalışan sigortalılar da itibari hizmet süresinden yararlandırılmışlardır.

### **c) Prim Ödeme Gün Sayısı**

İtibari hizmet süresinden yararlanabilmenin üçüncü koşulu, itibari hizmet süresi kapsamındaki işlerde malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi çalışmalar için en az 3600 gün prim ödenmiş olmasıdır. (506 sk, ek m. 6). İtibari hizmet süresinden yararlanmak isteyen sigortalının Kanun'da belirtilen işyerlerinde Kanun'un yürürlük tarihinden önce %20 oranında malullük-yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödenerek geçen çalışmalarla Kanun'un yürürlük tarihinden sonra %2 fazlalıkla yani %22 oranında malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödenerek geçen çalışmalar toplamının en az 3600 gün olması ve bu durumun ilgili işyerinden alınacak bir belge ile belgelendirilmesi gerekmektedir. 3600 günün hesabında, varsa sigortalının 2098 sayılı Kanun'a göre yapılan borçlanma süresi de göz önünde bulundurulur. Ayrıca Kanun'un yürürlük tarihinden önce bu işyerlerinde hiç çalışması olmayan sigortalı en az 3600 gün bu işyerlerinden prim ödedikten sonra itibari hizmet süresine hak kazanabilir<sup>8</sup>.

## **III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARI VE SGK UYGULAMASI**

Anayasa Mahkemesi, 04.10.2006 tarihli E. 2002/157, K. 2006/97 sayılı kararı<sup>9</sup> ile 506 sayılı

“Sosyal Sigortalar Kanunu”nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa ile eklenen IV numaralı bendinde yer alan “Azotlu gübre ve şeker sanayisinde” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Bu iptalden sonra artık tüm fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışıp da; 1-Çelik, demir ve tunç döküm işinde, 2- Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerde, 3- Patlayıcı maddeler yapılmasında ve 4- Kaynak işlerinde çalışanların sigortalılık sürelerine fiili hizmet süreleri eklenerek ilave yapılacaktır. Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümeyeceği için sadece iptal kararından sonraki çalışmalara itibari hizmet süreleri eklenecektir.

506 sayılı Kanun’un Ek 5. Maddesinin IV Numaralı Bendinin Uygulanması Hakkında Tebliğ<sup>10</sup> ile 506 sayılı Kanun’un Ek 5. maddesinin IV numaralı bendinin, Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararının yürürlüğe girdiği 27.03.2007 tarihinden geçerli olmak üzere uygulanacağı açıklanmıştır. Tebliğ’de yer alan düzenlemeler ile söz konusu Tebliğ’in uygulanmasını gösteren SSK’nın 2007/88 sayılı Genelgesi’nde yer alan konular aşağıda açıklanmıştır.

### a) İtibari Hizmet Sürelerinden Sayılacak İşler ve Yararlanacak Sigortalılar

506 sayılı Kanun’un Ek 5. maddesindeki çizelgenin “Sigortalılar” ve “Hizmetin Geçtiği Yer” başlıklı sütunlarında nitelikleri sayılı hizmetler arasında yer alan hizmetin azotlu gübre ve şeker sanayisinde geçmesi şartına bakılmadan tüm fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışan sigortalıların aşağıdaki işlerde çalışmaları gerekmektedir.

Sigortalıların;

Çelik, demir ve tunç döküm işlerinde (Demir izabe fabrikalarında cevherin demire çevrilmesi işleriyle boru fabrikalarının fırın ve döküm dairelerinde, çelikhanelerin çelik yapılan fırınlarıyla bunların teferruat ve eklentilerinden olan ikinci derecedeki fırınlarda ve konvertörlerde,

sıvı haldeki demir ve çeliğin tesisat ve teçhizatla veya mekanik olarak taşınması, sıcak veya sıvı haldeki cürufun taşınması ve işlenmesi, haddehanelerde (soğuk demirle çalışılan haddehaneler hariç), fırınlarda, hadde serilerinde, haddehaneyi kızgın veya sıvı çelik yahut demirle besleyen tesisat ve araçlarla görülen işlerle kızgın halde olan yarı mamul parçaların kesilmesi ve hazırlanması, demir ve çelik presleme makinelerinde yapılan işlerle bu makinelerin sıcak demir veya çelikle beslenmesi ve yapılan sıcak parçaların kaldırılma veya taşınması, cürufun kırılması, ezilmesi, toz haline konulması, tozların çuvallara doldurulması ve yükletilmesi, kalıp kumunun hazırlanması, döküm kalıp ve maçalarının yapılması ve döküme hazır duruma getirilmesi, döküm şarjının hazırlanması ve her çeşit maden eritme (izabe) fırınlarının döküme hazır duruma getirilmesi, maden eritme ve dökme, kalıpların sökülmesi ve dökümlerin temizlenmesi, savurma ve düşey döküm yapımı, işleri),

Zehirli gaz ile yapılan işlerde (Karbon monoksit, kükürtlü hidrojen (hidrojen sülfür), klor, fosfin (fosforlu hidrojen) ve aynı nitelikleri haiz benzerleri, tahriş edici gazlar; amonyak, formaldehit, nitroz gazlar (azot oksitler), flour, hidroflorikasit hidroflorisis, kükürt dioksit, fosgen, siyan gazı ve aynı nitelikleri haiz benzerleri),

Boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz ile yapılan işlerde (Karbondioksit, metan, azot, azot oksitleri ve aynı nitelikleri haiz benzerleri, sistemik etki gösteren zehirli gaz ve buharlar; arsenikli hidrojen (arsin), karbonsülfür (buhar) ve aynı nitelikleri haiz benzerleri, patlayıcı gazlar; sıvılaştırılmış petrol gazı, asetilen, metan, karbon monoksit, etilen, etan, hidrojen ve aynı nitelikleri haiz benzerleri),

Asit ile yapılan işlerde (Nitrik asit, sülfürik asit, formik asit, asetik asit, oksalik asit ve aynı nitelikleri haiz benzerleri),

Boya işlerinde (Madeni boyalar (arsenikli, kurşunlu, cıvalı, kadmiyumlu, kromlu, man-ganezli, selenyumlu, silikatlı, karbon siyahı, bakır, kobalt ve demir ve aynı nitelikleri haiz benzeri boyalar) ile sentetik boyaların (azotlu, azoikli, difenil metan, ftaleinli, antrokinonlu,



kinoleinli, indigo boyları ve aynı nitelikleri haiz benzeri boylar),

Gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerde (Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı nitelikte olan gaz, asit ve boya işleri dışında işin niteliği ve işin yapıldığı ortam gereği gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işler. Örneğin; bazı kimyasal sıvıların buharları (solventler, benzin, etil alkol, formaldehit v.b.), kurşun buharları gibi zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı nitelikte olan ve gaz maskesi kullanılmasını gerektiren işler gibi),

Kaynak işlerinde (Kaynak işlerinden her çeşit koruyucu gaz altında yapılan kaynak işleri, toz altı kaynak işleri, oksijen ve elektrik kaynağı işleri),

Patlayıcı maddeler yapılması işlerinde geçen hizmetleri 27.03.2007 tarihinden sonra itibari hizmet kapsamında değerlendirilebilmesi için bu işlerin üretim süreci içerisinde yapılmış olması gerekmektedir. Fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binaları işyerlerinde kontrol ve benzeri amaçlarla kısa süreli çalışanlarla, bu işleri fiilen yapmayıp işin yönetim görevini yapan veya bu işyerleri dışında söz konusu işleri yapan sigortalılar itibari hizmet süresinden yararlandırılmayacaktır.

Ayrıca itibari hizmet uygulamasına ilişkin muhtelif yargı kararlarında "atölye", Kanunda belirtilen işlerin yapıldığı, seri ve sürekli üretim yapılan birim olarak nitelendirildiğinden, atölye kavramı bu şekilde değerlendirilecektir.

### b) Kapsamdaki İşyerlerinde Ağır, Riskli ve Sağlığa Zararlı İşlerin Fiilen Yapılması

Sigortalıların itibari hizmet süresinden yararlanabilmeleri için ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri fiilen yapmaları gerekmektedir. Dolayısıyla, kapsama giren işyerlerinde Kanun metninde sayılan ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerde fiilen çalışmayanlar ile bu işlere ilişkin meslek/kadro/iş unvanına sahip olmakla birlikte başka işlerde (itibari hizmet kapsamına girmeyen işlerde) çalışanlar itibari hizmet süresinden yararlandırılmayacaklardır.

Örnek: Kapsamdaki bir işyerindeki sigorta-

lının iş unvanı "kaynakçı" olmasına rağmen fiilen bu işi yapmayıp, "bekçi" (güvenlik görevlisi) olarak istihdam ediliyorsa itibari hizmet süresinden yararlandırılmayacaktır.

Örnek: Döküm fabrikasındaki bir sigortalının iş unvanı "boyacı" olmasına rağmen söz konusu işi fiilen yapmayıp, "şoför" olarak istihdam ediliyorsa itibari hizmet süresinden yararlandırılmayacaktır.

Yine Ek 5. maddede işyerleri ve itibari hizmet kapsamındaki işler birlikte tanımlandığından ve itibari hizmet kapsamında değerlendirilmesi gereken işin, bizzat sigortalı tarafından seri ve sürekli üretim yapılan işyerlerinde, üretim süreci içerisinde yapılması gerektiğinden, denetim, kontrol ve idareciliğin gerektirdiği gözlem ve benzeri amaçlarla yapılan çalışmalar itibari hizmet kapsamında değerlendirilmeyecektir.

### c) İtibari Hizmet Sürelerine İlişkin Aylık Prim Hizmet Belgesinin Düzenlenme Esasları

İtibari hizmet süresi kapsamına giren sigortalılar için işverenlerce yasal süresinde internet ortamında verilecek aylık prim ve hizmet belgeleri "3" numaralı belge türü ile düzenlenecek ve itibari hizmet süresinden yararlanacak sigortalılar için % 9 sigortalı hissesi, % 13 işveren hissesi olmak üzere % 22 oranında malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primi ödenecektir.

27.03.2007-30.09.2007 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesi kararında öngörülen itibari hizmet süresi kapsamında geçtiği halde "1" numaralı belge türü ile Kurum'a bildirilen sigortalılar için kağıt ortamında iptal aylık prim ve hizmet belgesi ve "3" numaralı belge türü ile asıl aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenerek verilecektir. Bu nedenle önceden "1" numaralı belge türü ile yasal süresinde düzenlenerek verilen aylık prim ve hizmet belgelerinden iptal edilerek "3" numaralı belge türü ile yeniden düzenlenerek verilecek olan aylık prim ve hizmet belgelerinin 30.11.2007 tarihine kadar verilmesi halinde idari para cezası uygulanmayacak ayrıca fark primlerin de bu süre içinde ödenmesi durumunda gecikme cezası ve gecikme zammı tahsil edilmeyecektir.

Örnek: Ek 5. madde kapsamında yer alan bir işyerinde gaz maskesi ile yapılan boya işinde çalışan bir sigortalının 2007/Mayıs ayına ilişkin 30 günlük çalışmasının, daha önce "1" numaralı belge türü seçilmek suretiyle Kurum'a bildirilmiş olduğu varsayıldığında, bu sigortalı için 2007/Mayıs ayına ilişkin "1" numaralı belge türü seçilerek iptal nitelikte ve "3" numaralı belge türü seçilerek asıl/ek nitelikte aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenerek (prim ödeme gün sayısı ve prime esas kazanç tutarı iptal nitelikteki belge ile aynı olmak kaydıyla) Kurum'a verilecektir.

Yukarıda söz edilen asıl/ek nitelikteki prim belgelerinin 30/11/2007 tarihine kadar SGK'ya verilerek tahakkuk eden %2 oranındaki fark primlerin aynı süre içinde ödenmesi halinde gecikme cezası ve gecikme zammı alınmayacaktır. Fark prim tutarlarının 30/11/2007 tarihine kadar ödenmemesi halinde ise, %2 oranındaki fark prim tutarlarına 01/12/2007 tarihinden itibaren gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanacaktır.

Diğer taraftan, daha önce farklı belge ve/veya kanun türü seçilerek verilmiş prim belgelerine ilişkin olarak, sonradan düzeltme amaçlı verilen asıl ve ek nitelikteki prim belgelerine (prim ödeme gün sayısı ve prime esas kazanç tutarı iptal nitelikteki belge ile aynı olmak kaydıyla) idari para cezası uygulanmayacaktır.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi kararına istinaden itibari hizmet kapsamına giren işyerlerinde 27/03/2007 ile 30/09/2007 tarihleri arasındaki çalışmaları, daha önce farklı belge türü seçilmek suretiyle bildirilmiş olan sigortalılara ilişkin, "3" numaralı belge türü seçilerek düzenlenecek asıl/ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinin 30/11/2007 tarihine kadar SGK'ya verilip verilmediği üzerinde durulmaksızın idari para cezası uygulanmayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararına istinaden itibari hizmet kapsamına giren sigortalılar için 2007/Mart ayına ilişkin prim belgeleri aşağıda açıklandığı şekliyle düzenlenerek SGK'ya verilecektir.

- İtibari hizmet uygulamasından yararlandırılacak olan sigortalıların 2007/Mart ayında, 30 gün üzerinden bildirilmiş olması durumunda "1" numaralı belge türünden 4 günlük iptal, "3"

numaralı belge türünden de 4 günlük asıl/ek nitelikte belge düzenlenerek kağıt ortamında verilecektir.

- Sigortalıların 27/03/2007 tarihinden önce (ayın 1 ve 2'si dışında) ayın herhangi bir gününde işe girmiş ve ayın sonuna kadar da çalışmış olması durumunda, "1" numaralı belge türünden 5 günlük iptal, "3" numaralı belge türünden de 5 günlük asıl/ek nitelikte belge düzenlenerek kağıt ortamında verilecektir.

- Sigortalıların 27/03/2007 tarihinden önce işe girmiş olmakla birlikte, ay sonuna kadar çalışılmaması durumunda, 27/03/2007 tarihinden sonraki (bu tarih dahil) fiilen çalışılan gün sayısı kadar 1 numaralı belge türünden iptal, iptal edilen gün sayısı kadar da "3" numaralı belge türünden asıl/ek nitelikte belge düzenlenerek kağıt ortamında verilecektir.

- Sigortalıların 27/03/2007 tarihi ve bu tarihten sonra işe girmiş ve ayın sonuna kadar da çalışmış olması durumunda daha önce "1" numaralı belge türü ile bildirilen gün sayısı kadar iptal, iptal edilen gün sayısı üzerinden de "3" numaralı belge türünden asıl/ek nitelikte belge düzenlenerek verilecektir.

- Sigortalıların 2007/Mart ayında çalışmış olmakla birlikte 27/03/2007 tarihinden önce işten çıkmış olması durumunda bunlar için düzeltme amaçlı olarak belge verilmesine gerek bulunmamaktadır.

- 2007/Mart-Eylül döneminde itibari hizmet kapsamındaki işten ayrılanlar yani itibari hizmet kapsamına giren işyeri ve işlerde 2007/Mart-Eylül döneminde çalışmış olmakla birlikte işten ayrılmış veya itibari hizmet kapsamında olmayan başka bir işte çalışmaya başlamış olan sigortalılar için, itibari hizmet kapsamında çalıştıkları sürelerle sınırlı olmak üzere geriye yönelik olarak iptal, ek/asıl prim belgesi verilecektir.

- Ayın bazı günlerinde itibari hizmet süresi kapsamındaki işlerde, diğer günlerinde ise bu kapsam dışındaki işlerde çalışan sigortalılar için itibari hizmet süresi kapsamında çalıştıkları süreler "3" numaralı belge türünden, diğer günlerdeki çalışmalar ise durumlarına uygun belge türünden bildirilecektir. Ancak, bu durumdaki sigortalıların her iki belge türünden bildirilen gün sayısının 30'u geçmemesi gerekmektedir.

- Diğer taraftan, ayın bazı günlerinde itibari hizmet kapsamında, bazı günlerinde ise kapsam dışındaki işlerde çalışan sigortalılar için düzenlenecek aylık prim ve hizmet belgelerinde eksik gün nedeninin işaretlenmesi gerektiğinden bu nitelikteki sigortalılar için eksik gün nedeni olarak "Diğer Nedenler" seçeneği işaretlenecek ve bu prim belgeleri ile ilgili olarak verilecek olan "Ek: 10 Sigortalıların Eksik Gün Bildirim Formları" ekinde sigortalıların bildirildiği diğer prim belgesinin sureti eklenecektir. Örnek: Demir döküm fabrikasında çalışan (B) sigortalısının 2007/Kasım ayının tamamı için ücret almaya hak kazandığı ve söz konusu ayın 13 gününde itibari hizmet kapsamına giren bir işte, ayın kalan günlerinde ise kapsama girmeyen bir işte çalıştığı varsayıldığında, bu sigortalı için "3" numaralı belge türü seçilerek 13 gün, "1" numaralı belge türü seçilerek 17 gün üzerinden iki ayrı aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenerek Kurum'a gönderilecektir. Bahse konu sigortalı için eksik gün nedeni olarak her iki belgede de "Diğer Nedenler" seçeneği işaretlenecek ve söz konusu sigortalıya ilişkin olarak "1" numaralı belge için düzenlenecek olan Ek 8 belgesinin ekine "3" numaralı belge türünün, "3" numaralı belge türü için düzenlenecek Ek: 8 belgesinin ekine ise "1" numaralı belgenin bir sureti konulacaktır.

- Ayrıca sigortalıların 28, 29 veya 31 gün çeken ayların tamamında çalışmış olmalarına rağmen, söz konusu ayların bazı günlerinde itibari hizmet kapsamında, bazı günlerinde ise kapsam dışındaki işlerde çalışmalarının bulunması halinde, her iki belgede kayıtlı prim ödeme gün sayısının toplamının 30'un altında veya üstünde olması mümkün olmadığından, itibari hizmet kapsamında çalışılan günler için "3" numaralı belge türü seçilmek suretiyle düzenlenecek olan aylık prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı prim ödeme gün sayısı, itibari hizmet kapsamında fiilen çalışılan gün sayısı üzerinden, kapsama girmeyen çalışmalardan dolayı düzenlenecek olan aylık prim ve hizmet belgesinde kayıtlı prim ödeme gün sayısı ise 30 güne tamamlanmak suretiyle hesaplanacaktır. Örnek: Patlayıcı maddeler yapımı ilgili bir fabrikada çalışan (B) sigortalısının 2007/Aralık ayının tamamı için ücret almaya hak kazandığı

ve söz konusu ayın 18 gününde itibari hizmet kapsamına giren bir işte, ayın kalan günlerinde ise kapsama girmeyen bir işte çalıştığı varsayıldığında, bu sigortalı için "3" numaralı belge türü seçilerek 18 gün, "1" numaralı belge türü seçilerek 12 gün üzerinden iki ayrı aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenerek Kurum'a gönderilecektir. Örnek: Tunç döküm fabrikasında çalışan (C) sigortalısının 29 gün çeken 2008/Şubat ayının tamamı için ücret almaya hak kazandığı ve söz konusu ayın 9 gününde itibari hizmet kapsamında, ayın kalan günlerinde ise kapsama girmeyen bir işte çalıştığı varsayıldığında, bu sigortalı için "3" numaralı belge türü seçilerek 9 gün, "1" numaralı belge türü seçilerek 21 gün üzerinden iki ayrı aylık prim ve hizmet belgesi düzenlenerek Kuruma gönderilecektir.

- Öte yandan, Ek 5. maddenin IV numaralı bendi kapsamına giren işyeri ve işlerde sürekli olarak günlük çalışmasının ağırlıklı bölümünü (günlük çalışmasının 2/3'ünden fazlasını) bu işlerde geçiren sigortalılar tam gün üzerinden, itibari hizmet kapsamındaki işlerde günlük çalışmasının 2/3'ünden az sürede çalışan sigortalılar ise, ay içinde bu nitelikteki işlerde geçen çalışma saatleri toplamının günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunacak gün üzerinden itibari hizmet uygulamasından yararlandırılacaktır.

- Emekli olduktan sonra itibari hizmet kapsamındaki işlerde sosyal güvenlik destek primine tabi olarak çalışan ve "2" numaralı belge türünden bildirimleri yapılan sigortalılar hakkında malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi alınmadığından "3" numaralı belge türünden bildirimlerinin yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak, emekli olduktan sonra aylığını kestirerek tüm sigorta kollarına tabi olarak itibari hizmet kapsamında bir işte çalışılması durumunda bu sigortalıların "3" numaralı belge türünden Kurum'a bildirimleri yapılacaktır.

- 506 sayılı Kanun'un 87. maddesine göre, sigortalıların üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmeleri ve bunlarla sözleşme yapmış olmaları halinde dahi, bu Kanun'un işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı (taşeron) olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumluluğu

bulunmaktadır. SGK uygulamasında da aracılardan çalıştırdıkları sigortalılardan dolayı ayrı bir işyeri tescili yapılmayıp bunların Kanun'da belirtilen yükümlükleri (sigortalı işe giriş bildirgesi, prim belgelerinin verilmesi, primlerin ödenmesi vb.) asıl işverene ait işyeri numarası üzerinden yerine getirilmektedir. Yani, Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal Kararı ile birlikte itibari hizmet kapsamına giren işyeri ve işlerde aracılardan çalıştırılması halinde, itibari hizmet uygulaması ile ilgili verilecek prim belgeleri ve primlerin ödenmesine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesinde aracı ile birlikte asıl işverenin de sorumluluğu bulunmaktadır.

#### d) Yıllık Ücretli İzin, İstirahat Gibi Nedenlerle İtibari Hizmet Kapsamındaki İşlerde Çalışılmaması

İtibari hizmet uygulamasından yararlanılabilmesi için Ek 5. maddenin IV numaralı bendinde belirtilen işyeri ve işlerde fiilen çalışılması şart olduğundan, sigortalıların madde metninde belirtilen ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerde fiilen çalışmasının söz konusu olmadığı ücretli izin, istirahat gibi sürelerde itibari hizmet kapsamında bildirimleri yapılmayacaktır.

### IV. 5510 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU'NDA FİİLİ HİZMET SÜRESİ KAVRAMI

5510 sayılı Kanun'un 40. maddesinde ve Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulamasının Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin<sup>11</sup> 2. maddesinde düzenlenen fiili hizmet süresi kavramı, 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>12</sup> ile önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Fiili hizmet süresi zammının kapsamında olan işler ve işyerleri Kanun'un 40. maddesinde 15 başlık altında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

#### a) Fiili Hizmet Süresi Zammından Yararlanacak Sigortalılar

Fiili hizmet süresi zammı uygulamasından Kanun'un 40/2. maddesinde ve Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan aşağıdaki tablonun (Tablo:1) birinci sütunundaki işler ve işyerlerinde çalışan ve tablonun ikinci sütununda belirtilen işleri yaparak söz konusu işlerin risklerine maruz kalarak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası kollarına tabi çalışan sigortalılar yararlandırılır.

Bir çalışmanın fiili hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilebilmesi için, sigortalıların aşağıdaki tablonun (Tablo:1) 13. sırasında düzenlenen Türk Silahlı Kuvvetleri'nde ve 14. sırasında düzenlenen Emniyet ve Polis Teşkilatı'nda ve Milli İstihbarat Teşkilatı'nda geçen hizmetler dışındaki işyerlerinde fiilen çalışılması ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalınması şartı aranmıştır. Söz konusu tablonun 13. ve 14. sıralarında yer alan belirtilen çalışmalardan dolayı fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlanılabilmesi için çalışmanın ilgili kamu idaresinde ve belirtilen kadro ve unvanlarda geçmesi yeterlidir.

#### b) Fiili Hizmet Süresi Zammından Yararlanamayacak Sigortalılar

Öncelikle 01.10.2008 tarihinden önce; 506 sayılı Kanun'un mülga ek 5. maddesine göre itibari hizmet süresi kapsamında olup 01.10.2008 tarihinden sonra 5510 sayılı Kanun'un 40. maddesi kapsamında bulunmayanlar fiili hizmet süresi zammından yararlandırılmayacaklardır. (Yön. geçici m. 1) Ayrıca kontrol, denetim ve idareciliğin gerektirdiği gözlem ve benzeri amaçlarla kısa süreli çalışmalar, bu işlerin fiilen yapılmayıp işin yönetim görevinin yapılması ile birinci fıkrada yer alan tablodaki işleri yapmakla birlikte işin otomasyonla yapılması, ileri teknolojilerin kullanılması gibi sebeplerle riskin ve zararlı faktörlerin etkilerinin ortadan kalktığı durumlarda sigortalılar fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlandırılmayacaktır (Yön. m. 5/6). Bunun yanı sıra, kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışanlarla sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar fiili hizmet süresi

TABLO 1

Kapsamdaki İşler/İşyerleri	Kapsamdaki Sigortalılar	Eklenecek Gün Sayısı
1) Kurşun ve arsenik işleri	1) Kurşun üretilen galenit, serüzit, anglezit gibi cevherlerin çıkarılmasına ilişkin maden ocağı işlerinde çalışanlar. 2) Kurşunlu madenlerden yahut içinde kurşun bulunan kül, maden köpüğü, kurşun fırın kurumu, üstübeç artığı ve benzeri maddelerden kurşun üretimi için yapılan izabe işlerinde çalışanlar. 3) Antimuan, kalay, bronz ve benzeri maddelerle yapılan kurşun alaşımı işlerinde çalışanlar.	60
	4) Kurşun izabe fırınlarının teksif odalarında biriken kuru tozları kaldırma işlerinde çalışanlar.	90
2) Cam fabrika ve atölyeleri	1) Cam yapımında kullanılan ilkel maddeleri toz haline getirme, eleme, karıştırma ve kurutma işlerinde (bu işleri yapmak üzere tam kapalı odalar içinde otomatik makinelis tesisat veya çalışma ortamındaki tozları sağlık için tehlike oluşturmayacak düzeye indiren havalandırma tesisatı bulunmadığı takdirde) çalışanlar. 2) Eritme işlerinde (otomatik besleme fırınlarıyla çalışılmadığı takdirde) çalışanlar. 3) Ateşçilik işlerinde çalışanlar. 4) Üfleme işlerinde (tamamen otomatik makinelerle yapılmadığı takdirde) çalışanlar. 5) Basınçla yapılan cam işlerinde (cam tazyiki işleri) çalışanlar. 6) Ayna camı sanatında potalı cam dökümü işlerinde (potalar kalıp masasına mekanik araçlarla taşınmadığı takdirde) çalışanlar. 7) Camı fırın başından alma işlerinde çalışanlar. 8) Yayma fırınlarında düzeltme işlerinde çalışanlar. 9) Traş işlerinde çalışanlar. 10) Asitle hak ve cilalama işlerinde çalışanlar. 11) Basınçlı havayla kum püskürten cihazlarla yapılan işlerde (çalışma ortamındaki tozları sağlık için tehlike oluşturmayacak düzeye indiren havalandırma tesisatı bulunmadığı takdirde) çalışanlar. 12) Pota ve taş odalarında görülen işlerde çalışanlar.	60
3) Cıva üretimi işleri sanayii	1) Cıva izabe fırınlarında görülen işlerde çalışanlar. 2) Elementer cıva bulunan ocaklarda görülen işlerde çalışanlar.	90
4) Çimento fabrikaları	1) İlkel maddeleri kırma, ufalama, ezme, eleme ve karıştırma işlerinde çalışanlar. 2) Otomatik fırınlarda pişirme işlerinde çalışanlar. 3) Klinkeri öğütme, eleme, torba ve fiçılara koyma işlerinde (otomatik olarak tozun etrafa yayılmasını önleyici bir düzenleme yapılmadığı takdirde) çalışanlar.	60
5) Kok fabrikalarıyla termik santraller	1) Ateşçilik, ocak temizliği, jeneratör, doldurma, boşaltma ve temizleme işlerinde çalışanlar. 2) Kimyasal arıtma işlerinde çalışanlar. 3) Gazın geçtiği cihaz ve boruların onarılması ve temizlenmesi işlerinde çalışanlar. 4) Kok fabrikalarında kömür ve ocak işlerinde çalışanlar. 5) Elektrik enerji üretim santrallerinin kazan dairesindeki ateşçilik, kül ve kömürlerin taşınması işlerinde çalışanlar. 6) Termik santrallerle her çeşit buhar kazanlarının kazan dairesindeki ateşçilik, kül ve kömürlerin taşınması işlerinde çalışanlar.	60
6) Alüminyum fabrikaları	1) Alüminyum oksit üretimi işlerinde çalışanlar. 2) Alüminyum bronz hazırlama işlerinde çalışanlar. 3) Alüminyum madeni üretimi işlerinde çalışanlar.	60

7) Demir ve çelik fabrikaları	1) Demir izabe fabrikalarında cevherin demire çevrilmesi işleriyle boru fabrikalarının fırın ve döküm dairelerinde yapılan işlerinde çalışanlar. 2) Çelikhanelerin çelik yapılan fırınlarıyla bunların teferruat ve eklenmelerinden olan ikinci derecedeki fırınlarda ve konvertörlerde yapılan işlerinde çalışanlar. 3) Sıvı haldeki demir ve çeliğin tesisat ve teçhizatla veya mekanik olarak taşınmasına ilişkin işlerde çalışanlar. 4) Sıcak veya sıvı haldeki cürufun taşınması ve işlenmesi işlerinde çalışanlar. 5) Haddehanelerde (soğuk demirle çalışılan haddehaneler hariç), fırınlarda, hadde serilerinde, haddehaneyi kızgın veya sıvı çelik yahut demirle besleyen tesisat ve araçlarla görülen işlerle kızgın halde olan yarı mamul parçaların kesilmesi ve hazırlanması işlerinde çalışanlar.	90
8) Döküm fabrikaları	1) Döküm kalıp ve maçalarının yapılması ve döküme hazır duruma getirilmesi işlerinde çalışanlar. 2) Döküm şarjının hazırlanması ve her çeşit maden eritme (izabe) fırınlarının döküme hazır duruma getirilmesi işlerinde çalışanlar. 3) Maden eritme ve dökme işlerinde çalışanlar.	60
9) Asit üretimi yapan fabrika ve atölyeler	1) Asit için hammaddelerin hazırlanması işlerinde çalışanlar. 2) Asidin yapılma safhalarındaki işlerinde çalışanlar. 3) Baca gazlarından asit elde edilmesi işlerinde çalışanlar.	90
10) Yeraltı işleri	Maden ocakları (elementer cıva bulunduğu saptanan cıva maden ocakları hariç), kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yer altında yapılan işlerde çalışanlar.	180
11) Radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işler	Doğal ve yapay radyoaktif, radyoionizan maddeler veya bütün diğer korpüsküler emanasyon kaynakları ile yapılan işlerde çalışanlar.	90
12) Su altında veya su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işler	1) Su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerden 20-35 metreye kadar derinlik veya 2-3,5 kg/cm <sup>2</sup> basınçta yapılan işlerde çalışanlar. 2) Su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işlerden 35-40 (40 hariç) m. derinlik veya 3,5-4 (3,5 hariç) kg/cm <sup>2</sup> basınçta yapılan işlerde çalışanlar. 3) Dalgıçlık işinde çalışanlar.	60 90
13) Türk Silâhlı Kuvvetlerinde	Subay, yedek subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar.	90
14) Emniyet ve polis mesleğinde, Milli İstihbarat Teşkilatında	Asaleti onaylanmış olmak şartıyla adaylıkta geçirilen süreler dahil polis, komiser yardımcısı, komiser, baş komiser, emniyet amiri, emniyet müdürleri ile bu ve daha yukarı maaş ve derecelerdeki emniyet mensupları, Milli İstihbarat Teşkilâtı mensupları.	90
15) İtfaiye veya yangın söndürme işleri	Yangın söndürme işlerinde çalışanlar.	60

zammı uygulamasından yararlandırılmayacaklardır.

## V. FİİLİ HİZMET SÜRESİ ZAMMI KAPSAMINDAKİ İŞYERİ VE İŞLERİN TESPİTİ

Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), işyerlerinin

5510 sayılı Kanun'un 40. maddesinde öngörülen fiili hizmet süresi zammı kapsamında olup olmadığının tespiti amacı ile işverenlerden uygun görülen bilgi ve belgeleri isteme yetkisine sahiptir. (Yön. m. 6/1)

Sigortalılarla işyerlerinin fiili hizmet süresi zammı kapsamında olup olmadıkları hususunda ortaya çıkan uyumsuzluklar, Bakanlık İş

## Yaptıkları iş nedeniyle Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan tabloda belirtilen işyeri ve işlerden aynı anda birden fazlasına tabi olan sigortalılara en yükseğine göre fiili hizmet süresi zammı verilecektir.

Müfettişleri veya İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğünce görevlendirilen kişilerce ilgili işyerinde yapılan inceleme sonucunda düzenlenen rapor esas alınarak çözümlenecek ve SGK tarafından Bakanlığa yapılan yazılı inceleme taleplerinde, konu ile ilgili SGK görüşü de belirtilecektir. Bakanlıkça yapılan inceleme, işyerinin ve işin, Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan tabloda (Tablo:1) nitelikleri belirtilen kapsamda olup olmadığı ile sigortalının bu işyeri ve işte fiilen çalışıp çalışmadığı hususlarını kapsar. Söz konusu inceleme, işyerinin ve işin niteliği dikkate alınarak SGK, Bakanlığın ilgili birimleri veya ilgili kamu idarelerinde konusunda uzman personelin katılımı ile müşterek yapılabilir. (Yön. m. 6/2) Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan tablonun 1 ila 9 numaralı sıralarında belirtilen kurşun ve arsenik işleri ile asit üretimi yapan fabrika ve atölye işyerlerinin Kanun kapsamında değerlendirilebilmesinde; bu işyerlerinde seri ve sürekli üretim yapılması ve bir grup işçinin çalışması şartlarının birlikte gerçekleşmesi şartı aranmıştır. (Yön. m. 6/3) Ayrıca SGK'nın gerekli görmesi halinde, fiili hizmet süresi zammı ile ilgili olarak yapılan şikayet ve ihbarlar da bu madde gereğince sonuçlandırılacaktır (Yön. m. 6/4).

## VI. FİİLİ HİZMET SÜRESİ ZAMMI KAPSAMINDAKİ İŞYERİ VE İŞLERDE VEYA UNVANLARDA ÇALIŞAN SİGORTALILARIN PRİMLERİ

Fiili hizmet süresi zammından yararlanacak sigortalılar için ödenecek malullük, yaşlılık

ve ölüm sigortaları primi oranları 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışan sigortalılar için uygulanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı saptanırken standart kesinti oranı olan %20 (%11 işveren payı ve %9 sigortalı payı) prim oranına eklenecek itibari hizmete esas ek prim oranları belirlenmiştir.

Buna göre 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen % 20 oranına 40. maddeye göre,

- 60 fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 1 puan,
  - 90 fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 1,5 puan,
  - 180 fiili hizmet gün sayısı eklenecek işlerde 3 puan,
- eklenerek bulunacaktır.

Madde hükmüne göre ayrıca bu şekilde bulunan oran ile %20 oranı arasındaki farka ait primin tamamı işveren tarafından ödenecektir. Bu düzenleme işverenin prim yükünü artırıcı niteliktedir.

Yönetmelikte fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki işlerde çalışan sigortalılardan tahsil edilecek malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi daha ayrıntılı hesaplanmıştır.

Yönetmeliğin 7/1. maddesine göre 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olanlardan;

- 60 gün ekleneceklere %9 sigortalı, %12 işveren hissesi olmak üzere %21,
  - 90 gün ekleneceklere %9 sigortalı, %12,5 işveren hissesi olmak üzere %21,5,
  - 180 gün ekleneceklere %9 sigortalı, %14 işveren hissesi olmak üzere %23,
- oranında tahsil edilecektir.

Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan tabloda belirtilen işyeri ve işlerde ay içerisinde geçen çalışmaların gün sayısı dikkate alınmak suretiyle, günlük prime esas kazanç ile bu kapsamda çalışılan gün sayısı çarpımı üzerinden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim tutarı karşılığı hesaplanacaktır (Yön. m.7/2).

## VII. FİİLİ HİZMET SÜRESİ ZAMMI KAPSAMINDA ÇALIŞANLARIN BİLDİRİLMESİ

İşverenlerce, sigortalıların fiili hizmet süresi zammı kapsamında geçen çalışmalarına ait prim ödeme gün sayıları ile prime esas kazançları 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılar (işçiler) için, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği<sup>13</sup> ekindeki aylık prim ve hizmet belgesi ile SGK tarafından belirlenen sürede verilmektedir (Yön. m.8/1).

Günlük çalışma süresinin bir bölümünde fiili hizmet süresi zammı kapsamındaki işlerde çalışan sigortalılar, ay içinde bu nitelikteki işlerde geçen çalışma saatleri toplamının günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunacak gün üzerinden bildirilir (Yön. m.8/2).

## VIII. FİİLİ HİZMET SÜRESİ ZAMMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

01.10.2008 tarihine kadar 506 sayılı Kanun'a tabi itibari hizmet süreleri tabi oldukları kanun hükümlerine göre değerlendirilecektir. Ancak 506 sayılı Kanun'un mülga ek 5. maddesinde sayılan itibari hizmet süresi kapsamında yer alıp Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan tabloda sayılmayan işlerde 01.10.2008 tarihinden önce geçen çalışma sürelerinin değerlendirilmesinde 3600 gün prim ödeme şartı aranmayacaktır (Yön. geçici m.1/2).

5510 sayılı Kanun'un 40/1. maddesine göre; Kanun'un 40/2. maddesindeki tabloda yer alan işlerde ve işyerlerinde çalışanlar, Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışan sigortalıların prim ödeme gün sayılarına, bu işyerlerinde ve işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için karşılığında gösterilen gün sayıları fiilî hizmet süresi zammı olarak ekleneceği ve 360 günden eksik sürelerle ait fiilî hizmet süresi zammı, 360 gün için eklenen fiilî hizmet süresi ile orantılı olarak belirleneceği düzenlenmiştir. (Yön. m. 9/1). Yine Kanun'un 40/2. maddesinde yer

alan bentlerden birden fazlasına dahil olanlar için, en yüksek olan bentten fiilî hizmet süresi zammı uygulanacaktır. Madde hükmüne göre, Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışanların (Bağ-Kur sigortalıları) fiili hizmet kapsamında değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.

Yine 5510 sayılı Kanun'un 40/3. maddesine göre, Kanun'un 40/1. maddesine göre hesaplanan fiilî hizmet süresi zammı, aşağıdaki tablonun 13. ve 14. sıralarında yer alan sigortalılar için 8 yılı, tablonun 1. ve 9., 11., 12. ve 15. sıralarında yer alanlar için 5 yılı, diğer sigortalılar için 5 yılı geçmemek üzere uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında prim ödeme gün sayısına eklenecek ve bu sürelerin, üç yılı geçmemek üzere yarısı emeklilik yaş hadlerinden indirilecektir. Yine tablonun 10 numaralı sırasında yer alan yeraltında çalışan sigortalılar için fıkradaki süre sınırı uygulanmayacaktır. Söz konusu yaş haddi indiriminden yararlanabilmek için ölüm ve malûliyet halleri hariç tablonun 10 numaralı sırasında yer alan sigortalıların en az 1800 gün, diğer sıralarda yer alan sigortalıların ise en az 3600 gün belirtilen işyeri ve işlerde çalışmış olmaları şarttır.

Yaptıkları iş nedeniyle Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan tabloda belirtilen işyeri ve işlerden aynı anda birden fazlasına tabi olan sigortalılara en yükseğine göre fiili hizmet süresi zammı verilecektir. Ayrıca Yönetmeliğin 5/1. maddesinde yer alan tabloda belirtilen sigortalıların ücretsiz izinde geçen süreleri ile 13 ve 14 numaralı sıralarda belirtilen sigortalılar hariç olmak üzere, söz konusu maddede belirtilen işlerde fiilen çalışılmayan ücretli izin, sıhhi izin, yıllık izin, eğitim ve kurs süreleri ile resmi tatil günleri fiili hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilmeyecektir (Yön. m.9/6).

## IX. MADEN İŞYERLERİNİN YERALTI VEYA YERALTI MÜNAVEBELİ İŞLERİNDE ÇALIŞANLAR

Yönetmeliğin geçici 2. maddesine göre, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olan sigortalılardan maden



işyerlerinin yeraltı veya yeraltı münavebeli işlerinde çalışmaları bulunanların, 01.10.2008 tarihinden önce veya sonra bu işlerde geçen çalışmalarının en az 1800 gün olması halinde bu çalışmalarının dörtte biri toplam prim ödeme gün sayılarına ilave edilecek ayrıca 01.10.2008 tarihinden sonra maden işyerlerinin yeraltı veya yeraltı münavebeli işlerinde çalışmaları bulunan sigortalıların, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi; 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde 180 gün fiili hizmet süresi zammına tabi olanlar için belirlenen tutar olarak hesaplanacaktır.

## X. SONUÇ

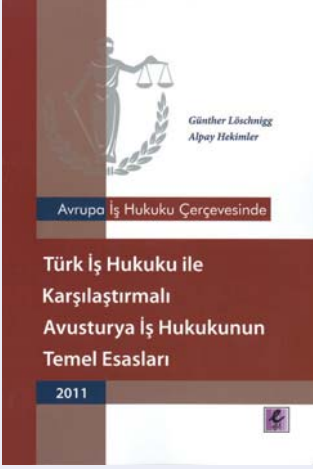
5510 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile fiili hizmet süresi zammı başlığı altında yeniden yapılan düzenlemedeki amaç, söz konusu işyerlerinde çalışan sigortalıların ağır ve tehlikeli risklere karşı korunmasıdır. Söz konusu işyerlerinin işverenlerine çalıştırdıkları sigortalılar için ek maliyet olarak yansıyan malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası kollarına ait ek prim oranlarının tamamı işverenlere yansıtılmış ve işverenlerin prim maliyetleri artmıştır. Özellikle ileri teknolojilerin kullanılarak sigortalıların maruz kaldıkları riskin ve zararlı faktörlerin etkilerinin ortadan kalktığı durumlarda sigortalılar fiili hizmet süresi zammı uygulamasından yararlandırılmaması ve dolayısıyla bu tür iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine önem vererek yatırım yapan işverenlere ek prim maliyetlerinin yansıtılmaması en önemli düzenleme olmuştur. Özellikle fiili hizmet kapsamında sigortalı çalıştıran işverenler lehine prim indirimi gibi sigortalı çalıştırmayı teşvik edici düzenlemelerin yapılması özellikle iş sağlığı ve güvenliği kültürünün de yayılmasına yardımcı olacak yöntemlerden birisidir.

## DİPNOTLAR

- 1 Ali Nazım Sözer, "İtibari Hizmet Müessesesi ve İtibari Hizmetle İlgili Bazı Uygulama Sorunları", Çimento İşveren, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/1mak983.htm> ; Ali Güzel-Ali Rıza Okur-Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2008, s.479.
- 2 Fatma Başterzi, Yaşlılık Sigortası, TİSK Yayın No: 275, Ankara 2006, s. 233.
- 3 R.G. 24.08.1977, 16037.

- 4 R.G. 09.07.1987, 19512.
- 5 A. Nuri Ernam, Açıklamalı ve Uygulamalı Sosyal Sigortalar Mevzuatı, Ankara 1990, s.254.
- 6 İlk iki madde kapsamında belirtilen sigortalıların, söz konusu sürelerine itibari hizmet süresi eklenmesine 01.09.1977 tarihinden sonuncu maddede belirtilen hizmet sürelerine ise 01.09.1987 tarihinden itibaren itibari hizmet süresi eklenmeye başlanmıştır. Ancak, basım ve gazetecilik işyerlerinin yukarıda sayılan işlerinden birinde çalışan sigortalıların 01.09.1977-31.08.1987 tarihleri arasındaki söz konusu çalışma sürelerine itibari hizmet süresi uygulanabilmesi; bunların aynı zamanda operatör, mürettip, rotatifçi, foto ofsetçi, klişeci, tiftrukçu ve bunların yardımcıları unvanlarından birine sahip olmaları koşuluna bağlanmıştır.
- 7 Sözer, <http://www.ceis.org.tr/dergiDocs/1mak983.htm>.
- 8 Kanun'un yürürlük tarihinden önce ve sonraki bu işyerlerindeki çalışmalar toplamı en az 3600 gün olanlar, Kanunun yürürlük tarihinden sonraki bu işyerlerindeki çalışmalarının her tam yılı için 1/4'ü (90 gün) kadar bir süre itibari hizmet süresi olarak eklenir. İtibari hizmet gün sayısı (çalışılan gün sayısı x 0.25) formülünün uygulanması ile hesaplanır. Formüldeki çalışılan gün sayısı, 506 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde sayılan işyerlerinde fiilen geçen çalışma süreleri güne çevirmek suretiyle hesaplanır.
- 9 R.G. 27.03.2007, 26475.
- 10 R.G. 18.08.2007, 26617.
- 11 R.G. 27.09.2008, 27010.
- 12 R.G. 08.05.2008, 26870.
- 13 R.G. 28.08.2008,26981 (Bu yönetmelikte, 21.10.2008-27061 tarih-sayıyla Resmi Gazete'de yayımlanan Sosyal Sigortalar İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile önemli değişiklikler yapılmıştır).

# YENİ YAYINLAR

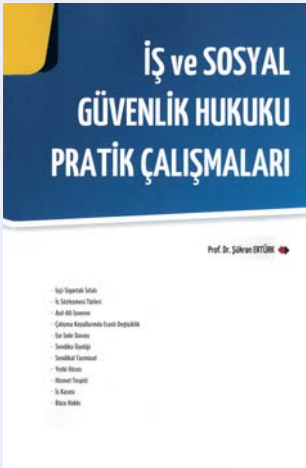


Günther Löschnigg ve Alpay Hekimler tarafından hazırlanan “**Avrupa İş Hukuku Çerçevesinde Türk İş Hukuku ile Karşılaştırmalı Avusturya İş Hukukunun Temel Esasları**” isimli eserde, Türk ve Avusturya iş hukukunda Şubat 2011 tarihine kadar ortaya çıkan gelişmelere yer verilmiştir. Gerek karşılaştırmalı hukuk alanında çalışanlara, gerekse iş dünyasına yönelik olarak hazırlanan eserin önsözü, Avusturya Federal Çalışma, Sosyal ve Tüketici Hakları Bakanı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Ömer Dinçer tarafından birlikte kaleme alınmıştır.

Eserde, Avusturya iş hukukunun temel esasları, Türk iş hukuku ile karşılaştırmalı olarak Avrupa Birliği normları çerçevesinde ortaya konmaktadır. Bu çerçevede Avusturya iş hukuku; bireysel iş hukuku, toplu iş hukukunun kaynakları ve yapısı, işyeri seviyesinde işgörenlerin katılım haklarının organizasyon yapısı ve işleyişi konularını kapsayacak şekilde, Türk iş hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır.

Graz, Karl-Franzens ve Tekirdağ, Namık Kemal Üniversitesi işbirliğinde hazırlanan eserde; işçi ve işverenlerin çıkarlarını koruyacak ve ülke ekonomisinin de yararına olacak nitelikte tüm tarafların kabul edebileceği bir yapının oluşturulmasını amaçlayan sosyal politika modeli tüm yönleriyle ortaya koyulmaktadır.

Eser Avusturya iş hukukunu; Tarihsel Gelişmeler, Hukuk Alanlarına Göre Kavramlar, Anayasa ve İş Hukuku, Avrupa İş Hukuku, İş Hukuku ve Uluslararası İlişkiler, İş Sözleşmesi, Kolektif İş Hukukunun Kaynakları, İş İlişkisi Kapsamında Doğan Hak ve Yükümlülükler, İş İlişkisinin Sona Ermesi, İşgören Temsilcileri-Organizasyon Yapısı ve Hakları, Sosyal Uyuşmazlık isimli 11 bölümde ele almaktadır.



Prof. Dr. Şükran Ertürk tarafından hazırlanan “**İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları**” isimli kitap, Şubat 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

İş ve sosyal güvenlik hukuku alanında üç temel alan olan bireysel iş hukuku, toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku söz konusu eserin üç bölümünü oluşturmaktadır. Bu bölümlerin her birinde, bu alanı ilgilendiren tüm konularla ilgili değil, daha ziyade uygulamada en çok uyuşmazlık çıkan konulara yer verilmiştir. Dolayısıyla bu çalışmanın iş ve sosyal güvenlik hukukunun tüm konularını içeren bir çalışma olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Kitabın “Bireysel İş Hukuku” başlıklı birinci bölümünde; iş sözleşmesi türleri, işçi kavramı, Deniz İş Kanunu uygulama alanı, asıl-alt işveren ilişkisi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik, işe iade davası, işçi ve işverenin borçları, özelleştirme, iş mahkemesinde açılan menfi tespit davası ve ikale kavramı ele alınmaktadır. “Sendikalar ve Toplu İş Hukuku” başlıklı ikinci bölümde; sendikalar hukuku ve toplu iş hukuku başlıkları açıklanmaktadır. “Sosyal Güvenlik Hukuku” başlıklı üçüncü bölümde ise 506 sayılı SS Kanunu anlamında asıl-alt işveren kavramı, iş kazası ve unsurları, hizmet tespiti, iş kazası sonucu maddi ve manevi tazminat talebi, SGK'nın rücu hakkının hukuki niteliği, SGK tarafından bağlanacak aylıklarda alt sınır uygulaması ve Ücret Garanti Fonu değerlendirilmektedir. Kitabın dördüncü ve son bölümünde “Çözülmemiş Olaylar” a ve kavram dizinine yer verilmektedir.

## Murat UĞUR

Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkezi Müdür Yardımcısı

# Kısa Vadeli Sigorta Kollarında Prim Oranları ve İşkolu Kodu ile Tehlike Sınıf ve Derecelerinin Mahiyeti, Tespiti ve İtirazlar ile Sağlanan Yardımlar

## 1- GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 83. maddesindeki; kısa vadeli sigorta kolları primi, yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre tespit edilir. İş kolları tehlikenin ağırlığına göre sınıflara, bu sınıflar da özel iş şartlarına ve tehlikeyi önlemek için alınmış olan tedbirlere göre derecelere ayrılmıştır.

İşyerlerinin kısa vadeli sigorta kolları primi, işyerinde yapılmakta olan işin, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre tespit edilmektedir.

İşyerinde yapılan iş ise, işveren tarafından, işyeri bildirgesinin "Yapılan İşin Niteliği" bölümünde beyan edilmekte; ayrıca, "Yapılan İşin Niteliğinde" (işyerinin faaliyet konusunda) sonradan değişiklik meydana gelmesi ve bu değişikliğin tehlike sınıf ve derecesini etkileyebilecek nitelikte olması halinde, işveren tarafından yeni faaliyet konusunun bir ay içinde Sosyal

Güvenlik Kurumu İl/Merkez Müdürlüklerine bildirilmesi gerekmektedir.

İşyerinde yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığı, dolayısıyla ödenecek kısa vadeli sigorta kolları prim oranının belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar; Bakanlar Kurulu Kararına istinaden<sup>1</sup> Kısa Vadeli Sigorta Kolları Prim Tarifesi belirlenmiş ve yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>2</sup>

İşveren tarafından, işyeri bildirgesinde "Yapılan İşin Niteliği" başlıklı bölümde bildirilen işyeri faaliyet konusu dikkate alınarak Kısa Vadeli Sigorta Kolları Prim Tarifesi'nden işyerinin hangi tehlike sınıf ve derecesine girdiği ve ödenecek kısa vadeli sigorta kolları primi oranı Sosyal Güvenlik Kurumu İl/Merkez Müdürlükleri tarafından belirlenerek, işverenlere ve 4(b) sigortalılarına tebliğ edilmektedir.

## II- TEHLİKE SINIFI VE PRİM ORANLARININ BELİRLENMESİ

Kısa vadeli sigorta kolları prim oranı: Yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımın-

## Bir işyerinde yürütülen esas işin fer'i ve mütemmimi mahiyetinde olan bütün işlerin sigorta primleri, esas işin tabi olduğu prim oranına göre hesaplanmaktadır.

dan gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre belirlenen oniki (12) tehlike sınıfına ayrılmış olup işyerinin prim tarifesine göre dahil bulunduğu tehlike sınıfına göre %1 ilâ %6,5 arasında belirlenen oranda değişmekte ve belirlenen bu sigorta koluna ait primin tamamı işveren tarafından ödenmektedir.

Bir işin normal yüzdelik prim oranı, dahil olduğu tehlike sınıfının 2'ye bölümü sonucunda bulunacak rakama, 0,5 değerinin eklenmesi suretiyle bulunmaktadır.

Yargıtay ve Danıştay içtihatlarına göre, bir işin, esas işin fer'i ve mütemmimi sayılabilmesi için birinin tatili halinde diğerinin sekteye uğraması ve işyerinde gaye olan faaliyetin ve iktisadî bütünlüğün meydana gelememesi, bu işlerin ve görüldüğü yerlerin birbirine sıkı sıkıya bağlı ve tâbi olması, her birinin müstakil en ana gaye ve neticeyi meydana getirememesi, ancak, hep birlikte bütünü teşkil etmesi şartları aranmalıdır. İşyerine bağlı, araçlar (vasıtalar) da işyerinden sayılmalıdır. Buradaki araçtan maksat, işyeri faaliyetini teşkil eden imalâtın ve hizmetlerin yapılması için, kullanılan her türlü sabit veya hareketli araçlardır (Örneğin; kamyon, otobüs vinç, buldozer, ekskavatör gibi).<sup>3</sup>

### 1- Esas işin fer'i ve mütemmimi olan işlerde prim oranları

Bir işyerinde yürütülen esas işin fer'i (ayrıntısı) ve mütemmimi (tamamlayıcısı) mahiyetinde olan bütün işlerin sigorta primleri, esas işin tabi olduğu prim oranına göre hesaplanmaktadır (Örneğin, bir basma fabrikasının dokuma, desenleme ve apre üniteleri esas işin fer'i ve mütemmimi mahiyetinde olduğundan, tamamı birlikte mütalâa edilecek ve esas işin tabi tutulduğu prim oranına göre hesaplanacaktır.).

Ancak, esas işin fer'i ve mütemmimi sayılan

işler, sigortalıları birbirine karışmayacak şekilde, ayrı ve bağımsız olarak yürütüldüğü ve sosyal güvenlik kurumun da ayrı bir işyeri olarak tescil edilmiş olduğu takdirde her biri kendi tehlike sınıfının prim haddine tabi olur.

**a- Fer'i (ayrıntı):** Fer sözlükte, ayrıntı, bir asıldan ayrılan kolların her biri ve şube, esas olmayıp ikinci derecede önemli olan şey anlamına gelmektedir.

**b- Mütemmim (tamamlayıcı):** Bir bütünün onu tamamlayan ve ondan ayrılmaması gereken parçası ya da bütünü oluşturan parçaların her biri bir arabanın motoru ya da bir kitabın sayfaları onun mütemmim cüzüdüdür, yani tamamlayıcı parçası anlamındadır.

Medeni Kanun'da "bütünleyici parça" olarak geçen kavram. Bir bütünün esaslı unsuru. Yokluğu o şeyin kullanılmasını, ondan yararlanmayı ya engeller ya da ciddi oranda kısıtlar.

Bir nesnenin olmazsa olmaz parçası, tamamlayıcı parça; mahalli örf ve adete göre bir nesnenin esaslı unsuru olan, o nesne yok edilmedikçe veya parçalanmadıkça yahut niteliği bozulmadıkça ondan ayrılması mümkün olmayan parçalar, o nesnenin tamamlayıcı parçasıdır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde uygulanmakta olan ve Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulmuş bulunan İş Kazaları ile Meslek Hastalıkları Sigortaları Prim Tarifesi'nin<sup>4</sup> (110 kömür madenciliği) büyük grubunda her cins kömür istihsalinde, aynı işveren tarafından yaptırılan ve bu işlerin fer'i ve mütemmimi mahiyetindeki yıkama, sevk ve sair bilcümle yardımcı işlerin bu koda dahil olacağı belirtilmiş ve aynı Tarifelinin 3. maddesinde de, bir işyerinde yürütülen esas işin fer'i ve mütemmimi mahiyetinde olan bütün işlerin sigorta primlerinin, esas işin tâbi tutulduğu prim haddine göre hesaplanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükme göre, bahis konusu işyerlerinde aynı işveren tarafından yürütülen ve esas işin fer'i ve mütemmimi durumunda bulunan diğer bilcümle yardımcı işlerin (Büro işyerinde veya lokanta işyerinde araç bulundurulması vs.) asıl işten tefrikine, dolayısıyla asıl işten ayrı ve bağımsız olarak tescil edilmesine imkan görülmemektedir.

## 2- Aynı işyerinde, aynı ve farklı işverenler tarafından yürütülen işler

Aynı işveren tarafından, aynı işyerinde yürütülen ve mahiyetleri bakımından ayrı özellikler arz eden ve başka tehlike sınıflarına dahil olan bütün işler, işyerinde en yüksek tehlike sınıfına giren işin prim haddine tabi olacaktır (Örneğin, bir benzin istasyonu işyerinde, akaryakıt satışından başka tamir ve bakım işleri, otel, lokanta, kafeterya vs. işleri de yapılıyorsa, bu işyeri, en yüksek tehlike sınıfına giren iş hangisi ise, o işin işkolu kodunda tasnif edilmelidir.).

Ancak devamlı bir işyerinin içinde, bu işyerinde görülen işin ve işyerinin tamamlayıcısı ve ayrıntısı niteliğinde olmayan bir iş yapılmak üzere ayrı bir işyeri kurulmuş olabilir (Örneğin; bir sinemanın içinde kantin, bir gemide büfe, bir otelin içinde lokanta ve berber işyeri gibi). Bu durumlarda içiçe girmiş işyerleri bahis konusu olduğundan, ayrı ayrı işverenler tarafından hizmet akdine dayanarak sigortalı çalıştırma hali varsa, bunları bağımsız işyeri saymak gerekir.

## 3- Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde sayılan sigortalıların (Bağ-Kurluların) durumu

5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar, birden fazla işyerinin sahibi veya ortağı olması durumunda tehlike sınıfı en yüksek olan işyerinin prim oranına tabi tutulurlar.

Aynı ay içerisinde faaliyetini sonlandırıp, yine aynı ay içerisinde yeniden faaliyete başlayan sigortalıların kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin sigorta primi son faaliyet konusu işine göre hesap ve tahsil edilmektedir.

Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar, aynı zamanda işyerinde Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı çalıştırması halinde, çalıştırdığı sigortalıların tabi olduğu tehlike sınıfı ve prim oranına tabi olurlar. Birden fazla işyerinin sahibi veya ortağı olması ve aynı zamanda her bir işyerinde sigortalı ça-

Aynı ay içerisinde faaliyetini sonlandırıp, yine aynı ay içerisinde yeniden faaliyete başlayan sigortalıların kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin sigorta primi son faaliyet konusu işine göre hesap ve tahsil edilmektedir.

lıştırılması halinde, tehlike sınıfı en yüksek olan işyerinin prim oranına tabi tutulurlar.

## 4- Normal prim oranlarının derecelere ayrılması

Her tehlike sınıfı üst, normal ve alt derece olmak üzere üç tehlike derecesine ayrılır.

Üst derece prim oranı dahil olduğu tehlike sınıfının normal yüzdelik prim oranından 0,2 puan daha yüksek, alt derece prim oranı normal yüzdelik prim oranından 0,2 puan daha düşüktür. Şu kadar ki, I inci tehlike sınıfındaki işyerleri için alt derece prim oranı, bu sınıfın normal prim oranının altına düşmez ve XII nci tehlike sınıfındaki işyerleri için ise üst derece prim oranı, bu sınıfın normal prim oranını geçemez.

## 5- Dereceleme işlemleri

Sosyal Güvenlik Kurumu, her yıl yapacağı hesaplamalar ile dereceleme hesabının yapıldığı yıldan önceki 3 takvim yılı içinde aynı işkolunda kırkbin ve daha fazla gün için sigorta primi tahakkuk ettirmiş olan işyerlerini dereceleme tabi tutar.

Bu işyerlerinin girecekleri tehlike dereceleri; derecenin belirlendiği yıldan önceki 3 takvim yılı içinde meydana gelerek SGK kayıtlarına intikal eden ve işyerlerinin özel şartları ile tehlikeyi önlemek için alınmış olan emniyet tedbirlerinin de sonucunu gösteren iş kazaları, meslek hastalıkları, sürekli iş göremezlik ve ölüm olaylarına göre işyerlerinin tehlike ağırlığı dikkate alınarak SGK tarafından üst, normal veya alt derece olarak belirlenir.

İşyerinde meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı, sürekli iş göremezlik ve ölüm

olaylarının, işverence işyerinde alınan işin niteliğine uygun bilimsel ve teknik tedbirlerin alınmasına rağmen veya doğal afetler sonucu meydana geldiğinin tespiti halinde kaçınılmazlık ilkesi gereği bu tür olaylar derecelendirme hesabında dikkate alınmaz.

Yukarıda belirtilen 3 yıllık devre için kırkbin gün sigorta primi tahakkuk ettirmemiş olan işyerleri, dahil buldukları işkolunun normal prim oranı üzerinden prim öderler.

## 6- 506 sayılı Kanuna ilişkin hükümler

1.10.2008 tarihinden önce 17.7.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamına alınmış olan işyerleri için uygulanmakta olan iş kazası ve meslek hastalıkları sigortaları prim oranı bu tarihten geçerli olmak üzere 0,5 puan düşürülerek uygulanmaktadır.

506 sayılı Kanuna göre tescil edilen işyerlerinin mevcut işkolu kodları, işverenlerin elektronik veya kâğıt ortamında yapacakları beyana istinaden, Kurumca gerek görülen haller hariç olmak üzere, ayrıca tebligat yapılmaksızın bu Tarifedeki uygun işkolu kodlarına dönüştürülmüştür.

506 sayılı Kanuna göre tescil edilen işyerlerinin bu Tarifenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki işkolu kodlarından yapılmış olan prim ödeme gün sayıları, yeni işkolu kodundan yapılmış bildirim olarak kabul edilerek dereceleme hesaplamalarında dikkate alınmaktadır.

## 7- 1479 ve 2926 sayılı Kanunlara ilişkin hükümler

1.10.2008 tarihinden önce 2.9.1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na ve 17.10.1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre tescil edilmiş sigortalıların meslek kodları Kurumca bu Tarifedeki uygun işkolu kodlarına dönüştürülmüştür.

## 8- Geçmiş dönemlere ilişkin tescil edilen işyerleri

Yeni Tarifenin yürürlüğe girmesinden sonra, Sosyal Güvenlik Kurumu veya diğer kamu

idarelerinin denetim veya kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitlere, yargı kararlarına, işverenler tarafından verilen işyeri bildirgesi ve diğer tespitlere istinaden tescil edilen işyerlerinin tescil tarihi, bu Tarifenin yürürlük tarihinden önceki bir tarih olması halinde, bu Tarifenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar 18.3.1981 tarihli ve 8/2569 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Sigortaları Prim Tarifesi hükümlerine göre, bu tarihten sonra ise yeni Tarifeye göre işlem yapılmaktadır.

## 9- Tehlike sınıf ve derecelerini etkileyebilecek değişikliklerin belirlendiği 84. maddesine göre

İşverenler ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılanlar, tehlike sınıf ve derecesini etkileyebilecek her türlü değişikliği bir ay içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim üzerine Sosyal Güvenlik Kurumu, yapacağı incelemeler sonunda tehlike sınıf ve derecesini değiştirebilir. Tehlike sınıf ve derecesini etkileyebilecek değişiklik bir ay içinde bildirilirse bu konuda Sosyal Güvenlik Kurumu'nca verilecek karar, değişikliğin meydana geldiği tarihten sonraki aybaşından başlanarak uygulanır.

1- Tehlike sınıf ve derecesini etkileyebilecek değişiklik bir ay içinde bildirilmezse;

a) Tehlike sınıfı yükseliyorsa, değişikliğin meydana geldiği,

b) Tehlike sınıfı düşüyorsa, değişikliğin Kurumca öğrenildiği

tarihler esas alınmak ve bu tarihlerden sonraki ay başından itibaren uygulanmak üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu İl/Merkez Müdürlüklerince karar alınır ve ilgililere tebliğ olunur.

## III-KISA VADELİ SİGORTA KOLLARI PRİMİNE İSTİNADEN SAĞLANAN YARDIMLAR

### A- Hastalık hali

5510 sayılı Kanununun 15 inci maddesinde hastalık hali, sigortalının iş kazası ve meslek

hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar olarak tanımlanmaktadır. Kanunun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine istinaden, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi (SSK'lılar) ile 5 inci maddesinin (b)\* bendi kapsamında sayılan aday çırak, çırak ve işletmelerde eğitim gören öğrenciler ile (g)\* bendi (Türk işverenler tarafından sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelere götürülen Türk işçiler) kapsamında sigortalı sayılan sigortalılara geçici iş göremezlik ödeneği verilmektedir. Bu sigortalılar dışındakilere hastalığa bağlı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmemektedir.

### 1- Sağlanan haklar ve yararlanma şartları

Bu sigorta kolunda hastalık haline bağlı olarak ortaya çıkan iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilmektedir.

Geçici iş göremezlik ödeneği ödenebilmesi için;

a) Sigortalılık niteliğinin sona ermemesi,

b) İş göremezliğin başladığı tarihten önceki 1 yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması,

c) Sosyal Güvenlik Kurumunca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından istirahat raporu alınmış olması gerekmektedir.

506 sayılı Kanunun uygulandığı dönemde SSK'lı olan 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önce başlayan ve aralıksız olarak bu tarihten sonra da devam eden iş göremezlik hallerinde, 120 gün prim ödeme şartı yerine gelmediğinden geçici iş göremezlik ödeneği alamayan sigortalıların, istirahatın başladığı tarihten geriye doğru bir yıl içinde 90 günlük prim ödeme şartının bulunması durumunda 01.10.2008 (dahil) tarihinden itibaren istirahatın başladığı tarih itibarıyla bulunacak günlük kazanç üzerinden geçici iş göremezlik ödeneği beş yıllık zamanaşımına tabi olması nedeniyle sigortalıların talebi halinde tahsil edebileceklerdir.

## B- İş kazası ve meslek hastalığı hali

### 1- Sağlanan Haklar

5510 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasında iş kazası ve meslek hastalığı hallerinde sigortalılara sağlanan haklar;

a) Sigortalıya geçici iş göremezlik süresince günlük geçici iş göremezlik ödeneğinin verilmesi,

b) Sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması,

c) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine gelir bağlanması,

ç) Gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi,

d) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölen sigortalı için cenaze ödeneği verilmesi, olarak sıralanmıştır.

Yukarıda sayılanlardan sadece geçici iş göremezlik ödenekleri kısa vadeli sigorta kolları kapsamında, diğerleri ise uzun vadeli sigorta kolları kapsamında yürütülmektedir.

### 2- Yararlanma Şartları

Sigortalıların iş kazasına bağlı olarak geçici iş göremezlik ödeneklerinden yararlanabilmeleri için Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan bildirim iş kazası olarak kabul edilmesi, meslek hastalığı sigortasından geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmek için ise meslek hastalığının Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulu'nca tespit edilmesi gerekmektedir.

Geçici iş göremezlik ödeneğinin süresi Sosyal Güvenlik Kurumu'nca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurulundan alınacak istirahat raporuna bağlıdır. 5510 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine istinaden sigortalılara iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle iş görmedikleri sürece prim ödeme gün sayısı şartı aranmaksızın ilk günden itibaren her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verilmektedir.

5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde sayılanlara iş kazası ile meslek hastalığı halinde geçici iş göremezlik ödeneği, genel sağlık sigortası dahil prim ve her türlü borçlarının ödenmiş olması şartıyla yatarak tedavi süresince veya yatarak

tedavi sonrası bu tedavinin gereği olarak istirahat raporu aldıkları sürede ödenmektedir.

### C- Analık hali

Kanunun 15 inci maddesinin ikinci fıkrasında, analık hali, sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık hali ile ilgili rahatsızlık ve özürllük halleri olarak tanımlanmıştır.

#### 1- Geçici İş Göremezlik Ödeneği

5510 Sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile (b) bendinde belirtilen muhtarlar ile ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar ve tarımsal faaliyette bulunan sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilâve edilerek çalışmadığı her gün için,

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile (b) bendinde belirtilen muhtarlar ile ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar ve tarımsal faaliyette bulunan sigortalı kadının, erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler ile isteği ve hekimin onayıyla doğuma üç hafta kalıncaya kadar çalışması halinde, doğum sonrası istirahat süresine eklenen süreler için,

Geçici iş göremezlik ödeneği verilir.

Geçici iş göremezlik ödeneği ödenebilmesi için;

a) Sigortalılık niteliğinin sona ermemesi,

b) Doğumdan önceki 1 yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması,

c) Bu süre içinde işyerinde çalışmamış olması,

d) Doğum olayının gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

5510 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen muhtarlar ile ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar ve tarımsal faaliyette bulunan sigortalı kadına analık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği ödenirken genel sağlık sigortası dahil prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması gerekmektedir.

### D- Sigortalılığın sona ermesi

Kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık;

a) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların, hizmet akdinin sona erdiği tarihten,

b) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıların;

1) Gelir vergisi mükellefi olanlar için, mükellefiyetlerini gerektiren faaliyetlerine son verdikleri tarihten,

2) Gelir vergisinden muaf olanlar için, esnaf ve sanatkâr sicili kaydının silindiği veya 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (k) bendi kapsamına girdiği tarihten,

3) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (3) numaralı alt bendi kapsamına girenlerden, şahıs şirketlerinden kolektif, adi komandit şirketlerin komandite ve komanditer ortakları ve donatma iştiraki ortaklarının vergi mükellefiyetlerinin sona erdiği tarihten, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortaklarının, şirketin ticaret sicil memurluğundan kaydının silindiği tarihten, limited şirket ortaklarından hisselerinin tamamını devreden sigortalıların, hisse devrinin yapılmasına ortaklar kurulunca karar verildiği tarihten, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının yönetim kurulu üyeliklerinin sona erdiği tarihten, iflas veya tasfiye durumu ile münfesihe duruma düşen şirketler için ortağın talep etmesi halinde, mahkeme kararı ile iflasın, tas-



fiyenin açılmasına, ortaklar kurulu kararı ile tasfiyenin başlamasına veya şirketin münfesihi duruma düşmesine karar verildiği, ortakların talepte bulunmaması halinde, mahkemece iflasın kapatılmasına karar verildiği, tasfiyesi sonuçlanan şirketlerin ortaklıklarının ise tasfiye kurulu kararının ticaret sicili memurluğunca tescil edildiği tarihten,

4) Tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar için, tarımsal faaliyetinin sona erdiği veya 6 ncı maddenin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca muafiyet kapsamına girdiği yahut 65 yaşını doldurması nedeniyle talepte bulunduğu tarihten,

5) Köy ve mahalle muhtarlarının, muhtarlık görevlerinin sona erdiği tarihten,

6) Herhangi bir yabancı ülkede ikamet eden ve o ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başladığı veya ikamet esasına bağlı olarak, o ülke sosyal güvenlik sistemine dâhil olduğu tarihten bir gün öncesinden,

7) (3) numaralı alt bent kapsamında iflas veya tasfiye durumu ile münfesihi duruma düşen şirketlerin ortaklarından 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında çalışmaya başlayanların, çalışmaya başladıkları tarihten bir gün öncesinden,

8) Köy ve mahalle muhtarlarından; kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmasından dolayı gelir vergisi mükellefiyeti bulunanlar hariç, aynı zamanda hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başladığı tarihten bir gün öncesinden,

9) Gelir vergisinden muaf olan, ancak esnaf ve sanatkârlar sicili kaydına istinaden 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, bu sigortalılıklarının devamı sırasında, hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başladığı tarihten bir gün öncesinden,

10) 6132 sayılı Kanuna tabi jockey ve antrenörler için, lisansları yenilenmeyenlerin lisanslı oldukları yılın sonundan,

itibaren sona ermektedir.

Ancak, hastalık ve analık hükümlerinin uygulanmasında sigortalılık;

a) İlgili kanunlar gereği sigortalının ücretsiz izinli olması, greve iştirak etmesi veya işvere-

nin lokavt yapması hallerinde, bu hallerin sona ermesini,

b) Diğer hallerde ise birinci fıkrada belirtilen tarihleri,

takip eden onuncu günden başlanarak yitilmiş sayılır.

Birinci fıkranın (a), (c) ve (d) bentlerine göre sigortalılığı sona erenlerin durumları işverenleri tarafından, (b) bendinde belirtilen şekillerde sona erenlerin durumları ise kendileri ve sözü edilen bentte belirtilen faaliyetin sona erme halinin bildirildiği kuruluşlar veya vergi daireleri tarafından, en geç on gün içinde Kuruma bildirilir. Bu kişilerin meslek kuruluşlarına ya da vergi dairelerine olan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmaları, sigortalılığın sona ermesine ilişkin belge ya da bilginin verilmesine engel teşkil etmez. Vergi dairelerince vergi mükellefiyetinin sona erdiğine ilişkin yapılacak bildirimlerde bu süre vergi mükellefiyeti terk işleminin tesis tarihinden itibaren iki ayı geçmemek üzere vergi mükellefinin işi bırakma işlemlerinin vergi dairelerince tekemmül ettirildiği tarihten başlar.

Birinci fıkranın (e) bendine göre sigortalılığı sona erenler ile 8 inci maddenin birinci fıkrasının (c) bendine göre bildiri yapılan sigortalıların, sigortalılığının sona ermesine ilişkin bildirimleri, üç ay içinde Kuruma yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Vergi dairelerince vergi mükellefiyetinin sona erdiğine ilişkin yapılacak bildirimlerde bu süre vergi mükellefiyeti terk işleminin tesis tarihinden itibaren iki ayı geçmemek üzere vergi mükellefinin işi bırakma işlemlerinin vergi dairelerince tekemmül ettirildiği tarihten başlar.

## IV-SONUÇ

Sosyal Sigortalar Kısa Vadeli Sigorta Kollarını nitelikleri bakımından, “Mesleki Risk” ve “Sosyal Risk” sigorta kolları olmak üzere iki ana grup altında toplamak mümkündür.

İş Kazaları ile Meslek Hastalıkları Sigortaları, “Mesleki Risk” sigorta kolunu, Hastalık ve Analık Sigortaları ise, “Sosyal Risk” sigorta kolunu teşkil etmekte olup, anılan sigorta kolları

amaçları bakımından ise, “Kısa Vadeli” sigorta kollarından sayılmaktadır.

Mesleki Risk; İş Kazaları ile Meslek Hastalıkları Sigortaları yönünden, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendi (eski SSK'lı ve Bağ-Kurlu) ile 5 inci maddesinin (a)\*,(b)\*,(c)\*,(e)\* ve (g)\* bentleri kapsamında sigortalı sayılan kimselerin işyerlerinde veya fiilen yapmakta oldukları işleri sırasında karşılaştıkları olaylar,

Sosyal Risk; Hastalık ve Analık Sigortaları yönünden, sigortalılarımızın 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendi ile 5 inci maddesinin (a)\*, (b)\* ve (g)\* bentleri kapsamında sigortalı sayılan kimselerin doğal yaşamı içerisinde karşılaşacakları olaylar, olarak tanımlanabilir.

Sigortalılar Sosyal Güvenlik Kurumu'na yatırmakta oldukları Kısa Vadeli Sigorta Primleri'nden dolayı söz konusu risklere karşı Sosyal Güvenlik Kurumu'nca koruma altına alınmışlardır.

## DİPNOTLAR

- 1 22.9.2008 tarihli ve 2008/14173 sayılı karar.
- 2 29.09.2008 tarih 27012 sayılı 2.Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
- 3 Sigorta İşleri ve Primler Dairesi Başkanlığı İşlemleri Konulu (Genelge - 16)
- 4 01.03.1965 tarihli 6/4405 sayılı Bakanlar Kurulu kararı (Genelge - 16'ya göre 18.03.1981 tarihli, 8/2569 sayılı karar)

\* Bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar

MADDE 5- Kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından aşağıda sayılan kişiler hakkında uygulanacak sigorta kolları şunlardır:

a) Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukvevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanır ve bunlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.

b) 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46 nci maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık

prime esas kazanç tutarı, 82 nci maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır. Bu bentte sayılanlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlardan bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.

c) Harp malûlleri ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörlü Mücadele Kanunu, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı bağlanmış malûllerden, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez. 3713 sayılı Kanuna göre aylık bağlanmış malûller ile aynı Kanun kapsamına giren olaylar sebebiyle vazife malûllüğü aylığı alan er ve erbaşların, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olmaları halinde de aylıkları kesilmez. Aylıkları kesilmeksizin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışanlar hakkında uzun vadeli sigorta kolları, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kuruma bildirdikleri tarihi takip eden ay başından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kolları da uygulanır. Bu fıkra kapsamına girenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz.

e) Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edin-dirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile bunlardan bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.

g) Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz.(Ek cümle: 13/2/2011-6111/24 md.) Bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır.

Av. Ender KIZILRAY

MESS Hukuk Müşaviri

## İş Kazası ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Rücu Hakkı

İş kazası neticesinde işverenin Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşı sorumluluğuna ilişkin düzenleme önce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile daha sonra ise yeni sosyal güvenlik mevzuatı doğrultusunda şekillenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesi 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrası;

“İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22'nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir. İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.” hükmünü içermekteydi.

Bu düzenlemenin içinde yer alan “...sigortalı ya da hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...” bölümünün iptali için Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “sosyal devlet ve hukuk devleti” ilkelerine aykırı bulmuş ve 17.07.1964 günlü 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değişik birinci fıkrasının “... sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere...” bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 gün ve 2003/10 Esas, 2006/106 sayılı kararı 21.03.2007 tarih ve 26649 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İptal kararı ile birlikte ortaya çıkan yeni hukuki durum çerçevesinde gelir artışlarının istenemeyeceği ve bu maddeye göre açılan davalarda halefiyet kuralına

dayanılmayacağı, Kurumun rücu alacağına hukuki temelinde artık halefiyet değil, kanundan doğan basit rücu hakkının bulunduğu kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile Kurumun ilk bağladığı gelirin peşin değeri istenebilir hale gelmiş ve bundan böyle işverenin gelir artışlarının peşin sermaye değerinden sorumlu olamayacağı sonucu doğmuştur.

İptal kararından sonra Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de, 29.01.2008 tarihli kararında (2007/4137E., 2008/632K.) Kurumun zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle yaptığı harcamaları ve gelir bağlandıysa bu gelirlerin sermaye değerini geri alma hakkının artık halefiyet ilkesine dayandırılmayacağını, söz konusu hakkın sigortalı veya hak sahiplerinin haklarından bağımsız, başlı başına kanundan doğan, "basit rücu" şekline dönüştüğünü benimsemiştir.

10. Hukuk Dairesi, kararında özetle şu görüşe yer vermiştir: "... ..... 26. maddede sayılan koşullarda kurumu sigortalının ardıl'ı (halefi) olarak kabul eden anılan yasa maddesinin 1. fıkrasındaki "itiraz konusu" kuralın iptalinden sonra bu madde uyarınca açılan davalarda artık "halefiyet ilkesi'ne" dayanılmayacağı, kurumun rücu hakkının hukuki temelini (halefiyet değil) bundan böyle; yasadan doğan, sigortalı ya da hak sahibi kimselerin alacaklarından bağımsız, kendine özgü "basit rücu" hakkına dönüşmüş olmasının kabulüyle; bu aşamadan sonra; zararlandırıcı sigorta olayı nedeniyle, sigortalı veya hak sahiplerine kurum tarafından bağlanan gelirin (başladığı tarihteki) ilk peşin sermaye değerinin, tazmin sorumlularının (işverenin) kusuruna isabet eden miktarıyla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerekir..."

Daire devamında "Hemen belirtmek gerekirse, bundan sonra 506 sayılı Yasa uyarınca açılan rücu tazminat davalarına ilişkin olarak süregelen uygulamada olduğu üzere; maddi zarara (tavan) hesabı yapılması gerekmediği gibi; 506 Sayılı Yasanın 10. maddesinin uygulanmasını gerektiren durumlarda da Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki, süregelen içtihatlarla oluşturulup uygulanan prensiplerde temel farklı bir yaklaşım bulunmamaktadır. Ancak, 10. madde uygulamasında artık,

tavan zarar hesabı yerine, kurumun sigortalıya başlangıçta bağladığı ilk peşin sermaye değeri üzerinden hesaplama yapılmasında herhangi bir tereddüt olmamalıdır. Ayrıca yapılan tüm hesaplama uygulamalarında; tazmin sorumlusunun, sigortalıya ya da hak sahiplerine yapmış olduğu, her türlü ödeme ve ibranın da kurumun rücu alacağından düşülmesine imkan bulunmadığı göz önünde tutulmalıdır."

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi'nin iptalinden sonraki gelişmeler aşağıdaki gibi olmuştur:

a- İptal kararından önce, Kurumun 26. maddesinden doğan rücu hakkının hukuksal temeli halefiyet esasına dayanıp, Kurum sigortalının halefi olduğuna göre sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktara kadar talep hakkı varken, iptal kararından sonra 26/1. maddenin oluşan yeni düzenlemesi ve Kurumun rücu hakkının hukuksal dayanağı, sigortalının veya hak sahiplerinin isteyebilecekleri haklardan bağımsız kendine özgü Kanundan doğan "basit rücu" hakkıdır. Bu nedenle Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine bağladığı gelirin ilk peşin değerinin kusur karşılığını isteyebilir, gelir artışlarını talep edemez.

b- Tazminat davasında alınan kusur ve hesap raporu, rücu davasında bağlayıcı olamaz, güçlü delil niteliğindedir.

c- Tazmin sorumlusunun, sigortalıya ya da hak sahiplerine yapmış olduğu her türlü ödeme ve ibraname Kurumun rücu alacağını etkilemeyeceğinden, rücu davasında dikkate alınmaz, rücu alacağından mahsup edilmez.

d- İşveren yönünden zamanaşımı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre 10 yıl olup, zamanaşımı gelirin onay tarihinden başlar.

## 5510 Sayılı Yasa'da Yer Alan Düzenlemeler

5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesi, iş kazası veya meslek hastalığının "işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi" sonucu gerçekleşmesi halinde işverenin sorumluluk koşullarını düzenlemektedir.

Maddenin getirdiği yeni düzenlemede dik-

kati çeken ilk yön, 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde yer alan "işverenin ... suç sayılabilir bir hareketi" kavramına yeni düzenlemede yer verilmemiş olmasıdır.

5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesiyle işverenin tazmin sorumluluğu yönünden getirilen diğer bir farklı düzenleme ise, "Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettilir." düzenlemesidir.

Bu düzenleme ile Kurumca bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri dışında Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsi geçen iptal kararından önceki döneme dönülmüştür. Yani sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarla sınırlı olmak üzere ibaresi yeniden yasal düzenlemeye girmiştir.

Kurumun rücu hakkı, ağırlıklı olarak, 506 sayılı Yasa'nın içerdiği düzenlemeler çerçevesinde biçimlenmiş, konuya ilişkin yerleşik içtihatlar oluşmuştur. 5510 sayılı Yasa ile getirilen değişikliklere ana hatlarıyla yukarıda değinilmiş olup; farklılık içermeyen durumlarda, tazminat hukukunun genel ilkeleri ve yargısal uygulamalarla geliştirilen yöntemlerden yararlanmaya devam edilebilecektir.

İlk peşin sermaye değerli gelirin, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı kısmının tazmin edilebilecek olması, bu tür davaların, yeniden halefiyet ilkesine dayalı olarak mı yoksa basit rücu davaları olarak mı yorumlanması noktasında sorun yaratacaktır.

Bu konuda bir görüşe göre "Kusura dayalı sorumluluk halinde, kusur oranlarının işçi sağlığı ve iş güvenliği kuralları ışığında yönetime belirlenmesi gereğiyle, basit rücu hakkı yaklaşımı uyarınca, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemelerin, Kurumun alacağından mahsubuna olanak bulunmadığı yönündeki uygulamadan uzaklaşma gereği bulunmadığı gibi; 5510 sayılı Yasa ile getirilen düzenlemenin de basit rücu hakkını benimsemesi nedeniyle, sigortalı veya hak sahibi tarafından açıl-

an tazminat davalarında elde edilen kusur ve gerçek zarar tavan tespitine ilişkin raporlar, 5510 sayılı Yasanın tazmine ilişkin hükümleri çerçevesinde inceleme içerdiği oranda, Kurumun taraf olduğu davalar yönünden de değer taşıyabilecektir."

Kanımca sigortalı veya hak sahibi tarafından işveren aleyhine açılan tazminat davalarında alınan ve gerçek durumu tespit eder nitelikte sıhhatli olan kusur ve zararın tespitine ilişkin raporların Kurumun taraf olduğu davalarda değer taşıması ayrı bir husus olup, usul ekonomisi anlamında kabul görmesi mümkündür.

Ancak 5510 sayılı Yasa'nın 21. maddesiyle işverenin tazmin sorumluluğu yönünden getirilen "Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettilir." ibaresi ile halefiyet ilkesine geri dönülmüştür.

Bu nedenle iş kazası sonrasında işverenin iyi niyetle ve gerçek zararı karşılamak amacıyla sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı ödemelerin Kurumun işverenden isteyeceği rücu alacağından mahsubunu izin veren halefiyet ilkesinin kabul edilmesi 5510 sayılı Yasa ile getirilen yeni yasal düzenleme ile de uyum sağlayacaktır.

## KAYNAKÇA

- M. Zafer ERDOĞAN, Anayasa Mahkemesinin 506 sayılı Kanununun 26. Maddesi ile İlgili İptal Kararının Hukuki Sonuçları, Kamu-İş Dergisi, C. 9, 2007, sayı:2, sh: 46.
- Prof. Dr. Ali GÜZEL, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, sh: 323-334.
- Ercan TURAN, 5510 Sayılı Yasa Kapsamında Rücu Tazminat Davaları-Sicil Dergisi Eylül 2009, sh: 193-210.

Prof. Dr. Kadir ARICI

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Ölüm Sigortasından Yararlanma

### T.C. YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

**Esas No** : 2008/18155

**Karar No** : 2010/2758

**Tarihi** : 01.03.2010

### ÖZET

Türk Medeni Kanunu uyarınca aralarında geçerli bir evlilik ilişkisi bulunmayan davacının, birlikte yaşadığı sigortalının hak sahibi olarak kabulü ile ölüm aylığı bağlanması doğru değildir.

### DAVA

Dava, ölüm aylığı tahsisi istemine ilişkindir.

Mahkemece, istemin kabulü ile 506 sayılı Kanun'un 66/c maddesi uyarınca 18.10.2006 tarihini takip eden ödeme dönemi başından itibaren geçerli olmak üzere ölüm ay-

lığı bağlanması gerektiğinin tespitine karar verilmiştir.

Hükmün davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

### KARAR

Davacı vekili, müvekkili ...'nin, aralarında resmi evlilik olmaksızın birlikte yaşadığı sigortalı ...'in vefatı nedeniyle ölüm aylığına hak kazandığının tespitini dava ve talep etmektedir.

Mahkemece; toplumumuzda yasa dışı nitelendirilen gayri resmi evliliklerin bulunduğu sosyal bir gerçek olduğu, evlilik bağı kurulmasa bile karı-koca diye birleşen, bu amaç ve duygu ile yaşamlarını sürdüren kadınlar için bakım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması gerektiği-

nin doktrin ve Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları ile kabul edilmiş bir olgu olduğu, resmi evlilik bağı kurulmasa dahi fiili evlilik birliğinde olan davacının sigortalı ile birlikte yaşama olgusunun sabit bulunduğu gerekçesiyle “davacının, sigortalı ...'in resmi nikahlı eşi imiş gibi hak sahibi sayılarak” 506 sayılı Kanun'un geçici 93. maddesi de dikkate alınmak suretiyle, davacıya ölüm aylığı bağlanmasına karar verilmiştir.

Davacı ile kendisinden ölüm aylığı bağlanması istenen sigortalı ...'in evlilik akdi ilişkisinin bulunmadığı, ...'in bir başka kadın ile evli iken vefat ettiği ve toplam 981 prim gün sayısına sahip olduğu yönü çekişme konusu değildir.

Uyuşmazlık, evlilik akdi bağı bulunmasızın SSK sigortalısı ile birlikte yaşayan kadına, sigortalı desteğin ölümü nedeniyle 506 sayılı Kanun'un 65 ve devamı maddeleri uyarınca ölüm aylığı bağlanıp bağlanmayacağı, bir diğer ifadeyle, anılan maddelerde yer verilen “ölen sigortalının eşi”, “dul eşi”, “ölen sigortalının hak sahibi” kavramlarından evlilik dışı fiili birlikteliklerin de amaçlanıp amaçlanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümünde, iç hukuk hükümleri ile bunların yanında, Anayasa'nın 90/5. maddesi hükmü olan, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” düzenlemesi gereğince, iç hukukun ayrıcalıklı bir parçası olması ve iç hukukta doğrudan/kendiliğinden uygulanma gücü ve yeteneğine sahip bulunması nedenleriyle Avrupa İnsan Hakları (ve Temel Özgürlüklerin Korunması Hakkında) Sözleşme (AİHS) ile güvence altına alınan bir kısım hak ve özgürlüklerin irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Anayasa'nın “Ailenin korunması” başlıklı 41. maddesi uyarınca, “Aile, Türk toplumu-

nun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.”; 506 sayılı Kanun'un 2/son maddesi ile, “Bu kanunda belirtilen Sosyal Sigorta yardımlarından sigortalılar ile bunların eş ve çocukları ve sigortalıların ölümlerinde bu kanuna göre hak sahibi olan kimseleri yararlanırlar.”; aynı Yasa'nın geçici 14. maddesi hükmünde ise, “Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ... evlenen ...” ifadeleri yer almakta olup, bu hükümler ve içerdiği anlam hep birlikte ele alındığında 506 sayılı Kanun'un 65. maddesinde ölüm sigortasından yararlanacak kişiler arasında belirtilen “hak sahibi/eş” kavramından Türk Medeni Kanunu uyarınca yapılan resmi evlilikler sonucu kazanılan yasal konumun amaçlanmış olduğu her türlü kuşkudan uzaktır.

Gerekçede yer verilen “bakım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması”, Borçlar Kanunu'nun 45. maddesi kapsamında destekten yoksun kalma tazminatı için geçerli bir ifade olup, evlilik dışı fiili birlikteliklerde sigortalı “desteğin” vefatı ile desteğini yitiren kişinin, 506 sayılı Kanun'da ölüm sigortasından yararlanabilecek hak sahipleri arasında yer verilen “eş” tanımı kapsamında olduğunun kabulüne yasal olanak bulunmamaktadır.

Aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda “milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması” yönündeki Anayasa'nın 90/5. maddesi düzenlemesi karşısında, Sözleşme (AİHS) hükümlerine bakıldığında;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 8. maddesi ile aile hayatının korunması teminat altına alınırken, evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesi ile de evlenme çağına gelen erkek ve kadının bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahip olduğu vurgusu yapılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 20.01.2009 günlü Ş... Y.../Türkiye Davası (Başvuru No:3976/05) kararında; “AİHM, Avrupa Konseyi'ne üye bazı ülkelerde ge-

leneksel resmi nikah dışında istikrarlı bir müşterek yaşam sürdüren nikahsız çiftler veya medeni ortaklıkların makul karşılandığı, hatta kabul gördüğü bir sosyal eğilimin yasama organı tarafından da desteklendiğini tespit etmektedir. Bununla birlikte AİHM, Türk Hukuku'nda aynı veya ayrı cinsiyetten iki kişinin resmi nikah dışında medeni ortaklık oluşturarak resmi nikahlı bir çiftle aynı veya benzer haklara sahip olmalarını sağlayacak hukuki bir düzenleme bulunmadığını anımsatmaktadır. AİHM, Sözleşmeciler Devletlere tanınan takdir hakkı nedeniyle bu alanda yasal düzenlemeler yapılmasını talep edemez. Halihazırda, yürürlükteki ulusal kanunlara göre bir imam tarafından kıyılan imam nikahı üçüncü şahıslar ve devlet nezdinde herhangi bir yükümlülük oluşturamaz. Başvuranın ileri sürdüğü savlardan bağımsız olarak, buradaki esas belirleyici unsur, uzun süreli ve sağlam bir ilişkinin varlığı değil, tüm hak ve yükümlülüklerin akdi olarak belirtildiği resmi bir taahhüdün var olup olmadığıdır. Bağlayıcı bir yasal anlaşmanın yokluğunda, Türk yasama organının sadece resmi nikahı koruma altına alması mantıksız sayılamaz. Bu bağlamda AİHM, daha önceki kararlarında da evlilik kurumunun evli çiftlere özel bir statü tanıdığına genel kabul gördüğüne hükmettiğini anımsatmaktadır (Birleşik Krallık aleyhine Burden davası [GC], no 13378/05, prg. 65, 29 Nisan 2008 vd. Birleşik Krallık aleyhine Joanna Shackell davası (karar), no

45851/99, 27 Nisan 2000). Ayrıca, AİHS'nin 8. maddesi, nikahsız çiftler kategorisi için özel bir sistem kurma zorunluluğu getiriyor şeklinde yorumlanamaz (Johnston ve diğerleri davası, söz konusu bölüm, prg. 68). Mevcut davadaki özel koşullar çerçevesinde AİHM, ölüm yardımları konusunda resmi nikahlı çiftler ile evli olmayan çiftler arasında gözlemlenen farklı uygulamaların meşru bir amacı gözettiğini, geleneksel resmi nikahla kurulan ailelerin korunması gibi haklı ve makul bir dayanağının olduğunu dikkate almakta (İspanya aleyhine Antonio Mata Estevez davası (karar), no 56501/00, 10 Mayıs 2001) olduğu" vurgusu yapılarak; AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

Yukarıda açıklanan tüm bu maddi ve yasal olgular dikkate alındığında, Türk Medeni Kanunu uyarınca aralarında geçerli bir evlilik ilişkisi bulunmayan davacının, birlikte yaşadığı sigortalının hak sahibi olarak kabulü isabetsiz olup, anılan gerekçeler ile davanın reddi yerine, kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum avukatının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

## SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA), 01.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## OLAYLAR

Ölüm aylığına hak kazanacak biçimde ölen sigortalı Tahsin'in vefatı sonrası açılan bu davada davacı ..., bir başka kadın ile resmi olarak evli durumda bulunan ölen ... ile resmi evlilik olmaksızın birlikte yaşadıklarını; kendisine 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 66/c maddesi uyarınca ölüm aylığı bağlanmasının gerektiğini tespit talebi ile bu davayı açar. Yerel

iş mahkemesi davacıya ölüm aylığı bağlanması gerektiğine dair bir tespit kararı vermiştir. Karar davalı SGK vekili tarafından temyiz edilmiştir. Yüksek Yargıtay 10.Hukuk Dairesi "Türk Medeni Kanunu uyarınca aralarında geçerli bir evlilik ilişkisi bulunmayan davacının, birlikte yaşadığı sigortalının hak sahibi olarak kabulü isabetsiz" olduğu gerekçesi ile kararı bozmuştur.



## HUKUKİ MESELE

Yargı kararlarında tartışma konusu olan olayda çözülmesi gereken hukuki mesele; ölüm sigortasında hak sahipleri arasında yer alan ölen sigortalının eşi kapsamına imam nikahlı eşin girip girmeyeceği hususudur. İmam nikahlı eşin resmi nikahlı eş ile birlikte olması yahut da geride kalan eşin yalnızca imam nikahlı eş olması durumunda durumun değişip değişmeyeceği de bu arada tartışılması gereken bir sorundur.

## MAHKEMELERİN GÖRÜŞLERİ

### (i) İş Mahkemesi'nin Görüşü:

Dava konusu meseleyi ele alan İş Mahkemesi kararını verirken “toplumumuzda yasadışı nitelendirilen gayri resmi evliliklerin bulunduğu sosyal bir gerçek olduğu, evlilik bağı kurulması bile karı-koca diye birleşen, bu amaç ve duygu ile yaşamlarını sürdüren kadınlar için bakım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması gerektiğinin doktrin ve Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları ile kabul edilmiş bir olgu olduğu, resmi evlilik bağı kurulmasa dahi fiili evlilik birliğinde olan davacının sigortalı ile birlikte yaşama olgusunun sabit bulunduğu gerekçesiyle “davacının, sigortalı ...'in resmi nikahlı eşi imiş gibi hak sahibi sayılarak” 506 sayılı Kanun'un geçici 93. maddesi de dikkate alınmak suretiyle” kararını vermiş ve davacıya ölüm aylığı bağlanmasını hükme bağlamıştır. Özetle karı koca gibi yaşama ve bakım yükümlülüğünü üstlenmenin evlilik birliği içinde yaşama anlamında değerlendirmiş ve hükmünü buna dayandırmıştır.

### (ii) Yargıtay'ın Görüşü:

Kararı bozan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ise kararını verir iken “506 sayılı SSK m.65'de yer alan “ölen sigortalının eşi”, “dul eş” “ölen sigortalının hak sahibi” kavramlarından evlilik dışı fiili birlikteliklerin de amaçlanıp amaçlanmadığı” hususuna dikkat çekmekte ve “506 sayılı Kanun'un 65. maddesinde ölüm sigortasından yararlanacak kişileri arasında belirtilen “hak sahibi/eş” kavramından Türk Medeni Kanunu

uyarınca yapılan resmi evlilikler sonucu kazanılan yasal konumun amaçlanmış olduğu her türlü kuşkudan uzaktır” demekte ve “iş mahkemesi kararının gerekçesinde yer alan “bakım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması”, Borçlar Kanunu'nun 45. maddesi kapsamında destekten yoksun kalma tazminatı için geçerli bir ifade olup, evlilik dışı fiili birlikteliklerde sigortalı “desteğin” vefat ile desteğini yitiren kişinin, 506 sayılı Kanun'da ölüm sigortasından yararlanabilecek hak sahipleri arasında yer verilen “eş” tanımı kapsamında kabulüne yasal olanak bulunmamaktadır” görüşünü açıklamaktadır.

Yüksek Mahkeme Anayasa m.90/5 hükmü çerçevesinde insan hakları yönünden de bir değerlendirme yapmakta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan Ailenin korunması (m.8) ve Evlenme Hakkına dair (m.12) hükümlerine işaret ederek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılan bir davada (Ş.Y./Türkiye No.3976/05) verilen karara isnat edilmektedir. Sözü edilen kararda “yürürlükteki ulusal kanunlara göre bir imam tarafından kıyılan imam nikahı üçüncü şahıslar ve devlet nezdinde herhangi bir yükümlülük oluşturamaz. Bağlayıcı bir yasal anlaşmanın yokluğunda, Türk yasama organının sadece resmi nikahı koruma altına alması mantıksız sayılamaz.” tespitine ve konu ile ilgili başkaca AİHM kararlarına işaret ederek “Türk Medeni Kanunu uyarınca aralarında geçerli bir evlilik ilişkisi bulunmayan davacının, birlikte yaşadığı sigortalının hak sahibi olarak kabulü isabetsiz olup, anılan gerekçeler ile davanın reddi yerine, kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” şeklinde hükme esas karar vermiş ve görüşünü ortaya koymuştur.

### (iii) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yaklaşımı:

İmam nikahlı eş konusu muhtelif biçimlerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gündemine gelmiş bir konudur. Konumuzu en ilgilendiren AİHM kararı 3976/05 sayılı Şerife Yiğit-Türkiye kararıdır. Kararda imam nikahlı eş olan Şerife Yiğit'in ölen eşi Ö.K.'dan

kendisine ölüm aylığı bağlanması talebi resmi nikahlı eş olmaması ve resmi nikahlı eşin bulunması nedeniyle ret edilmesi üzerine bu dava açılmıştır. Dava konusunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden değerlendiren AİHM, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin AİH Sözleşmesinin ilgili hükümlerini ihlal etmediği sonucuna varmıştır. AİHM aynı yönde Munoz Dias - İspanya davasında da Şerife Yiğit Türkiye Davasında olduğu gibi devletlerin eşlere tanıdığı kanuni korumayı resmi eşlerle sınırlı tutmakta serbest oldukları görüşünü açıklamıştır<sup>1</sup>.

Karara yönelik olarak “insan haklarına saygı duyan çoğulcu toplumlardan oluşmuş bir devlet, dini evlilikleri görmezden gelemez” şeklinde eleştiriler de yapılmıştır<sup>2</sup>.

Meseleye sosyal güvenlik bakımından yaklaştığımızda AİHM’in Devletlerin bu alanda kendi hukuk düzenlerini kurmaları ve ona göre düzenleme yapmalarını AİH Sözleşmesine aykırı bulmadığı anlaşılmaktadır.

## KARARIN İNCELENMESİ

Kararı sağlıklı bir biçimde değerlendirebilmek için öncelikle ölüm sigortası ve sosyal güvenlik içindeki yerinin ortaya konulması; daha sonra da ölüm sigortasından kimlere ve hangi şartlarla yardım sağlandığına dair mevzuat düzenlemesi ışığında yargı kararının yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi daha doğru olur.

## ÖLÜM SİGORTASI VE SOSYAL GÜVENLİK İÇİNDEKİ FONKSİYONU

Ölüm, sosyal güvenlik risklerinden birisidir. Ölüm fizyolojik nitelikli değil sosyo-ekonomik nitelikli bir risktir. Ölüm, ölen sigortalı bakımından bir risk teşkil etmez. Ölüm ile birlikte ortaya çıkan risk nedir? Ölüm ile birlikte ölenin geride bıraktığı ve bakmak ve geçindirmekle yükümlü olduğu kimseler, ölenin yardım ve desteğinden mahrum kalırlar. Ölüm ile birlikte geride kalanlar, yalnızca ölenin gelirinden ve desteğinden mahrum kalmazlar. Geride kalanlar, ölenin tekfin ve defini için harcama yap-

mak; dolayısı ile gider artışı ile de karşılaşılırlar. Şu halde ölüm sigortası ile ölenin geçindirmekle yükümlü olunan kimselerin kesilen ya da azalan gelirleri telafi edilmekte; ayrıca cenaze nedeniyle gider artışları karşılanarak geride kalanların muhtaçlığa düşmeleri önlenmektedir. Özetle ölüm sigortası geride kalanlara sosyal güvenlik sağlamak maksadı taşıyan bir sigorta dalıdır.

Ölüm sigortasında hak sahipleri belirlenir iken ölüm sigortasının doğuş maksadı ve sosyal güvenlikteki yeri mutlaka dikkate alınmalıdır. Bu anlamda ölenin geride bıraktığı ve geçimini üstlendiği, hukuken geçimini sağlama yükümlülüğü bulunan kimselerin belirlenmesi mühim hale gelmektedir. Ölenin geçindirmekle yükümlü olduğu kimseler kimlerdir? Bu husus sosyal sigorta mevzuatı ile belirlenir. Kanun koyucu, devletin imkanlarını, hukuk ve sosyal politikasını da dikkate alarak bu belirlemeyi yapar. Türk sosyal güvenlik mevzuatında ölüm sigortasından hak sahipleri olarak ölenin eşi, çocukları ve şartları var ise ana-babası olarak belirlenmiştir<sup>3</sup>.

Ölüm sigortasında üzerinde durulması gereken temel meselelerden birisi, geride kalanların kim olacağına sağlıklı bir biçimde belirlenmesi meselesidir. İşte bu noktada aile hukuku ve aile hukukundan doğan yükümlülükler belirleyici bir kriter olmaktadır<sup>4</sup>. Aile hukukunu ilgilendiren bazı meseleler ölüm sigortası bakımından da önem taşır. İmam nikahlı eşin hak sahipliği meselesi bu anlamda önemli bir tartışma alanı olmaktadır<sup>5</sup>. İmam nikahlı eşin destekten yoksun kalma tazminatına hak kazanmasının hukuk sistemimizde kabul edilmesi ancak sosyal güvenlik hukukumuzda imam nikahlı eşin hak sahibi eş olarak kabul edilmesi bu anlamda hukuk sisteminde bir çelişki olarak ortada durmaktadır. Aynı hukuk sistemi ölen eşinin desteğinden mahrum kalan imam nikahlı eşe destekten mahrum kalma tazminatı ödenmesini kabul eder iken<sup>6</sup> ölüm nedeniyle geçindirme desteğinden mahrum kalan imam nikahlı eşe bu imkanın tanımamış olması üzerinde düşünülmesi gereken bir soru olarak ortada durmaktadır.

## KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

(i) İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararında çözülmesi gereken temel konu; ölen sigortalının geride birisi imam nikahlı eş olmak üzere iki eşinin kalmış olması durumunda, kandanaki eş kavramının kapsamına imam nikahlı eşin de girip girmeyeceği meselesidir.

Hemen ifade edelim ki iman nikahı ile evlenme ülkemizin sosyal bir gerçeğidir<sup>7</sup>. İş Mahkemesi de bu gerçekliğe dikkat çekmektedir<sup>8</sup>. Ülkemizin bazı kesimlerinde insanlar imam nikahı ile evliliği dini bakımdan meşru bir evlilik biçimi olarak kabul etmektedir. Konu ile ilgili olarak İslam hukukçularının resmi nikahın imam nikahından farkının olmadığı, resmi nikahın İslam hukukuna göre nikah akdinin asıl unsurlarını taşıdığı kabul edilmesine rağmen; toplumda imam nikahı ile evlenmeler sürmektedir.

İmam nikahlı eş olarak aynı konutta yaşayan, çocukları olan ve geçimi imam nikahlı koca tarafından karşılanan eş; sosyal güvenlik bakımından ölen sigortalı kocanın bakmakla yükümlü olduğu kimselerden sayılır. Çünkü ölüm ile birlikte imam nikahlı eşin geliri azalmakta ya da kesilmektedir. Cenaze giderleri de imam nikahlı eş bakımından birer gider artış kalemidir. Ölüme bağlı sosyal güvenlik alanında düzenleme yapılır iken bu durum dikkate alınmak lazımdır. İmam nikahlı eşin ölenin geçindirmekle yükümlü olduğu kimseler arasında yer aldığı herkesçe kabul edilen bir gerçektir<sup>9</sup>.

Türk hukukunda olduğu gibi uluslararası hukuk alanında da eş kavramı, kanuna uygun olarak yapılan evlilik sonucu kazanılan bir statüdür. Hukuk sistemleri günümüzde kanuna uygun evlilik dışı birlikte yaşamaları eş olarak kabul etmemektedir. Hukuk sistemlerinin, kendi koyduğu düzen içinde yapılan evlilikleri meşru kabul etmesinden de daha doğal bir şey oylamaz.

Sosyal güvenlik hukuku mevzuatımızda baştan beri kanuna uygun evliliklere bağlı olarak eş kavramını tanımlamakta ve resmi nikahlı eş olarak anlamaktadır.

Eski sosyal sigortalar mevzuatımızda (506, 5434 ve 1479 sayılı Kanunlarda) olduğu gibi yeni mevzuatımızda da (5510 sayılı Sosyal Si-

gortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.34/a) bu çerçevede düzenleme yapılmış ve uygulama da bu çerçevede sürmektedir.

Sigortalının ölümü halinde geride sigortalının imam nikahlı eşinin kalması durumunda ya da sigortalının geride resmi nikahlı ve imam nikahlı eşinin birlikte kalması durumunda geride kalanların sosyal güvenliği bakımından imam nikahlı eşlerin sosyal güvenlik bakımından korunmaları hususu çözülmesi gereken bir boşluk olarak durmaktadır. İnceleme konumuz olan yargı kararı da bu boşluktan kaynaklanmıştır.

(ii) Değerlendirilecek olan yargı kararında üzerinde durulması gereken temel sorun imam nikahlı eşin ölüm aylığından yararlanıp yararlanamayacağı hususudur. İmam nikahlı eş ile (Türk Medeni Kanunu'na uygun) nikahlı eşin birlikte olması halinde elbette Kanunda hak sahipleri arasında yer alan eş ifadesinden resmi nikahlı eş anlaşılmalıdır. Medeni hukukta tanımlanan eş kavramını, sosyal güvenlik hukuku görmemezlik edemez. Kanun koyucunun medeni hukuktaki eş kavramı ile sosyal güvenlik hukukundaki eş kavramını farklı anladığını söyleyebilmek için sosyal güvenlik hukukunda bu hususta açık bir düzenlemenin yapılmış olması gerekir. Kaldı ki sosyal sigorta mevzuatımızın ilk düzenlemesinde eski hukukumuzdaki sosyal gerçeklik dikkate alınmış ve bunun için geçici bir hükme kanunda yer verilmiştir (506 sayılı SSK geçici m.14)<sup>10</sup>.

(iii) Kanundaki eş kavramını, imam nikahlı eş olarak anlamak Kanunun amacını aşan bir yorum olur. Anayasa düzenimiz kuvvetler ayrılığı esasını benimsemiş ve yasama, yargı ve yürütmenin birinin diğeri yerine geçecek nitelikte karar veremeyeceğini hükme bağlamıştır. İmam nikahlı eş ile resmi nikahlı eş aynı kabul eden bir yorum, yargının yasamanın yerine geçerek karar verdiği ve Anayasa'ya aykırı hareket ettiği gibi bir değerlendirmeyi haklı kılar.

(iv) Mevcut mevzuat değişmediği sürece imam nikahlı eş ile resmi nikahlı eş aynı düzeyde kabul etmek, imam nikahlı eş olgusunu teşvik etmek anlamına gelecek bir yorum olur. Hukuk düzeninin koruyucusu ve denetleyicisi

olan yargının hukuk düzeninin kabul etmediği bir olguyu destekleyici yorum yapması düşü-  
nülemez. Aksinin kabulü yargının bindiği dalı  
kesmesi anlamına gelir.

(v) İki eşli sigortalının ölümü halinde bak-  
makla yükümlü bulunduğu imam nikahlı eşin  
sosyal güvenliği nasıl sağlanacak; durumu  
ne olacaktır? Bu mesele sosyal güvenliğimiz  
açısından son derece önemli bir meseledir.  
Ölenin eşi olarak herkes tarafından bilinen, ge-  
çimi ölen sigortalı tarafından sağlanan; ölenin  
çocuklarını tanıdığı ya da nesep düzeltme im-  
kanından faydalanarak nüfusuna aldığı durum-  
larda imam nikahlı eşin sosyal güvenliği nasıl  
sağlanacaktır?

Yargı kararını yerinde ve hukuka uygun  
görmekle birlikte; ölen sigortalının imam ni-  
kahlı eşinin sosyal güvenliği bakımından  
mevcut boşluğun mutlaka doldurulması ge-  
rektiğine düşünüyoruz. Şöyle ki ölenin geride  
bakımını üstlendiği eş, çocuk ve ana ve ba-  
balarından başka kimseler de kalmış olabilir.  
Mesela ölenin bakımını üstlendiği ancak evlat  
edinmediği bir çocuk geride kalmış olabilir  
ya da ölen sigortalının aile yakınlarından biri-  
si onun geçindirdiği bir kimse olabilir. İmam  
nikahlı eş de bu anlamda ölenin geçimini üst-  
lendiği bir kimsedir. Bu kimsenin ölüm sigor-  
tasından hiçbir yardım alamamasına yönelik  
düzenleme; ölüm sigortasının niteliğine uygun  
değildir. Kanuni düzenlemeyi sınırlı bir biçim-  
de yapmak ölenin kanuni eşi, çocukları ve  
ana-babaları dışında kalan kimselerin ölüm si-  
gortasından yardım almasını engellemektedir.  
Kanunu geniş yorumlamak da, ki iş mahke-  
mesinin yorumu bu anlamdadır, bu defa imam  
nikahı ile evlilikleri teşvik ve desteklemek gibi  
bir etki yaratabilir.

Biz burada bir kanuni düzenleme boşluğu  
olduğunu düşünüyoruz. Mevcut kanuni dü-  
zenlemede hak sahibi eş kavramından kanuni  
anlamda nikahlı eşin anlaşılması, imam nikahlı  
eşin anlaşılmaması gerektiği biçimindeki yar-  
gı kararı yerindedir. Ölüm sigortası, yeniden  
düzenlenmeli ve sigortalının geçindirmekle yü-  
kümlü bulunduğu kimselerin de (imam nikahlı  
eş de dahil); diğer hak sahiplerinden arta bir  
pay kalması ya da onların hak sahipliğinden

düşmeleri halinde ölüm aylığından pay alabil-  
mesi sağlanmalıdır. Kanuni düzenlemenin bu  
biçimde değiştirilmesi halinde sigortalının bak-  
makla yükümlü bulunduğu kimseler de (imam  
nikahlı eşi, yetiştirdiği çocuklar ve bakımını  
üstlendiği kimseler de) bu imkandan yararla-  
nabilecektir. Böylece bu düzenleme sayesinde  
ölüm sigortasının doğuş gayesine daha uygun  
bir düzenleme yapılmış olacak; bu alanda mev-  
cut sosyal güvenlik boşluğu da giderilmiş ola-  
caktır.

## SONUÇ VE ÖNERİMİZ

İmam nikahlı eşin ölüm aylığında hak sa-  
hibi olarak kabul edilemeyeceğine yönelik  
Yargıtay kararı yerinde ve hukuka uygun bir  
karardır. Karar AİHM içtihatları ile de örtüş-  
mektedir. Hak sahibi eş ifadesinin, imam ni-  
kahlı eşi de kapsayacak biçimde geniş yorum-  
lanması hukuka aykırı geniş bir yorum olur.  
Kanun koyucunun amacını aşan bir yorum  
olur. Bu geniş yorum, imam nikahlı evlilikleri  
teşvik eder.

Ancak mevcut düzenleme ölüm sigortasının  
doğuşu ve varoluşu nedeniyle ile bağdaşır bir  
düzenleme değildir. Ölüm sigortası düzenlenir  
iken ölenin geçindirmekle yükümlü olduğu eş,  
çocuklar ve ana-babası dışında başka kimse-  
lerde olabilir. Bu kişilerin hukukunu korumak  
ve ölüm sigortasından belirli şartlarla faydalan-  
malarını temin etmek için 5510 sayılı Kanunda  
mutlaka bir değişiklik yapılmalıdır.

Yapılacak değişiklik, imam nikahlı evlilikle-  
ri teşvik edecek nitelikte bir değişiklik olamaz.  
Ancak mevcut düzenlemede ana-babalar için  
öngörülen sisteme benzer değişiklik yapılarak  
eş, çocuklar ve ana-babadan artan bir pay kal-  
ması yahut da bu hak sahiplerinin aylıktan düş-  
mesi halinde “diğer geçindirmekle yükümlü ol-  
duğu” kimselerin de aylık almasını sağlayacak  
bir düzenleme getirilmelidir.

Sonuç olarak Yargıtay’ın kararı yerinde ve  
hukuka uygun bir karardır. Yargının hukuk  
düzeninin kabul etmediği imam nikahı ile ev-  
lilik gibi düzenlemeleri teşvik ve destekleyici  
nitelikte genişletici bir yorumla karar vermesi  
beklenmemelidir. Bu kararı sosyal güvenlik  
sistemimizde ölüm sigortasına ilişkin kanuni

düzenlemenin yetersizliğini de ortaya koymasından bakımından önemli bulmaktayız.

## DİPNOTLAR

- 1 RUTTEN, Susan: a.g.m. s. 213.
- 2 RUTTEN, Susan: a.g.m. s.214.
- 3 Bu belirleme geçmişte SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı mevzuatlarında olduğu gibi günümüzde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda da aynı biçimde yapılmıştır. Geniş bilgi için bkz: GÜZEL, Ali-OKUR, Ali Rıza-CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta 13.Bası 565-566; TUNCAY, A. C. - EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11.bası, İstanbul 2005.
- 4 TMK m.185'de düzenlenen eşlerin bakım yükümlülüğü bu anlamda önemlidir. BKZ: DURAL, M.-ÖĞÜZ, T.-GÜMÜŞ, A.: Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, Filiz Kitapevi İstanbul 2005, s.162-164.
- 5 İmam nikahlı eş ve benzeri gayri resmi evlilikler Türkiye'de olduğu gibi dünyada da insan hakları bakımından tartışılmakta olan bir meseledir. Geniş bilgi için bkz.: RUTTEN, Susan (Çev. TAŞKIN, Ahmet): "Gayri Resmi Evliliklerde Eşlerin İnsan Hakları Yoluyla Korunması", Küresel Bakış-Çeviri Hukuk Dergisi, Sa.1, Yıl 1, Nisan 2011, s.193 – 214.
- 6 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 4.Bası İstanbul 1994, s. 334-342.
- 7 SS Kanunu düzenlenir iken de bu gerçek göz ardı edilmiş ve geçici bir hüküm ile imam nikahlı eşlerin hakkı korunmuş idi (SSK geçici m.14).
- 8 İmam nikahı gerçeği hakkında sayısal ve teorik bilgi veren temerruatlı bir çalışma olarak bkz: CİVELEKLİ, Yaprak-KOÇ, İsmet: "Türkiye'de İmam Nikahı", s.1-12 (<http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/ycik.htm> erişim.05.05.2011).
- 9 Aynı değerlendirmeyi metres için söylemek mümkün değildir. Kamu oyunda ölen kocanın bakımını üstlendiği ve imam nikahlı eşi olduğu bilinen, aleniyet kesp etmiş bir durum var ise ve sosyal gerçeklik bu yönde ise ölüme bağlı sosyal güvenlik meselesinin çözümünde bu hususun dikkate alınması gerekmektedir.
- 10 Bu düzenlemeye göre "Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce evlenen ve birden çok karısı bulunan sigortalının ölümünde, bu Kanuna göre bağlanacak dul aylıkları bunlar arasında eşit surette paylaşılır" (SSK geçici m.14/1). Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu'nda tek eşlilik esasına yer veren yeni bir evlenme sistemine yer verdiği için; Kanunun yürürlük tarihinden sonra evlenenler yönünden resmi nikahlı eşi, ölüm sigortası bakımından da eş olarak kabul edecek ve birden çok eşlilik durumunda ölüm sigortasından eş olarak yalnızca resmi eşi muhatap kabul ederek resmi eşi yararlandıracaktır.

## KAYNAKÇA

- CİVELEKLİ, Yaprak-KOÇ, İsmet: "Türkiye'de İmam Nikahı", s.1-12 <http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/ycik.htm> erişim.05.05.2011.

- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 4.Bası İstanbul 1994.
- DURAL, M.-ÖĞÜZ, T.-GÜMÜŞ, A.: Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, Filiz Kitapevi İstanbul 2005.
- GÜZEL, Ali-OKUR, Ali Rıza-CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta 13. Bası, İstanbul 2010.
- RUTTEN, Susan (Çev. TAŞKIN, Ahmet): "Gayri Resmi Evliliklerde Eşlerin İnsan Hakları Yoluyla Korunması", Küresel Bakış-Çeviri Hukuk Dergisi, Sa.1., Yıl.1., Nisan 2011, s.193-214.
- TUNCAY, A. C.-EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11.bası, İstanbul 2005.

# ABONELİK SİSTEMİ

## “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi”



4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvencesi ile ilgili hükümlerinin içeriğine ve uygulanmasına yönelik bilgiler ile yerli ve yabancı mahkeme kararlarına yer verilen “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” adlı yayıncımız, çalışma yaşamında yaşanan gelişmeleri yakından takip ederek kullanıcılarına yeni bilgileri zamanında ulaştırmayı hedeflemektedir. Bu nedenle, güncel bilgileri içeren föyler “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” abonelerine düzenli olarak gönderilmektedir.

**MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi**'ne abone olabilmek için formu doldurup, MESS Merkez adresimize posta veya faks yoluyla gönderebilirsiniz.

### “MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi” Abonelik Formu

Ad/Soyad : .....

Adres : .....

Tel. : .....

Faks : .....

e-posta : .....

İmza : .....

**MESS Akıllı Kitap-İş Güvencesi**'ne abone olmak istiyorum:

Maliyet bedelini ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

**MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi**  
**Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No. 268, MESS Şişli 34381 İSTANBUL**  
**Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19**

**TÜRKİYE İŞ BANKASI** Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)  
**Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81**

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Bireysel Emeklilik Sisteminden Ayrılanların Vergi Problemi

Son dönemde katılımcı sayısı ve işlem hacmiyle çok önemli müesseselerden biri haline gelen bireysel emeklilik sisteminde vergi problemleri de aynı şekilde büyümüştür. Özellikle ülkemizdeki ekonomik problemlerin etkileriyle sistemden ayrılmak isteyenlere uygulanan vergi yöntemi birçok ihtilafa yol açmıştır. Danıştay'ın son kararı ile bu tartışmalar yeni bir safhaya gelmiş, vergi hukuku kavramı bir kere daha öne çıkarak kanun yapma tekniğindeki zayıflıkların ve uygulama hatalarının ne gibi problemlere yol açtığı bir kere daha anlaşılmuştur.

## 1. Bireysel Emeklilik Sistemi'nin Vergi Düzenlemeleri Karşısındaki Durumu

Uzun vadeli yatırım araçlarından bir tanesi olan bireysel emeklilik sisteminde paranın tamamının devlet güvencesinde olması önemli avantajlardan bir tanesidir. Sistemin işleme şekline baktığımızda katılımcıların bireysel emeklilik hesaplarına sözleşmeyle belirlenen miktar-

larda katkı payı ödediklerini, işverenlerin de isteğe bağlı olarak çalışanları adına katkı payı desteğinde bulunabildiklerini görmekteyiz. Bu katkı payları katılımcıların istekleri çerçevesinde emeklilik şirketleri tarafından kurulan çeşitli emeklilik yatırım fonlarında değerlendirilmektedir. Katılımcıların bireysel emeklilik sisteminde emekli olabilmeleri için on yıl sistemde kalması ve elli altı yaşını tamamlaması gerekmektedir.

Katılımcılar emekliliğe hak kazandıkları takdirde bireysel emeklilik hesaplarındaki birikimlerinin bir kısmını veya tamamını toplu olarak alabilecekleri gibi tercihleri doğrultusunda ömür boyu maaş olarak da alabilmektedirler. Sistem bordrolu çalışanlara veya yıllık gelir vergisi beyannamelerinde bireysel emeklilik prim ödemelerini gösterenlere vergi avantajı da getirmektedir.

Uygulama problemleri yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesinden önce sistemden ayrılmak isteyenlerde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda katılımcıya yapılacak ödemeler ana-

para veya faiz ayırımı yapılmadan stopaja tabi tutulmak suretiyle gelir vergisi alınmaktadır. Bunun mümkün olup olmadığı hususu Maliye Bakanlığı ve mükellefler tarafından farklı olarak değerlendirilmektedir. Maliye Bakanlığı katılımcıya geri ödemesi yapılan anaparanın da vergiye tabi olması gerektiğini iddia etmektedir. Bugüne kadar aksi yöndeki iddia ve düşünceleri dikkate almayan idarenin bu tutumu konunun yargıya taşınmasına sebep olmuştur.

Gelir Vergisi Kanunu'nun konumuzla bağlantılı düzenlemeleri temel olarak 75. ve 94. maddelerinde yer almaktadır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 75. maddesinin 15. bendine göre, tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları, yardım sandıkları ile emeklilik ve sigorta şirketleri tarafından aşağıda sayılan ödemeler menkul sermaye iradı sayılmıştır:

a) On yıl süreyle prim, aidat veya katkı payı ödemedi ayrılanlara yapılan ödemeler,

b) On yıl süreyle katkı payı ödemiş olmakla birlikte bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazanmadan ayrılanlar ile diğer sandık ve sigortalardan on yıl süreyle prim veya aidat ödeyenlere ve vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler,

c) Bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, malûliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemeler.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinin 15. bendine göre ise yapılacak ödemelerde esas alınacak stopaj oranları ise yukarıdaki sıraya göre 2003/6577 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile %15, %10 ve %5 olarak kararlaştırılmış olup, aynı Kanun'un 22. maddesinde yer alan istisna hükümlerinin de ayrıca dikkate alınması gerekmektedir.

75. madde düzenlemesinde 15. maddenin (a) bendinde "ödemeler" ifadesi dikkate alındığında burada anapara veya nema gibi herhangi bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla sadece metin olarak bakıldığında ödeme ifadesinin bütün ödemeleri kapsadığı iddiası da bu sebeptir. Fakat sadece metne bakarak bu şekilde bir anlam çıkarmak acaba doğru mudur?

## 2. İstanbul 3. Vergi Mahkemesi'nin Kararı, T. 30.1.2009, E.2007/782, K.2009/398

İstanbul 3. Vergi Mahkemesi söz konusu kararında "...maddede ödemelerden kastedilen davacıya ödenen tutarın (anapara dahil) tamamı değil, elde edilen gelir olduğu, dolayısıyla elde edilen gelirin menkul sermaye iradı olduğu kabul edilmesi ve tevkifatın bu miktar üzerinden yapılması gerektiği anlaşıldığından... yapılan tevkifatın davacının ödediği prim tutarına isabet eden kısmının iadesi..." sonucuna ulaşmış, bu karar Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz edilmediğinden kesinleşmiştir. Gelir İdaresi Başkanlığı 18.9.2009 tarihinde Danıştay'a müracaat ederek kararın kanun yararına bozulmasını istemiştir.

## 3. Danıştay 4. Dairesi'nin Kararı, T. 24.1.2011, E.2009/8882, K.2011/269 (RG: 8.4.2011- 27899)

Öncelikle belirtmek gerekmektedir ki, verilen karar Danıştay Başsavcılığı tarafından yapılan kanun yararına bozma (temyiz) başvurusunun sonucunda verilmiştir. Kanun yararına temyiz müessesesi 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, "Bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince ve Danıştay'ca ilk derece mahkemesi olarak verilip temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir. Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozulur. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan mahkeme veya Danıştay kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz. Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmi Gazete'de yayımlanır."

Söz konusu karara esas olay olayda davacının .... Kurumlar Vergi Dairesi Müdürlüğü'ne karşı açtığı davada şu gelişmeler yaşanmıştır.



• .... Hayat ve Emeklilik Anonim Şirketi ile davacı arasında yapılan hayat sigortası poliçesi kapsamında 3 yıl süreyle ödenen ve poliçenin sonlandırılması üzerine davacıya iade edilen tutar üzerinden Gelir Vergisi Kanunu'nun 75(15/a) ve 94(15/a) maddeleri uyarınca yapılan gelir vergisi tevkifatının, ödenen prim tutarına isabet eden kısmının yasal faiziyle iadesi talebiyle dava açılmıştır.

• İstanbul 3.Vergi Mahkemesi'nin 30.1.2009 tarih ve E.2007/782, K.2009/398 sayılı kararıyla, tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları, yardım sandıkları ile emeklilik ve sigorta şirketleri tarafından on yıl süreyle prim, aidat veya katkı payı ödemediği ayrılanlara yapılan ödemelerin menkul sermaye iradı olduğu hükme bağlanmış olmakla birlikte maddede ödemelerden kast edilenin davacıya ödenen tutarın (anapara dahil) tamamı değil, elde edilen gelir olduğu, dolayısıyla elde edilen gelirin menkul sermaye iradı kabul edilmesi ve tevkifatın bu miktar üzerinden yapılması gerektiği anlaşıldığından davacıya yapılan ödeme tutarı üzerinden yapılan stopajda hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle yapılan tevkifatın davacının ödediği prim tutarına isabet eden kısmının iadesine, vergi kanunlarında fazladan ödenen vergilerin faizi ile birlikte iade edilmesi gerektiği yönünde bir yasal düzenleme bulunmadığından yasal faiz isteminin reddine karar vermiştir.

• Vergi Mahkemesi kararı Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz edilmeyerek kesinleşmiştir.

• Gelir İdaresi Başkanlığı'nca 18.9.2009 tarihinde Danıştay Başsavcılığı'na yapılan başvuru üzerine Danıştay Başsavcılığı tarafından bu kararın kanun yararına bozulması istenmiştir.

• Danıştay Başsavcısı, başvuruda temel olarak şu tespitleri yapmaktadır:

**1.** 29.7.1998 tarih ve Mükerrer 23417 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "4369 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 29. maddesiyle Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin 3 numaralı bendi değiştirilerek; Kanunla kurulan veya tüzel kişiliği haiz olan emekli sandıklarınca kendilerine zat aylığı bağlananlara aylıkları dışında,

kanunları ve statüleri gereğince verilen emekli, dul, yetim ve evlenme ikramiyeleri veya iade olunan mevduatı ve sürelerini doldurmamış bulunanlarla dul ve yetimlerine toptan ödenen tazminatlar ile on yıl süre ile prim ve aidat ödenmiş olmak kaydıyla Türkiye'de kâin ve merkezi Türkiye'de bulunan sigorta şirketleri ve yardım sandıkları tarafından iade olunan mevduat veya toptan yapılan ödeme tutarının (Kamu idare ve müesseseleri ile kanunla kurulan sosyal güvenlik kurumları dışında kalan tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları ile sigorta şirketleri ve yardım sandıkları tarafından ödenen tazminat, yardım ve toptan yapılan ödemeler en yüksek devlet memuruna ödenen en yüksek ödeme tutarından fazla ise aradaki fark ücret olarak vergiye tabi tutulur. Bu mukayesede gerek muhtelif emekli sandıkları ile sigorta şirketleri ve yardım sandıklarından gerek aynı emekli sandığı ile sigorta şirketleri ve yardım sandıklarından muhtelif zamanlarda alınan ikramiye, tazminat ve toptan yapılan ödemeler topluca dikkate alınır.) vergiden müstesna olduğu hükmüne yer verilmiştir.

**2.** 4369 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeden önce sigorta şirketlerince iştirakçilere yapılan ödemelerin ne şekilde vergilendirileceği ya da vergiden istisna edilip edilmeyeceği konusunda Kanunda açıklık bulunmadığından, yapılan ödemeler içinde iştirakçi tarafından yatırılan mevduatı aşan tutarda bir nema ödemesi bulunması durumunda bu tutar Genel Tebliğle getirilen düzenlemeyle Gelir Vergisi Kanununun menkul sermaye iradının vergilendirilmesine ilişkin hükümleri çerçevesinde menkul sermaye iradı kabul edilerek gelir vergisine tabi tutulmakta idi. İlk defa yukarıda ilgili metni verilen 4369 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeden sonra, iştirakçilere toptan yapılan ödemelerle iade olunan mevduatın vergiden istisna edildiği konusunda yasal bir düzenleme getirilmiştir.

**3.** 4369 sayılı Kanun ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinde yapılan değişiklikle özel sigortalarca yapılan aylık ve ikramiye ödemeleri belli koşullarla vergiden istisna edildiğinden, bu koşullar dışındaki ödemelerin vergisel durumlarını belirtmek ve konuya ilişkin açıklama getirmek üzere Maliye Bakanlığı

tarafından yukarıda sözü edilen 216 sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliği yayımlanmıştır. Anılan Tebliğin 3.3 bölümünde ihtilafa konu ödemeler ile ilgili olarak düzenleme yapılarak; on yıl süre ile prim veya aidat ödemedi ayrılan iştirakçilere özel sigorta şirketleri ve yardım sandıkları tarafından aynen iade olunan mevduatların, önceden olduğu gibi gelir vergisine tabi tutulmayacağı, ancak, mevduat tutarının üzerinde bir ödeme yapılması halinde bu ilave tutarın Gelir Vergisi Kanunu'nun 75. maddesinin ikinci fıkrasının 6 numaralı bendi çerçevesinde menkul sermaye iradı (alacak faizi) sayılacağı ve elde edenlerce Gelir Vergisi Kanunu'nun 85 ve 86. maddeleri hükümleri çerçevesinde yıllık beyanname ile beyan edileceği ifade edilmiştir.

4. Ülkemizde, kamu sosyal güvenlik sistemine ilave olarak bireylere emeklilik döneminde ek gelir sağlamak üzere bireysel emeklilik sistemi oluşturulmuş ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu 7.4.2001 tarih ve 24366 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sisteme işlerlik kazandırmak ve geniş kitlelere yayılmasını sağlamak için "4697 sayılı Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 1. maddesiyle 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun değişik 21. maddesinden sonra gelmek üzere Mükerrer 21. madde eklenerek sistem dahilinde yapılan bir kısım ödemeler istisna kapsamına alınmış, 5. maddesiyle de aynı Kanunun değişik 75. maddesinin ikinci fıkrasına 15 numaralı bent eklenmiştir. Bu bendenin (a) alt bendinde; tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları, yardım sandıkları ile emeklilik ve sigorta şirketleri tarafından on yıl süreyle prim, aidat veya katkı payı ödemedi ayrılanlara yapılan ödemeler menkul sermaye iradı olarak tanımlanmış, değişiklik yapan Kanunun 8. maddesi ile de, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinin 1. fıkrasına 15 numaralı bent eklenmiş, bu bendenin (a) alt bendinde de, 75. maddenin ikinci fıkrasının 15 numaralı bendenin (a) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından yasada belirtilen nispette gelir vergisi tevkifatı yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

5. Öte yandan, Gelir Vergisi Kanunu'nun "Sermaye İratlarında İstisnalar" başlıklı birinci kısım beşinci bölümde yer verilen ve menkul

sermaye iratlarında istisnayı düzenleyen 22. maddesinin 1. fıkrasında; bireysel emeklilik sisteminden emeklilik hakkı kazananlar ile bu sistemden vefat, maluliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin %25'i, Türkiye'de kain ve merkezi Türkiye'de bulunan diğer sigorta şirketlerinden on yıl süreyle prim ödeyenler ile vefat, maluliyet veya tasfiye gibi zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin %10'u ve tek primli yıllık gelir sigortalarından yapılan ödemelerin tamamının gelir vergisinden müstesna olduğu, istisna edilen tutar üzerinden 94. maddenin birinci fıkrasının (15) numaralı bendine göre tevkifat yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

6. Anılan yasal düzenlemelerin ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan Genel Tebliğde yer alan uygulamaya yönelik açıklama ve düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden şu sonuçlar çıkmaktadır: 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile sosyal güvenlik sistemine ilave edilen özel emeklilik sisteminin mevzuatımızda yer almasından önce benzer alanda faaliyet göstererek birikimli hayat ve emeklilik sigortaları kapsamında yapılan ödemelerin vergilendirilmesiyle ilgili olarak yasal bir düzenleme yok iken, bu konuda vergi kanunlarımızda yerini alan doğrudan düzenleme 4369 sayılı Kanun'la getirilmiştir. Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce bu kapsamda yapılan ödemeler eğer iştirakçilerin prim ya da aidat ödemelerine tekabül ediyor ise, diğer bir ifade ile mevduat ödemeleri tutarı kadar bir tutarı kapsıyor ise o takdirde herhangi bir şekilde gelir vergisi tarhiyatına tabi tutulmuyor, bu ödeme tutarlarının mevduatı aşan kısmı ise Genel Tebliğ düzenlemeleriyle menkul sermaye iradı olarak vergilendiriliyordu. 4369 sayılı Kanun'la bu ödemelerin bir kısmı Kanunda belirtilen şartlarla tazminat ve yardımlarda istisna kapsamına alınmış, ancak Kanunda, parantez içi hükümle kamu idare ve müesseseleri ile kanunla kurulan sosyal güvenlik kurumları dışında kalan tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları ile sigorta şirketleri ve yardım sandıkları tarafından ödenen tazminat, yardım ve toptan yapılan ödemelerin en yüksek devlet memuruna ödenen en yüksek ödeme tutarından fazlasının ücret olarak vergilendirileceği

belirtilmiş, bunlar dışındaki ödemelerin niteliği konusunda bir tanımlama ya da düzenleme getirilmemiştir. Kanundaki bu eksik düzenleme ise, Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan Genel Tebliğ'le yukarıda açıklandığı şekilde aşılıma çalışılmıştır.

**7.** 2001 yılında 4632 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile yeniden oluşturulan bireysel emeklilik sisteminden sonra, bu alana ilişkin olarak yapılan vergisel düzenlemeler kapsamında çıkarılan 4697 sayılı Kanun'la ilk defa bu sistem dahilinde yapılan ödemelerin niteliği konusunda bir tanımlamaya yer verilmiş ve buna göre vergilendirilme esasları açık olarak düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 5. maddesiyle, bu kapsamda emeklilik ya da herhangi bir nedenle iştirakçilere yapılan ödemelerin tamamının Gelir Vergisi Kanunu'nun 75. maddesine eklenen 15 numaralı bent hükmünde menkul sermaye iradı olduğu ifade edilmiş ve aynı Kanunun 8. maddesiyle de bu ödemeler üzerinden ne şekilde tevkifat yapılacağı 193 sayılı Kanun'un 94. maddesinin 1. fıkrasına 15 numaralı bent eklenerek bu bentte ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

**8.** Bu düzenlemeler karşısında yapılan bu ödemelerin gelirin unsurlarından olan menkul sermaye iradı olduğunda bir tereddüt bulunmadığı gibi, 94. maddenin 15 numaralı bendinin (a), (b), (c) bentlerinin hepsinde "yapılan ödemeler" şeklinde açık bir ifade kullanıldığı ve anapara-nema ayırımı yapılmadığı gerçeği karşısında, bu ödemeler konusunda kanun koyucunun, iştirakçiler tarafından yatırılan anapara ödemelerini aşan kısmın, diğer bir ifade ile anaparanın nemasının menkul sermaye iradı olduğu yolunda bir irade ile düzenleme yaptığını söylemeye de olanak yoktur. Zira, kanun koyucu Gelir Vergisi Kanunu'nun 75. maddesinde menkul sermaye iradını tanımlarken, 7 numaralı bendinde açıkça mevduat faizi ifadesini kullanmış, sermaye ya da toplanan paralar dolayısıyla elde edilen faiz, kar payı, kira ve benzeri menkul sermaye iradı şeklinde açık bir belirtme yapmıştır. Anılan maddenin 2. fıkrasının 7 numaralı bendinde mevduat faizinden ne anlaşılması gerektiği aynı bent kapsamında ayrıntılı olarak açıklanarak olası tereddütler giderilmiştir. Bu ayrıntıyı bilerek hareket eden kanun koyucu, 75. maddesinin ikinci fıkrası-

na 15 numaralı bent olarak eklenen bentte ise, yapılan ödemelerin tamamını menkul sermaye iradı olarak tanımlamıştır. Açık olarak ortaya konulan bu iradenin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda yorumu gerektiren bir ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu bent kapsamında yapılan ödemelerin tamamının menkul sermaye iradı sayılması yasal bir zorunluluktur.

**9.** Nitekim kanun koyucu, yukarıda metni verilen ve menkul sermaye iratlarında istisnayı düzenleyen 193 Gelir Vergisi Kanunu'nun 22. maddesinde de; tüzel kişiliği haiz emekli sandıkları, yardım sandıkları ile emeklilik ve sigorta şirketleri tarafından zorunlu nedenlerle ayrılanlara yapılan ödemelerin maddede belirtilen şartlarda bir kısmını ya da tamamını istisna kapsamına almak suretiyle esasen yapılan bu ödemelerin tamamının menkul sermaye iradı sayıldığını da hüküm altına almış olmaktadır. Gerek bu maddede, gerek konu ile ilgili diğer yasal düzenlemelerde, bireysel emeklilik sisteminden elde edilen getirinin, diğer bir ifade ile sisteme yatırılan mevduatın sadece nemasının menkul sermaye iradı sayılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

**10.** İncelenen olayda davacı üç yıl kaldıktan sonra kendi isteği ile bireysel emeklilik sisteminden ayrılmış, bu nedenle de sistem kapsamında yapmış olduğu ödemeler nemasıyla birlikte sigorta şirketi tarafından kendisine ödenmiştir. Ödeme esnasında sigorta şirketi tarafından yapılan ödeme tutarının tamamı üzerinden gelir vergisi tevkif edilmiş, davacı tarafından da yapılan bu tevkifatın ödeme tutarının tamamı üzerinden değil, anapara ödemelerinin sadece neması üzerinden yapılması gerektiği ileri sürülerek fazladan yapılan tevkifatın kaldırılması istemiyle dava açılmış ve ödenen tutarın iadesi talep edilmiştir. Yerel Mahkemece tek hakimle verilen kararda; sigorta şirketleri tarafından bireysel emeklilik sistemi kapsamında iştirakçilere yapılan geri ödemelerin menkul sermaye iradı sayılması gerektiği yolundaki yasal düzenlemenin menkul sermaye iradının tarifi ile birlikte değerlendirilmesinden ödemelerden kastedileninin iştirakçi tarafından yapılan anapara ödemesini değil, bu paranın getirisi olduğu sonucuna varılarak, fazladan yapılan tevkifatın iptali ile davacıya iadesine karar verilmiştir.

**11.** Bir ihtilafa ilgili olarak, bu ihtilafa uygulanacak Kanun hükmünün anlam ve kapsamı konusunda bir tereddüt hasıl olmuş ise, bu hükümden ne anlaşılması gerektiği konusunda gerekli araştırmalardan sonra bir sonuca ulaşılabılır. Bu kapsamda kanunun gerekçesinden, kanunun T.B.M.M'de kabulü esnasındaki müzakere tutanaklarından yararlanılarak kanundan ne anlaşılması gerektiği araştırılabilir ve yorumlanabilir. Hatta eğer ihtilafa uygulanmak istenen Yasa hükmü olaya birebir uymaz ve bu olaya ilişkin olarak başka herhangi bir yasal düzenleme bulunmaz ise; yani hukuken yasada bir boşluk varsa, o takdirde de hakim, Medeni Kanun'un 1. maddesinde belirtildiği şekilde kanun koyucu gibi hareket ederek ihtilafı buna göre çözebilir. Ancak ihtilafa uygulanması gereken Kanun hükmünün çok açık ve yorum yapmayı gerektirmeyecek bir durumda olması halinde, hakimin açık hükme rağmen bu hükmü yorum kurallarına aykırı bir şekilde yorumlayarak karar vermesi, hakime tanınmamış bir yetkinin kullanılması sonucunu doğurur.

**12.** Kaldı ki; bu uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak yasal düzenleme nedeniyle doktrinde de konu tartışılmış, Kanunda belirtilen "yapılan ödemeler" ibaresinin sigorta şirketleri tarafından iştirakçilere yapılan anapara ve nemayı kapsayan toplam ödeme tutarı olduğu konusunda müellifler birleşmişler, ancak söz konusu yasal düzenlemenin Anayasa'da yer alan vergide eşitlik ve adil vergileme ilkelerine aykırı olduğu, mükerrer vergileme sonucunu doğurduğu hususunda eleştiri getirmişlerdir.

**13.** Bir yasa hükmünden ne anlaşılması gerektiğinin tespiti ayrı bir konudur, bu yasa hükmünün Anayasaya ve vergileme ilkelerine aykırılığının ileri sürülmesi ayrı bir konudur. Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesi halinde mahkemelerce yapılması gereken işlemler usul kanunlarında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasaya aykırılık iddiası yoksa ya da mahkemelerce bu iddia ciddi görülmemiş ise olaya uygulanacak yasa hükmü, olması gereken şekliyle değil, mevcut düzenlemeden anlaşılacak şekliyle ele alınmalıdır.

**14.** Buna göre; bireysel emeklilik sistemi dahilinde sistemde on yıldan az süre kalarak kendi isteği ile ayrılanlara sigorta şirketi tarafından

yapılan ödemelerin istisnalar düşüldükten sonra tamamı üzerinden Kanunda yazılan nispette tevkifat yapılması, Gelir Vergisi Kanunu'nun 75. maddesinin 2. fıkrasının 15 numaralı bendi ve aynı Kanununun 94. maddesinin 1. fıkrasının 15 numaralı bendi hükümlerinin gereği olduğundan, davacının üç yıl süreyle sistemde kalarak ayrılması üzerine tarafına sigorta şirketince yapılan ödeme tutarı üzerinden yasa hükümlerine uygun olarak yapılan gelir vergisi tevkifatında hukuka aykırılık görülmemiştir. Bu nedenle dava konusu işlemin iptali ile fazladan yapılan tevkifatın davacıya iadesi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

**15.** Açıklanan nedenle, İstanbul 3. Vergi Mahkemesi'nin, niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonuç ifade eden 30.1.2009 günlü, E:2007/782, K:2009/398 sayılı kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca kanun yararına bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

- Tetkik Hakimi, kanun yararına bozma dilekçesinde ileri sürülen iddiaların usule ve hukuka uygun olarak verilen vergi mahkemesi kararının bozulmasını gerektirecek nitelikte bulunmaması sebebiyle kanun yararına bozma isteminin reddedilmesi gerektiğini düşünmektedir.

- Danıştay 4. Dairesi yaptığı inceleme neticesinde; Gelir Vergisi Kanunu'nun yukarıda belirtilen 75. maddesinin ilk fıkrasında menkul sermaye iradının tanımı yapılmış ve açıkça nakdi sermaye veya para ile temsil edilen değerlerden müteşekkil sermaye dolayısıyla elde edilen kar payı, faiz, kira ve benzeri iratların menkul sermaye iradı olduğunu; davacının sigorta şirketine üç yıl boyunca nakden yaptığı ödemeler dolayısıyla elde ettiği gelir, menkul sermaye iradı sayılacağından, sigorta şirketince yapılan ödemelerin tamamının değil bu ödemelerin anapara dışında kalan kısmının menkul sermaye iradı niteliğinde bulunduğunu; bu nedenle davacıya iade edilen toplam ödeme üzerinden Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinin 15/a bendi uyarınca yapılan tevkifatta hukuka uyarlık bulunmadığı tespitlerini yaparak, bu durumda yürürlükteki hukuka aykırı bir sonuç ifade etmeyen İstanbul 3. Vergi Mah-

kemesi kararının kanun yararına bozulmasının hukuken mümkün olmadığı sonucuna varmış ve açıklanan nedenlerle, kanun yararına bozma isteminin reddine 24.1.2011 gününde oybirliğiyle karar vermiştir.

#### 4. Değerlendirmeler

Herşeyden önce, konuyla bağlantılı olan Anayasa'ya aykırılıklar bir yana, temel problem yapılacak vergi stopajının matrahının belirlenmesi noktasındadır. Burada yukarıda açıklandığı üzere idare ödeme kavramını anapara da dahil olmak üzere yapılacak tüm ödemeler olarak kabul ettiğinden sigorta şirketleri de idarenin bu görüşü doğrultusunda hareket etmektedirler. Bir başka ifade ile kanun metninin yorumlanması noktasında sigorta şirketleri idarenin yaptığı lafzî yani metne dayalı yorumu kabul etmektedirler. Oysa idare vergi ilişkisinin taraflarından sadece birisidir. Bir diğeri mükelleftir. Dolayısıyla mükelleflerin de kendileri ayrıca yorum yapabileceklerdir.

Vergi hukukunda her iki taraf bakımından da adil olarak kabul edilecek yorum doğal olarak yargı tarafından yapılacak yorumdur. Yorum yapılırken lafzî yorumun yanında, gaî (amaca dayalı), tarihî ve sistematik yorumlar da bulunmaktadır. Bu husus temel olarak Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesi çerçevesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, "...vergi kanunları lafzî ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluştaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır...".

Bu düzenlemeden de açık olarak anlaşılacağı üzere vergi kanunlarının sadece lafzî ya da metinde yazan ibare yeterli değildir. Aynı zamanda ifadenin ruhu da önemlidir. Metin açık değilse bu ruh 3. maddede ifade edildiği şekilde bulunmaya çalışılacaktır. Bu nedenle sadece madde metninde yazan ödeme ibaresinin anaparayı da kapsadığı yönündeki yorum Kanun'un ruhunu dikkate almadan yapılan bir yorumdur.

Gerçeklerin basitliği bazen şaşırtıcı boyutlarda olabilmektedir. Burada çok basit olan bir gerçek sadece ilgili sigorta şirketleri ve idare tarafın-

dan değil kanun yararına bozma başvurusunda bulunan Danıştay Başsavcısı tarafından da ihmal edilmiştir. Bu da vergilendirmenin gelir üzerinden yapılmasıdır. Burada en basit mantıkla kişinin vereceği vergi elde ettiği gelir üzerinden olacaktır. Dolayısıyla kişinin kendi anaparası bu kapsamda olmamalıdır. Bireysel sigorta sistemi dikkate alındığında bahsettiğimiz bu ruh da anlaşılabilir. Ayrıca diğer maddeler ve gelirin temel fonksiyonu da bunlara eklendiğinde anapara ödemelerinden vergi tevkifatı yapılması gerçeği karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda metnin ruhunu araştırmadan yapılan değerlendirmeler eksik ve hatalı olarak kalmaktadır.

Bu durum bugüne kadar birçok kereler vergi mahkemeleri tarafından ortaya konmuş bulunmaktadır. Danıştay'ın kararı ile de bu durum bir üst mahkeme tarafından da açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. Ama uygulamada idarenin hatalı ve vergi hukukunun temel kurallarına aykırı düşen uygulamaları sebebiyle birçok kişi mağdur olmuştur. İdarenin her fırsatta dile getirdiği fakat uygulamaya bir türlü yansımayan mükellef hakları bildirgesinde yer alan, "Yaptığımız işlemlerde ve gerçekleştirdiğimiz düzenlemelerde vergi kanunlarının adil, hukuksal, tarafsız ve rekabeti koruyucu bir şekilde uygulanmasını esas alacağız." ifadesinin de içi boş kalmaktadır. Özellikle bu güne kadar hemen her vesile ile dile getirdiğimiz genel tebliğler ile kanunlara aykırı düzenlemeler yapma alışkanlığı maalesef devam etmektedir. Üstelik bu değişiklikleri kanunda değişiklik yaparak uygulama imkânı varken kanuna aykırı olarak sürdürmek istemek daha da vahimdir.

Bundan sonraki uygulamalarda idarenin tutumu ortaya çıkacaktır. İdare ya hukukun üstünlüğünü kendi mükellef hakları bildirgesinde yazdığı gibi kabul ederek bu görüşünde ısrar etmeyecek ya da ben hukuka uymak istemiyorum diyerek bu ödemeler üzerinde stopaj yapılması ısrarını sürdürecektir. Her halükârda mükelleflerin esas olarak aldığı kanun metni ve bunun yorumu ile ilgili olarak verilen yargı kararları varlığını sürdürecektir. Zira üstün olan, hep olduğu ve olması gerektiği gibi, idarenin görüşü değil hukuktur.

Dr. Cenker GÖKER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Sendikalara Ait İktisadi İşletmelerin Vergilendirilmesine İmkan Sağlayan Düzenlemeye İlişkin Bir Eleştiri

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 5. bendi uyarınca dernek ve vakıflara ait veya bağlı olup faaliyetleri devamlı bulunan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları (sermaye şirketleri ve kooperatiflere ilişkin hükümler) dışında kalan ticari, sınai ve zirai işletmeler ile benzer nitelikteki yabancı işletmeler, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleridir. Bu kanunun uygulanmasında sendikaların dernek; cemaatlerin ise vakıf sayılacağı hükmedilmiştir. Bu düzenlemenin tarihi gelişimine bakıldığında 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 10.06.1949 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.01.1950 tarihinde yürürlüğe giren ilk halinde bugün mevcut hükümden farklı olarak cemaatlere (azınlıklara) ve sendikalara ilişkin hüküm bulunmadığı görülmektedir. Daha sonra 1963 yılında 199 sayılı Kanun ile 5442 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun çeşitli maddeleri değiştirilmiştir. Buna göre, 1. maddenin (D) bendinde yer alan Dernek, tesis ve vakıflara ait iktisadi işletmeler kısmına "(Bu kanunun tatbikatında cemaatler de tesis hük-

mündedir)" parantez içi hükmü eklenmiştir. 903 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile tesis terimi yerine "vakıf" kelimesi ikame edilmiştir. 1980 yılında ise 2362 sayılı Kanunla Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 1. maddesi değiştirilmiştir. Bu değişiklikle maddeye "Bu Kanunun tatbikatında sendikalar dernek; cemaatler vakıf hükmündedir." ifadesi getirilmiştir. 21.06.2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan ve şu an yürürlükte olan 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu da önceki yasaya paralel olarak 2. maddesinin 5. fıkrasında "Bu Kanunun uygulanmasında sendikalar dernek; cemaatler ise vakıf sayılır" hükmüne yer vermiştir<sup>1</sup>.

Bu kısa çalışmada sendikaların dernek hükmünde sayılmasına eleştirel bir gözle bakılacaktır.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nda sayılan mükellefler içinde dernek ve vakıflar yer almaktadır. Fakat bunlara ait ve bağlı olan iktisadi işletmelerin mükellefler arasında sayıldığı görülmektedir. Bu noktada ilk tespit; Kanun'un ifadesi ile sendikalar dernek hükmünde sayıl-

dığından, sendikaların kurumlar vergisinin mükellefi olmadıkları ancak sendikalara ait iktisadi işletmelerin bu Kanun'un yükümlülükleri arasında bulunduğu olmaktadır. Hal böyle olunca sendikaların iktisadi işletme işletip işletemeyecekleri üzerinde durmak gerekir. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 2. maddesinde verilen tanımında sendika, işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip kuruluşlar şeklinde tanımlanmaktadır. Bunun yanında 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 2. maddesinde dernek, kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi toplulukları olarak tanımlanmaktadır. İki kurum arasındaki en temel

kütüphane, basım işleri için gerekli tesisleri ve üyelerinin mesleki eğitim, bilgi ve tecrübelerini yükseltmek için çalışmak; teknik ve mesleki eğitim tesisleri kurmak ayrıca nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydı ile sını ve iktisadi teşebbüslere yatırımlar yapmanın mümkün olduğu düzenlenmektedir. Buradan hareketle dernekler, gelir elde edebilmek için bir sınırlamaya tabi tutulmazken sendikaların sınırlı bir faaliyet alanına sahip olduğu sonucu çıkarılabilir. Bir başka önemli nokta, derneklerin amaçlarını gerçekleştirme için kanunlarla yasaklanmamış her türlü faaliyeti gerçekleştirebilmek imkânı mevcutken Sendikalar Kanunu'nun yasaklar başlıklı 37. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sendikaların Kanunda belirtilen amaçları dışında faaliyette bulunamayacakları öngörülmektedir. Aynı şekilde Sendikalar Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sendikaların gelirlerinin aidatlar ve

## Kurumlar Vergisi Kanunu önceki yasaya paralel olarak 2. maddesinin 5. fıkrasında “Bu Kanunun uygulanmasında sendikalar dernek; cemaatler ise vakıf sayılır” hükmüne yer vermiştir.

fark derneklerin herhangi bir amaç için kurulabilmelerine rağmen sendikaların ancak çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için kurulabilmeleridir. Bir başka nokta ise derneklerin amaçlarını gerçekleştirebilmek için çeşitli iktisadi faaliyetler gerçekleştirmesinde veya bir iktisadi işletme oluşturarak derneğe gelir elde etmesinde hem Türk Medeni Kanunu'nun hem de Dernekler Kanunu'nun yasaklayıcı bir hükmü bulunmamasına rağmen Sendikalar Kanunu'nun sendikaların gerçekleştirebilecekleri faaliyetleri düzenleyen 33. maddesinde açıkça sendikaya gelir etme amacını işaret etmemekle beraber ancak ve ancak işçilerin veya işverenlerin mesleki bilgilerini artıracak, milli tasarruf ve yatırımın gelişmesine, reel verimliliğin artmasına hizmet edecek kurs ve konferanslar tertipleme; sağlık ve spor tesisleri,

mal varlığı gelirleri dışında sadece ve sadece yukarıda belirtilenler ile eğlence, konser gibi faaliyetlerden sağlanacak gelirlerden oluşabileceği düzenlenmiştir.

Görülebildiği üzere dernekler ve sendikalar birbirinden yapı olarak farklı kurumlardır. Bu durumda Kurumlar Vergisi Kanunu'nda sendikaların dernek hükmünde sayılmasını anlamı ne olabilir? Kanunkoyucunun bu iradesine ilişkin bir açıklama Maliye Bakanlığı'nın 08.05.1981 tarih ve 17334 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kurumlar Vergisi 20 Seri No'lu Genel Tebliği'nde yer almaktadır. Buna göre sendikaların dernek hükmünde sayılacağına ilişkin ifadenin 2362 sayılı Kanun ile Kurumlar Vergisi Kanunu'na eklenmesinden sonra oluşan tartışmalara son vermek için şu söylenmektedir. “Sendikaların iktisadi işletmelerinin de Kurumlar Vergisi mevzuu içinde mütalâa edil-

mesi, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun amacına tamamen uygun olduğu halde, söz konusu işletmelerin kanunda ismen belirtilmemiş olması bunların vergilendirilmesinde tereddütlerin doğmasına sebep olmaktadır. Sendikaların dernek hükmünde olduğu söz konusu maddenin ikinci fıkrasında belirtmek suretiyle bunların iktisadi işletmelerinin de vergiye tabi olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.” Buradan hareketle bir ayrı mükellef grubu olarak nitelerek yerine sendikaların dernek hükmünde olacağını söylemenin daha uygun olduğu düşünülmüştür. Burada dikkat edilmesi gereken nokta bir iktisadi işletmenin veya iktisadi işletmenin varlığına işaret eden ekonomik oluşumun Kurumlar Vergisi Kanunu uyarınca geniş bir kapsamda değerlendirildiğinin unutulmuş olmasıdır. Öyle ki, vergi hukuku alanındaki iktisadi işletme ve ticaret hukuku alanındaki ticari işletme kavramları hukuk doktrininde

işletme olduğu fakat her iktisadi işletmenin ticari işletme olmadığı savunulmuştur<sup>4</sup>. Tartışma, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 5. bendi uyarınca kurumlar vergisine tabi olan, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmelerin ne tür unsurları içerdiğinin açıklanmasıyla vergi hukuku açısından çözümlenebilir. Buna göre dernek ve vakıflara ait veya tabi olup faaliyetleri devamlı bulunan ve sermaye şirketi ve kooperatif niteliği olmayan ticari, sınai ve zirai işletmeler dernek ve vakıfların iktisadi işletmelerini oluştururlar. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2. maddesinin 6. bendi uyarınca bunların kazanç amacı gütmemeleri, faaliyetlerinin kanunla verilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin veya iş yerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerini etkilemez. Mal veya hizmet bedelinin sadece maliyeti karşılayacak kadar olması, kâr edilmemesi

## İki kurum arasındaki en temel fark derneklerin herhangi bir amaç için kurulabilmelerine rağmen sendikaların ancak çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için kurulabilmeleridir.

farklı niteliklerde olsalar da birbiriyle karıştırılabilmektedirler. Hemen belirtmek gerekir ki kimi yazarlar bu iki kavramın aynı anlamı ifade ettiğini belirtmektedirler<sup>2</sup>. Kimi yazarlar ise iktisadi işletmenin geniş bir kavram olduğundan ve ticari işletmelerin iktisadi işletmelerin bir alt dalı konumunda olduğundan söz etmektedirler. Bu yazarlara göre, ticari işletmeler iktisadi işletmelerin bir koludur ve genel olarak büyük iktisadi işletmeleri ifade ederler. Bu sebeple bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için, o işletmenin her şeyden önce “iktisadi” bir işletme olarak kabul edilmesi ve ticaret hukuku bakımından “ticari” işletme olarak sınıflandırılması gerekmektedir<sup>3</sup>. Yine bu görüş neticesinde ticari işletme kavramı ile iktisadi işletme kavramı arasında bir özel-genel ilişkisinin mevcut olduğu belirtilerek her ticari işletmenin bir iktisadi

veya kârın kuruluş amaçlarına tahsis edilmesi bunların iktisadî niteliğini değiştirmez. Dernek ve vakıflara ait işletmeler belirtilen nitelikleri taşıdığı sürece iktisadi işletme kabul edilecektir. Dolayısıyla ticari, sınai veya zirai olmayan bir faaliyet bir iktisadi işletme oluşturmayacak ve vergilendirilmeyecektir. Dikkat edilmesi gereken nokta Kurumlar Vergisi Kanunu'nun bu kapsamdaki tüm sistematığının dernek ve vakıflar ve bunların iktisadi faaliyetleri üzerine kurulmuş bulunmasıdır. Madem ki sendikalar da dernek hükmündedir; yukarıda dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmelerin oluşumu ve yapısına ilişkin tespitlerin aynen sendikalara da yansıtılabilmesi gerekmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, faaliyetin devamlılığı derneklere ait iktisadi işletmelerde bulunması gereken bir koşuldur. Öyle ki, “devamlılık”, faaliyetin



## Dernek ve vakıflara ait veya tabi olup faaliyetleri devamlı bulunan ve sermaye şirketi ve kooperatif niteliği olmayan ticari, sınai ve zirai işletmeler dernek ve vakıfların iktisadi işletmelerini oluştururlar.

tekrarlanarak veya hiç ara vermeden sürdürülmesi anlamında kullanılmaktadır. Devamlılığın iktisadi işletmenin bir unsuru olmasının sebebi, ticari, sınai veya zirai bir faaliyetin piyasa ekonomisine tek bir kez katkı yapmak yerine, sürekli bir gelir elde etmeye yatkın olmasıdır<sup>5</sup>. Devamlılık ile ifade edilmeye çalışılan uzun veya belli olmayan bir zaman için faaliyette bulunmanın iktisadi işletmenin mevcudiyeti için yeterli olmayacağı düşüncesidir. Aynı sebeple Maliye Bakanlığı ticari, sınai veya zirai faaliyetin devamlı olmasını, faaliyetin bir vergilendirme döneminde birden çok defa tekrarlanmış olması kriterine bağlamaktadır<sup>6</sup>. Bu durumda Sendikalar Kanunu'nun sendikaların gelirlerinin düzenleyen 40. maddesinde yer alan eğlence, konser gibi faaliyetlerden sağlanacak gelirleri elde edebileceğinin öngörülmesi ile bir sendikanın düzenlediği her konserin, bir iktisadi işletme oluşumu olarak nitelendirilmeye açık olduğu gözlemlenmektedir. Her ne kadar Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yapılan faaliyetin kanunla verilen görevler arasında bulunmasının mükellefiyeti ortadan kaldırmayacağı düzenlenmişse de 40. maddenin bir görev değil imkân olduğu net olarak görülebildiğinden sendikalar bakımından konunun tartışmaya açık olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, 1980 yılında 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na eklenen ve sonraki yıllarda hiçbir değişikliğe uğramadan 2006 yılında yürürlüğe giren 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda da korunan şekliyle "Bu Kanunun uygulamasında sendikalar dernek sayılır" ifadesinin birbiriyle tam olarak örtüşmeyen iki kurumu ve bunların iktisadi işletmelerini aynı sonuçlara bağlamaktadır. Uygulamada büyük sorunlar çıkartmıyor olsa da bu ifadenin kanun yapma tekniği ile örtüşmediği açıktır. Olması

gereken bakımından, sendikaların iktisadi işletmeleri vergilendirilmek isteniyorsa, kurumlar vergisi mükellefleri arasında bunların açıkça sayılması ve yapısına uygun koşul ve şartlarla vergilendirilmesinin sağlanmasıdır. Bu yapılmadığı takdirde, Kurumlar Vergisi Kanunu'nda benzer bir şekilde yer alan "Cemaatler, vakıf sayılır" ifadesinin yarattığı<sup>7</sup> duraksamalar, sendikaların iktisadi işletmeleri için de söz konusu olabilecektir.

### DİPNOTLAR

- 1 Göker, Cenker, Azınlık Vakıflarının Vergilendirilmesine Bir Bakış, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 2, 2009, ss. 29-31.
- 2 Bkz. Ballar, Suat, "Medeni, Ticari ve Mali Hukuk Yönünden Dernek ve Vakıfların İktisadi İşletmeleri", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, 1990, Sayı:15, s.105-122; Pembeççek, Fuat, Türk Hukukunda Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar, Adalet Yayınevi, Ankara, 1999, s.6.
- 3 Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku: Giriş-Ticari İşletme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları Numara 17, 3. Baskı, Ankara, 1968, s.157.
- 4 İmregün, Oğuz, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 12. Bası, İstanbul, 2001, s.10-13.
- 5 Göker, Cenker, Türk Hukukunda Dernek ve Vakıflara Ait İktisadi İşletmelerin Vergilendirilmesi, Ankara, 2004, s. 28.
- 6 Maliye Bakanlığı'nın 28.02.2001 tarih ve 12192 sayılı özelgesinde "Dernekler tarafından bir vergilendirme döneminde birden fazla çay, yemek, tiyatro, kermes, konser gibi faaliyetlerin düzenlenmesi ve bu faaliyetlerden dolayı gelir elde edilmesi nedeniyle derneklere ait bir iktisadi işletme olduğundan, söz konusu işletmenin kurumlar vergisi mükellefiyetinin tesis edilmesi gerekmektedir" ifadesi yer almaktadır.
- 7 Göker, agm., s. 30.

## Doç. Dr. Aydın BAŞBUĞ

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

# Ücret Kesim Cezası

İşyeri düzenini ihlal eden davranışların karşılığında, koşulların gerçekleşmesi halinde, işveren tarafından işçiye ücret kesim cezası verilmesi mümkündür (4857 sayılı İK. m. 38 ve DİK. m. 38). Ücret kesim cezası, bilinen en yaygın “disiplin cezası” niteliğindeki bir yaptırımdır. Bu nedenle İş Kanunu, fesih ve ücret kesme cezasını ayrı olarak düzenlemiş; bu cezalar dışındaki diğer disiplin cezaları bakımından genel hüküm niteliğinde bir düzenleme getirmemiştir.

Disiplin cezalarının hukuki niteliğinin tespiti, bu cezaların hukuki kaynaklarını tespit bakımından önemlidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki disiplin cezaları, ancak işyerinin düzeninin ihlalinin bir yaptırımıdır. Bu özellik, işçinin sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımı olarak öngörülen hukuki yaptırımlardan ayrılmaktadır. Disiplin yaptırımında, hukuk yaptırımlarının sınırı aşacak nitelikte ceza yaptırımı olma özelliği de bulunmaktadır. İşyerinde topluluk halinde yaşamının gerekli kıldığı düzen ihtiyacının korunması için işye-

rinde disiplin cezalarının uygulanabilme imkanı getirilmiştir. Ancak bu düzen ihtiyacının korunması işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmemektedir. Disiplin cezalarının işverenin yönetim hakkına dayandırılması artık kabul edilmemektedir<sup>1</sup>.

Disiplin yetkisi ve disiplin cezaları, klasik anlamda edim yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımı olarak da görülmektedir. Borçlar Kanunu’nda edim yükümlülüğünün ihlaline bir ceza bağlanmamıştır. Disiplin hukukunun klasik sözleşme kuramı ile izah edilmesi mümkün değildir. İşte bu özellik, disiplinin hukuki kaynağının sözleşme dışı yollara dayandırılması sonucunu doğurmuştur. Önceleri işverenin yönetim hakkına dayandırılan bu sistem daha sonra tekrar borçlar hukukunun modern kavramı olan borç ilişkisi kuramı çerçevesinde edim dışı yükümlülüklerle izah edilmiş, böylece sözleşme hukukunun dışına çıkılmamıştır.

Disiplin yetkisi ve disiplin cezaları, bir borç ilişkisi kapsamında ifade bulmaktadır. Disiplin, işçinin edim yükümlülüğü dışında, bundan ba-

## Ücret kesintisi cezasının uygulanmasının ön koşulu, bu cezanın uygulanmasını gerektirecek nedenlerin iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde açıkça belirtilmiş bulunması gereğini zorunlu kılmaktadır.

ğimsız olan işyerindeki düzeni koruma yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımıdır. Hukuki kaynağını borç ilişkisinde, edim yükümlülüğü dışında diğer koruma yükümlülüklerinde bulur<sup>2</sup>.

Disiplin cezası niteliğindeki para cezaları da işverenin yönetim hakkı çerçevesinde değerlendirilmemelidir<sup>3</sup>. Zira disiplin cezalarının belirlenmesi ve uygulanmasının işverenin yönetim hakkına dayandırılması artık terk edilmiş bir görüş olmaktadır. Sözleşme ile ya da diğer objektif hukuk normları ile tayin edilen durumlarda işverene bu yetkinin verilmesi yönetim hakkı anlamına gelmemektedir. Aksine yönetim hakkı, sözleşme ya da diğer normlarla belirlenmeyen veya genel olarak ifadelendirilen hususların işveren tarafından somutlaştırılarak belirlenmesi yetkisidir. Oysa ücret kesintisi cezasının uygulanmasının ön koşulu, bu cezanın uygulanmasını gerektirecek nedenlerin iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde açıkça belirtilmiş bulunması gereğini zorunlu kılmaktadır. Kapsamının böylece açık ve somut olarak belirlendiği hallerde yönetim hakkından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Üstelik aksine davranış, işveren veya işveren vekili için cezayı gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir (İK. m. 102-b).

### a- Ücret Kesintisi Cezasının Hukuki Kaynakları ve Belirlilik İlkesi

İş Kanunu'nun 38. maddesinin ilk fıkrası hükmü, "İşveren toplu sözleşme veya iş sözleşmelerinde gösterilmiş olan sebepler dışında işçiye ücret kesme cezası veremez" demektedir. Dolayısıyla yasa, ancak toplu iş sözleşmesi

ya da iş sözleşmelerinde gösterilen nedenlerle ücret kesme cezasının uygulanabileceğini öngörmüştür.

Bu hükümle, yasanın amacının cezayı gerektiren nedenlerin dışında cezanın uygulanmayacağı sonucundan başka, cezayı gerektiren davranışların bir işyeri için genel geçerli objektif kurallar olması gerektiği şeklinde bir yorum getirilmelidir. Bu anlamda, "iş sözleşmelerinde" deyiminin ancak bütün işçiler için geçerli olan genel işlem koşulları ile belirlenmesi halinde uygulama olanağı bulunduğu benimsenmelidir. Aksi takdirde, aynı işyerinde iş sözleşmeleri ile belirlenmiş değişik davranışlara değişik cezaların uygulanması söz konusu olacaktır ki, bu durum işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılık doğuracaktır.

Madde hükmünün bu şekilde anlaşılması ile toplu sözleşme ve iş sözleşmeleri dışında, işyeri iç yönetmelikleri ya da işyeri uygulamaları gibi diğer hukuki kaynaklarla da disiplin cezası olarak ücret kesme cezasının belirlenip belirlenemeyeceği sorunu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu hukuki kaynaklar, iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Maddedeki "iş sözleşmesi" sözcüğünün, "iş sözleşmesi ve ekleri" şeklinde anlaşılması halinde para cezasını gerektiren davranış ve ceza miktarı yine sözleşme kapsamında kalmış olacaktır. Disiplin cezalarının tüm işçiler için genel geçerli bir kural olarak belirlenmesi zorunluluğu, "iş sözleşmesi" deyimini, objektif nitelikte bütün işçilere uygulanabilecek olan iç yönetmelik ve işyeri uygulamasında meydana gelen iş sözleşmesi ekleri biçiminde de anlamamız gereğini ortaya koymaktadır.

Acaba İş Kanunu'nun 22. maddesinde iç yönetmelik gibi iş sözleşmesi ekinden özel olarak bahsedilmiş olmasına rağmen, ücret kesinti cezasının belirlenmesinde sadece iş sözleşmesi ile yetinilmiş olması, yasa metninden iş sözleşmesi eklerinin dışarıda bırakıldığı anlamı doğabilecek midir? Kanaatimizce böyle bir sonuçta ulaşmak mümkün değildir. Yasanın amacı, para cezalarının belirlenmesinde işçi tarafının rızasını alarak böyle bir kural getirme ve getirilen kuralın da önceden bilinen ve herkese eşit olarak uygulanan bir hukuk kaynağına dayandırılmasıdır. Özellikle iç yönetmelikte işçinin

## Ücretlerden yapılacak kesintiler bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz.

rızasının bulunması gerekliliği yasanın amacını yerine getirmektedir.

Yasa, ücret kesintisi cezasını gerektirecek nedenlerin önceden belirli olması gerektiğini vurgulamaktadır. Acaba, yasalar ya da toplu iş sözleşmesi veya diğer hukuk kaynakları ile belirlenen, fakat ücret kesintisi cezası öngörül-meyen diğer disiplin cezalarının yerine işveren tarafından ücret kesintisi cezası uygulanabilir mi? Çenberci, kural olarak diğer bir disiplin cezası yerine, o ceza daha ağır olsa bile yine de ücret kesintisi cezasının uygulanamayacağını savunmaktadır<sup>4</sup>. Ancak yazara göre, geçim olanağının tamamıyla ortadan kaldırılması anlamını taşıyacak ceza, örneğin sözleşmenin haklı nedenle feshi yerine ücret kesintisi cezasının uygulanabileceği kabul edilmelidir. Yargıtay'ın da 1962 yılında verdiği bir kararda<sup>5</sup>, aynı görüş doğrultusunda içtihadını ortaya koyduğu görülmektedir. Yargıtay'a göre, işçinin sözleşmeye aykırı davranışı, İş Kanunu ya da iç yönetmelik hükümlerince işverene sözleşmeyi feshedecek derecede daha ağır bir durum olsaydı ve böyle bir durumda işveren sözleşmeyi fesih yerine gündeliğin indirimini yoluna gitseydi, bu işlem hukuka aykırı kabul edilemeyecekti. Çünkü daha ağır bir yaptırım yerine daha hafif bir yaptırımın uygulanması, İK. m. 17 ve 32 hükümlerinin koruduğu işçi yararına uygun olacaktır.

Yargıtay kararına konu olan olayda işveren, ücretten indirim yoluna giderek ücret cezasını kendi mal varlığında tutmuştur. Bu yönüyle işlem hukuka aykırı bulunmuştur. Ancak işveren haklı nedenle fesih yerine (1475 sayılı eski İK. m.17/II) böyle bir ücretten indirim yoluna gittiğinde, yani kesilen ücreti mal varlığında tuttuğunda bu işlemin hukuka uygun olacağı gösterilmiştir. Çenberci'nin görüşüne dayanak olduğunu düşündüğümüz bu kararda

iki önemli husus öngörülmektedir: İlk olarak, haklı nedenle fesih cezası yerine, önceden öngörülme dahi ücret kesme cezası uygulanabilecektir. İkinci olarak, ücret kesme cezası yerine ücretten indirim cezası gibi bir disiplin cezası da kabul edilmekte, sözleşmenin hükümünün değiştirilebileceği, İş Kanunu'nun 22. maddesine bir istisna getirilebileceği tartışması ortaya çıkabilecektir.

Kanaatimizce 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde savunulan bu görüşün 4857 sayılı İş Kanunu döneminde de savunulması yerinde olmayacaktır.

### b- Ücret Kesintisi Cezasına Tabi Ücret Kavramı

Ücret kesintilerine konu olan temel kazanç, işçinin bir takvim ayında elde ettiği miktar esasında ele alınmalıdır. Ceza kesintisi sadece ücretten yapılır. Buradaki anlamıyla ücret, İK. m. 32/T'de tanımlanan genel anlamdaki ücrettir<sup>6</sup>. Toplu iş sözleşmesi ile bunun aksi kararlaştırılabilir.

Ücret kavramına dahil olmayan işçilik haklarından kesinti yapılamaz. Burada iki hususa dikkat edilmelidir. Öncelikle ücret bir iş karşılığı olarak ödenmeli, ikinci olarak da işveren veya üçüncü kişiler tarafından bu ödeme yapılmalıdır. İşçiye ödenen hafta tatili ücreti, genel tatil, yıllık ücretli izin ücretleri gibi yasa veya diğer hukuksal kaynaklarla verilen haklar dahil edilmeyecektir. İşçinin o ay için alacağı ikramiye, işgücü tazminatı gibi ek ödemeleri hesaba dahil edilmeyecektir.

İşçinin günlük yevmiyeli olarak çalışması durumunda, ücretin hesaplanmasında bir problem bulunmamaktadır. Aylık ücretle ya da kısmi sürelerle çalışan ve yaptığı işe göre ücret alan işçinin haklarının hesabında, yukarıdaki esaslar çerçevesinde bir ay içerisinde elde edilen kazanç, çalışılan sürelerle bölünerek hesaplanır.

### c- Ücret Kesintisi Cezasının Miktar Bakımından Sınırlanması

İşçi ücretlerinden yapılan ücret kesintisi ce-

## Nedenleri gösterilmeden ve bildirilmeden yapılan ücret kesintisi geçersiz olacaktır.

zalarına miktar bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Ücretlerden yapılacak kesintiler bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz (İK.m. 38). Ücret kesintisi miktarı için öngörülen bu üst sınır, 1475 sayılı eski İş Kanunu döneminde üç günlük ücret tutarı olarak belirlenmişti. İş Kanunu bu miktarı iki günlük ücret olarak sınırlamış olmasına rağmen bu miktar, Deniz İş Kanunu'nda halen üç günlük ücret miktarı olarak korunmaktadır (1475 sayılı eski İK. m. 32/II ve DİK. m. 38/II).

Dolayısıyla bu sınırları aşan düzenlemelerin yerine yasa hükmü geçerli olacaktır. Doğal olarak işçinin de fazla kesilen ücreti geri isteme hakkı olacaktır.

Uygulamada bazı toplu iş sözleşmelerinde, cezayı gerektiren davranışların karşılığında belirlenen ücret cezalarının miktarı iki günlük ücretten yüksek olarak belirlenmekte, örneğin altı günlük ücret cezaları kabul edilmektedir. İK. m. 38/II hükmü de, bir aylık ücretten en fazla iki günlük kazanç karşılığı ücret cezasının aşılmayacağı şeklinde yorumlanmakta ve böylece iki günlük ücreti aşan cezalar gelecek aylara aktarılmaktadır.

Doktrinde iki günlük kazancın üzerindeki kesintilerin gelecek aylara aktarılmasını doğru kabul etmeyen yazarlar bulunmaktadır<sup>7</sup>. Zira, cezaya ilişkin hükümlerin dar yorumlanması esastır. Gerçekten İş Kanunu'nun 38. maddesinde ifade bulan, "İşçi ücretlerinden bu yolda yapılacak kesintiler bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz." hükmü, bir disiplin suçu için iki günlük ücretten fazla kesim cezası verilemeyeceği şeklinde anlaşılabilir gibi, bir ay içinde ihlal edilen davranışlar nedeniyle verilebilecek cezalar toplamının da iki günlük ücretten fazla olamayacağı biçimde iki yönde anlaşılabilir niteliktedir.

## d- İşçiye Bildirme Yükümlülüğü

İşveren, ücret kesintisine ilişkin cezayı, geciktirmeksizin hemen işçiye gerekçeleri ile beraber bildirmelidir (İK. m. 38/II). Bu hükmü yerine getirmemenin bir yaptırımını düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 102-b hükmünde "İşçi ücretlerinden 38 inci maddeye aykırı olarak ücret kesme cezası veren veya yaptığı ücret kesintisinin sebebini ve hesabını bildirmeyen" işveren veya işveren vekiline ceza öngörülmüştür. İş Kanunu, ücret kesim cezasını bildirmemenin bir yaptırımını düzenlemiştir. Ancak garip bir şekilde 38. maddede bulunmayan bir başka bildirimde bulunmamanın da yaptırımını öngörmüştür. 102-b hükmüne göre sadece cezanın sebebi değil, hesabının da bildirilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Yasada öngörülen "hesabını" kelimesinden neyin anlaşılması gerektiği açık değildir.

Bildirim, cezanın uygulanmasının bir ön koşulu olup olmadığı açık değildir. Ancak bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, İK. m. 102-b ile birlikte düşünüldüğünde cezayı gerektiren bir hüküm bulunması nedeniyle ceza sebebinin gösterilmesinin bir geçerlilik koşulu olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda nedenleri gösterilmeden ve bildirilmeden yapılan ücret kesintisi geçersiz olacaktır. Ancak bildirim şekli konusunda bir ön koşul ileri sürmek mümkün değildir. Kanunun 109. maddesinde yer alan, "Bu Kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir." hükmü gereğince yazılı olarak yapılması gereklidir. Böylece, ücret kesintisi bankaya henüz yatırılmamış ise, işverene; bankaya yatırılmasından sonra da Bakanlık, işverenle birlikte hasım gösterilerek iş mahkemesinde itiraz edilebilecektir<sup>8</sup>.

Toplu iş sözleşmesi ya da diğer objektif normlarla bildirme yükümlülüğünün işçiden başka sendika, sendika temsilcisi, disiplin kurulu, uzlaşma kurulu, danışma kurulu gibi değişik adlarla belirtilen bir başka kişi ya da organa yöneltilmesi kararlaştırılabilir.

Ücret kesintisi cezasının nedenleri ile birlikte işçiye bildirilmesi, "derhal" demek suretiyle

gecikmeksizin yerine getirilmesi düzenlenmesine rağmen, disiplin cezasını gerektiren olayın meydana gelmesi ya da öğrenilmesinden itibaren ne kadar süre içerisinde bu cezanın uygulanabileceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, kötüye kullanılmaya son derece açık bir hal oluşturmaktadır. Bu boşluk İK. m.26'da öngörülen, öğrenme tarihinden itibaren altı işgünlük ya da fiilin meydana gelmesinden itibaren bir yıllık sürenin geçmesinden sonra da ücret kesme cezasının uygulanıp uygulanamayacağı sorununu da gündeme getirmektedir. İlgili hükmün sadece fesih ile ilgili olması dolayısıyla, bu sürelerin kullanılmamasından sonra da ücret kesintisi cezasının uygulanabileceğini ileri sürmek mümkün görülse de, bu ceza uygulamasının bir zaman sınırlamasının olmadığını ileri sürmek de iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşmayan bir sonuç doğuracaktır. İşçinin siciline kaydedilen disiplini bozucu bir davranışın, cezanın verilmesi ve fakat olayın kaydedilmesi nedeniyle her zaman ceza tehdidinin bulunması ya da bir davranışa iki defa ücret kesme cezasından sonra tekrarı halinde haklı nedenle fesih (İK. m. 25/II) cezasının kabul edildiği hallerde de, birinci ya da ikinci ücret kesme cezasının verilmesinin kesinleştirilmeyerek geleceğinin belirsizliğe bırakılması, açık kötüye kullanmalara birer örnek olarak gösterilebilir. Kanaatimizce, İK. m. 26'daki sürelerden sadece öğrenilme tarihi geçilse dahi (olayın meydana gelme tarihinden sonraki bir yıllık sürenin uygulanması kabul edilmelidir) hakim tarafından denetlenen makul bir süre içerisinde kullanılmayan ücret kesme cezasının bir daha kullanılmaması gerektiği kabul edilmelidir.

Cezayı gerektiren davranışın öğrenilmesi ya da meydana gelmesi tarihinden itibaren cezanın verilebilme süresi bakımından toplu sözleşme ya da diğer objektif normlarla bir sürenin öngörülmesi mümkündür.

## e- Ücret Kesintisi Ceza Paralarının Kullanımı

İşçi ücretlerinden ceza olarak kesilen paraların kullanımı konusunda ilk değerlendirilmesi gereken konu, bu paraların işverenin malvarlığına aktarılabilmesi konusudur. Bu konuda yasal bir düzenleme olmadıkça, ücret cezalarının nasıl kullanılacağı, disiplin cezasını yaratan hukuk kaynağı ile belirlenmesine, yani sosyal taraflara kalmaktadır. Örneğin, disiplin düzenini kuran sosyal taraflar, ücret kesinti cezalarının işyerinde kurulacak olan bir sosyal fonda toplanmasını kararlaştırabileceklerdir<sup>9</sup>.

Hukukumuzda ise, işçi ücretlerinden ceza olarak kesilen paraların nasıl kullanılacağı iş yasası ve ilgili tüzük ile belirlenmiştir. Dolayısıyla, bu paraların nasıl kullanılacağına, cezayı getiren sosyal taraflarca belirlenmesi mümkün değildir.

Bu paralar işçilerin eğitimi ve sosyal hizmetleri için kullanılıp harcanmak üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hesabına, Bakanlıkça belirtilecek Türkiye'de kurulu bulunan ve mevduat kabul etme yetkisini haiz bankalardan birine, kesildiği tarihten itibaren bir ay içinde yatırılmalıdır. Ayrıca işveren de işyerinde bu paraların ayrı bir hesabını tutmaya mecburdur (İK. m. 38/III). Böylece işçi ücretlerinden ceza olarak kesilen paralar genel olarak tüm işçiler yararına harcanmak üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı hesabına yatırılacaktır. Bu düzenleme başlı başına ücret kesme cezasının bir cezai şart niteliğinde olmadığını göstermektedir. Çünkü cezai şart, alacaklının talep hakkı bulunduğu bir edim alacağıdır. Oysa ücret kesintisi cezası bir edim alacağı değildir. İşveren, ücret kesintisi cezasını uyguladığı ve işçinin ücretinden bu kesintileri gerçekleştirdikten itibaren bir ay içinde bu hesaba yatırır (İK. m. 38/III). Her işveren bu paraların ayrı bir hesabını tutmaya mecburdur. Bankaya, ücret kesintisi cezalarını yatırmayan işveren veya işveren vekiline ceza uygulanır (İK. m. 102-b).

Banka hesabında toplanan paraların nasıl kullanılacağı, bu konu ile ilgili çıkarılan "İşçi Ücretlerinden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Kurulun Teşekkülü ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik"<sup>10</sup> ile düzenlenmiştir.

Bu yönetmeliğe göre toplanan paralar, Bakanın Başkanlığında, Müsteşar veya görevlendirilecek Müsteşar Yardımcısı, Çalışma Genel Müdürü, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürü,

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Başkanından veya yerlerine vekalet edenlerden, en fazla üyeye sahip işçi konfederasyonu yönetim kurulunca seçilecek iki işçi temsilcisinden ve en fazla üyeye sahip işveren konfederasyonu yönetim kurulunca seçilecek iki işveren temsilcisinden oluşan kurul tarafından aşağıdaki amaçlar etrafında kullanılmak üzere dağıtılacaktır (Yönetmelik m. 5).

Ceza paralarının kullanılacağı yerler, toplanan ceza paraları, işçilerin; mesleki eğitimleri, iş sağlığı ve güvenliği konularındaki eğitimleri, sosyal hizmetleri, Bakanlıkça yürütülen sosyal hizmetlerin kalitesinin iyileştirilmesi ve bu kapsamda ortaya çıkacak teknik ihtiyaçlar için kullanılır. Ayrıca, eğitim tesislerinin yapımı, tefrişi ve işletilmesi için harcanır (Yönetmelik m. 9).

Belirtilen amaçlar için kullanılmak üzere; 2821 sayılı Sendikalar Kanunu uyarınca kurulmuş bulunan sendika ve konfederasyonlara, işçilerin mesleki eğitimi veya iş sağlığı ve güvenliği konularında faaliyet gösteren kamu kuruluşlarına, işçilerin sosyal hizmetleri ile ilgili faaliyet gösteren kamu kuruluşlarına, sosyal hizmetlerin kalitesinin iyileştirilmesine yönelik faaliyetler için 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesi kapsamındaki Bakanlık birimlerine, proje karşılığında verilir (Yönetmelik m. 10).

Bu yönetmelik çerçevesinde sendikaların bu amaçla alacakları yardım, Sendikalar Kanunu'nun 40. maddesindeki yardım ve bağış yasağının bir istisnasını oluşturmaktadır (İK. m. 38/III). Aslında bu düzenleme, yasa ile getirilen yasağa, tüzük ile bir istisna getirme çelişkinsini de taşımaktadır.

## f- Ücretten Kesme Cezasının Diğer Yaptırımlarla Birleşmesi

Bir para cezası olarak ücretten kesme cezasının, özellikle, cezayı gerektiren davranışın aynı zamanda tazmin sorumluluğunu da doğurması mümkündür.

İşçinin tazminat sorumluluğunu gerektiren bir davranışıyla aynı zamanda işyeri düzenini ihlal etmesi ve disiplin cezası ile karşı karşıya kalması mümkündür. Böyle bir durumda, zararı

gidermek üzere ücretinin dörtte birine uygulanan haciz veya işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklarda ücretin haczedilebilir kısmı kadar kullanılan (6098 sayılı BK. m. 407/II) takas hakkı ile ücret cezası kesintisi birleşebilecektir. Örneğin, işçinin 30 günlük ücreti karşılığı bir zarara yol açıcı davranışı aynı zamanda en fazla iki günlük ücreti karşılığı bir disiplin cezasını gerektirdiğinde işçinin aylığından 7,5 günlük ücreti neden olduğu zarara mahsuben takas edilmesi yanında iki günlük ücreti de disiplin cezası olarak kesilebileceğinden toplam 9,5 günlük ücreti, bir hukuka aykırı davranışının değişik yaptırımları olarak kesilebilecektir.

Aynı davranıştan dolayı iki yaptırımın birlikte uygulanması sonucu İK. 38/II'nin öngördüğü sınırların aşılması gerektiği akla gelebilecek bir konu olsa da, her iki yaptırımın hukuki niteliklerinin farklı olduğu unutulmamalıdır. Bu durumda disiplin cezası ile hukuki yaptırımın değişik sonuçlarının birleştiğini görmekteyiz.

Kanaatimizce, hem hukuki hem de disiplin yaptırımı sonucu işçinin aylık ücretinin dörtte birinden fazlası kesilemeyecektir (İK. m. 35). Bu sonuca göre yukarıdaki örnekte, bir aylık ücreti kadar tazminat borcu olan işçiye iki günlük ücret kesme cezası uygulandığı durumda, tazminat alacağı olarak o ay için ancak 5 günlük ücret miktarı takas hakkı kullanılarak mahsup edilebilecektir.

Değişik disiplin cezalarının birleşmesi durumunda ise, aynı şeyi söylemek her zaman mümkün değildir. Örneğin, kıdem tazminatı ödememe sonucunu doğuran fesih cezasının yanında aynı davranıştan dolayı ücret kesintisi cezasını da uygulamak (aksi objektif normlarla kabul edilmedikçe) mümkün değildir.

Uygulamada aynı davranışa birden fazla disiplin cezalarının uygulanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin kınama ve ücretten kesme cezasının aynı anda uygulanması kabul edilmektedir. Ancak bu durum objektif hukuk kuralının kendisinde olabilecek bir husustur. Her iki cezanın da birlikte verilebileceği disiplin kuralının kendisinde mevcuttur. Bunun dışında bir eylem nedeniyle birden fazla değişik disiplin cezalarının uygulanması mümkün değildir<sup>11</sup>.

Diğer taraftan uygulamada özellikle toplu iş sözleşmelerinin disiplin hükümlerinde görüldüğü gibi, bu düzenlemelerde genel ifadelerin kullanılması sonucu aynı ifadeye gelebilecek, fakat değişik cezaların öngörüldüğü davranış tipleri ile karşılaşmaktadır. Kanaatimizce, bu gibi durumlarda, taraflarca açık bir biçimde aynı davranış için birden fazla ceza öngörülmemiş ise, genel ifadelerin kullanılmasından dolayı birden fazla edim borcu doğuran cezanın birleşmesi kabul edilmemelidir. Örneğin, aynı davranışın hem ücret kesme hem de rütbe indirimi cezasını içerdiğinde bu cezalar birleştirilmemelidir. İşçi yararına yorum ilkesi gereğince de bu cezalardan düşük olanı uygulanmalıdır. Örnekte belirtilen cezalardan ücretten kesinti yapma cezası süreklilik oluşturmadığı ve işçi yararına olduğu için öncelikle uygulanmalıdır.

## g- Ücret Kesme Cezasına Karşı Yargısal İtiraz

İşçiye verilen bütün cezalar yargı denetimine tabidir<sup>12</sup>. Disiplin cezalarını kesin kabul eden disiplin hükümleri geçersizdir. İşverenin verdiği disiplin cezasının iptali yeterli olup bu kararın yanında işvereni yeni bir işleme zorlayıcı karar vermek mümkün değildir<sup>13</sup>. Örneğin disiplin cezasının iptali üzerine işçinin hak edeceği statüye atanması ya da işçiyi eski işyerine gönderecek nitelikte karar verilmesi söz konusu olamayacaktır.

Ücret kesme cezasında ise durum biraz farklıdır. Ücret kesme cezasının hukuka uygunluğunun denetimi her zaman yapılabilir. Ancak diğer cezalardan farklı olarak hukuka aykırı biçimde kesildiği tespit edilen ücretin ödenmesine karar verilmesi de mümkün olabilecektir.

Disiplin cezasına karşı açılacak davaların süresi konusunda hukukumuzda, fesih cezası hariç bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle fesih dışında, ücret kesme cezası dahil verilen disiplin cezasının iptali için her zaman dava açılabilir. Ancak iptal kararından bağımsız olarak bir eda davası söz konusu olduğunda, bu eda davasının bir zamanaşımı süresine tabi olması söz konusu olabilecektir.

Ücrete ilişkin olarak verilen cezalarda cezanın iptali de aynı zamanda bir eda niteliğinde

olacağı için ücrete ilişkin uygulanan zamanaşımı süresine tabi olmalıdır. Bu bakımdan süre, ücretin hak edildiği ve muaccel olduğu aybaşından itibaren beş yıl içinde talep edilecektir. Buradaki süre hak düşürücü süre olmadığı için disiplin cezasının iptali ve kesilen ücretin ödenmesi için açılacak dava da zamanaşımı süresine bağlı olacaktır<sup>14</sup>.

Ücret kesme cezasının muhatabı sadece işverendir. İşçinin ayrıca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak Çenberci, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na dava arkadaşlığı gerekçesi ile birlikte dava açılması veya davanın Bakanlığa ihbar edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>15</sup>. Kanaatimizce Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın müteselsil sorumluluğu yoktur. Bu nedenle işçinin böyle bir bildirimde bulunma ya da birlikte dava açma yükümlülüğü de yoktur. Disiplin cezasının iptali halinde ücret ödeme borcunu yerine getiren işveren, Bakanlık hesabına yatırılan miktarı ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir<sup>16</sup>. Bu durumda 1 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri söz konusu olacaktır. Eğer zamanaşımı süresi geçmiş ise, beş yıllık zamanaşımı süresi içinde açılan dava nedeniyle işçiye ödeme yapmak zorunda kalan işçi, Bakanlıktan bu sebepsiz zenginleşme miktarını talep edemeyecektir.

Disiplin cezasını gerektiren somut olayın gerçekleşip gerçekleşmediği yanında, verilen cezanın da orantılı olup olmadığının denetimi yargı tarafından yapılabilir<sup>17</sup>.

## DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Başbuğ, Aydın; Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999, s. 16-23. Başbuğ, Aydın; İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008, s. 17 vd. Süzek, Sarper; İş Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 115-117. Mollamahmutoglu, Hamdi; İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 74-76.
- 2 Başbuğ, (Disiplin Cezaları), s. 42-45.
- 3 Akyiğit, Ercan; İş Kanunu Şerhi, Cilt II, Ankara 2008, s. 1613. Aksi görüş Şakar Müjdat: Ücret Kesintisi Cezası ve Ceza Paralarının Kullanımı, İş ve Hukuk, Ağustos- Eylül 1993, s. 9.
- 4 Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.778 dip not 4. Ayrıca bkz. Başbuğ, s. 53-56. Akyiğit, s. 1615-1616.
- 5 YHGK, 1.11.1962, 70/87 (bkz. Çenberci, s. 780).



- 6 Çenberci, s. 778. Başbuğ, s. 151. Akyiğit, s. 1618.
- 7 Şakar, s. 9. Çenberci, s. 778 dip not 4. Aksi görüş Akyiğit, s. 1617.
- 8 Çenberci, s. 779.
- 9 Schaub, Günter: Arbeitsrechtliche Formulareammlung und Arbeitsgerichtsverfahren, München 1994, s. 249.
- 10 Resmi Gazete Tarihi: 05.03.2004 Resmi Gazete Sayısı: 25393. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde bu konu 19 Şubat 1973 tarih ve 14453 sayılı RG, "İşçi Ücretlerinden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Kurulun Kuruluşu ve Çalışma Esasları Hakkında Tüzük" ile düzenlenmişti. Bu Tüzüğe göre toplanan paraların en az %75'i işçilerin mesleki eğitimleri ile işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında işçilerin eğitimi için, diğer kalan kısmı da sosyal hizmetler için kullanılacaktır (Tüzük m. 7). Bunun dışında Sendikalar Kanunu uyarınca kurulan sendika ve konfederasyonlara ve bu amaçla eğitim ve sosyal hizmet faaliyetinde bulunan kamu kuruluşlarına yardım niteliğinde ödeme de yapılır (Tüzük m. 8). Ceza paralarının oluşturduğu birikimden yararlanmak isteyen sendika, konfederasyon ya da diğer resmi kuruluşların yardım isteğinde bulunabilmeleri için, amaca uygun proje önerilerini, bu paraların idaresi ile görevli Kurula ulaştırılmak üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına ulaştırmalıydı.
- 11 Y 9. HD., 3.5.2007, E. 2007/27000, K. 2007/14111 (Akyiğit, s. 1632). Başbuğ, s.234.
- 12 Başbuğ, (Disiplin Cezaları), s. 227 vd. Süzek, s. 119. Akyiğit, s. 1618. Eşmelioğlu, İbrahim; İşyerinde Disiplin Kurullarının Oluşumu ve İşleyişi, Çimento İşveren, Cilt II, sayı 3, Mayıs 1988, s.22. "Davacı işçi kendisine uygulanan dört yevmiye ücret kesintisi ile ilgili disiplin cezasının iptali isteğinde bulunmuş, mahkemece fesih dışındaki disiplin kurulu kararlarının yargısal denetime tabi bulunmaması nedeniyle istemin reddine karar verilmiştir. Hukuk Genel Kurulunca da kabul edilen dairemizin yerleşmiş görüşüne göre bu tür disiplin kurulu kararları ile de yargı yoluna başvurulabilir. Gerçekten haksız olarak hakkında verilen böyle bir disiplin cezası davacının daha sonraki iş hayatında olumsuz sonuçlara yol açabilir. Bu bakımdan yevmiye kesme cezasının iptalinin istenmesinde davacının hukuki yararı vardır. Bu durumda mahkemece konunun esas yönünden incelenerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekir" Y 9 HD., 4.7.1996, E 1996/5249, K. 1996/15433 (Akyiğit, s. 1628).
- 13 Süzek, s. 119.
- 14 "Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nda feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde fesih bildirimine itiraz dışında dava açmak için hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Somut olayda dava, yevmiye kesme cezasının iptali ile haksız kesilen ücretlerin iadesi isteğine ilişkin olup, fesih bildirimine itiraz için öngörülen hak düşürücü sürenin uygulanma imkanı bulunmamaktadır.... İşçiye uygulanan yevmiye kesim cezalarının iptali yönünde yasalar da hak düşürücü süre öngörülmediği halde mahkemece diğer yasal düzenlemelerden söz edilerek somut olay yönünden bir yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması doğru olmamıştır. Belirtmek gerekir ki, hak düşürücü sürelerin kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Davacı işçi haksız yere kesilen ücretlerin tahsili isteğinde bulunmuş olmakla, iş ilişkisinden doğan alacakları için zamanaşımı süresi olan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32/son fıkrasında beş yıl olarak belirlenmiştir. Davacı işçi beş yıl içinde davasını açmış olmakla mahkemece davanın hak düşürücü süre sebebiyle reddine karar verilmesi hatalı olmuştur." Y. HD., 28.12.2010, E. 2009/39676, K. 2008/88-2009/56 (Karar yayımlanmamıştır).
- 15 Çenberci, s.779. Yazar, yargılama giderlerinden dolayı işverenin sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır.
- 16 Benzer düşünce Akyiğit, s. 1618.
- 17 "Eylem ile ceza arasında adil bir oranın olması hukuk devletin de bir unsurudur. Bu olayda da üç beş dakika gecikme ile saatin kurulması nedeniyle fesih yoluna gidilmesi ağır bir ceza niteliği taşır. Daha hafif bir ceza ile yetinilebilirdi..." Y 9. HD., 16.01.2002, E. 2002/15510, K. 2002/266 (Akyiğit, s. 1631-1632). Başbuğ, s.233.



## “SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad :.....

Adres :.....

Tel. :.....

e-posta :.....

İmza :.....

**SİCİL / MERCEK** dergisine abone olmak istiyorum.

2011 yılı abonelik bedeli olan 56 TL'yi ödedim. Makbuz ektedir.

İletişim bilgileri değişikliklerini 7 gün içinde MESS Merkezine posta veya faks yoluyla iletiniz.

**MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi**  
**Abidei Hürriyet Cad. Mecidiyeköy Yolu No. 268, MESS Şişli 34381 İSTANBUL**  
**Tel.: (0212) 232 01 04 (pbx) Faks: (0212) 241 76 19**

**TÜRKİYE İŞ BANKASI** Teşvikiye Şubesi (Şube Kodu 1074)  
**Hesap No: 483681 IBAN No: TR20 0006 4000 0011 0740 4836 81**

(İlgili bankanın havalesinden banka masrafı alınmayacaktır. Havalenizin tarafımıza ulaşmasından sonra fatura düzenlenerek tarafınıza gönderilecektir.)

**Vahap ÜNLÜ**

MESS Müşavir Avukatı

## Çalışanların Mesai Saati İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir Mi?

### RHEINLAND-PFALZ EYALET İŞ MAHKEMESİ<sup>1</sup>

**Karar Tarihi** : 30.10.2009**Karar Sayısı** : 6 TaBv 33/09

#### ÖZET

İşverenler, çalışma saatleri içerisinde yönetim haklarına dayalı olarak özel cep telefonların kullanılmasını yasaklayabilirler. Özel cep telefonların kullanımı konusundaki düzenlemeler aynı zamanda İşyeri Teşkilat Kanununun 87.maddesinin 1.fıkrası hükmü uyarınca, yönetime katılım hakları kapsamına da girmediğinden ötürü, bu konuda bir kararın alınmasına yönelik olarak çalışma konseyinin onayının alınması gerekmektedir.

#### OLAY

Davalı, yaklaşık yüz kişinin istihdam

edildiği bir yaşlı bakım merkezini işletmektedir. Davacı, bu işyerinin çalışma konseyindedir. Davacının işyerinde başlangıçta özel cep telefonları da dahil olmak üzere, cep telefonu kullanımı geniş ölçüde serbest bırakılmıştır. Ocak 2009 tarihinde işyeri yönetimi, yönetim hakkına dayalı olarak işyerinde çalışma saatleri esnasında özel cep telefonlarının kullanımını yasaklamıştır.

Çalışma konseyi, İşyeri Teşkilat Kanununun 87.maddesinin 1.fıkrası hükmü uyarınca, bu konuda bir yasağın getirilmesinin ancak yönetime katılım hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu nedenle de çalışma konseyinden onay alınmadan yasaklama kararının alınamayacağını iddia etmiştir.

İş Mahkemesi, açılan davayı reddetmiştir. Eyalet İş Mahkemesine yapılan temyiz başvurusu da aynı şekilde reddedilmiştir.

## GEREKÇE

İş Mahkemesi, çalışma konseyinin, işyerinde özel cep telefonlarının kullanımı konusundaki yasağın iptal edilmesi yönündeki başvurusunu haklı bir biçimde reddetmiştir.

Dava konusu olayda İşyeri Teşkilat Kanununun 87.maddesinin 1.fıkrasında ifade bulmuş olan katılım hakları ile ilgili olarak, yönetime katılım kapsamında olan ve olmayan haklar bakımından bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda iş görme

yükümlülüğü ile doğrudan bağlantılı olan talimatlar yönetime katılım kapsamına girmemektedir.

Bu kapsamda, iş sözleşmesinden ve böylelikle borçlar ilişkisi içerisinde ortaya çıkan durum belirleyici olmaktadır ki, burada davalı işveren de çalışanların ağırlıklı olarak yaşlı bakımından sorumlu olmaktadır. Bu doğrultuda, ilgili çalışanların çalışma saatleri içerisinde özel cep telefonlarını gerek aktif, gerekse pasif olarak kullanmamaları doğal bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 1. KARARA KONU OLAY

Yaklaşık yüz işçinin çalıştığı bir yaşlı bakım merkezinde, çalışanların özel cep telefonu kullanmaları serbest iken, işverenlik iş saatleri içerisinde özel cep telefonu kullanımını yasaklamıştır. İşverenlik çalışanların iş saati içerisinde özel cep telefonu kullanmasını yasaklamaya yönelik kararını alırken, yönetim hakkına dayanmıştır.

İşyerinde mevcut bulunan çalışma konseyi ise, İşyeri Teşkilat Kanunu'nun ilgili maddesi uyarınca, konunun yönetime katılım hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle kendilerinden onay alınmaksızın işverenlikçe bu yönde bir yasaklama kararının alınamayacağını iddia ederek, işyerinde çalışanların mesai saati içerisinde özel cep telefonu kullanılmasını yasaklayan işverenlik kararının iptali istemiyle yerel iş mahkemesinde dava açmıştır. Yerel iş mahkemesinin söz konusu davayı reddetmesi üzerine davacı çalışma konseyi, bu kez Eyalet İş Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunmuş, ancak bu talebi de Eyalet İş Mahkemesi'nce reddedilmiştir.

Eyalet Mahkemesi'nce red kararı verilirken, İşyeri Teşkilat Kanunu açısından yönetime katılım kapsamında olan ve olmayan hakların belirlenmesine yönelik bir ayırım yapılmış ve bu kapsamda işçinin iş görme yükümlülüğü ile doğrudan bağlantısı olan işverenlik talimatlarının yönetime katılım kapsamına girmediği tespit edilmiştir. Eyalet Mahkemesi bu tespiti

ile, dava konusu olayda çalışanların mesai saati içerisinde özel cep telefonu kullanmamasına yönelik, işverence yönetim hakkına dayanarak alınan yasaklama kararının, çalışanın iş görme borcu ile doğrudan bağlantılı olduğunu da tespit ederek, konuyu iş görme borcu kapsamında değerlendirmiştir.

İncelememizde, çalışma saati içerisinde özel cep telefonu kullanımının yasaklanması konusu, iş hukukumuz açısından ele alınarak; işçinin iş görme borcu, iş sözleşmesinde bağımlılık unsuru, işverenin yönetim hakkı ve iş sürecinin denetimi çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## II. KARARIN İNCELENMESİ

### 1. Açıklamalar

Son yıllarda teknolojide yaşanan hızlı gelişim, hayatın hemen hemen her alanında kendini göstermektedir. Bu gelişimden en çok etkilenen, sürekli yeniliklerle ilerleyen ve hayatımızın vazgeçilmezlerini oluşturan konulardan biri de, hiç kuşkusuz iletişim alanında yaşanan gelişmelerdir. İnternet, e-mail, cep telefonu, taşınabilir kişisel bilgisayarlar vb., yaşanan teknolojik gelişim sürecinde hayatımızın önemli parçalarından biri haline gelmiştir. Teknolojik gelişmelere bağlı olarak iletişim alanında görülen bu ilerleme, hayatımıza getirdiği kolaylıkların yanında, iş hayatında bazı önemli sorunları da beraberinde getirmektedir. Zira iletişim ala-

nında teknolojinin sunduğu bu imkanlar, sadece özel hayatımızda değil, aynı zamanda iş hayatında da yoğun şekilde kullanılmaktadır. Teknolojinin sunduğu bu imkanların işyerlerinde kullanımı iş ilişkisine etki eden problemleri de beraberinde getirdiğinden, iş hukukuna ilişkin çözümü gerektiren bazı sorunlara yol açmaktadır. İncelememiz, iş saatleri içerisinde çalışanların özel cep telefonu kullanması üzerine olmakla birlikte, özellikle internet ve e-mail'in özel amaçlı kullanımına ilişkin yaşanan sorunlar ve bu sorunların çözümüyle ilgili yargı kararları ve öğretici görüşlerine de, konumuzla ilgili oranında yer verilmeye çalışılacaktır.

## 2. İş Sözleşmesinde Bağımlılık Ursu, İşçinin İş Görme Borcu ve İşverenin Yönetim Hakkı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8.maddesinin 1.fikrasına göre "İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir."

Söz konusu tanımın da ortaya koyduğu üzere bir iş sözleşmesi, iş görme (iş edimi), bağımlılık ve ücret unsurlarından oluşmaktadır. İş akdinin varlığı için her şeyden önce bir iş görme ediminin üstlenilmiş bulunması gerekmektedir. İşçi, bir hizmet görme taahhüdünde bulunmakta olup, taahhüt edilen işin, türünün, niteliğinin edimin ifasında vasıta kullanılıp kullanılmamasının vs. hiçbir önemi bulunmadığı gibi, iktisadi bir değer taşıyıp taşınamaması, üretici, yararlı bir eylem olup olmaması da önemli değildir.<sup>2</sup> İş görme borcunun konusunu oluşturan iş bedensel olabileceği gibi, düşünsel de olabilir.<sup>3</sup> İş edimi, işçinin belirli bir sonucu temin etmesi olarak anlaşılmalıdır. İşçinin taahhüdü, belirli bir sonucu gerçekleştirmeye yönelik değildir. İş sözleşmesi bağlamında iş edimi, belirli bir amaca yönelik belirli bir eylemi gösterme yükümünü ifade etmektedir.<sup>4</sup>

Öğretide, iş sözleşmesinin unsurları arasında "zaman" unsurunun bulunduğu da dikkat çekilerek, işçinin iş sözleşmesi ile taahhüt ettiği edimini bir süre içinde ifa etmekle işverenin menfaati gerçekleştiğinden, iş sözleşmesinde,

tipik bir sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak, zamanın karakteristik bir unsur niteliği kazandığı, işçinin temel edimi olan iş ediminin, muhakkak bir zaman boyunca, müteaddit ve ard arda sürekli tekrarlanan edimlerden oluştuğu, diğer yandan iş ediminin bir netice borcu olmadığından işçinin sadece bir zaman içinde belirli bir faaliyet göstermekle yükümlü olduğu, belirtilmiştir.<sup>5</sup> Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin 21.7.2009 tarih ve 2009/25521E., 2009/22333K sayılı Kararında, iş sözleşmesinin eser sözleşmesinden ayrılması noktasında şu görüşlere yer verilmiştir: "Bilimsel ve yargısal görüşlere göre "zaman" ve "bağımlılık" unsurları hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özellikleridir. Eser sözleşmesinde, yüklenici, bir sonucu ortaya çıkarma taahhüdünde bulunurken hizmet akdinde işçinin taahhüdü belirli veya belirsiz bir süre hizmet ifasından ibarettir. Yine eser sözleşmesinde hukuki bağımlılık unsuru bulunmamaktadır. Hizmet akdinde ise işçi, işini işverenin veya işveren vekilinin buyruğu ve denetimi altında bağımlı olarak yerine getirmektedir..." Yargıtay 10.Hukuk Dairesi'nin 12.03.2009 tarih ve 2007/24085E., 2009/3263K. sayılı Kararında ise, iş sözleşmesine göre çalışanların diğer iş görme sözleşmeleri ile çalışanlardan ayrılması konusunda şu görüşlere yer verilmiştir: "...Baskın olan bilimsel ve yargısal görüşlere göre, hizmet akdinin ayırt edici ve belirleyici özelliği, zaman ile bağımlılık unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurulmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve her durumda çalışana denetleme ve buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır...Hizmet akdinde ise çalışan, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, faaliyetin meydana gelmesinin sonucu değil, bizzat yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir..."<sup>6</sup>

Doktrinde, bağımlılık unsurunun iş sözleşmesinin temel ve "belirleyici unsuru" olduğu yolunda bir görüş birliği mevcuttur.<sup>7</sup> Çalışan, iş

görme borcunu çalıştırana bağımlı olarak yerine getirmiyorsa bir iş akdinden de, işçi kavramından da söz etmek mümkün değildir. İş sözleşmesi bizzat konusu ve etkisi itibariyle işçiyi bağımlı konuma sokmakta olup, işçi, iş görme borcunu işverenin yönetim, gözetim ve denetimi altında yerine getirmektedir. Bağımlı çalışma genel anlamıyla, işçinin işini belirli ya da belirsiz bir süre, işverenin emir ve talimatlarına göre, onun otoritesi ve denetimi altında yapmasını ifade etmektedir. Bağımlı çalışmada, çalışma saatlerinin belirlenmesi, işin yapılacağı yer ve zaman, işin yapılması sırasında kullanılacak araçların seçilmesi işverence belirlenir. İşçi, ifa ettiği işin her aşamasında işverenin denetim ve gözetimi altında olacaktır.<sup>8</sup> Diğer iş görme sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek talimatlar genellikle sadece edim sonucuna yönelikken, iş sözleşmesinde işveren vereceği talimatlarla işçinin edimini, bu edimin yerine getirilmesi süreci içinde organize etmektedir.<sup>9</sup> Yargıtay,

talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi,...kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak...olgulardır.”<sup>10</sup>

Yargıtay'ın başka bir kararında da bağımlılık unsuru şu şekilde ifade edilmiştir: “...Diğer bir deyimle işin yerine getirilmesi, işçinin insiyatifine bırakılmamıştır. İşçi, işin yerine getirilmesi sırasında, verdiği emirler, direktifler, gözetim, kontrol ve hatta cezalandırma yetkisiyle donatılmış şekilde işverenin otoritesi altındadır. Burada, işçinin işin yapılması sırasında, işverene tabi ve onun emir ve talimatlarına bağlı olması ve denetlenmesi bahis konusudur. Yani hizmet sözleşmesinde işçi bağımlıdır. Bu bağımlılık, her an ve her durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan...bir bağımlılıktır.”<sup>11</sup>

İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu, işverenle üzerinde anlaştığı işin görülmesi borcudur. İşçi, iş sözleşmesiyle, işverene bağımlı olarak bir iş görmeyi üstlenmektedir. İş-

## İşçinin göstereceği özenin objektif bir ölçüsü bulunmayıp, her somut duruma göre belirlenecektir.

İş sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayrılmasında, esas olarak kişisel ve hukuki bağımlılık ölçütünün esas olduğunu kabul etmiş, bu husus, şu görüşlere yer verilerek dile getirilmiştir: “... iş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir, işçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işverene bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır...iş görenin işin görülmesi tarzı bakımından iş sahibinden

çinin temel borcu olan iş görme borcu, işçiye iş sözleşmesiyle üstlendiği işin yapılması yükümünü yükler. İş sözleşmesinden doğan iş görme borcu bir anda ve tümüyle değil, sözleşme devam ettiği sürece mesai saatleri içinde kısım kısım (peyder pey) yerine getirilir. İşçi iş görme borcunu ya fiilen çalışarak yerine getirir, ya da fiilen çalışmadığı halde çalışmış sayılarak borcunu ifa etmiş sayılır. İşçi, yasa ve sözleşmeye uygun bir biçimde gelip çalışmak istediğini işverene ilettikten sonra işverenin haklı bir neden olmadan işçiyi çalıştırmaması halinde “çalışmış sayılma” söz konusudur. İşçi, iş görme borcunu kendi keyfince değil, yasa ve sözleşmeye uygun olarak işverence verilen emir ve talimatlara uygun olarak yerine getirmelidir.<sup>12</sup> İşçi, kural olarak, iş saatleri içinde, ara dinlenmeleri dışında, işini yapma ve belli bir çalışma verimini gösterme konusunda işverene borçlu olup, bu çerçevede işçinin iş saatleri içerisinde özel bir iş yapması kabul edilemez.<sup>13</sup>

## Günümüzde hayatımızın vazgeçilmezleri arasında bulunan cep telefonu kullanımı günlük yaşantımızın her anında yer almakta, iş saatleri içinde cep telefonunun sunduğu imkanlar da yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.

İşçi, iş görme borcunu özenle yerine getirmek zorundadır. Buna işçinin özen borcu denilmektedir. İş sözleşmesinde işçinin işi özenle ifa borcu, işçinin temel edim yükümü olan işin ifasında, kendisinden beklenen bütün dikkati göstermesi, mesleki bilgisini, fikri ve bedeni kabiliyetlerini gerektiği şekilde kullanmasını öngören bir borçtur.<sup>14</sup> Öğretide de belirtildiği üzere, özen borcu mahiyeti itibarıyla sadece iş ifası borcunun değil, sözleşmeden doğan diğer borçların, örneğin sadakat borcunun da ifasında uyulması gereken bir borç olup, genel bir ifadeyle, sözleşmeyle yüklenilen borçların sözleşmeden beklenen amacın gerçekleştirilmesini sağlayacak bir şekilde ifasını öngören, bu sonuca yönelik bir borçtur.<sup>15</sup> İş özenle yapma borcu, bağımsız bir nitelik taşımayan, iş görme borcunun içinde yer alan, onu tamamlayan ve somutlaştıran bir özelliğe sahiptir.<sup>16</sup> Bu anlamda özen borcuna aykırılık, tek başına tali bir yükümlülüğün ihlali olmayıp asıl sözleşme ilişkisinin ihlalidir.<sup>17</sup> İşçinin göstereceği özenin objektif bir ölçüsü bulunmayıp, her somut duruma göre belirlenecektir. Bu konuda Borçlar Kanunu'nun 321/2.maddesinde öngörülen ölçütler göz önünde bulundurulacak olup, iş görme borcunun yerine getirilmesinde önemli olan husus, özen borcuna aykırılık nedeniyle bir zararın doğmuş olup olması aranmaksızın, işçinin kendisinden beklenen özen borcuna aykırı davranması, bu yolla iş görme borcunu gereği gibi ifa edip etmediği, yani iş görme borcuna aykırı davranıp davranmadığıdır.<sup>18</sup>

İşverenin iş ilişkisindeki temel çıkarı, işçinin asli edim yükümü olan işin ifası olmakla

birlikte, bu çıkar salt işin ifası ile gerçekleşmiş olmaz. İşin ayıpsız, gereği gibi, doğru ifa edilmesi de gerekmektedir.<sup>19</sup> Bu noktada, işçinin iş ilişkisinden doğan borçlarından birisi olan ve işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcunu teşkil eden "sadakat borcu" da söze konu olmaktadır. Sadakat borcu işçiye, işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu yüklemektedir.<sup>20</sup> Sadakat borcu, öğretide de ifade edildiği üzere, işin ifa edilmiş sayılması için doğru ve ayıpsız ifa edilmesinin de gerekmesi noktasında bir yan edim yükümlülüğü niteliğinde işçiyi asli ediminin doğruluk ve güven kurallarına uygun bir şekilde ifası yükümü altına sokan bir borç olarak algılanabildiği gibi, sadakat borcu diğer borçların kendisinden doğduğu temel bir borç olarak da mütalaa edilebilmektedir.<sup>21</sup> Bu anlamda sadakat borcu, işçinin asli edim yükümü olan işin ifası borcunun yanı sıra ifa zorunda olduğu yan edim yükümlülüğü ve davranış yükümü niteliğindeki edim fiilleri olup, asli edimin tam ve doğru ifasına yönelik bu yan edim niteliğindeki fiillerin olumlu veya olumsuz davranışlardan ibaret olması nedeniyle, sadakat borcunun genel kapsamını, işverenin meşru çıkarlarını korumak için iyi niyet kurallarına göre beklenen davranışları yapmak, bu çıkarları ihlal edici davranışları yapmamak borçları oluşturmaktadır.<sup>22</sup>

İş görme borcunun, işverenin yönetim hakkı ile ilişkisi, işçinin bu borcunun somutlaştırılmasının ve yerine getirilme şeklinin belirlenmesinin işverenin yönetim hakkına dayalı olarak vereceği talimatlarla gerçekleşecek olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>23</sup> Nitekim, iş sözleşmesinin kuruluşunda, kararlaştırılan işin tam bir açılışının tespiti ve ifanın tüm ayrıntıları ile belirlenmesi mümkün olmayıp, iş sözleşmelerinde iş edimi genellikle ana çizgileri ile belirlenmekte, ayrıntılar ise düzenlenmesi gereken boş bir alan olarak kalmaktadır. Bu nedenle, işin ifa tarzının; yani nasıl, hangi vasıtalarla, ne zaman, nerede işin ifa edileceğinin ayrıntılı bir şekilde tespit edilmesi, yukarıda belirtildiği üzere, bir bağımlılık ilişkisi kuran iş sözleşmesinde işverene ait bir hak olan yönetim hakkının kulla-

## Öğretide de, özel amaçlı e-mail göndermek ve internet kullanımının işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni olacağı ifade edilmiştir.

nılması ile doldurulur. İşveren, ifanın tarzına ilişkin olarak belirleyeceği hususları, iş görme borcunun sözleşmeden beklenen şekilde ifası için uyulması gereken kurallar olarak, yani emir ve talimat olarak yöneltir.<sup>24</sup> İşverenin yönetim hakkının hukuksal dayanağı konusunda baskın görüş, bu hakkın iş sözleşmesinden doğduğudur.<sup>25</sup> İşveren, iş ifasının koşullarını, yönetim hakkına dayanarak işçiye yönelteceği emir ve talimatlar ile belirlemektedir. İş sözleşmesinin özünü bağımlılık oluşturduğundan, iş sözleşmesinin yapılması ile birlikte işveren işçiye sadece emir ve talimat verme hakkına sahip olmakla kalmaz; bu emir ve talimatın, kendisine en yararlı koşullarda ifa edilip edilmediğini kontrol etme hakkına da sahip olur.

Yönetim hakkının kapsamı iki hususta kendini göstermekte olup, bunlardan birincisi işçinin iş görme borcunun somutlaştırılması, ikincisi ise işyeri düzenine ilişkin karar alma yetkisidir. İşyerinde yapılan işin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağını düzenleyen talimatlar, örneğin; günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını belirleyen veya kullanılacak araç gereç konusundaki talimatlar, işin görülmesine ilişkindir. Buna karşılık, işçinin işyerinde işyeri organizasyonu ve düzenine ilişkin davranış yükümlülüklerinin somutlaştırılması amacıyla vereceği talimatlar işin görülmesi ile doğrudan bir ilişkisi bulunmayan, işyerinde belirli bir düzenin ve güvenliğin sağlanmasına yöneliktir. Bu nedenle iş görme borcu ile ilgisi bulunmasa dahi, işyerinde kimlik taşınması, radyo dinlenmemesi, işyerine yabancı ve misafirlerin alınmaması, önlük giyilmesi gibi davranış yükümlülüklerinin kaynağı, işverenin yönetim hakkıdır.<sup>26</sup>

İşveren, yönetim hakkını kullanırken sınırlı bir egemenliğe sahip olup, işverenin emir ve

talimatı kanun hükümlerine, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olamaz. Bu bağlamda yönetim hakkı, işverenin, kanun, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere vereceği talimatla işin yürütümü ve işçinin işyerindeki davranışını düzenleyebilmesini ifade etmektedir. Öğretide de belirtildiği üzere, işin ifasına, işin ifası bağlamında olmak üzere işyeri düzenine ilişkin olarak yani işyerinde işin normal akışını temine yönelik olmak kaydıyla emir ve talimat verilebileceğinden, bunun dışında örneğin işçinin özel yaşamıyla ilgili olan hususlarda emir ve talimat verilemeyecektir.<sup>27</sup> Bu durum özel yaşamın başta Anayasa olmak üzere yasalarca teminat altına alınmasıyla ilgili olduğu gibi, işverenin gözetme borcu gereği işçinin kişiliğinin korunması, onun kişilik haklarına saygı gösterilmesi ile de ilgilidir. İşverenin, işçiyi gözetme (koruma) borcu, işçinin sadakat borcunun karşılığını oluşturan, genel olarak, işçinin kişiliğine saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü yanında sağlığını ve yaşamını korumaya elverişli tüm önlemlerin alınması yükümlülüğünü öngörmektedir. İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve haysiyetinin kişisel ve mesleki saygınlığının, özel yaşam alanının, ahlaki değerlerinin, genel olarak özgürlüğünün korunmasını içermektedir.<sup>28</sup>

### 3. İş Saatleri İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanımının İş Görme Borcuna Etkileri Üzerine

Ülkemizde ilk defa 1994 yılında kullanılmaya başlanan<sup>29</sup> cep telefonu, geçen yıllarda oldukça yaygınlaşmıştır. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı'nın 2011 yılı 1.çeyreğine ilişkin Üç Aylık Pazar Veri Raporu'na göre<sup>30</sup>, Mart 2011 itibarıyla Türkiye'de yaklaşık olarak 61,7 milyon cep telefonu abonesi bulunmaktadır. Söz konusu raporda ayrıca, ülkemizde telefonla yapılan toplam görüşme trafiğine bakıldığında yıllar itibarıyla mobil arama trafik miktarı aktarken sabit arama trafik miktarının düştüğü, 2011 yılının ilk çeyreğinde toplam mobil trafik



## Çalışma saati süresince edimin iş görme borcuna uygun bir şekilde ifa edilmesi, bununla bağdaşmayan davranışlardan sakınılması gerekmektedir.

miktarının 33,95 milyar dakika olurken, sabit trafik miktarının 5,47 milyar dakika olduğu, sabit telefon abone sayısının mobil telefon kullanımındaki artışın etkisiyle düşme eğiliminde olduğu ve AB ülkeleri ile Türkiye'deki ortalama mobil telefon kullanım sürelerine bakıldığında, Türkiye'nin 229,4 dakika ortalama aylık mobil kullanım süresi ile İngiltere, İspanya, İtalya, Portekiz ve Almanya'nın üstünde yer alarak 3.sırada bulunduğu belirtilmiştir. Söz konusu veriler dikkate alındığında, ülkemizde cep telefonunun aktif olarak son derece yaygın bir şekilde kullanıldığı da anlaşılmaktadır.

İlerleyen teknoloji ile birlikte cep telefonları artık sadece konuşma özelliği nedeniyle değil, kamera, fotoğraf makinesi, internet bağlantısı, USB bağlantısı gibi iletişim ve bilgi aktarımına yönelik imkanlar da sunmakta ve bu özellikleri nedeniyle tercih edilmektedir. Yüksek teknoloji bu cep telefonları adeta bir bilgisayar gibi işlev görmektedir ve bu telefonlara ulaşım her geçen gün daha kolay ve ulaşılabilir olmaktadır.

Günümüzde hayatımızın vazgeçilmezleri arasında bulunan cep telefonu kullanımı günlük yaşantımızın her anında yer almakta, iş saatleri içinde cep telefonunun sunduğu imkanlar da yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Yaşantımıza kuşkusuz önemli bir kolaylık getirmiş olan bu teknolojinin iş saatleri içinde de yaygın bir şekilde kullanılması iş ilişkisinde bir takım sorunlara yol açabilecek potansiyeli de beraberinde getirmektedir. Cep telefonunun herhangi bir sınırlama olmaksızın, her an özel görüşmelerin yapılmasına ve internet erişimine imkan sağlaması ve bu imkanların çalışanlarca iş saatleri içerisinde yaygın bir şekilde kullanılması, iş saatleri içerisinde iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi yükümlülüğünü olumsuz etkileyebilecektir. Örneğin işyerlerinde, bir çalışanın telefonu her çaldığında veya

mesaj geldiğinde işini bırakarak özel görüşme yapması veya mesajın ne olduğu ile ilgilenmesi giderek yaygınlaşmakta, bu durum özellikle emek yoğun işlerde iş gücü kaybı yaratmakta ve işin gereği gibi ifasını olumsuz etkilemektedir.

Bunun yanı sıra iş ilişkisini olumsuz etkileyen diğer bir neden işçinin işyerinde kullanılan interneti özel amaçlı kullanımında kendini göstermektedir. Günümüzde işyerlerinde bilgisayar, internet ve e-mail kullanımı neredeyse standart hale gelmiştir. Ancak işyerlerinde kullanılan bilgisayar, internet ve e-mail sistemleri çalışanlar tarafından yalnızca iş yapma yükümlülüklerini yerine getirmekte kullanılmamakta, sık sık bu araçların izinsiz olarak özel amaç doğrultusunda kullanımı da söz konusu olabilmekte, bunun da işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisine etkileri olmaktadır.<sup>31</sup> Nitekim iş saati içerisinde çalışanın özel amaçlı internet kullanımı konusu yargıya da intikal etmiş ve Yargıtay, ayrıntısına aşağıda değinilecek olan kararlarında, iş saati içerisinde özel amaçlı internet kullanımını "iş görme ediminin yeterince yerine getirilmemesi" olarak değerlendirmiş ve bu davranışın işyerinde olumsuzluklara neden olduğunu belirterek geçerli bir fesih nedeni olarak kabul etmiştir. Nitekim öğretide de, özel amaçlı e-mail göndermek ve internet kullanımının işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih nedeni olacağı ifade edilmiştir.<sup>32</sup> Günümüzdeki cep telefonlarında neredeyse standart hale gelen internet erişimi imkanı sayesinde, günün her saatinde herhangi bir bilgisayara bağlı kalmaksızın ve sabit bir internet erişimi kullanmaksızın, internete ulaşım mümkün olmaktadır. Bu imkan, işyerinde kullanımına sunulan internetin özel amaçlı kullanımında yukarıda belirtilen etkilerinden kurtulmak isteyen çalışanlarca yaygın bir şekilde kullanılmakta, dolayısıyla iş saati içerisinde herhangi bir tespite ve denetime maruz kalmadan sınırsız bir şekilde özel amaçlı internet kullanımını yaygınlaşmaktadır. Bu anlamda, iş saati içerisinde özellikle beyaz yakalı personel olarak tabir edilen idari personelce, cep telefonu ve bu telefonun internet bağlantısı kullanılmak suretiyle internette bolca vakit geçirilebilmekte,

oyun sitelerinde ve hatta son yıllarda oldukça yaygınlaşan facebook, twitter gibi sosyal paylaşım sitelerine uzun süre bağlı kalınarak sohbet edilebilmektedir. Çalışanların iş saati içerisinde bu tür özel işlerle uğraşmaları iş görme borcu ile bağdaşmamaktadır.

#### 4. Değerlendirme

İş saati içerisinde özel cep telefonu kullanmanın iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmesi hususunda doğuracağı sonuçlara ilişkin iş yargımıza ait herhangi bir karara tarafımızca rastlanmamakla birlikte, işyerinde internetin özel amaçlar için kullanımına ilişkin iki Yargıtay kararıyla tespit edilen sonuçlar, kanaatimizce, incelememize konu özel cep telefonu kullanımı için de kabul edilebilecek düzeydedir.

Yargıtay incelemesine konu olan olayların ilkinde, işverence çalışanların uymakla yükümlü olduğu ve iş sözleşmesinin eki mahiyetindeki etik kurallar içerisinde, “çalışanların adalet, doğruluk, dürüstlük...güvenirlilik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı ve işverene ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı” kuralına yer verilmiş, çalışanın iş sözleşmesi diğer nedenlerin yanında mesai saatleri içerisinde internette oyun oynaması ve alışveriş sitelerinde zaman geçirmesi nedeniyle feshedilmiştir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 4.05.2009 tarih ve 2008/36305 E., 2009/12393 K. sayılı Kararında somut olayla ilgili şu görüşlere yer vermiştir: “...İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaşır. İşverenin yönetim hakkının karşısını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilir. İşverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi

de kapsar...Davacının iş sözleşmesinin feshinde en önemli nedenlerden biri olarak mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde zaman geçirmesi gösterilmiştir. Gerçekten de işveren bu konuda kayıtları sunmuş olup, bilirkişi heyet raporunda da davacının her gün kısa süreli de olsa iş amaçlı bilgisayarında internet alışveriş ve oyun sitelerine girdiği, bir yıl içerisinde 6 kez yarım saat, 6 kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirdiği tespit edilmiştir. Ancak bilirkişiler, bilgisayar yazılım ve yönetiminde görev alan personelin zamanını boşa harcadığının tek göstergesinin üstlenilen işi yetiştirmemesi ve zararın oluşması olduğunu, bunun ise kanıtlanmadığını, bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığını belirtmişlerdir.

Davacının sunduğu ve çalışanların uymakla yükümlü banka etik kurallarının 20.maddesinde, çalışanların “Adalet, doğruluk, dürüstlük...güvenirlilik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı davranışlarda bulunmayacağı ve bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı” kuralına yer verilmiştir. Bu etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Davacının iş amaçlı bilgisayarını mesai saati içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işi yetiştirmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir...”<sup>33</sup>

Yüksek Mahkeme, söz konusu kararda, çalışanın mesai saati içerisinde özel amaçlı internet kullanmak suretiyle oyun sitelerine ve alışveriş sitelerine girerek, bu sitelerde geçirdiği vakti iş görme ediminde harcamadığını, bunun da yan yükümlülüğün ihlali olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca, bu davranışın, yükümlülüğün ihlalini oluşturması için, çalışanın verilen işi yetiştirmiş olup olmamasının bir öneminin bulunmadığını da belirtmek suretiyle, ‘işçi işini yaptığı sürece işi hangi koşullarda veya nasıl yaptığının bir öneminin bulunmayacağı’ şeklinde özetlenebilecek tarzda bir yaklaşımın da doğru olmadığını ortaya koymuş olmaktadır. Yukarıda yer alan,

iş görme borcuna ilişkin açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, işçinin temel sorumluluğu üstlendiği işi ifa etmesidir, ancak iş görme borcunun yerine getirilmiş sayılması için işçi işi gereği gibi ifa etmekle yükümlü olup, işini özen ve sadakat borcuna uygun bir şekilde yerine getirmelidir. Bu anlamda, çalışma saati süresince edimin iş görme borcuna uygun bir şekilde ifa edilmesi, bununla bağdaşmayan davranışlardan sakınılması gerekmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, söz konusu kararda Yüksek Mahkeme'nin internette oyun ve alışveriş sitelerinde geçirilen zamanın iş görme edimine harcanmadığını ifade etmesine rağmen, söz konusu bu davranışı yan yükümlülük kapsamında değerlendirmesi ise kanaatimizce isabetli olmayıp, söz konusu davranışın iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilip getirilmemesi çerçevesinde asli edim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin incelemesine konu ikinci olayda ise, Yüksek Mahkeme tespitlerini şu şekilde ortaya koymuştur: "Somut uyuşmazlıkta, her ne kadar davacıya tebliğ edilmediği ve davacının haberdar olmadığı kabul edilmiş ise de, emsal davada davalı işveren tarafından yönetim hakkı çerçevesinde bilgisayar kaynaklarının amacına uygun kullanılması ile ilgili işyeri iç düzenlemesi yapıldığı ve buna aykırı davranışın disiplin cezası gerektirdiğinin belirtildiği, bu şekilde iş sözleşmesi feshedilen işçi olduğu ve bu fesihlerin davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinden önce olduğu, davacının iş sözleşmesinde, işverenin yönetim hakkı kapsamında düzenleyeceği kurallara uymayı taahhüt ettiği, davacının şirket bilgisayarını mesai saatleri içinde birçok kez kişisel mailinde kullandığı ve elektronik ortamda yazılan bir takım yazıları işyerinde çalışan birçok arkadaşının mailine gönderdiği anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı şirketin iç işleyişi ile ilgili düzenlenen kurala aykırı olduğu gibi mesai saatleri içinde işyeri bilgisayarını kullanarak iş görme edimini yeterince yerine getirmediği... anlaşılmaktadır..."<sup>34</sup>

Her iki kararda da, ihlal yaratan iki durum tespit edilmiş olup, bunlardan birincisi işverence iş amaçlı olarak tahsis edilen bilgisayarın ya-

saklanmasına rağmen amacı dışında, yani özel amaçla kullanılmasıdır. İkincisi ise iş saatleri içerisinde internetin özel amaçla kullanılmasının, yani iş dışı bir faaliyetle uğraşılmasının, iş görme borcunun yerine getirilmesinde yarattığı olumsuz etkidir. Burada, iş görme borcu ile bağlantısı kurulan davranış olarak işçinin iş saati içerisinde sadece internetin özel amaçlı kullanılması değil, iş saatleri içerisinde iş görme borcu ile ilgisi bulunmayan özel amaçlı benzer nitelikteki davranışların tümü için iş görme yükümlülüğü ile benzer bir ilgilinin kurulacağını ve söz konusu davranışın bu yükümlülük kapsamında değerlendirileceğini kabul etmek kanımızca mümkün görünmektedir. Bu anlamda, iş saatleri içerisinde özel cep telefonlarının özel iletişim veya internete girmek suretiyle iş görme yükümlülüğü ile ilgisi olmayan amaçlar çerçevesinde vakit geçirilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi ve bu durumun iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmiş sayılması konusunda yaratacağı olumsuz etki de göz önünde bulundurulmak suretiyle, iş saatleri içerisinde özel cep telefonu kullanımının sınırlandırılması veya yasaklanması, kanaatimizce mümkün olmalıdır. Ancak, aşağıdaki açıklamalarımızda da değinileceği üzere, bu yönde bir yasaklamanın söz konusu olması halinde, çalışanın arandığı zaman kendisine ulaşılmasını sağlayacak veya acil durumlarda kendisinin kullanabileceği bir telefona erişim imkanının sağlanmış olması gerekmektedir.

Bundan başka, kanaatimizce, özel cep telefonunun iş saatleri içerisinde kullanımının sınırlandırılması veya yasaklanmasını gerekli kılacak bir başka husus da, mesai saati içerisinde iş görme borcunun gereği gibi ifa edilmediğinin tespiti ve denetimi imkanını ortadan kaldırmasında kendini göstermektedir. İşverenin, iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru çerçevesinde iş sonuçlarını olduğu kadar, iş sürecini de iş görme borcuna uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini denetlemesi mümkün olup, bu durum aynı zamanda bu amaçla getirilmiş bir yasağın ihlal edilip edilmediğinin tespiti açısından da gereklidir. Örneğin, yukarıda ifade edilen yargı kararlarında ve öğretide de ifade edildiği üzere<sup>35</sup>, işyerinde interne-

tin özel amaçlı kullanılmasının yasaklanması mümkün olduğuna, bu yasağın ihlali halinde iş görme borcunun yeterince yerine getirilmediğinin tespit edildiğine ve bu davranış geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilebileceğine göre; iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesinde söz konusu yasağa uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve bir ihlal var ise tespit edilmesi, bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte bu noktada, iş saati içerisinde yoğun bir şekilde özel amaçlı internet kullanan veya özel görüşme yapan bir çalışan, eğer bu davranışını işyerinde bulunan internet veya telefonu kullanmadan, kendi özel cep telefonunu kullanarak gerçekleştiriyorsa, böylesi bir durumda iş saati içerisinde iş görme yükümlülüğüne aykırılık oluşturabilecek bu davranışlarının tespit edilmesi mümkün olmayacaktır. Nitekim, günümüzde bu yöntemin çalışanlar arasında yaygınlaştığı görülmektedir. Konu bu açıdan ele alındığında, işyerinde özel cep telefonu kullanımının sınırlanması veya yasaklanmasının, işçinin iş saati içerisinde iş görme yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilecek davranışlarının denetimi ve tespitini sağlamaya yönelik bir tedbir olarak da ele alınması, kanaatimizce mümkün görünmektedir.

İş saatleri içerisinde özel cep telefonu kullanımına, iş görme yükümlülüğü çerçevesinde veya bu borca aykırılık teşkil edebilecek davranışların denetimi ve tespitine yönelik getirilecek bir yasaklamanın, genel, herkesi kapsayacak bir yasak olarak değerlendirilmesi, kanaatimizce isabetli olmayacağı gibi, bu yasaklama ile beklenen sonuçları da vermeyebilecektir. Örneğin, doğrudan işyerinde, üretim alanlarında, bilfiil işin başında olmayı gerektiren, emek yoğun işlerde iş saatleri içerisinde özel cep telefonu kullanılmasının iş görme yükümlülüğü ile olan ilişkisi daha net ve kolay tespit edilebilecek ve yasaklamaya yönelik işverence duyulacak ihtiyaç daha yoğun hissedilebilecektir. Buna karşılık, örneğin; işin gereği çok sık telefon kullanıldığı, işin ifası sırasında özel cep telefonu kullanımının beklenebileceği, iş organizasyonu içinde yer almakla birlikte çeşitli iletişim araçları kullanarak veya kullanmaksızın işin belirli bir işyerine bağlı kalmadan

ifa edilebileceği, çalışma saatlerinin başlangıç ve bitiş saatlerinin işçi tarafından belirlendiği kayan iş sürelerin veya günlük çalışma süresinin ne zaman başlayıp ne zaman biteceği yanında uzunluğunun da çalışan tarafından belirlendiği vasıflı kayan iş sürelerinin uygulandığı, bu anlamda bağımlılık unsurunun mevcut olmasına rağmen zayıfladığı benzeri durumların söz konusu olması halinde, özel cep telefonu kullanımının iş görme yükümlülüğü çerçevesinde veya denetim ve tespit maksatlı yasaklanabilmesi tartışmaya açık olduğu gibi aynı zamanda işverenlikçe böyle bir yasağa da ihtiyaç duyulması, pek olası görünmemektedir.

Özel cep telefonu kullanımının iş saatleri içerisinde yasaklanıp yasaklanamayacağı konusu, işçinin özel yaşam hakkı kapsamında iletişim hakkı ile de yakından ilgilidir. Öğretide konu bu açıdan ele alınarak şu görüşlere yer verilmiştir: "...Bu açıklamalar sonrasında, işyerinde işçiye hiçbir şekilde özel iletişim olanağı tanınmamasının özel yaşam hakkına, hukuka aykırı müdahale oluşturacağı açıktır. İletişimin bazı formlarının yasaklanması ise, tartışmaya açıktır. Bu noktada her olayın özellikleri gözetilerek karar vermek gerekir. Örneğin, telefona izin verilirken e-posta ya da cep telefonu kullanımının yasaklanması için dayanılacak neden en azından işçiden sadakat borcu kapsamında bu yasağa uymasını beklenebilir kılmalıdır. Örneğin, tezgahtar olarak çalışan bir işçiden müşterilerle ilgilenmesi gerektiği zaman diliminde, gerekli olduğunda (örneğin işyeri telefonundan) kendisine ulaşılabilmesini sağlamak kaydıyla, cep telefonunu kullanmamasını istemek bu çerçevede mümkün olabilir."<sup>36</sup>

İşçiye işyerinde hiçbir özel iletişim imkanının tanınmamasının, iletişim alanında özel yaşam hakkının ihlali doğuracağı, bu nedenle tüm iletişim imkanlarının yasaklanmasının mümkün olmayacağı şüphe götürmez olduğu gibi, böylesi bir yasaklamaya ihtiyaç da bulunmamaktadır. İşyerinde işçinin iletişim imkanının sınırlandırılması konusunda gözetilmesi gereken ve bu anlamda incelememize de temel teşkil eden husus, işçinin doğrudan iletişim hakkının hedef alınarak tüm iletişim kanallarından mahrum bırakılması olmayıp, burada önemli olan

husus, iş saatleri içerisinde, temel borç olan iş görme yükümlülüğünün, özen ve sadakat borcuna da uygun olarak, gereği gibi ve en yüksek verimlilikle yerine getirilmesini temin etmeye çalışmaktır. Bu çerçevede, kanaatimizce, iş saatleri içerisinde bazı iletişim kanallarının yasaklanarak bazılarının serbest bırakılması mümkün olup, bu bağlamda gerekli olduğunda kendisine ulaşılabilmesi ve kendisinin kullanabilmesine olanak tanınan bir işyeri telefonu bulunması şartıyla ve yapılan işe yönelik yukarıda belirttiğimiz koşulların da gözetilmesi suretiyle, iş saatleri içerisinde işçinin özel cep telefonu kullanımının yasaklanmasının mümkün olduğu düşünülmektedir. Ancak, bu noktada belirtmek gerekir ki, işyerinde özel cep telefonu kullanımına yönelik getirilecek herhangi bir sınırlama veya yasağın, eşit işlem borcuna aykırılık teşkil etmeyecek mahiyette olması gerekmektedir.

## DİPNOTLAR

- 1 Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 28., s.654-655.
- 2 Mollamahmutoğlu, s.255.
- 3 Süzek, s.211, 212.
- 4 Mollamahmutoğlu, s.256.
- 5 Mollamahmutoğlu, s.257.
- 6 Yargıtay 9.H.D.'nin 21.7.2009 tarih ve 2009/25521E., 2009/22333K sayılı Kararı için bkz. Başterzi, (Tebliğ), s.16., 10.H.D.'nin 21.7.2009 tarih ve 2009/25521E., 2009/22333K sayılı Kararı için bkz. Legal İHSGHD, Sayı 23, s.1255-1257.
- 7 Ertürk, s.87, bkz. dipnot 68'de belirtilen yazarlar.
- 8 Ertürk, s.92.
- 9 Süzek, s.214.
- 10 Yargıtay 9.H.D. 13.7.2009 tarih ve 2008/876E., 2009/20602K. sayılı Kararı, bkz. Başterzi'nin incelemesi ile birlikte, Sicil Dergisi, Mart 2010, Sayı 17, s.175-198., 9.H.D.'nin aynı mahiyetteki 22.02.2010 tarih ve 2008/10530 E., 2010/4617 K. sayılı Kararı, bkz.Haluk Hadi Sümer'in incelemesi ile, Sicil Dergisi, Eylül 2010, Sayı 19, s.63-73.
- 11 Yargıtay 9.H.D. 5.3.1981, 725/889, bkz. Ertürk, s.99, dipnot 107.
- 12 Akyiğit, s.433.
- 13 Okur, s.54.
- 14 Mollamahmutoğlu, s.443.
- 15 Mollamahmutoğlu, s.443.
- 16 Süzek, s.298, Yıldız, s.114.
- 17 Mollamahmutoğlu, s.444.
- 18 Yıldız, s.114.
- 19 Mollamahmutoğlu, s.454.
- 20 Süzek, 303.
- 21 Mollamahmutoğlu, s.454.
- 22 Mollamahmutoğlu, s.455.
- 23 Başterzi, s.188.
- 24 Mollamahmutoğlu, s.72, Süzek, s.71-73.
- 25 Başbuğ, s.9-10, Süzek, s.72, Mollamahmutoğlu, s.73.
- 26 Başbuğ, s.18.
- 27 Mollamahmutoğlu, s.74.
- 28 Süzek, s.346, 347.
- 29 Özgün, s.7.
- 30 [http://www.btk.gov.tr/Yayin/pv/ucaylik11\\_1.pdf](http://www.btk.gov.tr/Yayin/pv/ucaylik11_1.pdf).
- 31 Okur, s.47-48.
- 32 Demir, s.480, Kılıçoğlu-Şenocak, s.599.
- 33 Karar için bkz. Sicil Dergisi, Aralık 2009, Sayı 16. s.110-119, Yıldız'ın incelemesi ile birlikte.
- 34 Yargıtay 9.H.D. 15.10.2007 tarih ve 2007/16405 E., 2007/30241 K. sayılı Kararı.
- 35 Kılıçoğlu-Şenocak, s.597, Okur, s.54, 60.
- 36 Sevimli, s.197-198.

## KAYNAKÇA

- Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2008, 3.Bası.
- Sarper Süzek, İş Hukuku, 2008, 4.Baskı.
- Süleyman Başterzi, Yargıtay 2009 Yılı Kararları Değerlendirme Toplantısı "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi" Konulu Tebliğ (Tebliğ), "Avukatla Bağıtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", Sicil Dergisi, Mart 2010, sayı 17.
- Arzu Arslan Ertürk, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 2010
- Ercan Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 2.Baskı
- Zeki Okur, İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 2005, Cilt 8, Sayı 2.
- Gaye Burcu Yıldız, İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi, Sicil Dergisi, Aralık 2009, Sayı 16.
- Aydın Başbuğ, İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, 2008.
- Akif Özgün, Cep Telefonuna Yönelik Suçlar, 2009.
- Mustafa Kılıçoğlu-Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, 2008, Cilt 1.
- Ahmet Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, 2006.
- Fevzi Demir, Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İSGHD, 2006, Sayı 10.

**SİCİL dergisinin Mart '11 - 21. sayısında s. 153-164 arasında yayımlanan Sn. Prof. Dr. A. Can Tuncay'ın "Sendikalara İlişkin Son Kanun Taslağının Getirdikleri" başlıklı makalesinin teknik aksaklık nedeniyle yer verilemeyen dipnotları aşağıdaki gibidir.**

- 1 T. Dereli, Toplu İş Hukuku Mevzuatına Yönelik Değişikliklerin Değerlendirilmesi, MERCEK, Ocak 2011, Sayı 61, 29.
- 2 C. Tuncay, Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağının Getirdikleri, Legal İşHSGHD., Sayı 28, 2010, 1339 vd.
- 3 Aynı fikirde: M. Kutsal, 2821 sayılı Sendikalar K. ile 2822 sayılı TİSGLK.'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa Teklifi Hakkında Bir İnceleme, MESS Sicil, Eylül 2008, 77.
- 4 C. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010, 71.
- 5 Dereli, Değerlendirme, 29.
- 6 Bak. T. Dereli, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Perspektifiyle Türkiye'de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi, MESS Sicil, Haziran 2007, 90. Ayrıca bak. M. Gülmez, Sendikal Haklarda Uyum Sorunu, Belediye İş, Ankara 2006, 70.
- 7 Tuncay, Değerlendirme-Legal, 1342.
- 8 Kutsal, 2821 sK., 77.
- 9 M. Kutsal, ILO Uzmanlar Komitesi Raporunda (2005) Türk Mevzuatının 87 ve 98 sayılı Sözleşmeler Karşısındaki Durumu, MESS Sicil 2006, 93.
- 10 Bak. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 51.
- 11 Dereli, ILO Perspektifiyle, 97.
- 12 M. Sur, İş Hukuku, Toplu İlişkiler, 3. bası, Ankara 2009, 100; F. Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, 4. bası, İzmir, 2005, 33.
- 13 C. Tuncay, Anayasanın İş Hukukuna İlişkin Bazı Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, MERCEK, Temmuz 2010, 54.
- 14 Aynı fikirde: Dereli, Değerlendirme, 31.
- 15 Dereli, Değerlendirme, 31.
- 16 Dereli, aynı yer, 97. Nitekim İsveç, Almanya gibi ülkelerde aidatlar sendikalarca serbestçe belirlenir ve bir üst sınır yoktur. Bak. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 80.
- 17 Dereli, Değerlendirme, 32.
- 18 Tuncay, Toplu İş Hukuku, 81.
- 19 Yarg. 9. HD., 11.5.1998, E. 7300, K. 8735; 16.9.1999, E. 1446, K. 13694; HGK., 29.3.2000, E. 9-713, K. 222.
- 20 Dereli, ILO Perspektifiyle, 100.
- 21 Bak. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 61 vd.
- 22 Bak. Tuncay, Toplu İş Hukuku, 109 ve orada anılan yazarlar.
- 23 Tuncay, Değerlendirme-Legal, 1347. Aynı fikirde: Dereli, ILO Perspektifiyle, 99.
- 24 Tuncay, Toplu İş Hukuku, 123; Dereli, Değerlendirme, 36.
- 25 N. M. Selwyn, Selwyn's Law of Employment, 14th Ed. Oxford 2006, 556 vd.
- 26 Bak. Dereli, ILO Perspektifiyle, 102; M. Kutsal, Sözleşmeler Karşısında Durum, 95-96; Tuncay, Toplu İş Hukuku, 176.
- 27 Tuncay, aynı yer.
- 28 Gülmez, 73; Kutsal, Sözleşmeler Karşısında Durum, 95.
- 29 Aynı fikirde: Dereli, Değerlendirme, 38.
- 30 C. Tuncay, Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi, 56.



## En önemli kararınız için mortgage lideri Garanti'ye gelin.\*

Ev almak, hayatınızın en önemli kararı.  
Karar vermeden önce Türkiye'nin en çok  
mortgage veren bankasına sormalı.

\*BDDK tarafından yayınlanan Fintürk 2011, 1. çeyrek verilerine göre.

Garanti Şubeleri / 444 EVİM - 444 3846 / [garantimortgage.com](http://garantimortgage.com) / [mobile.garantimortgage.com](http://mobile.garantimortgage.com)

 **Garanti**  
Başka bir arzunuz?

  
**MORTGAGE  
UZMANI**



TÜRKİYE  
METAL SANAYİCİLERİ  
SENDİKASI

#### MERKEZ

Abidei Hürriyet Caddesi Mecidiyeköy Yolu No.268,  
MESS, 34381 Şişli / İstanbul  
Tel: (212) 232 01 04 Faks: (212) 241 76 19  
e-mail: mess@mess.org.tr - www.mess.org.tr

#### ANKARA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Beştepeler Mahallesi, Nergis Sokak, No.7 Kat.6 D.10-11  
Via Tower 06530 Söğütözü / Ankara  
Tel: (312) 219 10 80 (pbx) Faks: (312) 219 18 50  
e-mail: ankara@mess.org.tr - www.mess.org.tr

#### BURSA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Çekirge Caddesi No.101 İntam İş Merkezi  
Kat.4 D.401 16070 Bursa  
Tel: (224) 236 38 62 - 236 38 86 Faks: (224) 236 98 94  
e-mail: bursa@mess.org.tr - www.mess.org.tr

#### İZMİR BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Akdeniz Mahallesi, Şehit Fethi Bey Caddesi,  
No.55 Kat.6 Heris Tower 35210 Pasaport - Konak / İzmir  
Tel: (232) 482 25 70 - 484 03 18 Faks: (232) 484 45 80  
e-mail: izmir@mess.org.tr - www.mess.org.tr

ISSN 1300-8625