

siçil

İ Ş H U K U K U D E R G İ S İ

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 Şubersiz Vadeli Mevduat Hesabı açtırın,
hem avantajlı faiz oranlarından yararlanın
hem de zamandan kazanın.



SİCİL

İŞ HUKUKU DERGİSİ

Aralık '11 • Yıl 6 • Sayı 24

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
Av. Mete N. YORULMAZ
Av. Burak TÜRKMEN

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

29 Aralık 2011

M E S S

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası

Merkez Mahallesi
Geçit Sokak No: 2
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.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU

<i>Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları</i>	5
Prof. Dr. Sarper SÜZEK	
<i>Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması</i>	13
Prof. Dr. Tankut CENTEL	
<i>Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde "Esaslı Neden" Sorunu</i>	19
Prof. Dr. Savaş TAŞKENT	
<i>6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu</i>	31
Prof. Dr. Nüvit GEREK	
<i>Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkinde İşçinin</i> <i>Kişilik Haklarının Korunması</i>	40
Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN	
<i>6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin</i>	55
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	
<i>6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre İş Hukukunda İbra Sözleşmesi</i>	74
Prof. Dr. Murat ŞEN	
<i>6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı</i>	88
Prof. Dr. Hakan KESER	
<i>6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin</i> <i>Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış</i>	107
Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR	
<i>Hizmet Sözleşmesinin Devri (TBK. m. 429)</i>	114
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY	
<i>Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419</i>	120
Yrd. Doç. Dr. K. Ahmet SEVİMLİ	
<i>Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan</i> <i>Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi</i>	141
Utkan ARASLI	
6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU	
<i>Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi</i> <i>İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu – Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi</i>	154
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	
<i>İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu m. 147.f. 2-i</i> <i>Hükümünde Öngörülen "Sosyal Plan" Kavramı</i>	160
Arş. Gör. Gökmen GÜNDOĞDU / Arş. Gör. Hasan Ali KAPLAN	

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU*Sendikalar Kanunu Madde 32/3'e Göre Açılan Davaların**Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesinde Düzenlenen**Topluluk Davaları Bağlamında Değerlendirilmesi* 172

Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN

Belirsiz Alacak Davasındaki Belirsizlikler 177

Nurten FİDAN

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Ne Değişti? 189

Dr. Halil YILMAZ

Belirsiz Alacak Davası, Kısmi Davaya ve Tespit Davaları 207

Av. Orhan RÜZGAR



Yeni bir dönem mi yoksa kaos mu başlıyor?

Ülkemizde son dönemde gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketlerinin temelinde, esas itibariyle, küresel rekabet şartlarının getirdiği zorunluluklar bulunmaktadır. Tam üyelik müzakereleri yürütülen ülkemizdeki mevzuatın, AB müktesebatına uyumu da yapılan bu değişikliklerin bir diğer önemli sebebidir. Bu kapsamda çalışma yaşamını etkileyecek önemli bir adım atılarak yaklaşık 85 yıldır yürürlükte olan Borçlar Kanunumuzun yerine yeni Borçlar Kanunu kabul edilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Söz konusu Kanun'un içerdiği hükümler, özel hukuk ilişkilerini düzenleyen pek çok farklı kanunu etkilemekte, özellikle hizmet sözleşmelerine yönelik bölümlerinin çalışma hayatı bakımından taşıdığı özel önem nedeniyle söz konusu Kanun, temel kanun niteliğinde bulunmaktadır. Ancak yeni Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmeleri ile ilgili kısımlarının 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan benzer hükümler ile ilişkilendirilmemiş olması neticesinde adeta yeni bir iş mevzuatı yaratıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Günün ihtiyaçlarına cevap veremeyen diğer bir Kanun da 1956 yılında kabul edilen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ydu. Söz konusu Kanun, her ne kadar yürürlükte olduğu süre içerisinde çeşitli değişikliklere uğramış olsa da yetersiz kalmaktaydı. Ticaret mevzuatında AB müktesebatıyla uyumlu olmak durumunda bulunulması, öte yandan küreselleşmenin ve e-ticaretin yaygınlaşması neticesinde mevzuat değişikliğinin zorunlu hale gelmesiyle 1 Temmuz 2012 tarihi itibariyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi kabul edildi.

Zamana yenik düşen bir diğer kanun da

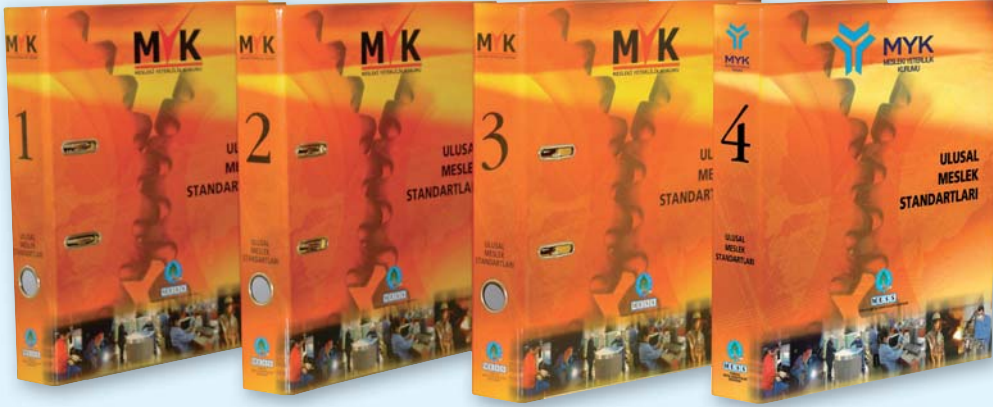
1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz olmuştur. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, beş yıl kadar süren hazırlık çalışmaları sonunda, 12 Ocak 2011 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilerek 4 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Söz konusu Kanun, 1 Ekim 2011 tarihi itibariyle de yürürlüğe girmiştir. Çok önemli olarak niteleyebileceğimiz değişiklikler getiren Kanun, özellikle iş yargılamasına yönelik değişikliklerle dikkat çekmektedir. Örneğin; Kanun'un ilgili maddesine göre "diğer kanunların sözlü yabut seri yargılama usulüne atıf yaptığı hâllerde, bu Kanunun basit yargılama usulü ile ilgili hükümleri uygulanır." hükmü gereğince, iş mahkemelerinde sözlü veya seri usule göre görülen davalar, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte bundan böyle basit usule tabi olarak görülmeye başlanmıştır.

Sicil dergimizin 24. sayısını, söz konusu üç kanunun çalışma hayatına ilişkin konu başlıklarının değerlendirildiği özel bir sayı olarak siz değerli okuyucularımızla buluşturuyouz.

Saygılarımla,
Av. İsmet Sipahi

Ulusal Meslek Standartları

Ulusal Meslek Standartları sektörün ihtiyacı olan nitelikli işgücüne erişimi hızlandıracak.



Metal Sanayisinde yeniliklerin öncüsü olan MESS, Mesleki Yeterlilik Kurumu'ndan (MYK) aldığı yetkiyle otomotiv ve metal sektörlerinde Ulusal Meslek Standartları'nı hazırlama görevini sürdürüyor. Hazırlanan Ulusal Meslek Standartları, AB normlarıyla uyumlu bir Ulusal Yeterlilik Sistemi'nin oluşturulmasında temel görevi üstlenecek.

Son olarak 20 Aralık 2011 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan İşletme Elektrik Bakımcısı Seviye 5 Ulusal Meslek Standardı ile bugüne kadar MESS tarafından hazırlanan toplam Ulusal Meslek Standardı sayısı 57'ye ulaştı. Sendikamız MESS, Ulusal Meslek Standartları'nın ulaşılabilirliğini artırmak ve arşivlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yayımlanan standartları ilgili tüm kurum ve kuruluşlar ile sosyal paydaşlara dağıttı. Sendikamızın, meslek standartlarının hazırlanması alanındaki çalışmalarını sektörün önde gelen temsilcileri olan üyeleri ile eşgüdümlü olarak sürdürüyor.



Yayın Talebi İçin

MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası İktisadi İşletmesi
Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL
Tel: (0212) 232 01 04 Faks: (0212) 241 76 19
e-posta: mess@mess.org.tr - www.mess.org.tr

Prof. Dr. Sarper SÜZEK

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları

1. İÇ YÖNETMELİKLER

1. Genel İş (İşlem) Koşulları ve İç Yönetmelik Kavramı

Sanayileşme ile birlikte işçi-işveren ilişkileri kitlesel bir nitelik kazanmıştır. Sanayileşmenin yarattığı kitlesel ilişkiler çalışma yaşamına yeknesak bir yapı kazandırma zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Günümüzde, özellikle büyük sanayi işletmelerinde birçok durumda her işçi ile ayrı ayrı çalışma koşullarının saptanması yerine, bu koşulların önceden hazırlanmış, genel ve yeknesak kurallara göre belirlenmesi yoluna gidilmektedir.¹

Genel iş koşulları kavramı, esas itibariyle işverenin tek taraflı olarak önceden genel ve soyut biçimde (iç yönetmelik, personel yönetmeliği vb. isimler altında) düzenlediği kurallar bütünü yanında yine işverenin çalışma süreci içinde tek taraflı davranışlarıyla oluşan işyeri uygulamalarını kapsamak üzere kullanılmaktadır.²

Genel iş koşulları genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümüdür. Bu nedenle, gerek genel işlem koşullarıyla ilgili esaslar ve 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun bu konuyu düzenleyen 20-25. maddeleri, gerek genel iş koşulları ve gerekse iç yönetmelikler ve tip (sözleşmeler) iş akitleri hakkında da geçerlidir.³

Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz."

Her ne kadar tanımda düzenleyenin tek başına hazırlamasından söz ediliyorsa da, anılan maddenin 3. fıkrasına göre "Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, on-

Toplu iş sözleşmesi taraflarınca düzenlenen iç yönetmelikler toplu iş sözleşmesinin kapsamına dahildir ve onun bir kısmını oluştururlar.

ları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”

İç yönetmelikler de, işverence *tek taraflı* olarak *önceden* hazırlanan, işyerinde uygulanacak *genel* ve *yeknesak* çalışma koşullarını içeren düzenlemelerdir. Bunlar, işyerinin bütününde veya bir bölümünde çalışma koşullarını, mevcut veya gelecekteki (azalıp çoğalabilecek) çalışanlar açısından, genel ve yeknesak bir biçimde belirlerler. İç yönetmelik, belirli bir sözleşme tarafı göz önüne alınmadan, tek taraflı olarak işverence hazırlanır. İşçi işe girerken bu çalışma koşullarını ya hiçbir değişiklik olmaksızın kabul etmek ya da sözleşme yapmaktan vazgeçmek durumundadır.⁴

Hukukumuzda işverenler bazı yabancı ülkeler hukuk sistemlerinden⁵ farklı bir şekilde, tek taraflı olarak *idarenin onayından geçirmeksizin* iç yönetmelik düzenleyebilecekleri gibi, böyle bir ihtiyaç duymadıkları takdirde iç yönetmelik hazırlamaktan kaçınmaları da mümkündür. Ülkemizde işverenlerce yaygın bir biçimde iç yönetmelikler (personel yönetmelikleri) hazırlanmakta ve işyerlerinde uygulanmaktadır. Bunun gibi, toplu iş sözleşmelerinin eki olarak iç yönetmeliklerin hazırlandığı sıkça görülmektedir.

İşverenler aşağıda belirtilen koşullara uygun olarak iç yönetmeliklerin içeriğini belirleyebilirler. Uygulamada, disiplin kuralları ve cezaları, iş sağlığı ve güvenliği kuralları, iş süreleri, fazla çalışmalar, genel tatil günlerinde çalışma, ücretlerin ödenme zamanı, avanslar, ek ödemeler, sosyal yardımlar vb. konuların iç yönetmeliklerde yer aldığı görülmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 399. maddesinde de işverenin yönetim hakkına giren konularda ve işçilerin itaat borcu ile ilgili olarak işverenin, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışları ile ilgili genel düzenlemeler yapabileceği ayrıca hükme bağlanmıştır.

Gerekli koşullar gerçekleştiği için bağlayıcı

cılık kazanan iç yönetmelikler *iş akdinin eki* niteliğindedir. İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasında da personel yönetmeliğinin iş akdinin eki niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiştir. Bunun gibi, toplu iş sözleşmesi taraflarınca düzenlenen iç yönetmelikler toplu iş sözleşmesinin kapsamına dahildir ve onun bir kısmını oluştururlar.⁶

İç yönetmeliklerle genel ve yeknesak kurallar öngörülmesi kuşkusuz işyerlerinde kimi işçilerle bireysel anlaşmalar yapılmasına, farklı iş akdi hükümleri getirilmesine, eşitlik ilkesine aykırı olmamak koşuluyla bir engel oluşturmaz. Tarafların iş akdinde farklı hususlar üzerinde anlaşmaları, iç yönetmelikteki ilgili kurallara geçerlilik tanımadıkları anlamına gelir. İş akitleriyle çelişen genel iş koşulları söz konusu hukuki ilişkide bağlayıcılık kazanamazlar.

2. İç Yönetmeliğin Koşulları

a) Açıkça Bilgi Verilmesi ve İşçinin Kabulü

Her ne kadar hukukumuzda işverenler idari onay söz konusu olmaksızın tek taraflı olarak iç yönetmelik (genel işlem koşulları) hazırlayabilirlerse de, bunun işçileri bağlayabilmesi ve geçerlilik kazanması için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Her şeyden önce Borçlar Kanunu'nun 21. maddesine göre “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.”

Görüldüğü gibi, iç yönetmeliğin bağlayıcılık kazanabilmesi için bu yönetmelik hükümleri yani genel iş koşulları hakkında *açıkça bilgi verilmesi*, bunun sözleşmenin *kurulması sırasında* yapılması ve işçinin bu koşulları *kabul etmesi* gerekir. Her şeyden önce iş akdi kurulduktan ve çalışma koşulları belirlendikten sonra işçinin aleyhine hükümler içeren bir iç yönetmelik, çalışma koşullarının tek taraflı olarak sonradan değiştirilmesi anlamına gelecek ve İş Kanunu'nun 22. maddesi ve değişiklik

feshi hükümlerine tabi olacaktır.

Bunun gibi, Borçlar Kanunu 21/1'de herhangi bir bilgilendirme değil "açıkça" bilgilendirme şart koşulmuştur. Bu nedenle işverenin işçiye iç yönetmelik hükümleri konusunda genel açıklamalar yapması yeterli değildir. İç yönetmelik hükümleri konusunda bilgilendirme hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde gerçekleşmelidir. Başka bir deyişle, işveren işçiye iç yönetmeliğin içeriğini öğrenme olanağını sağlayacak biçimde bilgilendirmiş olmalıdır.⁷ Bu itibarla, iç yönetmeliğin işyerinin herhangi bir yerinde asılmış olması, işçiye açıkça bildirilmiş sayılması bakımından yeterli değildir. Bunu sağlamanın en güvenilir yolu, genel iş koşullarını iş akdinin kurulması sırasında basılı bir metin olarak işçiye vermektir.⁸

Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrası gereğince genel işlem koşullarının (iç yönetmeliğin) geçerli hale gelmesi için işçi tarafından kabul edilmiş olması gerekir. İç yönetmelik hükümlerinin açıkça bildirildiğini ve işçi tarafından kabul edildiğini, her türlü delille ispat yükü işverene aittir. Bununla beraber, bu konuda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi için işçinin kabul beyanının yazılı olarak alınmasında yarar vardır. Nitekim, uygulamada bazı işyerlerinde iç yönetmelikler iş akdi yapılırken işçilere gösterilmekte, okutulmakta ve okuyup kabul ettiklerine dair yazılı belge alınmaktadır.⁹

İş akdinin kurulması sırasında iç yönetmelik kuralları hakkında işçiye açıkça bilgi verilmemiş ve onayı alınmamışsa Borçlar Kanunu 21/1 uyarınca bu hükümler *yazılmamış sayılır*. Diğer bir deyişle, söz konusu hükümler *geçersizdir* (kesin hükümsüzdür). Aynı şekilde, iç yönetmelikte iş akdinin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel iş koşulları da yazılmamış sayılır (BK. 21/2).

İş ilişkilerinde bu durumun gerçekleşme olasılığı düşük olmakla birlikte, sözleşmenin yapılması sırasında iç yönetmeliğin sadece bazı hükümleri yasaya uygun bir biçimde açıkça bildirilmiş ve işçi tarafından kabul edilmişse, bu hükümler geçerlidir. Çünkü Borçlar Kanunu 22'ye göre "Sözleşmenin yapılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri ge-

çerliliğini korur." Ayrıca aynı maddede Borçlar Kanunu 27/2'den farklı bir düzenleme getirilmiş ve işverenin (düzenleyenin), yazılmamış (geçersiz) sayılan hükümler olmasaydı diğer hükümlerle iç yönetmeliği yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği öngörülmüştür.¹⁰

Borçlar Kanunu'nun 23. maddesinde iç yönetmeliklerin (genel işlem koşullarının) yorumlanmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, iç yönetmelikte yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, işverenin (düzenleyenin) aleyhine ve işçinin (karşı tarafın) lehine yorumlanır.

b) Normlar Hiyerarşisine Uygunluk

İç yönetmelik hükümleri iş akdinin bir parçası olmaları, hukuki ilişkinin kurulmasıyla sözleşmenin içeriği haline gelmeleri nedeniyle normlar hiyerarşisinde iş akdi hükümlerinde farklı bir yer tutmazlar.¹¹ Bu itibarla, iç yönetmelikler kaynaklar hiyerarşisinde yasaların ve toplu iş sözleşmelerinin altında yer alırlar.

Ancak "mutlak emredici" hükümlerin aksi kararlaştırılmayıp, "nispi emredici" hükümlerin işçi yararına değiştirilmesi mümkün olduğundan, iç yönetmeliklerde nispi emredici yasa hükümlerini işçi lehine değiştiren kurallar yer alabilir. Nitekim Yargıtay da "İşyeri iç yönetmeliği, iş sözleşmesinin eki niteliğindedir... iş sözleşmeleriyle işçi yararına olmak üzere kanunda öngörülenden daha fazla hak tanınmasına bir engel bulunmamaktadır." anlatımına yer vermek suretiyle bu görüşü paylaşmaktadır.¹² Aynı şekilde, iç yönetmeliklerde işçi lehine olmak koşuluyla toplu iş sözleşmesine aykırı hükümler de getirilebilir (TSGLK 6/2).¹³

c) İçerik Denetimi

Hukukumuzda bazı hukuk sistemlerinden farklı olarak iç yönetmeliklerin bir idari makamın (Çalışma Bakanlığı'nın) onayına gerek olmaksızın işverence tek taraflı olarak hazırlanmaları, bu yönetmeliklerin işverenin çıkarına hizmet eden bir hukuki araç olup olmadığı tartışmasını gündeme getirir. Öğretide, işverenin iç yönetmeliği düzenlerken kendi lehine genel iş koşullarını empoze edebileceği, ekonomik

gücünü ve bilgi yönünden üstünlüğünü kendi çıkarı doğrultusunda kullanabileceği, buna karşılık işçinin ne ayrıntılı düzenlemeleri anlayıp değerlendirme yeteneğinin ne de iç yönetmelik hükümlerini tartışma olanağının bulunduğu, bu nedenle iç yönetmeliklerin sadece işverenlerin çıkarına hizmet ettiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, işveren bu yolla klasik sözleşme mekanizmasından beklenen tüm işlevleri bertaraf etme olanağını elde etmektedir.¹⁴

Bu sakıncanın giderilebilmesi Alman Hukuku'nda olduğu gibi genel iş koşullarının (iç yönetmeliklerin) yargı organı tarafından içerik denetimine tabi tutulması ile mümkündür. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden işyeri iç yönetmeliklerinin içerik denetimine tabi tutulup tutulamayacağı, bu konuda açık bir pozitif dayanak bulunmadığından öğretide tartışma konusuydu.¹⁵ Yeni Borçlar Kanunu'nun 25. maddesinde "İçerik denetimi" başlığı altında bu konuda açık bir düzenleme getirilmiştir. Anılan düzenlemeye göre "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz." genel hükümlerde yer alan bu düzenlemenin işyeri iç yönetmeliklerine de uygulanacağı kuşkusuzdur.

Geniş anlamda içerik denetimi, sözleşme hükümlerinin emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olup olmadığını sorgulayan denetimdir (BK. 27). Dar anlamda içerik denetimi ise, emredici kurallara, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olmamakla birlikte, bir tarafın aleyhine tek taraflı hazırlanmış, *dürüstlük kurallarına aykırı* bir şekilde taraflar arasındaki *menfaat dengesini aşırı ölçüde bozan* sözleşme hükümlerinin ve genel işlem koşullarının (iç yönetmeliklerin), hukuk kurallarına ve sözleşmenin doğasına uygun hak ve yükümlülükler dengesine uygunluk açısından denetlenmesidir. Başka bir anlatımla, içerik denetimi, sözleşme adaletini sağlamak, sözleşme özgürlüğünü gerçek anlamda yaşama geçirebilmek amacıyla, yasanın kabul ettiği değer ölçütlerini göz önünde tutarak sözleşme (iç yönetmelik) hükümlerinin yerindeliğini denetler.¹⁶

Borçlar Kanunu'nun 25. (ve 21/2.) maddesi

uyarınca iç yönetmelikte dürüstlük kurallarına aykırı, taraflar arasında bulunması gereken menfaat dengesini aşırı bozan, işçinin durumunu ağırlaştıran hükümler yargıç tarafından içerik denetimine tabi tutulabilir. Bu özellikleri taşıyan hükümler "sözleşmenin niteliğine" aykırı (yabancı) olduğundan Borçlar Kanunu m. 21/2 uyarınca yazılmamış sayılır, diğer deyişle geçersizdir. Ancak buradaki geçersizlik yukarıda da belirtildiği gibi kısmi geçersizliktir (BK. 22).^{17, 18}

3. İç Yönetmeliğin Değiştirilmesi ve Uygulanmaması

İşveren yasaya uygun bir biçimde bağlayıcılık kazanan iç yönetmelik hükümlerinde *işçi aleyhine esaslı değişiklik* yapamaz veya bu hükümlerin uygulanmasına son veremez. İş Kanunu'nun 22. maddesi gereğince "İşveren ... iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği (ile) ... oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz." Yazılı değişiklik önerisi işçi tarafından kabul edilmediği takdirde işveren ya bu değişikliği yapmaktan vazgeçmek ya da iş akdini bildirim sürelerine uyararak feshetmek (değişiklik feshi) zorundadır (İK. 22).¹⁹ Bu durumda da iş akdinin işverence süreli feshine ilişkin hukuki sonuçlar doğar (İK. 17, 18 vd.).²⁰

İç yönetmelikte, işverene bu yönetmelik hükümlerini sonradan tek taraflı olarak işçi aleyhine değiştirme yetkisi veren *değişiklik kayıtları* da yazılmamış kabul edilir. Borçlar Kanunu'nun 24. maddesine göre "Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yapılmamış sayılır."

Diğer yandan, iş akdinin eki niteliğini taşıyan iç yönetmelik hükümleri *uygulanmazsa* işçi her şeyden önce İş Kanunu'nun 24. maddesinin II/f bendi gereğince iş akdini haklı nedenle feshedebilir. Çünkü anılan bende göre

“çalışma şartları uygulanmazsa” işçi haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir. Bu durumda iş akdinin işçi tarafından haklı nedenle feshinin hukuki sonuçları doğar. İç yönetmeliğin uygulanmaması bu yönetmeliğin işverence tek taraflı değiştirilmesi anlamına da gelir. Bu nedenle, iç yönetmeliğin uygulanmaması ancak işverence İş Kanunu m. 22'ye uyulmak suretiyle gerçekleştirilebilir.

Ayrıca belirtelim ki, işçinin iç yönetmelik hükmünün değiştirilmesine veya uygulanmamasına itiraz etmemesi, bu yönde işçi aleyhine bir işyeri uygulamasının (iş şartının) oluşumuna yol açmaz. Yüksek mahkemenin bu yöndeki kararı uyarınca “Personel yönetmeliğinin değiştiği ve bu değişikliğin işçiye bildirildiği konusunda herhangi bir bilgi dosya içeriğinde bulunmamaktadır. Ücret zammının 2 yıllık süreç içerisinde ödenmemesi adı geçen yönetmelik dikkate alındığında iş şartı haline gelmez.”²¹

II. İŞYERİ UYGULAMALARI

1. İşyeri Uygulaması Kavramı

İşçi ile işveren arasında çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında yer alan işyeri uygulamaları iş hukukunun kendine özgü kurumlarından birini oluşturur. İşyeri uygulamaları da genel iş koşulları çerçevesinde yer alır. İşyerinde genel ve yeknesak bir çalışma düzeninin kurulması iç yönetmelikler yanında işyeri uygulamaları ile de sağlanabilir.

İşyeri uygulaması işyerinde bazı *fiili davranışların tekrarlanmasıyla* ortaya çıkar.²² İşveren tarafından başlangıçta yasal veya akdi bir zorunluluk olmaksızın bir menfaatin *tek taraflı* olarak devamlı şekilde ve aynı koşullarda sağlanması halinde, işçilerin de zımni kabulleriyle *iş akdi hükmü* (iş şartı) haline gelen bir işyeri uygulaması oluşur. İşyeri uygulaması iş akdinin içeriği durumuna geldiğinden bağlayıcılık kazanır. İşverenin bu uygulamayı yaparken bunun gelecekte bağlayıcı olmasını gerçekten düşünmüş ve istemiş olması aranmaz. İşçilerin, işverenin davranışından böyle bir isteği olduğu sonucunu, *dürüstlük kurallarına* uygun olarak çıkarmış bulunmaları yeterlidir.^{23, 24}

İşyeri uygulamaları ile ilgili birçok örnek

verilebilir. İşyeri iç yönetmeliğinde, iş akdinde veya toplu iş sözleşmesinde bulunmayan ve işverence tek taraflı başlatılan bir uygulama olarak işçilere ikramiye verilmesi, lojman, giyecek ve yakacak yardımı gibi ek sosyal yardımlar sağlanması, doğum, evlenme, hastalık, ölüm gibi hallerde parasal yardımda bulunulması, yolda geçen süreler için ücret ödenmesi, yasa da öngörülenden daha uzun yıllık ücretli izin süreleri verilmesi vb. bu konuda örnek olarak sayılabilir.

Yargıtay da belirli koşulların varlığı halinde işyeri uygulamalarının iş akdi hükmü haline dönüştüğü görüşünü benimsemiştir. Yüksek mahkeme bir kararında şu sonuca varmıştır: “Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının öteden beri uygulanmakta olan ikramiye alacağı iş şartı haline geldiğinden), işverenin tek taraflı olarak işçinin bu alacağından indirim yoluna gitmesi davacı işçinin ücretinde bir eksilme oluşturacaktır. Dolayısıyla davacının feshi haklıdır.”²⁵ Bunun gibi, yine yüksek mahkeme, davalı belediyenin işçilerine uzun süre ucuz tarifeli (% 50 indirimli) elektrik vermesinin, iş akdinin ücrete ilişkin bir hükmü haline geldiğini, belediyenin tek taraflı bir irade ile iş akdini ihlal edemeyeceğini hüküm altına almıştır.²⁶

2. İşyeri Uygulamasının Koşulları

Bir genel iş koşulu haline gelmiş ve iş akdi hükmüne dönüşmüş işyeri uygulamasından söz edebilmek için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir.²⁷ Her şeyden önce bu uygulamanın *genel* nitelik taşıması zorunludur. İşverence edimin tek taraflı olarak tüm işçilere veya işçilerin belirli bir bölümüne sağlanması ve böylece işyerinin bütününde ya da belirli bölümlerinde genel ve yeknesak bir çalışma düzeninin kurulması gerekir. Gerçekten, işverenin örneğin vasıflı bir işçisine tek taraflı olarak bazı hakları vermesi halinde bu işçi ile arasında zımni bir iş akdi hükmü oluşabilir. Ancak bu uygulama genellik vasfı taşımadığından bir genel iş koşulu ve işyeri uygulaması niteliği kazanamaz. Söz konusu işçi işyerinden ayrıldığında işveren onun yerine işe aldığı işçiye aynı hakları uygulamak zorunda değildir. Oysa, genel iş koşulları (işyeri uygulamaları) çalışma koşullarını, be-

İşveren işçilere belirli bir süre tek taraflı bir ödemede bulunmakla birlikte, bu uygulamadan vazgeçme hakkını saklı tutmuş ise, gelecek yıllarda bu ödemeyi yapmakla yükümlü sayılmaz.

lirli bir sözleşme tarafı göz önüne alınmadan, azalıp çoğalabilecek, çalışanlara uygulanacak şekilde genel ve yeknesak olarak belirlenir.

Ayrıca, ödeme *devamlı* olduğu, diğer deyişle uygulama belirli bir süre tekrarlandığı takdirde bağlayıcı bir işyeri uygulamasının doğduğu kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay bir kararında işçilere sadece 1997 yılında karlılık durumuna göre ikramiye verildiğini, 1998 yılı için ise işverence değerlendirme yapılmakta olduğunu, bu durumda işyerinde devamlılık arz eden ve işyeri uygulaması haline gelen bir ikramiye ödemesinin olmadığını isabetli olarak hükme bağlamıştır.²⁸

Bir işyeri uygulamasının oluşması için uygulamanın kaç kez tekrarlanması gerektiği konusunda kesin bir ölçü verilemez. Ancak bunun, olayın özelliğine göre uygulamanın işyerinde mutad bir davranış haline geldiğini, gelecekte de yapılacağını, işçilerin dürüstlük kuralına göre çıkarmalarına yetecek bir süre olması gerekir. Yüksek mahkeme, ikramiyenin üç yıldan fazla ödenmesi halinde bir işyeri uygulamasının oluştuğunu ve işçinin bundan sonra ikramiyenin aynı koşullar altında ödenmesi yolunda bir talep hakkının doğduğunu kabul etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu konuda şu görüşe yer vermiştir: "Bu beyanlardan yazılı belge olmasa da ikramiye ödemesinin işyerinde gelenek haline geldiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, işyerinde 3 yıldan fazla ikramiye ödemesi verilmesi halinde bu hususun artık işyeri şartı haline geldiği gözetilip, bozma kararına uyularak ikramiye alacağının hesaplanması ... gerekir."²⁹

Bundan başka, kural olarak edimin *aynı koşullarla* sağlanması da işyeri uygulamasının meydana gelmesinde önem taşır. Ancak bu ko-

şulun çok katı bir biçimde uygulanması isabetli olmaz. İşverence aynı nedene bağlı olarak yıllar içinde devamlı bir ödeme yapılmışsa, bazı yıllar bu ödemenin tutarının farklı olması işyeri uygulamasının oluşmadığı anlamına gelmez. Önemli olan yön, aynı davranışın aynı nedenler karşısında tekrarlanmasıdır. Bu itibarla, işveren tarafından tek taraflı olarak bir edimin sağlanması yönünde devamlı bir uygulama oluşmuş ancak edimin tutarı konusunda henüz belirgin bir ilke ortaya çıkmamışsa, miktarın hakkaniyete göre belirlenmesi gerekir.³⁰

Buna karşılık, ödeme devamlı olarak her yıl aynı tutarda veya aynı hesap yöntemiyle yapılmışsa, bir süre sonra işyeri uygulamasının o miktar üzerinden oluştuğu veya aynı hesap yöntemine göre yapılması gerektiği sonucuna varılmalıdır. İşverenin izleyen yıl ikramiyeyi eksik ödemesi halinde, işçiler işyeri uygulaması olarak istikrar kazanan ikramiye miktarını isteyebilirler.

İşverenin bu ödemeyi belirli *koşulların* (örneğin işe devam veya verimlilik gibi) *gerçekleşmesine* tabi tutmuş olabilir. Bir ödemenin işverence salt belirli bir koşula bağlanması olgusu işyeri uygulamasının oluşumuna engel olmaz. Yıllar içinde devamlı bir uygulama sonucu, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde belirli bir ödemenin yapılacağını işçiler dürüstlük kuralı gereği beklemekte haklı iseler, bu koşul gerçekleştiği takdirde söz konusu ödemeyi talep edebilirler.³¹

Buna karşılık, işveren işçilere belirli bir süre tek taraflı bir ödemede bulunmakla birlikte, bu uygulamadan *vazgeçme hakkını* saklı tutmuş ise, gelecek yıllarda bu ödemeyi yapmakla yükümlü sayılmaz. Çünkü, vazgeçme hakkının veya ödemeyi yapıp yapmama serbestisinin saklı tutulduğu hallerde gelecek açısından bir bağlayıcılık doğmaz.³²

Bunun gibi, işverence hata sonucu verilen haklar, uzun bir zaman süreci içinde uygulamaya konu olsalar da, bir işyeri uygulamasının oluşmasına yol açmazlar.³³ Yargıtay da toplu iş sözleşmesinin yanlış uygulanmasından bir iş şartının oluşmayacağını belirtmek suretiyle aynı sonuca varmaktadır.³⁴ Aynı şekilde işverence işçilere bazı konularda gösterilen hoş-

İşçilerin rızası olmaksızın işverence işyeri uygulamasında esaslı değişiklik yapılması veya bu uygulamaya son verilmesi halinde İş Kanunu 22'deki değişiklik feshi hükümleri veya İş Kanunu 24/II, f'de öngörülen hukuki sonuçlar doğar.

görünün (örneğin işe gecikmeler veya verilen bazı zararlara göz yumulması) de bir işyeri uygulamasına yol açmayacağı kabul edilmelidir.³⁵

İşyeri uygulamaları işçilerin zımni kabulüyle iş akdi hükmü haline geldiğinden kaynaklar hiyerarşisinde iş yasalarının emredici hükümlerinin ve toplu iş sözleşmelerinin altında yer alırlar. Bu nedenle, işyeri uygulamaları ile yasalara ve toplu iş sözleşmelerine göre ancak işçi lehine çalışma koşulları oluşturulabilir. İş yasalarının emredici kurallarına ve toplu iş sözleşmelerine aykırı işçi aleyhine işyeri uygulamaları geçersizdir.³⁶ İşçiler bunların yerine yasa veya toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını talep edebilirler.

3. İşyeri Uygulamasının Değiştirilmesi ve Uygulamaya Son Verilmesi

İç yönetmelikte yapılacak değişiklikte olduğu gibi "İşveren ... işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz." (İK 22/1). Aynı şekilde, işyeri uygulaması sonucunda oluşan bir hakkın ödenmemesine işçinin itiraz etmemesi nedeniyle söz konusu hakkın ödenmeyeceği yolunda bir işyeri uygulamasının oluştuğu kabul edilemez.

Nitekim Yargıtay da isabetli olarak bu yönde karar vermiştir: "İşyerinde ikramiye uygulamasının mevcut olduğu ... buna rağmen davacıya dava konusu dönemlerle ilgili ikramiye ödemesi yapılmadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme ikra-

miye ödenmemesinin işyeri uygulaması haline geldiği gerekçesiyle ikramiye alacak isteğini reddetmişse de ... işçilerin rızası dışında yapılan uygulamanın işyeri şartı haline geldiğini de kabul etmek mümkün değildir. Nitekim 4857 sayılı Yeni İş Kanunu'nun 22. maddesindeki düzenleme de bu yoldadır."³⁷

İşçilerin rızası olmaksızın işverence işyeri uygulamasında esaslı değişiklik yapılması veya bu uygulamaya son verilmesi halinde İş Kanunu 22'deki değişiklik feshi hükümleri veya İş Kanunu 24/II, f'de öngörülen hukuki sonuçlar doğar.³⁸

DİPNOTLAR

- 1 N. CATALA, L'entreprise, Droit du travail, T.VI, Paris 1980, 200. J. RIVERO-J. SAVATIER, Droit du travail, éd.12, Paris 1991, 174. M. P. SOYER, Genel İş Koşulları, İzmir 1987, 25-27, 221. S. SÜZEK, İş Hukukunda İç Yönetmelikler, AÜHFD, 1995, Ankara 1996, 183 vd.
- 2 SOYER, Genel İş Koşulları, 221.
- 3 Borçlar Kanununda düzenlenen genel işlem koşulları hakkında bkz. A. M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.14, Ankara 2011, 108 vd. HATEMİ-GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İstanbul 2011, 61 vd.
- 4 SOYER, Genel İş Koşulları, 30-32, 36. Ö. EYRENCİ-S. TAŞKENT-D. ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, B.4, İstanbul 2010, 28.
- 5 Yabancı ülkeler hukukunda işverenin iç yönetmelikleri düzenleme serbestisine getirilen yasal sınırlamalar için bkz. W. HUG, Commentaire de la loi fédérale sur le travail, Berne 1971, 287 vd., 307 vd. F. VİSCHER, Le contrat de travail (Tr. M. Sudan), Traité de droit privé suisse, Vol. VII, T.I, 2, Fribourg 1982, 23-24. M. REHBİNDER, Droit suisse du travail (Tr. B. Schneider), Berne 1979, 201-202. A. COEURET-B. GAURIAU-M. MINÉ, Droit du travail, Paris 2006, 74 vd. J. L. DUC-O. SUBİLİA, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 1998, 136-137. B. TEYSSİÉ, Droit du travail, 1, Relations individuelles de travail, éd.2, Paris 1992, 73. CATALA, 204 vd. RIVERO-SAVATIER, 175-177. S.SÜZEK, İş Hukukunun Genel Esasları, Ankara 1998, 65.
- 6 J. M. VERDIER - A. COEURET - M. A. SOURİAC, Droit du travail, éd. 12, Paris 2002, 21. T. ESENER, İş Hukuku, B. 3, Ankara 1978, 73. M. EKONOMİ, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987, 30. E. AKYİĞİT, İş Kanunu Şerhi, C. I, B. 3 Ankara 2008, 53. Ş. ÇİL, İş Kanunu Şerhi, C. II, 1575. SOYER, Genel İş Koşulları, 71-72. SÜZEK, İç Yönetmelikler, 184-185, 187-188. EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, 28.
- 7 KILIÇOĞLU, 115. HATEMİ-GÖKYAYLA, 61-62.
- 8 DUC-SUBİLİA, 136. SOYER, Genel İş Koşulları, 78.
- 9 M. EKONOMİ, Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 1984, İstanbul 1986, 62. SOYER, Genel İş Koşulları, 78 vd.
- 10 KILIÇOĞLU, 117-118. HATEMİ-GÖKYAYLA, 63.

- 11 G. H. CAMERLYNCK, Le contrat de travail, Droit du travail. T. I, éd. 2, Paris 1982, 41. SOYER, Genel İş Koşulları, 87, 91.
- 12 Y. 9. HD., 22.2.1971, 384/2367, İHU, İŞK. 9, No. 1.
- 13 CATALA, 206-207. CAMERLYNCK, 42. TEYSSİÉ, 73. HUG. 306-307. REHBİNDER, 201. Ü. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, I, Ferdi İş İlişkileri, B. 3, İzmir 1998, 32-33. SÜZEK, İş Hukukunun Genel Esasları, 70.
- 14 SOYER, Genel İş Koşulları, 38-41 ve orada anılan Alman ve İsviçre öğretisine mensup yazarlar.
- 15 M. P. SOYER, Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, 263-267. M. ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, 292 vd., 302 vd., 309 vd. Y. ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, 191 vd. K. DOĞAN YENİSEY, İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, 1191. H. LAÇİNER, Die Änderung von Arbeitsbedingungen im Türkischen und Deutschen Arbeitsrecht, Hamburg 2004, 67 vd., 73-76. S. SÜZEK, Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, 2006/I, 21-22. G. BAYCIK, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, 207 vd., 212.
- 16 ALP, 302-303.
- 17 KILIÇOĞLU, 117. HATEMİ-GÖKYAYLA, 62-63. BAYCIK, 213-216.
- 18 Alman Medeni Kanununda (BG B § 305 c), genel işlem koşullarını hazırlamamış olan taraf için son derece mutad dışı (alşılmadık) olan ve katlanılması beklenilmez nitelik taşıyan hükümlerin yazılmamış sayılması konusunda bkz. HATEMİ-GÖKYAYLA, 62.
- 19 Yüksek mahkemenin bu yöndeki bir kararı için bkz. Y. 9. HD., 6.11.2006, 20021/29320, İHSGHD, 14, 758-759.
- 20 İsviçre hukukunda iç yönetmeliğin değiştirilmesi konusunda bkz. D. AUBERT La modification du contrat de travail et plus spécialement du règlement d'entreprise, Panaroma en droit du travail, Berne 2009, 21-35.
- 21 Y. 9. HD., 18.2.2008, 9794/1303, İHSGHD, 18, 719-720.
- 22 SOYER, Genel İş Koşulları, 41, 44, 92.
- 23 J. PÉLISSIER-A. SUPİOT-A. JEAMMAUD, Droit du travail, éd. 24, Paris 2008, 123. A. MAZEAUD, Droit du travail, Paris 2008, 38 vd. CAMERLYNCK, 40. TEYSSİÉ, 70. N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, B. 23, İstanbul 2010, 112-114. S. SÜZEK, İşyeri Uygulamaları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 152. A. N. AKTAY-K. ARICI-KAPLAN, E.T.S.: İş Hukuku, B.3, Ankara 2009, 52-53. EKONOMİ, İş Hukuku, 28-29. KŞZ. SOYER, Genel İş Koşulları, 92 vd., 108 vd., 114 vd. ALP, 216-217.
- 24 İşyeri uygulamalarının "işyeri ile sınırlı örf ve adet kuralı" sayılmasının (CAMERLYNCK, 39, TEYSSİÉ, 69 vd., RİVERO-SAVATİER, 64) uygun olmayacağı görüşü için bkz. S. SÜZEK, İş Hukuku, Genel Esasları-Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş B. 4, İstanbul 2008, 70-71.
- 25 Y. 9. HD., 28.1.2003, 12289/845, ÇT, 1, 174. Aynı yönde, Y. 9. HD., 17.3.1976, 6460/9400 ve EKONOMİ'nin incelemesi, İHU, İŞK. 14, No. 7.
- 26 Y. 9. HD., 27.12.1971, 20347/34628, İş ve Huk., Mayıs 1972, 27.
- 27 İşyeri uygulamasının ortaya çıkabilmesinin koşulları hakkında geniş bilgi için bkz. G.COUTURIER, Droit du travail, I, Les relations individuelles de travail, éd. 2, Paris 1994, 64-65. CAMERLYNCK, 39-40. TEYSSİÉ, 69-70. RİVERO-SAVATİER, 64. EKONOMİ, İş Hukuku, 28-29, ESENER, 27. ÇELİK, 112. EYRENCİ-TAŞKENT-ULUCAN, 28-29. SÜZEK, İşyeri Uygulamaları, 152-154. SOYER, Genel İş Koşulları, 43-44.
- 28 Y. 9. HD., 12.10.1999, 12910/15778, Çimento İşv., Ocak 2000, 29-30. Aynı yönde, Y. 9. HD., 20.2.2003, 14254/2020 ve GÜLER'in incelemesi, Kamu-İş, 2004, S. 3, s. 111-128.
- 29 YHGK, 5.2.2003, 9-11/54, İHSGHD, 2, 622-624. Fransız Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal İş Mahkemesinin ikramiyenin üç yıl üst üste verilmesi halinde işyeri uygulamasının oluştuğuna ilişkin kararları için bkz. Soc. 3 Juin 1971. Bull. civ. V, 340, No. 405, TEYSSİÉ, 69, dn. 168. SOYER, Genel İş Koşulları, 43, dn. 98. ÇELİK, 113, dn. 18. EKONOMİ, İş Hukuku, 29, dn. 87.
- 30 SOYER, Genel İş Koşulları, 43-44 ve dn. 100.
- 31 Aksi yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 9. HD., 7.8.1969, 5672/8170, MESS, 1.2.1970.
- 32 SÜZEK, İşyeri Uygulamaları, 154. SOYER, Genel İş Koşulları, 46.
- 33 P. POCHE, Les usages d'entreprise, Les arrêts fondamentaux du droit du travail, Paris 2006, 25-42. COUTURIER, 65. RİVERO-SAVATİER, 64. TEYSSİÉ, 69. ÇELİK, 115.
- 34 Y. 9. HD., 18.2.1977, 1660/3029 ve EYRENCİ'nin incelemesi, İHU, TSGLK. 3, No. 6. Y. 9. HD., 20.4.1995, 18/13867, TÜHİS, Mayıs 1995, 51.
- 35 COUTURIER, 65. RİVERO-SAVATİER, 64. TEYSSİÉ, 70. POCHE, 28.
- 36 Bu yöndeki bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 9. HD., 27.6.2006, 11382/18958, ÇT, 12, 296-298.
- 37 Y. 9. HD., 27.9.2004, 5272/20002, İHSGHD, 6, 783-784. Yüksek mahkemenin aksi yönde bir kararı için bkz. Y. 9. HD., 15.10.2010, 37043/29213, İHSGHD, 29, 2011, 195.
- 38 Buna karşılık, Fransız hukukunda işyeri uygulamalarının her işçiye ayrı ayrı ve işyeri işçi temsilcilerine de bildirilmek suretiyle sona erdirilebileceğine ilişkin görüşler ve yargı kararları için bkz. POCHE, 30 vd., 40 vd.

Prof. Dr. Tankut CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması

1. Genel Olarak

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu [TBK]¹; iş ilişkisinde işçinin kişiliğinin korunmasını, onun anayasal güvence altındaki maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (Ay. m. 17/I) çerçevesinde ele almıştır. Nitekim, TBK m. 417; genel olarak, işçinin maddi ve manevi varlığının her tür taciz ile mesleki tehlikeye karşı korunması için, işverene önlem alma yükümünü öngörmüştür. Buna göre, işyerinde işçinin sağlığının ve güvenliğinin (yani, onun yaşamının, sağlığının ve bedeni bütünlüğünün) sağlanması için, işverene getirilen iş kazası ve meslek hastalığına karşı önlem alma zorunluluğunun, salt maddi varlığın korunması olarak ele alınmaması gerekmektedir.

Bu bağlamda, tacizin maddi varlığa karşı da ortaya çıkabilmesine karşın esas olarak işçinin manevi varlığına (ruh haline) yönelmesi nedeniyle; işçinin maddi ve manevi varlığın

korunması konusunda, onun (yaşamı, sağlığı ve bedeni bütünlüğü bakımından) karşılaşacağı mesleki tehlikelerin yanı sıra, tacizlere karşı korunmasının da, bir bütün içinde ve hep birlikte, işçinin kişiliğinin korunması çerçevesinde düşünülmesi gerekmektedir. Değişik bir söyleyişle; tacize karşı sağlanacak korumanın, mesleki tehlikelere karşı öngörülen korumadan ayrı düşünülmesi, hukuken olanaklı değildir. Tüm bu koruma bütününe de, kişinin maddi ve manevi varlığını, yani kişiliğini koruma ve geliştirme hakkı çerçevesinde biçimlendiği görülmektedir.

Bu bakımdan, genel olarak işçinin kişiliğinin korunması konusunda, aşağıda ilkin, işçiyi tacize karşı koruyacak bir düzenin oluşturulması için TBK m. 417'de öngörülen koruma mekanizması ve sonra da, mesleki tehlikelere karşı yine TBK m. 417'de işverene getirilmiş, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümü irdelenecektir.

Diğer yandan, işçinin kişiliğinin korunması sorununun; TBK m. 417'deki düzenlemeyle tü-

ketilmediği ve kişisel verilerin usulüne (hukuka) uygun biçimde kullanımının da, yukarıda belirtilen korumayla yakın ilişki içinde olduğu ve birlikte düzenlendiği izlenmektedir. Ancak, işçinin kişiliğinin korunması, aşağıda sadece genel olarak irdeleneceği için, yapılacak açıklamalarda TBK m. 417'nin çizmiş bulunduğu çerçeveye sınırlı kalınacaktır.

II. İşyerinde Tacize Karşı Sağlanacak Düzen

1. Öngörülen Koruma

TBK m. 417/I, “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” hükmünü taşımaktadır.

Bu anlamda, BK'nın daha önce psikolojik (mobbing) ve cinsel tacizleri özel olarak ele almamış bulunması karşısında içinde bulunulan dönemde genel hükümlere göre bir sonuç varıldığından, tacizlere ilişkin özel hüküm olarak TBK m. 417/I hükmünün, “ileri hüküm” biçiminde nitelendirilmesi olanaklıdır. Nitekim, her ne kadar TBK m. 417'ye ilişkin madde gerekçesinin hemen başında, “818 sayılı Borçlar Kanununun 332'nci maddesini karşılamaktadır.” deniliyorsa da; en azından, TBK m. 417'nin ilk fıkrasını karşılayacak bir hükmün, BK m. 332'de yer almadığı açıktır.

2. Korumanın Kapsamı

İşçinin işyerinde karşılaşılabileceği taciz ortamı, temel olarak, psikolojik (mobbing) ve/veya cinsel tacizden oluşur. Bunu TBK m. 417/I, “özellikle” sözcüğüyle ifade etmek istemiştir. Ancak, anılan hükümdeki “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” anlatımının doğruluk ve yerindelik derecesi, tartışmaya açıktır. Çünkü, en azından dürüstlük kuralının (MK m. 2); hukuken, “dürüstlük ilkeleri” biçiminde, çoğul olarak ifade edilemeyeceği açıktır.

Kaynak metin (İsviçre BK m. 328/I tümce

1) dikkate alınacak olduğunda ise; aslında burada anlatılmak istenenin, “dürüstlük ilkeleri” yerine, “ahlakın korunması” olduğu ve işçinin ahlaki bir düzen içinde yer almasının düşünüldüğü görülmektedir. Nitekim, madde gerekçesinde aynen, “.. işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde “ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirmekle” yükümlü olduğu kabul edilmiştir ..” denilmektedir.

Buna karşılık, yukarıya alınan alıntının hemen devamında aynen, “.. Bu yükümlülüğünün diğer bir görünümünü ise, işverenin, işçilerin cinsel tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alması oluşturmaktadır ..” anlatımına yer verilmektedir. Bununla, cinsel tacize karşı önlem alma yükümünün, sanki “ahlaka uygun bir düzeni gerçekleştirmek”ten farklı bir yükümlülük olduğu gibi, yerinde olmayan bir izlenim yaratılmaktadır. Oysa, işyerindeki taciz ister psikolojik ve isterse cinsel nitelikte olsun, her iki durumun da ahlaka uygun düşmeyeceği açıktır.

Gerçekten, psikolojik taciz sonucu işçi; özgüvenini yitirmeye, işinden zevk almamaya ve giderek, verimsizleşmeye başlar. Bu anlamda, işçinin görevinde yükseltilmemesi, işyerinde tecrit edilip kendisiyle kasten sosyal ilişki kurulmaması ve kendisinin söylediklerine itibar edilmemesi, psikolojik tacizin en çok rastlanan ve en açık örneklerini oluşturmaktadır².

Bunun gibi, “cinsel anlam taşıyan ya da cinsel temele dayalı ve istenmeyen davranışlar”³ olarak tanımlanan cinsel taciz eylemleri de, ahlaka uygun hareketlerden sayılmamaktadır. Cinsel taciz eylemlerinin mağdurları ise; mutlak kadınlar olmayıp, uygulamada erkekler de cinsel taciz mağduru olabilmektedir⁴.

Bu bağlamda, işyerindeki tacizin, Türk hukukunda 4857 sayılı İş Kanunu'ndan sonra ilk kez, bu defa TBK tarafından ele alındığı söylenmelidir. Ancak, 4857 sayılı Yasa, sadece cinsel tacizi konu edinmişken; TBK m. 417/I, hem cinsel ve hem de psikolojik tacizi ele almıştır. Bu açıdan, taciz kavramının TBK tarafından ele alınış biçiminin, daha geniş kapsamlı olduğu belirtilmelidir. Ayrıca, her iki yasanın tacize

yaklaşım biçimi, konu bakımından da farklıdır. Nitekim, İş K., sorunu bir iş sözleşmesinin feshi sorunu olarak ele alırken; TBK, işverenin yükümlülükleri ve işçinin kişiliğinin korunması açısından, konuya yaklaşmaktadır.

3. İşçi Karşısında Sorumluluk

İşyerinde işçinin karşılaşacağı taciz durumlarının, işçinin kişilik haklarına ters düşeceği söylenmelidir. Bu nedenle, işçinin kişiliğini koruma yükümü altında bulunan işveren; işyerinde ortaya çıkabilecek her tür tacize karşı önceden ve tacize uğranılmış olduğunda da, daha sonra işçinin daha çok zarar görmemesi için, gerekli önlemleri almakla yükümlü kılınmaktadır (TBK m. 417/I).

Alınması söz konusu olacak önlemler içinde, tacizde bulunan işyerinin diğer bir işçisinin iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshi de yer alır. Her ne kadar TBK'da, işçinin işyerinin diğer bir işçisi tarafından taciz edilmesi, İş K. m. 25/bent II f. b'de olduğu gibi "haklı neden" olarak gösterilmemişse de; böyle bir hareketin, TBK m. 417/I'deki "işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen"e uygun düşmeyip, işverenden "dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen" durum ve koşullar (TBK m. 435/II) arasında yer alması gerektiği söylenebilir.

Yine, bunun gibi işçi de; işyerindeki tacize karşı gerekli önlemleri almakla yükümlü bulunan işverenin, söz konusu önlem alma yükümünü (TBK m. 417/I) yeterince yerine getirmedğinde veya bizzat işveren tacizde bulunduğu, İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinde olduğu üzere (İş K. m. 24/bent II f. b ve d), hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmelidir (TBK m. 435).

Diğer yandan, tacize uğrayan işçi, kişilik haklarının ihlal edilmiş bulunduğu gerekçesiyle ve sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre, işverenden manevi tazminat isteyebilir (TBK m. 58, 417/III). Ancak, mahkeme, manevi tazminat adı altında bir miktar paranın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimini kararlaştırabilir veya manevi tazminata ekleyebilir. Nitekim, mahkeme, özellikle tacize uğrayan işçinin kişilik haklarının ihlalini, yani

tacizi kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayınlanmasına hükmedebilir (TBK m. 58/II).

III. İşyerinde Sağlanacak Sağlık ve Güvenlik Ortamı

1. Sağlık ve Güvenlik Ortamını Sağlama Yükümü

TBK m. 417/II, "İşveren, işyerinde 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." hükmünü taşımaktadır. Söz konusu düzenleme ise, gerek anlatım ve gerekse içerdiği öz itibarıyla, "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 içeren İş K. m. 77/I'den farklı görünmemektedir. Böylece, her iki yasaya tabi iş (hizmet) sözleşmeleri bakımından, paralellik sağlanmış bulunmaktadır. Bunun çok gerekli olup olmadığı (yerindelik) konusu ise, tartışılır niteliktedir.

2. Sağlıksız ve Güvensiz Ortamdan Doğan Sorumluluk

a. Sorumluluğun Türü

İşveren için TBK m. 417/II-III'de öngörülen sorumluluk; türü bakımından, hukuki sorumluluk, yani anılan hükme aykırılık yüzünden ortaya çıkacak zararı tazmin etme (tazminat) sorumluluğudur. Nitekim, TBK m. 417/III hükmünde aynen, "İşverenin yukarıdaki hükümler dahil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir." denilmek suretiyle, tazminat sorumluluğunun temel alındığı, açıkça belirtilmektedir.

Esasen, özel hukuk nitelikli TBK'dan, kamu hukuku araçlarını (yaptırımlarını) seferber etmesi beklenemez. Bu açıdan, doğabilecek ce-

zai sorumluluğun, esas itibariyle, Türk Ceza Kanunu hükümlerine bırakıldığı söylenmelidir.

Ancak, bu durum, kamu hukuku nitelikli mevzuat hükümlerinin, sözleşme metninde yer almayarak, sözleşmeden doğan söz konusu tazminat sorumluluğu üzerinde etki yapmayacağı anlamını taşımamaktadır. Nitekim, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına dahil bulunan, kamu hukuku ağırlıklı yasa hükümleri; iş (hizmet) sözleşmesinin metninde yer almasalar bile, sözleşme içeriğini biçimlendirmek suretiyle, işverenin hukuki (tazminat) sorumluluğu üzerinde etkide bulunmaktadır⁵.

b. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

“İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak(la) .. yükümlüdür” anlatımını taşıyan BK m. 417/II hükmündeki “gerekli her türlü” ve devamındaki “noksansız” sözcükleri karşısında; buradaki işveren sorumluluğunun hukuki niteliğinin, “kusura dayanmayan (kusursuz) sorumluluk” olduğu söylenmelidir.

Konuya ilişkin olarak, anılan hükmün madde gerekçesinde yer verilen anlatımlar ise; dikkate değer olup, söz konusu madde metniyle açıkça uyum içinde değildir. Gerçekten, anılan hükmün madde gerekçesinde aynen, “.. Fıkraya göre, işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. “Buna göre, işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür.” Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun “İşverenlerin ve işçilerin yükümlülükleri” kenar başlıklı 77’nci maddesinin birinci fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir ..” denilmektedir.

Bu bağlamda, ilkin, İş K. m. 77/T’deki düzenlemenin; TBK m. 417/II’deki hükümlerle, tıpatıp örtüştüğü söylenmelidir. Nitekim, her iki hükümde de, “gerekli her türlü” ve “noksansız” sözcükleri yer almaktadır. Buna göre, TBK’ya tabi iş (hizmet) sözleşmeleri açısından, artık “kusura dayalı (kusur) sorumluluk” esasına

göre işverenin sorumlu tutulmasından vazgeçildiği söylenmelidir. Bu anlamda, TBK m. 417/II; daha önce BK m. 332/T’de yer alıp kusur sorumluluğu anlamını taşıyan “akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede” sözcüklerinin yerine, kusursuz sorumluluk esasını çağrıştıran ve anımsatan “gerekli her türlü” ve “noksansız” sözcüklerine yer vermektedir.

Yukarıya alınan madde gerekçesindeki “... Buna göre, işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür...” anlatımı ise, kusur sorumluluğunun varlığı anlamını taşımaktadır. Aslında, söz konusu tümce, kaynak düzenleme olan İsviçre BK m. 328/II hükmünü karşılamaktadır. Ancak, hem kaynak yasa metni (İsviçre BK m. 328/II) ve hem de yukarıya alınan gerekçe metni kusur sorumluluğu esasını içerirken; madde gerekçesinin ilişkin olduğu TBK m. 417/II hükmü, daha önce belirtildiği üzere, kusursuz sorumluluk temelinde yükselmektedir. Böylelikle, madde gerekçesi ile madde metni arasında, açık bir uyumsuzluğun varlığı ortaya çıkmaktadır. Bu da; TBK’ya ait yasalaşma sürecinin, sorgulanması gereken ciddiyet düzeyini, tüm açıklığıyla göstermektedir.

c. Sorumluluğun Kapsamı

TBK m. 417/II hükmünün benimsediği kusursuz sorumluluk esası karşısında; iş kazası ile meslek hastalığından doğan işverenin sorumluluğuna ilişkin daha önceki Yargıtay kararları⁶, bu kez daha da perçinlenmiş bir halde, varlıklarını sürdürmeye devam edecektir.

Diğer yandan, işçiye veya yakınlarına yapılacak sosyal sigorta yardımlarının peşin sermaye değeri tutarları; uygulamada şimdiye kadar, hükmedilecek tazminat tutarından düşülmektedir. Çünkü, ödemede bulunan Sosyal Güvenlik Kurumu, yaptığı ödeme ölçüsünde ve yasa (5510 sK. m. 21) gereği, işçinin veya yakınlarının haklarına halef olmaktadır⁷.

Bu bağlamda, BK'nın konuya ilişkin açık düzenleme içermemesine karşılık, TBK m. 55/I tümce 2; destekten yoksun kalma zararları ile bedeni zararların hesaplanması hakkında, "Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez." hükmünü getirmektedir. Söz konusu hükmü, TBK m. 417'yle öngörülen kusursuz sorumluluk esasının pekiştirilmesi olarak değerlendirmek, doğru olur.

Gerçekten, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin veya işçi yaşamını yitirdiğinde yakınlarının maddi tazminat talepleri, Kurum tarafından karşılanmamış zararların giderilmesine yönelecektir. Bu bağlamda, "kusur" ögesi dikkate alınarak, birlikte (müterafık) kusur nedeniyle tazminat miktarında indirim gitmek veya nedensellik bağının kesilmesi yüzünden tazminat isteğinin tümüne hükmetmemek gerekirken; artık, TBK m. 55/I tümce 2 hükmü karşısında, böyle bir indirim mümkün olmayacaktır. Çünkü, her iki durum da, "işverene kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri" içinde yer almaktadır. Nitekim, 5510 sayılı Yasa m. 21/I hükmü; işverenin kusurunun varlığını dikkate alarak, Kuruma ancak işverenin "kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu" ortaya çıkacak iş kazası ile meslek hastalıklarında rücu etme olanağını tanımaktadır. Buna göre, Kurum, işverene ancak kusuru bulunduğu takdirde, yaptığı harcamaları rücu edebilecektir.

Böylece, Kurum; işverenin kusuru bulunmasa (yani, rücu olanağı söz konusu olmasa) dahi, sosyal devlet (Ay. m. 2) olmanın gereği olarak, sosyal güvenlik ödemelerini yapacak, ama bunlar için işverene rücu talebinde bulunmayacaktır. Ancak, ölen işçinin yakınlarının açacağı desten yoksun kalma tazminatına ilişkin davada mahkeme; TBK m. 55/I cümle 2 uyarınca indirim gitmemek suretiyle, iş kazasının veya meslek hastalığının oluşmasında kusuru bulunmayan işverene rücu edilemeyen ama Kurum tarafından karşılanmış zarar için, tazminata hükmetmek durumunda kalacaktır.

Bu sonucun kabulü ise, işverenin kusuruna bakılmaksızın herşeyden sorumlu tutulmasından başka bir anlam taşımamaktadır. Nitekim, TBK m. 55 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde, "... rücu edilemeyen ... sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam-kaçınılmazlık halindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir ..." denilmektedir.

Buna gerekçe olarak, "... İnsan zararlarına ilişkin tazminat hakkının, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ve ifa amacını taşımayan diğer edinimlerle bir bağı ve bağlantısı yoktur. Bu nevi ödemelerin denkleştirilmesi, zarar vereni ödüllendirme anlamına gelir ..." anlatımına yer verilmektedir. Yasa koyucunun söz konusu anlatımından, "zararın karşılanması" ile "zararın rücuu" kavramlarının birbirine karıştırıldığı anlaşılmaktadır. Çünkü, kusuru bulunmayan işveren, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri karşısında, teşvik edilmiş olmaz. Kaldı ki, işverene bazı sosyal güvenlik ödemelerinin rücu edilememesinin nedeni, sigortalıya kendisinin zarar vermemiş olmasıdır. Nitekim, ölen işçinin yakınlarının zararı, yapılacak sosyal güvenlik ödemeleri kusurunun yokluğu nedeniyle işverene rücu edilemeyecek olsa dahi, Kurum tarafından giderilmek zorundadır. Çünkü, sosyal devlet ilkesi (Ay. m. 2), işverene rücuun mümkün olmadığı durumlarda dahi, sigortalı işçi ile yakınlarına sosyal güvence sağlama düşüncesine dayanır.

İşveren ölen sigortalı işçinin yakınları karşısında kendisine kısmen veya tamamen rücu edilemeyen ödemelerden de sorumlu tutulduğu takdirde, sosyal devlet ilkesinin sorgulanmaya başlanması gerekir. Gerçekten, işveren, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına ait prim tutarlarını Kuruma yatırmak suretiyle, kendisinin sorumlu tutulamayacağı riskleri üstlenmiş olur. Bu durumda, Kurum, sosyal devlet ilkesi (Ay. m. 2) gereğince, işverene yüklenemeyecek risklere karşı sigortalı işçi ile yakınlarını güvence altına almış bulunur. İşverene kusur atfının hukuken mümkün bulunduğu durumlarda ise, doğal olarak, Kurumun kendisine başvurması (rücuu) söz konusudur. Ancak, işveren kusurunun bulunmadığı hallerde dahi doğacak zararlardan sorumlu tutulabilecek, yani doğacak

zararları karşılama yükü herhalükarda işverene ait olacak ise, artık Kuruma ve giderek sosyal devlet ilkesine gerek bulunup bulunmadığını sorgulamak gerekecektir. Çünkü, bu durumda sonuçta, doğmuş zararın tümünden her halde işveren sorumlu tutulmaktadır.

IV. Zamanaşımı Süresi

İşçinin kişiliğini koruma yükümü altında bulunan, yani işçiyi gözetme borcunu üstlenmiş olan işveren buna aykırı davrandığı takdirde, iş kazasına uğrayıp veya meslek hastalığına tutulup işçi yaşamını yitirebilir yahut vücut bütünlüğü zedelenmiş ya da kişilik hakları ihlal edilmiş olabilir. Bu gibi durumlar için TBK m. 417/III, tıpkı BK m. 332/II hükmünde olduğu üzere, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine bağlı olunmasını öngörmektedir.

İster BK m. 332/II ve isterse TBK m. 417/III olsun, her iki hükmün de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını öngörmesine karşın, söz konusu iki hükmün kapsam yönünden birbirinden farklı oldukları görülmektedir. Nitekim, BK m. 332/II, sadece işçinin ölmesi üzerine onun yardımıyla (desteğinden) yoksun kalanları kapsarken; TBK m. 417/III, ölümünü beklemeyip işçiyi de, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk hükümlerine göre zararını tazmin ettirme olanağını tanımış bulunmaktadır.

Böylelikle, işçinin veya yakınlarının tazminat konusunda kullanacakları dava hakkı; BK'nın yürürlükte olduğu dönemde olduğu üzere (BK m. 125 ve 332/II), haksız fiil zamanaşımı süresi yerine, on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacak ve on yıl geçtikten sonra zamanaşımına uğrayacaktır (TBK m. 146).

V. Sonsöz

İşçinin kişiliğinin korunması konusunda, genel olarak, TBK m. 417 hükmüyle işyerindeki tacizlere karşı işçinin koruma altına alınmış bulunması, günümüz eğilimlerine uygun düşmekte ve bunlarla gereken uyumu sağlamış görünmektedir. Nitekim, ülkemiz mevzuatında, kamuoyu gündemini daha fazla işgal etmeye başlayan psikolojik taciz (mobbing) durumlarına karşı, ilk kez TBK tarafından hukuki güven-

ce tanındığı söylenebilmektedir.

Diğer yandan, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümü konusunda, TBK'ya İş K.'dakine koşut bir düzenleme getirilmiştir. Böyle bir paralelliği sağlamanın, ne ölçüde çalışma yaşamına yarar sağlayacağı tartışması bir yana bırakılacak olunduğunda; TBK m. 55/I cümle 2'yle son anda getirilen değişikliğin, işverenin sorumluluğunun türüne ilişkin geçmişteki tartışmaları sona erdirecek nitelikte olduğunu söylemek gerekecektir. Buna göre, ölen işçi, uygun nedensellik bağına ortadan kaldıracak derecede % 100 kusurlu olsa veya önüne geçilemeyecek (kaçınılamayacak) bir iş kazası ortaya çıkmış bulursa dahi, sonuçta kusuru bulunmayan işveren bundan sorumlu tutulabilecektir. Bu anlamda, kuşkusuz, SGK ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının Türkiye'deki varlık nedenini, kayıtlı ekonomi içindeki işveren kesimine uygulamada açıklama olanağı ortadan kalkmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 RG. 4.2.2011, No. 27836
- 2 Ayrıntılı bilgi için bkz. H. G. Küçükçaya, "İşyerinde Psikolojik Taciz", İstanbul Barosu Dergisi LXXXV, 1 (2011), 103 vd.; M. Turanlı, "Türk Hukuku'nda Yeni Bir Kurum: Mobbing", Suç ve Ceza-Ceza Hukuku Dergisi, 2 (2010), 187 vd.
- 3 U. Aydın, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002, 91.
- 4 Bkz. K. Bakırcı, İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000, 68 vd.
- 5 Bkz. T. Centel, Çocuklar İle Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, 65-66.
- 6 Bu konuda bkz. İ. Ulsan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, 114 vd.
- 7 Ayrıntılı bilgi için bkz. A. Güzel, Sosyal Sigortalar Kurumunun İşverene Rücu ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar – Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu (yay.), Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, 283-284; K. Tunçomağ, İşkazasından Doğan İşveren Sorumluluğunun Özellikleri, İstanbul Barosu Dergisi LXI, 4-6 (1987), 219-220.

Prof. Dr. Savaş TAŞKENT

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi

Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde “Esaslı Neden” Sorunu

1. SORUNUN KAYNAĞI

Sicil Dergisi'nin Mart 2008 tarihli 9. sayısında yayımlanan “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı” başlıklı makalem ile aynı derginin Mart 2009 tarihli 13. sayısında yayımlanan “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine-Tekrar” başlıklı makalemde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında -aynen bu düzenlemenin dayanağını oluşturan Avrupa Birliği'nin, belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin, 99/70 sayılı Yönergesinin 3. paragrafında olduğu gibi- ilk defa yapılan belirli süreli sözleşmeler için “esaslı neden” veya aynı anlama gelen “objektif neden” öngörülmediğini açıklamıştım.

Ancak, öğretideki baskın görüş ile Yargıtay, İşK. m. 11'de öngörülen “objektif koşul” ile “esaslı neden” kavramlarını birbirine karıştırdığı; dolayısıyla, ilk defa yapılan belirli süreli sözleşmelerde de esaslı neden (*objektif ve esaslı koşul*) aradığı için, her iki makalede de İş Kanunu Tasarısı ile yasalaşan metin üzerinde durmuş, İş Kanunu'nun 11. maddesinin uluslararası

sı dayanağını oluşturan Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile Birliğe üye bazı ülkelerin bu konudaki düzenlemelerine ilişkin açıklamalarda bulunmuştum. İkinci makalemin sonunda ise, baskın görüş sahiplerine (doğal olarak da aynı doğrultuda karar veren Yüksek Mahkemeye) tam 9 adet soru sormuş ve kendilerinden bu sorulara “evet” deyip diyemeyeceklerini belirtmelerini istemiştım.

Ne yazık ki, yazdıklarım hakkında öğretide dip notlara konulan “yazara göre” veya aksi görüşte” notları dışında bir değerlendirme gelmedi. Yargıtay ise, kavram kargaşasını sürdürerek “11. madde belirli süreli iş akdini yapma serbestisini sınırlandırmış ve bu tür sözleşmelerin yapılabilmesi, söz konusu hükümde belirtilen objektif koşulların varlığına bağlanmıştır. Dolayısıyla iş sözleşmesini belirli süreye bağladıklarında hakim, objektif ve esaslı koşulların var olup olmadığını incelemelidir” sözleriyle bu konudaki görüşünü tekrarlamıştır¹.

Anlaşıyor ki, öğretideki baskın görüş sahipleri gibi, Yüksek Mahkeme de, İşK. m. 11'in

birinci fıkrasında belirli süreli sözleşmenin tanımına ilişkin olarak kullanılan “objektif koşul” kavramı ile maddenin ikinci fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılması durumunda öngörülen “esashi neden” kavramlarının aynı anlama geldiğini sanmaktadır. Bu yanlış kendilerini iş sözleşmesinin bir defa için yapılmasında da esaslı neden aranması gerektiği sonucuna götürmektedir. Maddenin 2. fıkrası ise kendilerince göz ardı edilmekte ya da yanlış değerlendirilmektedir.

Durum böyle iken, bir gelişme olmuş ve 11.01.2011 tarihinde TBMM’de 6098 sayılı “Türk Borçlar Kanunu” kabul edilmiştir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni yasanın Altıncı Bölüm’ü “Hizmet Sözleşmeleri” başlığı altında iş ilişkilerini düzenlemektedir. Sözleşmenin sona ermesine ilişkin olan 430. madde belirli süreli sözleşme konusunda şöyle bir hüküm getirmiş bulunmaktadır: “Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esashi bir sebebin varlığı halinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir.”

Buna göre, yenilenen Borçlar Kanunu’nun -4857 sayılı İş Kanunu’nda olduğu gibi- belirli süreli sözleşmenin ilk defa kurulmasında “esaslı neden” veya aynı anlamdaki “esaslı sebep” aramadığı açık ve net bir biçimde görülmektedir. “Esaslı/objektif neden” veya “esaslı sebep” -İş Kanunu’nun 11. maddesinin 2. fıkrasında ve 6098 sayılı Türk Boçlar Kanunu’nun 430. maddesinin 2. fıkrasında- sadece belirli süreli sözleşmelerin birden fazla üst üste ve zincirleme biçiminde yapılması durumunda öngörülmüş bulunmaktadır. Aynı şekilde, esaslı/objektif nedenin 99/70 sayılı AB Yönergesi’nin 5. paragrafında da -hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından- sözleşmenin uzatılması (yenilenmesi) durumunda gerekli görüldüğü vurgulanmalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında İş Kanunu doğrultusundaki bir hükmün yeni Borçlar Kanunu’nda da yer almış bulunması karşısında konu üzerinde bir defa daha durmak gereği kendini göstermiştir.

2. İŞ KANUNU’NDAKİ DÜZENLEME

İş Kanunu Tasarısında, belirli süreli iş sözleşmesi, Alman “Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmelerine Dair Kanun” esas alınarak (§ 3/1), aşağıdaki gibi düzenlenmiş bulunmaktadır:

“Belirli süreli iş sözleşmesi, süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya işçinin üstlendiği işin türü, amacı veya niteliğinden süresinin belirli olduğu anlaşılan sözleşmedir.”

Bilindiği üzere, Tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında belirli süreli iş sözleşmesinin tanımına ilişkin olarak bir “Değişiklik Önergesi” verilmiş; Önerge kabul edilerek Yasa’nın 11. maddesinin birinci fıkrası Tasarıdakinden farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Yapılan değişiklik, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımında AB’nin 99/70 sayılı Yönergesi esas alınmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilerek yasalaşan metin şöyledir: “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.”

Maddeye ilişkin “Değişiklik Önergesi”nin gerekçesi incelenen sorun bakımından son derecede önemlidir. Gerekçede “İlgili AB Direktifinde...” sözleri ile Yönergeye işaret edilmekte ve “Belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı yapılırken, sadece tarafların açıkça süresini belirledikleri değil, sürenin objektif belirlenebilir olduğu hallerde de, sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiştir” denilmektedir.

Görülüyor ki, TBMM’de yapılan değişikliğin amacı, belirli süreli iş sözleşmesini AB Yönergesi’nin 3. maddesi doğrultusunda tanımlamaktır. Sözleşmenin süresinin objektif olarak belirlenebilir olduğu hallerde sözleşmenin belirli süreli olacağı kabul edilmiş; hangi sözleşmelerin belirli süreli iş sözleşmesi sayılacağı -örnekler verilerek- açıklanmıştır.

Maddenin kendisinde olduğu gibi, gerekçesinde de, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılma-

sında “objektif/esaslı neden” aranacağına dair en küçük bir işaret yoktur. Kaldı ki, TBMM'nin iradesi bu yolda olsa idi, madde gerekçesinde ona göre değişiklik yapılması; en azından 11. maddenin 2. fıkrasındaki “*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır.*” hükmünün metinden çıkartılması kaçınılmaz olurdu.

Açıkçası, maddenin ifadesindeki çok küçük değişiklik (“belirli süreli işlerde”) ile Yönerge'deki tanımda bulunmayan ve İş Kanunu içinde çelişki yaratan “yazılı şekil” koşulu bir yana bırakılırsa, Meclis'te yapılan değişikliğin, Avrupa Birliği'nin ilgili Yönergesi doğrultusunda olduğu tartışma götürmez.

Aşağıda açıklanacağı gibi, AB Yönergesi'nde, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin tanımında “*objektif koşul*” (§ 3); sözleşmesinin uzatılmasında ise “*objektif/esaslı neden*” (§ 5) kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramlar ve ifade biçimi İş Kanunu m. 11'de aynen benimsenmiş bulunmaktadır.

3. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN 99/70 SAYILI YÖNERGESİ

Bu aşamada, öncelikle belirtilmesi gereken bir husus, Avrupa Birliği ülkelerinin hukuk düzenlerinde, belirli süreli iş sözleşmelerinin esneklik uygulamalarından biri olarak kabul edildiğidir². Sözgelimi, Almanya'da 2001 yılında yürürlüğe giren “Kısmi Süreli Çalışma ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Kanun” ile yasa koyucunun, esaslı (objektif) neden aranmaksızın yapılacak belirli süreli sözleşmelerin, “iş ilişkilerinin esnek bir biçimi” olarak önem kazandığı; bu yolla istihdamın önemli ölçüde artacağı görüşünden hareket ettiği ifade edilmiştir³. Aşağıda görüleceği gibi, aynı anlayış Avrupa Birliği'nin belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin 99/70 sayılı Yönergesi'nde de yer almaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri zamanımızda -tıpkı kısmi süreli çalışma, ödünç çalışma, çağrı üzerine çalışma gibi- atipik iş ilişkilerinden biri, bir esneklik uygulaması olarak kabul edilmektedir. İşçinin korunması ilkesi ise, hakkın kötü-

ye kullanılmasının önlenmesi amacıyla, bu tür sözleşmelerin ancak objektif bir nedenin varlığı durumunda tekrarlanabilmesinde kendini göstermektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinin gerekçesinde, tarafların bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri Avrupa Birliği Konseyi'nin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması”na uygun sınırlamalara tabi tutulduğu ifade edilmiştir.

O halde, İş Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmelerini düzenleyen 11. maddesini değerlendirirken, maddenin dayanağı olan Yönergeyi göz ardı etmek mümkün değildir. Bu açıklamalardan sonra söz konusu Yönerge üzerinde durulmalıdır.

Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesi'nin “Genel Düşünceler” başlıklı giriş bölümünde, belirli süreli iş sözleşmelerinin belirli iş kolları, meslekler ve işler için karakteristik nitelik taşıdıkları ve işverenlerle işçilerin ihtiyaçlarını karşılama olanağına sahip oldukları belirtilmektedir. Burada ayrıca, Avrupa Birliği'nde belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışanların yarıdan fazlasının kadın olduğu ifade edilerek, bu anlaşmanın (Yönergenin) kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına katkıda bulunacağına işaret edilmiştir (m. 8, 9).

Yönergenin 1. paragrafında, bu çerçeve anlaşma ile iki amaç güdüldüğü ortaya konulmaktadır. Bunlardan birincisi, ayırım yasağı ilkesinin uygulanmasıyla belirli süreli iş ilişkilerinin kalitesinin yükseltilmesidir. Diğeri ise, belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının önlenmesi için bir çerçeve belirlenmesidir.

Yönergenin 3. paragrafında, belirli süreli istihdam edilen işçi tanımlanmıştır. Tanım aynı zamanda belirli süreli iş sözleşmesini de belirlemektedir.

Yönergeye göre, belirli süreli istihdam edilen işçi, sona erme zamanının *belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara göre belirlendiği, işveren ile işçi arasında yapılan bir iş sözleşmesi ile çalışan kişidir.*

Yönergenin 5. paragrafı “*Kötüye kullanma-*

yı giderecek önlemler” başlığını taşımaktadır. Burada ise, üst üste (zincirleme) yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri yolu ile bu hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi için üç hususa işaret edilmektedir:

a) Belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesini (uzatılmasını) haklı kılacak objektif nedenler bulunmalıdır.

b) Üst üste yapılacak olan iş sözleşmelerinin toplam azami süresi saptanmalıdır.

c) Bu tür sözleşmelerin geçerli olarak kaç kez uzatılabilecekleri belirlenmelidir.

Avrupa Birliği'nin söz konusu Yönergesinde dikkati çeken husus, burada amaçlanan, belirli süreli iş sözleşmelerinin üst üste (zincirleme) yapılması yoluyla kötüye kullanılmasının önlenmesi olduğudur. Yönergede bu konuda önlem alınması istenmektedir.

Buna karşılık, bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için herhangi bir sınırlandırma, açıkçası “objektif/esaslı neden” öngörülmüş değildir.

Yönergede dikkati çeken diğer husus, belirli süreli istihdam edilen işçinin (veya belirli süreli iş sözleşmesinin) tanımında -aynen 4857 sayılı İş Kanunu m. 11/1'de olduğu gibi- “objektif koşul” teriminin kullanılmış olmasıdır. Yönergenin 3. paragrafının Almanca, İngilizce ve Fransızca metinlerinde kullanılan terim tamamen aynıdır: (*objektive Bedingungen, objective conditions, conditions objectives*).

Bu tanım ile ortaya konulan husus, belirli süreli iş sözleşmesinin, sona erme zamanının objektif koşullara göre belirlendiği bir sözleşme olduğudur. Yönerge, “belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması, belli bir olgunun ortaya çıkması gibi” olguları sözleşmenin sona ermesine ilişkin objektif koşullara örnek olarak vermektedir. Dolayısıyla, ancak sona erme zamanı objektif olarak belirlenebilen sözleşmeler belirli süreli sayılacaktır.

Demek ki, belirli süreli sözleşmenin tanımında kullanılan “objektif koşul” deyimi böyle bir sözleşmenin kurulabilmesinin koşulunu göstermemekte; sadece hangi sözleşmelerin belirli süreli olarak kabul edilebileceğini -bazı örneklerle- ifade etmektedir.

Buna karşılık, Yönerge, belirli süreli iş sözleşmesinin

uzatılmasında (yenilenmesinde) -yine aynen İş Kanunu m. 11/2'de olduğu gibi- “objektif/esaslı neden” (*sachliche Gründe, objective reasons, des raisons objectives*) aramaktadır. Bu kavram diğerinden farklıdır.

Hiç kuşku yoktur ki, Avrupa Birliği hukukuna ilişkin bir düzenlemede yanlışlıkla farklı kavramların kullanılması söz konusu olamaz. Dolayısıyla, farklı anlam taşıyan bu kavramların bilinçli olarak kullanıldığı; bunlarla amaçlananın aynı şey olmadığı açıktır.

İşte bu nokta, Türk hukukunda bir kere yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde de “objektif/esaslı neden” arayanların göz ardı ettiği bir husustur; ama oldukça önemli bir husustur.

4. TÜRK HUKUKUNDAKİ BASKIN GÖRÜŞ SAHİPLERİNİN YANILGISI İLE ÇELİŞKİSİ

Türk hukukunda baskın görüş sahipleri (aynı şekilde, Yargıtay) belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa için yapılmasında da “esaslı neden” ararken, bunun nedeni olarak, maddenin ilk fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı için öngörülen “objektif koşul” kavramından hareket etmekte ve bu iki kavramın aynı anlamda olduğunu öne sürmektedirler.

Nitekim, Çelik aynen şunları söylemektedir: “Öğretideki baskın görüşe göre, günümüzde de, yukarıda (1.) açıklanan 11. maddenin ilk fıkrası karşısında, bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için de “objektif koşul”un varlığı aranacak olup aynı maddenin ikinci fıkrası ile esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmelerinin belirli süreli olma özelliğini koruyacağına ilişkin üçüncü fıkrasında sözü geçen “esaslı neden” ilk fıkradaki “objektif koşul” anlamındadır⁴. Süzek de aynı görüştedir: “Farklı terimler kullanılmış olmasına karşın İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasındaki “objektif koşullarla” (nedenlerle) 2. fıkrasındaki “esaslı nedenler” arasında bir fark yoktur⁵. Belirtmek gerekir ki, bu görüşte olan yazarlar oybirliği denecek kadar çoktur⁶.

Acaba İş Kanunu m. 11/1'deki “objektif koşul”

ile m. 11/2 ve 3'deki "esaslı neden" kavramlarının aynı anlamda oldukları söylenebilir mi?

İş Kanunu m. 11'in dayanağını oluşturan Avrupa Birliği'nin söz konusu Yönergesinde, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin (iş sözleşmesinin) tanımında "objektif koşul" (§ 3); buna karşılık, sözleşmenin uzatılmasında (yenilenmesinde) ise "objektif/esaslı neden" (§ 5) kavramlarının kullanıldığı yukarıda açıklanmıştır.

AB'nin 99/70 sayılı Yönergesi'ni ayrıntılı bir biçimde inceleyen yazarlar bu kavramların farklı anlam taşıdığını; dolayısıyla, bir defa için yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için herhangi bir sınırlama (objektif/esaslı neden) öngörülmediğini tartışmasız kabul etmektedirler.

Bu yazarlardan biri olan Alpagut, "belirli bir olgunun ortaya çıkması" sözü ile neyin anlaşılması gerektiğini açıklarken aynen şunları söylemektedir: "*Ancak, belirli bir olgunun ortaya çıkması bir objektif nedenden ziyade, sürenin sonunu belirlemek için kullanılır ve objektif nedenin içeriğini ifade etmek için yetersizdir. Nitekim, AB Yönergesi'ndeki kullanımı da sürenin sonunun objektif olarak belirlenmesi anlamındadır*"⁷.

Alpagut isabetli olarak, Yönergede, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının önlenmesi amacının hakim olduğunu, bir kere için yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılmadığını, burada zincirleme sözleşmeler için alınması gereken önlemlerin belirtildiğini ifade etmiştir⁸.

Yazar daha sonra "esneklik" konusunu işlediği bir başka yazısında, ilgili Yönerge ile ILO'nun 158 sayılı Sözleşmesi'ni değerlendirirken de aynen şunları söylemektedir: "*Her iki düzenlemede de sözleşmenin ilk kez belirli süreli yapılmasına bir sınırlama getirilmemiştir*"⁹.

Yönergeyi incelemiş bulunan Başterzi de şunları söylemektedir: "*Yönergede belirli süreli işçi, iş ilişkisi ya da sözleşmesinin süreye bağlanmasına ilişkin bazı ölçütler örnek olarak verilerek tanımlanmıştır... Yönergede objektif baklı nedenlerin bulunması koşulu ise, sadece belirli süreli iş sözleşmelerinin yenilenmesi bağlamında iş güvencesi kurallarını dolanmaya yönelik dürüstlük kuralına aykırı uygulamaların önlenmesi amacıyla öngörülmüştür. Şu halde Yönergeye göre, belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kez yapılması sırasında objektif baklı bir nedenin bulunması zorunlu olmayıp sadece süresinin objektif ölçütlerle belirlenmesi yeterlidir*"¹⁰.

Özetle, her iki yazara göre de, Yönerge doğrultusunda, belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa için yapılmasında objektif/esaslı neden aranmayacak; ancak sona erme zamanının objektif bir biçimde (objektif koşul) belirlenebilmesi gerekecektir.

Başterzi'nin yukarıdaki ifadesinde geçen "objektif ölçütler" sözünün Yönergede (aynı doğrultudaki İşK. m. 11/1'de) yer alan "objektif koşul" kavramını karşıladığı açıktır. Yazar açıkça maddedeki ölçütlerin (belirli bir tarihe ulaşma, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması) iş sözleşmesinin süreye bağlanmasına örnek olarak verildiğini ve belirli süreli sözleşmenin bu şekilde tanımlandığını belirtmiştir. İş Kanunu m. 11, fıkra 1'de de -küçük bir fark dışında- aynı ifade bulunmaktadır. Gerçekten de, Yönergedeki "belirli bir tarihe ulaşma" örneği yerine bizim Kanunumuzda "belirli süreli işlerde" örneği yer almakta; madde bu örnek dışında aynı ifadeyi içermektedir. Ne var ki, "belirli süreli işler" sözüyle ne anlatılmak istendiği sorulduğunda, baskın görüş sahipleri "bundan sürenin zaman ve tarih olarak belirlenmesi anlaşılmalıdır" demektirler¹¹. Böyle olduğunda Yönerge ile İşK. m. 11/1 düzenlemesi arasında hiçbir fark olmadığı net bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte, şaşırtıcı bir şekilde, yukarıda isimleri verilen iki yazar da (Alpagut ile Başterzi) İş Kanunu'nun -özü bakımından Yönerge ile aynı olan ve aynı terimin (objektif koşul) yer aldığı- 11. maddesinin 1. fıkrasını değerlendirirken, belirli süreli sözleşmenin bir kez yapılmasında da objektif neden bulunması gereğini öne sürmektedirler.

Bu konuda Başterzi şunları söylemektedir: "*İK'nun, Yönergede olduğu gibi, belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk kez yapılmasında objektif baklı bir nedenin bulunması koşulunu aramadığı izlenimi uyanmaktadır. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin İK'nundaki tanımında*

yer verilen objektif koşullar incelendiğinde bu izlenimin doğru olmadığı ortaya çıkar. Çünkü, belirli süreli iş sözleşmesinin İK'nundaki tanımında yer alan objektif koşullardan her biri sözleşmenin süreye bağlanmasına ilişkin birer ölçüt olmalarının yanında, belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan başlıca objektif nedenlerdir¹².

Şimdi sormak gerekir: Yönergede ve İş Kanunu'nda, belirli süreli iş sözleşmesi tanımında yer verilen "objektif koşullar" kavramı aynı anlamı taşıdıklarına göre; Yönergede belirli süreli iş sözleşmesinin ilk kez yapılmasında objektif koşul (esaslı neden) aranmadığı; buna karşılık bu hususun İş Kanunu'nda arandığı nasıl söylenebilmektedir? Ayrıca, nasıl oluyor da, tanımda belirtilen "objektif koşullar"dan her biri Yönerge bakımından belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan objektif neden sayılmazken; aynı koşullar İş Kanunu söz konusu olduğunda, "belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan objektif neden" olarak ifade edilebiliyor?

Belli bir kavramı, yani "objektif koşul" kavramını ve buna ilişkin olarak verilen aynı örnekleri AB Yönergesi söz konusu olduğunda başka, Türk mevzuatı söz konusu olduğunda ise başka bir biçimde açıklamak kolay izah edilecek bir değerlendirme değildir. Bu ya ciddi bir çelişkidir ya da bazı yazarların -yasal düzenlemeyi bir yana bırakarak- bu maddeye kendi arzularadıkları anlamı verme çabasının bir ürünüdür.

Aslında bu çaba her iki yazarın ele alınan makalelerinde olduğu gibi, baskın görüşü temsil eden diğerlerinin de yazılarında açık bir biçimde kendini göstermektedir. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse; Alpagut, İş Kanunu m. 11/1 uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin bir kere için kurulması halinde de "objektif neden" bulunması gerektiğini öne sürerken şöyle demektedir: "Kuşkusuz bu tür sözleşmenin -fesh, feshe karşı koruma ve feshin hukuki sonuçları dikkate alınarak- sınırlandırılması gereği kabul edildiğinde; bu birden çok kez (zincirleme) yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, bir kereye mahsus olarak yapılan sözleşmelerde de söz konusu olacaktır"¹³.

Anlaşılan şudur ki, madde belirli süreli sözleşmenin bir kez yapılmasında bir sınırlama öngörmese bile, yazara göre, "sınırlandırılması gereği" vardır; bu bakımdan bir kereye mahsus olarak yapılan sözleşmelerde de objektif neden aranmalıdır. Burada bir yorumdan ziyade "kural koyma" olgusu kendini göstermektedir.

Maddeye olduğu dışında farklı bir anlam verme çabası "işçinin korunması" amacına dayanıyorsa, bunun da doğru olmadığı söylenebilir. Zira, belirli süreli iş sözleşmelerinin bir esneklik aracı olarak değerlendirilmesinin ardında yatan neden istihdamın artırılmasıdır. Belirli süreli olarak işçi istihdam edebilecek olan işveren, sözleşme belirsiz süreli olarak kabul edildiğinde, karşılaşılabilecek maliyetleri dikkate alarak işi mevcut çalışanlara yüklemekte ve yeni eleman almaktan kaçınmaktadır. Dolayısıyla, yeni iş alanları yaratmak, işverenleri yatırıma ve istihdama teşvik etmek, işsizlere belirli süreli de olsa iş imkânları sağlamak gibi nedenlerle belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması zora sokulmamalıdır¹⁴. Avrupa Birliği Yönergesinde ve Birliğe üye olan ülkelerin birçoğunda belirli süreli sözleşmelerin bir defa için yapılmasında herhangi bir neden aranmamasının ardında yatan etken budur. Ne var ki, baskın görüş sahipleri ile Yüksek Mahkeme belirli süreli iş sözleşmesinin bu özelliğini göz ardı etmektedirler.

Tekrar vurgulamak isterim ki, İşK. m. 11/1'de sözü edilen "objektif koşul" deyimini -dayanağı olan AB Yönergesinde olduğu gibi- belirli süreli iş sözleşmesini tanımlamak amacıyla kullanılmıştır. Gerçekten de, belirli süreli iş sözleşmesi, kural olarak, sözleşmenin sona ereceği zamanın taraflarca belirlenmiş olduğu bir sözleşmedir. Bu belirleme sözleşmede süre (6 ay, 1 yıl vb.) veya tarih (15.10.2012 gibi) öngörülerek yapılabilir. Bununla birlikte, sözleşmenin süresinin belirli olduğu işçinin üstlendiği işin türü, amacı veya niteliğinden de anlaşılabilir.

Nitekim, Ekonomi de bu konuda şunları söylemektedir: "Taraflarca açıkça kararlaştırılmamış olmakla birlikte, işin amacı ve niteliğinden yapılan akdin bir süreye bağlı olduğu anlaşılacakta ise, ... yapılan akit belirli süreli bir hizmet akdidir. Ancak bu hallerde hizmet akdinin ne zaman sona ereceğinin objektif olarak yeter-

li açıklıkla saptanabilir olması gerekir. Hizmet akdinin sona ereceği zamanın belirlenmesi, işverenin iradesine bırakılamaz"¹⁵. Alpagut'a göre de, belirli süreli iş sözleşmesinin kurulduğundan söz edilebilmesi için "sona erme tarihi objektif olarak yeterli açıklıkla saptanabilir olmalıdır. Zira, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığı daima sona erme anının bilinmesi veya önceden görülebilmesine bağlıdır"¹⁶.

İşte, İşK. m. 11/1'deki "objektif koşul" kavramının anlamı budur. Belirli süreli bir iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için, sözleşmenin sona ereceği zamanın objektif olarak belirlenebilir olması gerekir. Sözleşmenin sona ereceği zaman taraflardan birinin iradesine bağlı olarak (onun amacı veya davranışı ile) etkilenecek ise, böyle bir durumda belirli değil, belirsiz süreli bir iş sözleşmesi söz konusu olur¹⁷.

Görülüyor ki, maddenin birinci fıkrasında ki "objektif koşul" kavramının İşK. m. 11/2 ve 3'deki "esaslı neden" kavramı ile hiç ama hiç bir ilişkisi yoktur.

5. SORUNUN YAPTIRIM BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda, AB Yönergesi ve bu doğrultuda yapılan düzenleme çerçevesinde, hukukumuz bakımından da belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında objektif neden aranmadığı belirtilmiş bulunmaktadır. Böyle olmakla birlikte, sorunun bir de "yaptırım" bakımından incelenmesinde yarar görülmektedir.

Varsayalım ki, İş Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasındaki tanımdan belirli süreli iş sözleşmesinin bir defa yapılmasında da "objektif/haklı neden" arandığı sonucu çıkarılmış olsun, önemli olan ve çözümlenmesi gereken bir başka sorun, bunun yaptırımının ne olduğudur. Sözgelimi, bir sözleşmede esaslı bir neden olmaksızın sözleşmenin sona ereceği tarih (gün, ay ve yıl olarak) belirlenmiş ise ne olacaktır?

Ekonomi bu konuda, "4857 sayılı Kanun'a göre, objektif bir neden olmaksızın taraflarca sözleşmede zaman veya takvim olarak bir süre belirlemeleri, o sözleşmeyi belirli süreli olarak geçerli kılmaz" demektedir"¹⁸. Ulucan'a göre

de, "Bu durumda taraflar, yeni yasanın getirdiği sınırlar çerçevesinde, ancak ortada baştan itibaren objektif nedenler varsa belirli süreli iş sözleşmesi yapabilecekler, böyle bir neden yoksa salt bir tarih veya gün vererek belirli süreli sözleşme yapamayacaklardır"¹⁹.

Bu görüşü öne süren yazarların, her şeyden önce maddenin "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır" yolundaki ilk cümlesini göz ardı ettikleri anlaşılmaktadır. Çünkü, maddenin "mefhum-u muhalifinden", yani karşıt anlamından, belli bir süreye bağlı olarak yapılan sözleşmelerin belirli süreli sayılacakları açıkça ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan, her iki yazar da böyle bir sözleşmenin geçerli olmayacağını veya yapılamayacağını öne sürmekte; ancak yapılmış ise, bu sözleşmenin nasıl değerlendirileceği, açıklığı yaptırımının dayanağı konusunda somut bir şey söylememektedirler.

Süzek ise, sözleşmenin kurulmasında belirtilen objektif koşullar yoksa, sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağını ifade etmekte; "yasada öngörülen objektif koşulların bulunmaması halinde iş akdinin ilk defa yapılmasında da belirli süreli olarak kurulabilmesi engellenmiştir" demektedir"²⁰.

Yukarıda birçok kez açıklandığı üzere, anılan fıkarda belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılabilmesinin objektif nedenleri değil -tıpkı AB Yönergesi'nin 3. maddesinde olduğu gibi- sözleşmenin sonunu belirlemeye ilişkin örnekler verilmiştir. Bu örneklerle amaçlanan, hangi sözleşmelerin belirli süreli sayılacaklarını ortaya koymaktır. Kaldı ki, bu tanımda "objektif/haklı neden"den söz edilmediği gibi, herhangi bir yaptırım da öngörülmemiştir.

Nitekim, baskın görüşün sahiplerinden olan Ekonomi bu gerçeği şu sözlerle ifade etmektedir: Maddede "bir defa için yapılanlarda objektif nedenin bulunmaması halinde yaptırım yönünden boşluk yaratılmıştır"²¹. Maddenin birinci fıkrasının sadece tanıma ilişkin olduğu ve burada sözleşmenin belirsiz süreli sayılabilmesine yönelik bir düzenleme bulunmadığı açıktır. Bu nedendir ki, yazar "bir defaya mahsus belirli süreli iş sözleşmeleri için de objektif neden

arandığı, ikinci fıkrada zincirleme sözleşmelerle birlikte hükme bağlanabilirdi” demek ve böyle bir düzenlemenin TBMM’de nasıl yapılabileceğine ilişkin olarak da bir örnek vermektedir²². Ne var ki, ortada olan gerçek, TBMM’nin iradesinin anılan yazarların arzuları doğrultusunda olmadığı, dolayısıyla maddenin birinci fıkrasında bir “esaslı/objektif neden” aranmadığıdır.

Maddenin birinci fıkrasında yer alan “objektif koşul” ile ikinci fıkrasında yer alan “objektif neden” kavramlarının aynı anlama geldiğini savunan yazarların büyük bir çoğunluğu ise, maddenin ikinci fıkrasında yer alan yaptırımın birinci fıkrası için de uygulama alanı bulduğu düşüncesindedir. Yargıtay da, daha önce işaret edilen bir kararında, bu görüşü savunmaktadır: “İş Kanunu’nun 11’inci maddesinin 2 ve 3 üncü fıkralarında zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir nedene dayanması halinde belirli süreli olma özelliğini koruyacağı; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağı düzenlenmiştir. Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir şeklinde değerlendirilmelidir”²³. Bunun, maddenin ikinci fıkrasındaki yaptırımın birinci fıkrası için de geçerli kılmak adına, oldukça zorlama bir yorum olduğu tartışma dışıdır.

Bu noktada, şu soru akla gelmektedir: Maddenin birinci fıkrasının bu konuda yaptırım öngördüğü varsayıldığında, aynı yaptırımın maddenin ikinci fıkrasında tekrar belirtilmesinin anlamı nedir?

İlginç olan husus, baskın görüş sahiplerinin de aynı soruyu kendi kendilerine sormalarıdır. Nitekim, Ulucan şöyle demektedir: “Ancak, burada tartışılması gereken konu, belirli süreli iş sözleşmesinin baştan itibaren objektif nedene dayanarak yapılmasını arayan yasanın, bunun yenilenmesi halinde, neden ayrıca esaslı bir neden olmadıkça zincirleme yapılamayacağını düzenlemiş olmasıdır”²⁴.

Yanlış bir varsayımdan hareketle, “objektif koşul” kavramını “objektif/haklı” neden olarak algılayan; bunun sonucunda da, belirli süreli

iş sözleşmesi yapılabilmesi için yasanın baştan itibaren objektif neden aradığını öne süren bu görüş, maddenin birinci fıkrası ile ikinci ve üçüncü fıkrası arasındaki bağlantıyı çözememiş, doğru değerlendirememiştir.

Şurası açıktır ki, sözleşmenin bir defa yapılmasında objektif neden arandığında -sözleşme ister aynı nedenle, isterse yeni bir nedenle tekrarlansın- yine objektif neden gerekmesi her şeyden önce mantık gereğidir; bunun ayrıca belirtilmesine de gerek yoktur. Açıkçası, sözleşmenin ilk defa yapılması için esaslı neden aranıyor ise, bunun birden fazla yapılması durumunda böyle bir nedenin dışlanması söz konusu olamaz. Alpagut’un ifade ettiği gibi, “Sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden arayan sistemde, ardı ardına kurulması veya uzatılmasında da objektif neden aranması doğal, olması gereken bir durumdur”²⁵. Bu bakımdan, sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden aransa idi, maddeye iki fıkra daha eklenmesine ve sözleşmenin ardı ardına kurulmasında veya uzatılmasında aynı nedenin aranacağına tekrar yazılmasına artık gerek duyulmazdı. Hukuki gerçek budur. Baskın görüşün varsayımı isabetli olmadığı ve gerçek durumu yansıtmadığı içindir ki, maddede birinci fıkra yanında -belirli süreli sözleşmenin tekrarlanmasına ilişkin olarak ve yaptırım da içermek üzere- ayrıca iki fıkraya daha yer verilmiş bulunmaktadır.

Ulucan, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında esaslı nedenden söz edilmesini şöyle açıklamaktadır: “bir defa yapılırken dahi objektif neden arayan yasanın, doğal olarak birden fazla zincirleme sözleşmelerde de tekrar konuya açıklık getirmek için esaslı bir neden aramış olduğu şeklinde yorumlanabilir”²⁶. Yazara göre, 11. maddenin 2. ve 3. fıkraları “konuya açıklık getirmek için” metne dahil edilmiş bulunmaktadır. Sırf konuya açıklık getirmek için yasa maddesine iki fıkra eklendiğinin kabulü hiç de gerçekçi, kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Böyle bir düzenleme, yasa yapma tekniğine uygun düşmeyeceği gibi, “yasa koyucu abesle iştigal etmez” sözüne de aykırı düşer.

Nihayet, Eyrenci ile Alpagut, sözleşmenin hangi hallerde belirsiz süreliye dönüşeceğini

düzenleyen 2. fıkrayı “gereksiz” bulduklarını ifade etmişlerdir²⁷.

Maddenin ikinci fıkrası incelendiğinde, yukarıda belirtilen görüşlerin yerinde olmadığı kolaylıkla anlaşılır.

6. BELİRLİ SÜRELİ SÖZLEŞMENİN BELİRSİZE DÖNÜŞMESİ

Belirli süreli olarak yapılan bir iş sözleşmesinin hangi durumda belirsiz süreliye dönüşeceği 11. maddenin 2. fıkrasında açık bir biçimde gösterilmiştir: “*Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.*” Bu ifadeden bazı önemli sonuç çıkmaktadır:

a) Bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesi için esaslı bir neden aranmaz,

b) Belirli süreli iş sözleşmesi üst üste değil de, aralıklı olarak (sözgelimi, mevsim veya kampanya işlerinde olduğu gibi her yıl belli dönemlerde) yapılıyorsa, bunun için yine esaslı neden aranmaz,

c) Belirli süreli iş sözleşmesi üst üste, yani zincirleme biçimde yapılıyorsa, bunun için esaslı bir nedenin varlığı aranır.

d) Üst üste (zincirleme) yapılan iş sözleşmesinde “esaslı neden” bulunmuyorsa, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır.

Maddenin gerekçesi bu konuda herhangi bir tereddüt bırakmayacak kadar açıktır. Daha önce de işaret edildiği üzere, gerekçede -AB Yönergesinin “Genel Düşünceler” başlıklı giriş bölümünden (§ 8) aynen alınarak- belirli süreli iş sözleşmelerinin bazı işkolları, meslekler ve işler için karakteristik bir anlam taşıdığı ve bu tür sözleşmelerin işletme ve işyeri gereklerinden olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasının engellenmesi açısından bu sözleşmelerin esaslı bir neden olmadıkça üst üste yapılmasının önlenmesi gereği vurgulanmıştır.

Gerekçede, belirli süreli iş sözleşmesinin hangi halde belirsiz süreliye dönüşeceği şu sözlerle net bir biçimde ifade edilmiştir: “*Buna göre, esaslı bir sebep olmadıkça, belirli süreli iş sözleşmesi*

ikincisinin yapılmasıyla belirsiz süreliye dönüşerek işçi bu tür sözleşmenin koşullarından ve bu arada feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanacaktır.”

Görülüyor ki, İş Kanunu’nda belirli süreli iş sözleşmesinin -yaptırım olarak- belirsiz süreliye dönüşmesi, sadece bu sözleşmenin birden fazla ve üst üste yapılması durumunda söz konusu olmaktadır. Yasadaki açık olan bu düzenleme karşısında, yapılmasında objektif neden bulunmayan bir sözleşmeyi -tanımındaki “objektif koşul” terimini yanlış değerlendirerek ve başka bir olguya göre getirilen yaptırımı buna uygulayarak- belirsiz süreli saymak mümkün değildir.

Hiç kuşkusuz, hakkın kötüye kullanılması durumu saklıdır. Açıkçası, esaslı neden aranmayacağına kabul edilmesi durumunda, bir kere için yapılmış olsa dahi, bu hak kötüye kullanılmış ise, sözleşmenin belirsiz süreli sayılması gerekir. Belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanılması durumunun saklı tutulması, belirli süreli iş sözleşmesi yapılan her halde objektif neden aranacağı sonucunu doğurmaz²⁸. Gerçekten de, bir hakkın varlığı bir olgudur; bu hakkın kötüye kullanılması başka bir olgudur. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş ilişkisine son verilip ardından bu işçi ile belirli süreli bir sözleşme yapılması durumunda, hakkın kötüye kullanıldığı iddiasının incelenmesi ve değerlendirilmesi kaçınılmaz olur. Nitekim, Yargıtay 2004 yılında verdiği bir kararda açıkça “kötüye kullanma”dan söz etmemekle birlikte, aynı sonuca varmıştır²⁹.

7. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NDAKİ DÜZENLEME

Bilindiği gibi, Borçlar Kanunumuz yeniden düzenlenmiş ve 6098 sayılı “Türk Borçlar Kanunu” olarak 11.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde kabul edilmiş bulunmaktadır.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni yasanın Altıncı Bölüm’ü “Hizmet Sözleşmeleri” başlığı altında iş ilişkilerini düzenlemektedir. Sözleşmenin sona ermesine ilişkin olan 430. maddenin 2. fıkrasında, belirli süreli sözleşme konusunda kabul edilen hüküm şöyledir: “*Belirli süreli sözleşme, süresinin bitimin-*

den sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı halinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir.”

Bu maddenin dayanağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nda fıkradaki 2. cümle yoktur. Açıkçası, mehz yasada “Ancak, esaslı bir sebebin varlığı halinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir” şeklinde bir düzenleme yer almamaktadır (Art. 334 Abs. 2 OR). Bununla birlikte, İsviçre yargısı ve öğretisi zincirleme iş sözleşmelerinin geçerliliği bakımından esaslı bir nedenin (sachlicher Grund) varlığını aramaktadır³⁰. Bu husus göz önünde tutularak TBK. m. 430'un 2. fıkrasına yukarıdaki cümle eklenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, İsviçre Borçlar Kanunu ile büyük ölçüde bu Kanun tercüme edilerek hazırlanmış bulunan Türk Borçlar Kanunu'nda (m. 430) -aynen 4857 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi- belirli süreli sözleşmenin ilk defa kurulmasında “esaslı neden” veya bu anlamdaki “esaslı sebep” öngörülmüş değildir. “Esaslı/objektif neden” veya “esaslı sebep” Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin 2. fıkrasında- sadece belirli süreli sözleşmelerin üst üste (zincirleme biçiminde) yapılması durumunda -hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından- gerekli görülmüş bulunmaktadır.

Nitekim, TBK.'yı henüz tasarı halindeyken incelemiş bulunan Soyer de bu konuda aynen şunları söylemektedir: “1. Tasarı, süreli bir sözleşmenin süre dolduktan sonra örtülü olarak sürdürülmesi halinde belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği prensibini getirmektedir. Ayrıca tasarı, sözleşmenin ilk kez süreye bağlanması konusunda herhangi bir sınırlama öngörmekte, fakat üst üste belirli süreli sözleşmelerin geçerliliğini esaslı bir nedenin varlığı şartına bağlamaktadır”³¹.

Şimdi sormak gerekir: Böyle olduğuna göre, öğretideki baskın görüş sahipleri ile Yargıtay, Borçlar Kanunu'nun belirli süreli iş sözleşmesinin üst üste (zincirleme) olarak kurulabilmesi için “esaslı sebep” arayan hükmünün, bir defa için yapılan sözleşmeler bakımından da geçerli olduğunu ve uygulanması gerektiğini öne sürebilecekler midir?

Borçlar Kanunu'nun bu düzenlemesi karşısında kendileri yine de “bir defaya mahsus belirli süreli iş sözleşmeleri için de objektif neden arandığı, ikinci fıkrada zincirleme sözleşmelerle birlikte hükme bağlanabilirdi” mi diyeceklerdir? Giderek, “ancak ortada baştan itibaren objektif nedenler varsa belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir, böyle bir neden yoksa salt bir tarih veya gün vererek belirli süreli sözleşme yapılamaz” yolundaki görüşlerinde ısrar edecekler midir? Aynı şekilde Yüksek Mahkeme, “Belirli süreli iş akdinin yapılmasının objektif nedeni varsa ve bu neden devam ediyorsa veya yeni bir neden ortaya çıkmışsa belirli süreli iş sözleşmeleri yenilenebilir” içtihadını Borçlar Kanunu bakımından da savunabilecek midir?

Hiç kuşku yoktur ki, İş Kanunu m. 11/2'de yer alan yaptırımın sözleşmenin ilk defa yapılmasında da geçerli olduğu ve uygulanması gerektiği öne sürülebiliyor ise; Borçlar Kanunu söz konusu olduğunda farklı bir değerlendirmeye gidilmesi mümkün olamaz. Bu görüş doğrultusunda; TBK. m. 430'da, üst üste yapılan sözleşmeler için getirilmiş olan yaptırımın -aynı şekilde- bir defa yapılan belirli süreli sözleşmelerde de uygulanması kaçınılmaz olur. Yukarıda söylenenin aksinin öne sürülmesi kelimenin tam anlamıyla “çelişki” oluşturur.

Ne var ki, Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemenin böyle bir değerlendirmeyi mümkün kılmadığı da ayrı bir gerçektir.

8. SONUÇ

Yukarıda açıklandığı üzere, ne İş Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının içeriğinde, ne maddenin gerekçesinde ve ne de Avrupa Birliği Yönergesinde bir defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesinde objektif/esaslı neden arandığına ilişkin en küçük bir belirti vardır. Birinci fıkrada yer alan “objektif koşul” kavramı belirli süreli iş sözleşmesini tanımlamak amacıyla kullanılmıştır; sözleşmenin yapılmasıyla değil, sonuyla ilgilidir. Böyle olduğu içindir ki, burada herhangi bir yaptırım da öngörülmüş değildir. Buna karşılık, “objektif/esaslı neden” farklı bir kavramdır ve bu neden sadece iş sözleşmesinin tekrarlanmasında aranmaktadır; böyle bir nedenin bulunmaması durumunda, sözleşmenin başlan-

gıçtan itibaren belirsiz süreli sayılacağı madde belirtilmiş bulunmaktadır. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme de aynı şekildedir.

Yukarıda açıklanan hususlar bazı yazarlarca da kabul edilmiş bulunmaktadır. Güneş/Mutlay yeni Borçlar Kanunu'nu değerlendirdikleri makalelerinde açıkça şöyle demektedirler: “Öğretide Taşkent, baklı olarak İş Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının ne içeriğinde ne maddenin gerekçesinde ne de maddenin dayanağı olan Avrupa Birliği Yönergesinde “objektif baklı neden” aranmadığını, “objektif koşul” kavramının “objektif neden” ile aynı anlama gelmediğini, sözleşmenin ilk kez yapılmasında objektif neden aranmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Borçlar Kanununda da sözleşmenin ilk kez yapılmasında “objektif neden” ya da “esaslı neden” aranması bu görüşü desteklemektedir”³².

Özetle, İş Kanunu'nun 11. maddesindeki düzenleme çağdaş anlayış ve gelişmelere tamamen uygundur. Gerçekten de, maddenin birinci fıkrası “esneklik” içermekte; ikinci fıkrası ise “koruma ilkesi” doğrultusunda önlem getirmektedir.

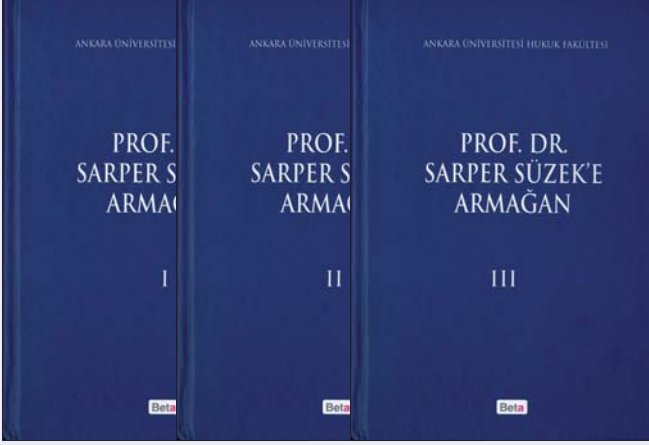
Son olarak da, esnekliği ortadan kaldıracak zorlama yorumların işçinin yararına sonuç doğurmayacağını; tam tersine istihdamının engellenmesi nedeniyle işçinin zarar görmesine yol açacağını vurgulamak isterim.

DİPNOTLAR

- 1 Yarg. 9. HD, 28.04.2008, E. 31272, K. 10447; Legal İSGHD, 2008, S. 19, 1129-1132.
- 2 W. Blomeyer, Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, Çeşme, 27-31 Ekim 1993, İzmir 1994, 198; H. Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 2008, 365; G. Alpogut, AB'de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler, İşveren Dergisi, Özel Ek, Eylül 2006; G. Alpogut, 4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Mercek Dergisi, MESS Yayınları, Ocak 2004, 78.
- 3 J. Biebl, Das neue Kündigung- und Befristungsrecht, München 2004, 77.
- 4 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 24. Bası, Beta Basım, İstanbul 2011, 95.
- 5 S. Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2008, 230.

- 6 Bak. Çelik, 95, dn. 31. Ayrıca, Alpogut, Mercek, 85 ve dn. 38.
- 7 Alpogut, Mercek, 79.
- 8 Alpogut, Mercek, 78.
- 9 Alpogut, İşveren, 11.
- 10 S. Başterzi, Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 128.
- 11 Çelik, 91.
- 12 Başterzi, 131.
- 13 Alpogut, Mercek, 77.
- 14 Bak. Alpogut, Mercek, 78.
- 15 M. Ekonomi, İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, 80- 81.
- 16 Alpogut, Mercek, 75.
- 17 T. Geiser/R. Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Staempfli Verlag AG, Bern 2009, 186. Hollanda hukuku için bak. Hensler-Braun, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2011, 789. Avusturya hukuku için bak., aynı eser, 938.
- 18 M. Ekonomi, 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (1) - Kavram, Süre ve Yenileme- Legal İSGHD, S. 9, İstanbul 2006, 20.
- 19 D. Ulucan, 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, Çeşme 2003, 40.
- 20 Süzek, 224.
- 21 Ekonomi, Legal, 19.
- 22 Ekonomi, Legal, 19, dn. 10.
- 23 Yarg. 9. HD. 28.04.2008, E. 31272, K. 10447, Legal İSGHD, S. 19, 2008, 1131.
- 24 Ulucan, 45.
- 25 Alpogut, Mercek, 85.
- 26 Ulucan, 45-46.
- 27 Ö. Eyrenci, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, S. 1, 2004, 26; Alpogut, Mercek, 85.
- 28 Bak. Mollamahmutoğlu, 330.
- 29 Yarg. 9. HD. 29.01.2004, E. 12151, K. 1456; Ş. Çil, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2007, 637.
- 30 Geiser/Müller, 187.
- 31 M. P. Soyer, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Devrim Ulucan'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, 160.
- 32 B. Güneş/F. B. Mutlay, Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 30, 2011/3, 241.

YENİ YAYINLAR



Akademisyen, hâkim ve avukatlar olmak üzere geniş bir yazar yelpazesine sahip olan **“Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan”** adlı üç ciltten oluşan eser, toplamda 134 seçkin isim tarafından kaleme alınmış ve Ekim 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Prof. Dr. Sarper Süzek’in kırk yılı aşkın bilimsel çalışma hayatına teşekkür niteliğindeki eser hazırlanırken; gönderilen yazılar, ilk olarak yayın kurulunca bilimsel anlatım ve yazım kuralları yönünden incelenmiş; uygun bulunanlar hakem denetiminden geçirilmiştir. Hakem raporları doğrultusunda yayımlanan makaleler

“hakem denetiminden geçirilmiştir” ibareleriyle dipnotta belirtilmiştir.

Üç ciltte, 7 bölüm başlığı altında ve 120 makaleden oluşan eserin birinci cildinde, Prof. Dr. Turhan Esener tarafından yazılan Sunuş bölümü, Prof. Dr. Sarper Süzek’in özgeçmişi, kitapları, makale ve tebliğlerinden oluşan yayın listesini takiben, “İş Hukukunun Genel Esasları” başlığı altında 12 makale, “Bireysel İş Hukuku” başlığı altında 42 makale, “Toplu İş Hukuku” başlığı altında 8 makale, “İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku” başlığı altındaki bölümde 11 makale, “Sosyal Güvenlik Hukuku” başlıklı bölümde 14 makale, “Özel Hukuk” başlığı altında 18 makale, “Kamu Hukuku” başlıklı son bölümde ise 15 makale bulunmaktadır.



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimleri Şahin ÇİL ve Bektaş KAR tarafından Aralık 2011 tarihinde hazırlanan **“6100 sayılı HMK’ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava”** adlı eser yayımlanmıştır.

Güncel bir sorunu ele alan eser, işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası veya kısmi dava olarak istenip istenemeyeceği sorunu üzerine iş hukuku uygulaması içinde olan şahıslardan özellikle hâkimlerden çok sayıda sorular gelmesi üzerine kaleme alınmıştır. Eserde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ‘belirsiz alacak ve tespit davası’ ile ‘kısmi dava’ konularındaki düzenlemelerin bir iş yargısına etkileri üzerinde durulmuştur.

Konuyla ilgili temel kavramlar bölümünde, dava türleri ile dava şartları, ön inceleme ve davaların yığılması gibi kurumlara yer verilmiştir. İşçilik hakları yönünden yapılan değerlendirme bölümünde ise, iş davalarına konu olan tazminat ve alacaklar ayrı başlıklar halinde sıralanarak kavramlar üzerinde durulmuş, hesap yönteminin ayrıntılarına değinilmiş ve her bir bölüm sonunda, belirsiz alacak davası veya kısmi dava açılıp açılmayacağı açıklanmıştır. Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu’nun öngördüğü işçilik haklarının özellikleri de ayrı başlıklar halinde incelenmiştir.

Prof. Dr. Nüvit GEREK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Öngörülen Tehlike Sorumluluğu

GİRİŞ

İş sağlığı ve güvenliği konusu önem kazandıkça, işverenlerin iş kazalarından ve meslek hastalıklarından doğan hukuki sorumlulukları da tartışılmakta ve yargı kararlarına konu olmaktadır.

İş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan sorumluluklardan bir bölümü Sosyal Güvenlik Kurumu'na düşen sorumluluktur. Sosyal Güvenlik Kurumu bu sorumluluğu doğrultusunda öncelikle “iş kazası ve meslek hastalığı” sigortası faslından ve gerekirse malullük ve ölüm sigortaları fasıllarından gereken yardımları yapmak durumundadır.

Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumu'nca karşılanamayan zararlar için işverenler sorumlu tutulabilmektedir. İşverenlerin hukuki sorumluluklarının niteliği konusunda doktrinde ve yargı kararlarında zaman içinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Hukuk sistemimizde sınırlı hallerde söz konusu olan sorumluluk halleri dışında sorumluluğun kaynağı “kusur-

lu olma” esasına dayandırılmıştır.

Sanayi alanındaki gelişmeler, yeni teknolojiler ve yeni motorlu araçlar giderek artan ölçüde üretim sürecine girdikçe, bilinen, düşünülen ve alınabilecek bütün önlemler alınsa bile önlenemeyen tehlikeler ortaya çıkmaktadır. Bu durum iş kazalarında ve meslek hastalıklarında büyük artışlara yol açtıkça, kusura dayalı sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığı şeklindeki görüşler yaygınlaşmıştır. Nitekim Yargıtay kararları gözden geçirildiğinde, ilk önceleri işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirildiği, daha sonra akdi sorumluluk (sözleşmeden doğan sorumluluk) esasının benimsendiği, daha yakın zamanlarda ise, sosyal-ekonomik-kültürel gelişmelere bağlı olarak “tehlike sorumluluğu” görüşünün öne çıktığı anlaşılmaktadır.

Kusursuz sorumluluk anlayışı, kusurlu olmasa bile bir kimsenin sebep olduğu zararı tazmin etmesi gerektiği düşüncesine dayanır. Çağdaş ve insancıl bir düşünceye dayanan kusursuz sorumluluk prensibi, kusursuz sorum-

Kusursuz sorumluluk anlayışı, kusurlu olmasa bile bir kimsenin sebebi olduğu zararı tazmin etmesi gerektiği düşüncesine dayanır.

luluk prensibini benimseyen birçok Devletin mevzuatına bile girmiştir. Kara, deniz ve hava ulaştırma araçlarının kusursuz sorumluluğu özel kanunlarla düzenlenmiştir¹.

Ülkemizde de bazı özel kanunlarla düzenlenen, tehlike sorumluluğuna dayanan kusursuz sorumluluk halleri bulunmaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 4926 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, Türk Ticaret Kanunu'nun yolcu taşıma ile ilgili hükümleri, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 6326 sayılı Petrol Kanunu bu özel kanunlardan başlıcalarıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinde düzenlenen "tehlike sorumluluğu" kavramı, yukarıda değinildiği gibi daha önce sadece özel düzenlemelerde yer almaktayken, yeni Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle artık genel bir hüküm olarak hukuk sistemimizdeki yerini alacaktır. Düzenlemenin önemi de buradan kaynaklanmaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda tehlike sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm bulunmaktaydı. Bu nedenle bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğunu düzenleyen 58. madde, tehlikeli işletme ve tesislere de uygulanıyordu. Örnek vermek gerekirse yüksek gerilim hatlarından sorumluluk 58. maddeye dayandırılmaktaydı.

Benzer şekilde bazı fabrika bacalarından çıkan zehirli gaz ve dumanlar, sanayi kuruluşlarından bir bölümünün atıkları arasında görülen asitli ve zehirli sular çevre kirliliğine neden olarak insanlar, hayvanlar ve bitkiler için zararlı olmuşlardır. Bu zararlara karşı açılan davalarda Medeni Kanun'un komşuluk hukuku ile ilgili hükümlerine veya taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerine dayanılmıştır.

Ancak yakında yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaya başladığında örnek olarak yukarıda değinilen davalar ve benzerleri, özen sorumluluğu-

na göre değil, tehlike sorumluluğuna göre ele alınıp değerlendirilecektir.

1. 6098 Sayılı Kanunun 71. Maddesi Kapsamında Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme

A) Genel Olarak

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluk halleri üç grupta düzenlenmiştir. Bunlar "hakkaniyet sorumluluğu", "özen sorumluluğu" ve "tehlike sorumluluğu ve denkleştirme" olarak ele alınmıştır. Özen sorumluluğu da "adam çalıştıranın sorumluluğu", "hayvan bulunduranın sorumluluğu" ve "yapı malikinin sorumluluğu" olarak kendi içinde üçe ayrılmaktadır.

Daha önce de değinildiği gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme" başlıklı 71. maddesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen yeni bir düzenleme getirmektedir. Madde metni,

"MADDE 71- Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetlerinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebebi olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler." şeklindedir.

Maddenin gerekçesi gözden geçirildiğinde, Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İşviçe hukukunda, tehlike sorumluluğunu düzenleyen birçok özel kanun bulunduğu, oysa ülkemizde bu konuda yeterli yasal düzenleme bulunmadığı için 71. maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin belirtilmesinin uygun görüldüğü ifade edilmektedir.

Gerekçede daha sonra maddenin birinci fıkrasına değinilmekte, *“Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar”* ifadesine yer verilmektedir. *“Tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarar”* kavramı madde metninde yer almakla beraber *“önemli ölçüde tehlike arz eden işletme”* kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda fikir verebilir.

Gerekçenin, maddenin ikinci fıkrasına ilişkin açıklamalarında, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin madde metnindeki tanımı hatırlatıldıktan sonra, *“Bu hüküm uyarınca önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin beklenmedik hal sonucunda, sık olarak ya da zaman zaman ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, söz konusu işletmeyi işleten kişiler bakımında maddenin birinci fıkrası uygulanabilir.”* ifadesi yer almaktadır. Burada da dikkati çeken husus, zararın, *“beklenmedik hal sonucunda”* ortaya çıkmış olmasıdır. Burada, zararın beklenmeyen zamanlarda ve beklenmeyen durumlarda ortaya çıkabileceği belirtilmektedir.

Maddeye ilişkin gerekçenin en sonunda ise, *“haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zaman aşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir”* ifadesi yer almaktadır².

Esasen, tehlike unsuru, 6098 sayılı Kanunun 65. maddesinde düzenlenen *“Hakkaniyet Sorumluluğu”*, 66. maddesinde düzenlenen *“Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”*, 67. ve 68. maddelerinde düzenlenen *“Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu”* ve 69. maddesinde düzenlenen *“Yapı Malikinin Sorumluluğu”* açısından da söz konusudur. Çünkü tehlikeler sonucunda

zararlar ortaya çıkmaktadır. Ancak buralardaki tehlike unsuru 71. maddedeki tehlike sorumluluğu kapsamı dışında düşünülmelidir³. 65. maddede temyiz gücüne sahip olmayan birinin zarara yol açma tehlikesi vardır. 66, 67, 68, 69. maddelerde ise zarar, objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bir diğer deyişle sorumluluğun esaslı unsuru, temel unsuru, tehlikenin bizzat kendisi değildir. Tehlike doğuran ve zarara yol açan temel unsur, objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Oysa 71. maddede düzenlenen tehlike sorumluluğunda, sorumluluğun temel unsuru bizzat işletme faaliyeti esnasında ortaya çıkan tehlikenin kendisidir. 71. maddede düzenlenen tehlike sorumluluğu ile objektif özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluk halleri arasındaki ikinci bir fark da, objektif özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluk hallerinde sorumluluktan kurtulabilmek mümkün olduğu halde, tehlike sorumluluğunda sorumluluktan kurtuluşun mümkün olmayışıdır⁴.

71. maddenin uygulama alanı bakımından açıklığa kavuşturulması gereken kavram *“önemli ölçüde tehlike arz eden işletme”* olmaktadır. Bu kavramın iyi anlaşılabilmesi için de *“zarar tehlikesi”* ile *“işletme tehlikesi”* arasındaki farkın bilinmesi gerekmektedir. Bina ve yapı eserlerinin tehlike yaratması riski vardır (zarar tehlikesi). Tehlike ortaya çıkar ve zarar verirse, sorumluluk doğacaktır. Tehlike, bina ve yapı eserinin kendisinden kaynaklanmaktadır. Bina ve yapı eserlerinde bir işletme faaliyeti yoktur. Yani bir üretim faaliyeti yoktur. Tehlikenin doğması bir üretim faaliyetinden kaynaklanmamaktadır. *“Önemli ölçüde, tehlike arz eden işletme”* söz konusu olduğunda ise, tehlikenin kaynağı işletmenin binası değil işletmenin faaliyeti olmaktadır. İşletmenin mal veya hizmet üreten veya her ikisini birden üreten bir ünite olduğu düşünülürse, işletmenin üretim faaliyetinin tehlikenin nedeni olduğu anlaşılmaktadır. Bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğu *“özen sorumluluğu”* iken (olağan sebep sorumluluğu), önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sahibinin veya işletenin sorumluluğu *“tehlike sorumluluğu”* olmaktadır.

71. maddenin uygulama alanı dışında kala-

cak önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler de vardır. Daha önce de değinildiği gibi, ülkemizde az sayıda da olsa tehlike sorumluluğuna ilişkin özel kanunlar çıkarılmıştır (Karayolları Trafik Kanunu⁵, Türk Sivil Havacılık Kanunu⁶, Petrol Kanunu⁷ ve diğerleri). İşte özel kanunların kapsamındaki önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler de 71. madde kapsamı dışında kalacaktır.

Bu durumda 71. maddenin kapsamına, özel kanunlarla düzenlenen tehlikeli işletmelerin dışında kalan, motorlu araçlar, gemi ve uçak gibi hareket eden tehlikeli işletmelerin dışında kalan tehlikeli işletmeler girecektir. Bunlar öncelikle sabit tesis niteliğinde olan toprağa bağlı sanayi işletmeleridir. Bunların dışında yüksek gerilim hatları, baz istasyonları, patlayıcı maddeler üreten işletmeler, maden ocakları, siyanürle altın ve gümüş çıkaran işletmeler de sayılabilir.

B) Önemli Ölçüde Tehlike Arz Eden İşletme Kriterleri

- **İşletmenin mahiyeti itibarıyla tehlike arz etmesi,**

İşletmenin mahiyeti denilince işletmenin genel olarak sürdürdüğü faaliyet, yani üretim sürecinin bütün aşamaları anlaşılmalıdır. Üretim sürecinin her aşamasında ve sonucunda önemli ölçüde tehlikelerle karşılaşılabilir olmalıdır.

- **İşletmenin kullandığı malzemelerin, araçların, enerji kaynaklarının ve gücün tehlikeli olması,**

İşletmenin üretim sürecinde kullandığı gir-diler, malzemeler, araçlar ve enerji kaynakları, işletmenin taşıdığı fiziksel veya kimyasal gücü, üretim sürecinden bağımsız olarak önemli ölçüde tehlike yaratabilir nitelikte olmalıdır.

- **İşletmenin faaliyetlerinin sıkça zarara yol açması veya sıkça olmasa bile zararın ağır nitelikte olması,**

Ortaya çıkan zararlar beklenmedik hal sonucunda beklenmeyen zamanlarda ortaya çıkmış olmalıdır.

- **Ortaya çıkan zararın tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarar niteliğinde olması,**

Ortaya çıkan zarar bilinen, aşına olunan,

sürpriz olmayan bir tehlikenin büyük olasılıkla daha önce de karşılaşılan bir tehlikenin doğurduğu, bilinen daha önce de karşılaşılan türde bir zarar olmalıdır. Kuşkusuz tipik tehlike ile tipik zarar arasında illiyet bağı olmalıdır⁸. Örnek vermek gerekirse maden arama yöntemleri her türlü tedbire rağmen toprağı kirletmektedir.

- **Uzman bir bilirkişiden beklenen tüm özen gösterilmiş olsa bile işletmenin sürdürdüğü faaliyetin sıkça veya ağır zarar doğurma eğiliminin önlenemiyor olması,**

Uzman bilirkişi marifetleriyle, gerekli görülen ve bilinen her türlü tedbirin alınmış olması halinde bile, beklenmeyen durumlarda zarar ortaya çıkabilir olmalıdır. Kısaca değinmek gerekirse, işletmenin faaliyet konusunun ne olduğu, neyi ürettiği, ürününün ne olduğu, zehirli gaz, katı veya sıvı zehirli atık yayıp-yaymadığı, nasıl bir teknoloji kullandığı, zarara yol açabilen etkenlerin, işletmenin kendine özgü niteliğiyle yani işletmenin mahiyetiyle ilgili olup-olmadığı titizlikle tespit edilmelidir.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin özellikleri sıralanmaya çalışılsa bile 71. maddenin uygulama alanının epeyce genişleyebileceği anlaşılmaktadır. Çünkü kullanılan malzeme, araç-gereç ve enerji kaynağı ne ölçüde tehlike yaratabilir konusundaki değerlendirme belki biraz daha objektif olarak yapılabilir. Ancak işletmenin mahiyeti itibarıyla tehlike arz edip-arz etmediği, tehlikenin boyutu ve yol açabileceği zararın büyüklüğü her zaman kolaylıkla belirlenemez. İnşaat sektöründe, tıbbi operasyonlarda, yer altı maden işletmelerinde, demir-çelik fabrikalarında, baz istasyonlarında, çevreye zarar verebilecek potansiyel tehlike arz eden işletmelerde, bunların sahipleri ve işletenleri 71. madde kapsamında sorumlu tutulabileceklerdir.

71. maddenin son fıkrasında da, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin, mevzuatta uygun şekilde izin alınarak kurulmasının ve mevzuata uygun olarak işletilmesinin, zarar ortaya çıkarsa işletme sahibini ve işleteni sorumluluktan kurtaramayacağı, bunun bir savunma unsuru sayılamayacağı ifade edilmektedir. Burada önemli olan husus, önemli ölçüde tehli-

ke arz eden işletmenin faaliyetinin, mevzuata uygun olup-olmadığı değildir. Sıkça meydana gelip-gelmediği veya sıkça meydana gelmese bile ağır ölçüde zararlara yol açıp-açmadığıdır. İşletmenin kuruluşu ve faaliyeti mevzuata da uygun değilse, çoğu kez karşılaşıldığı gibi, yasaklandığı halde işletme faaliyetine devam ederek zarara neden oluyorsa, zaten kusursuz sorumluluğa dayanmaya gerek kalmayacak, işletme sahibi veya işleteni, kusur sorumluluğu nedeniyle tazminat ödeyecektir.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinden ötürü zarar meydana gelecek olursa, zarardan sorumlu kişiler, “işletme sahibi” ve varsa işletme sahibi dışında “işleten” olacaklardır. Bu kişiler müteselsilen sorumlu olacaklardır. İşletme sahibinin, bir işletmenin faaliyetlerine doğrudan veya dolaylı olarak katılan, işletmede hissesi-ortaklığı bulunan, işletmenin faaliyetlerini sürdürmesinde söz ve karar sahibi olan ve işletme faaliyetleri sonucu ekonomik yarar sağlayan gerçek ve tüzel kişiler olarak düşünülmesi mümkündür.

İşleten ise, işletmenin sahibi olmayan ama işletme sahibinin yetkili kıldığı, işletmeyi işletme sahibi adına yöneten veya işletmeyi kiralamak suretiyle işletmeyi kendi adına yöneten kişi olarak düşünülebilir. Bu durumda işletenin işveren vekili olması veya kiracı olarak işletmeyi yönetmeyi sorumluluk açısından bir fark yaratmayacaktır.

Dikkatten kaçmaması gereken bir husus, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetlerinden ötürü işletmenin sahibinin veya işletenin sorumluluklarının doğması, bir zararın ortaya çıkmış olmasına bağlıdır. Ortaya çıkan bir zarar yoksa sorumluluk da söz konusu olmayacaktır. Sorumluluktan söz edebilmek için ortaya bir zarar çıkmış ve dava edilebilir nitelik kazanmış olmalıdır. Bu konuda, henüz zarar ortaya çıkmadan, “zarar görme tehlikesi” varsa ne olacağı sorusu akla gelebilir. 71. madde tehlike sorumluluğu ve denkleştirme konusunu düzenlemektedir. Zarar görme tehlikesine karşı bir düzenleme yapmamıştır. Ancak “Zarar tehlikesini önleme” başlıklı 70. madde, bu konuda fikir verebilecek niteliktedir. Bu maddede, bina ve yapı eserinden zarar görme

tehlikesiyle karşılaşanların, hak sahiplerinden tehlikenin giderilmesi için önlem alınmasını isteyebilecekleri ifade edilmektedir. Benzer şekilde, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinden zarar görme tehlikesi hissedenlerin de tehlikenin giderilmesini, kontrol altına alınmasını işletme sahibinden veya işletenden isteyebilecekleri, kabul edilmelidir. Burada doğmuş-ortaya çıkmış bir zararın tazmini talep edilmemektedir. Doğabilecek bir zararın önlenmesi-doğmaması için tedbir talep edilmektedir. Örnek vermek gerekirse, zehirli duman salan fabrika bacalarına filtre takılması, zehirli atıkları sulara akıtmadan, arıtma tesislerinden geçirilmesi, baz istasyonlarının, yerleşim birimlerinden uzağa kurulması, yüksek gerilim hatlarının binaların yakınından geçirilmemesi istenebilir.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinden doğan sorumluluk haksız fiil niteliğindedir. Zarar görenler, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendikleri tarihten itibaren iki yıl içinde ve her durumda fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yıl içinde tazminat talebinde bulunmalıdırlar. Zamanaşımının başlangıcı, zararın ortaya çıktığı ve dava edilebilir nitelik kazandığı gündür. Ölüm, yaralanma ve hasar görme gibi birdenbire ani sonuçlarla karşılaşıldığında, bu andan itibaren zamanaşımı başlayacaktır. Ancak çoğu kez önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetleri birdenbire ve aniden sonuç yaratmaz. Örnek vermek gerekirse, fabrika bacalarından çıkan zehirli gaz ve dumanların, sanayi kuruluşlarının zehirli atıklarının, radyasyon sızıntılarının zararlı sonuçları yıllar sonra kanser, kalp, astım gibi ölümcül hastalıklara yol açabilmektedir. Bu gibi hallerde ölüm, sakatlık veya ağır hastalık durumları ortaya çıktığında sonuç gerçekleşmiş olacağından bu andan itibaren zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.

71. maddenin dördüncü fıkrası:

“Önemli ölçüde tehlike bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.” şeklindedir.

Fıkra metninden, işletme sahipleri veya iş-

letenlerin, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinin gerektirdiği şekilde, mevzuatın öngördüğü bütün izin ve ruhsatları almış olsalar bile, kanunun uzmanları ile birlikte, her türlü özen yükümlülüğünü göstererek bilinen ve alınabilecek her türlü tedbiri almış olsalar bile, işletmenin faaliyetinden sağladıkları yarara karşılık, işletmenin faaliyetlerinden zarar görenlerin zararlarını gidermek zorunda oldukları anlaşılmaktadır. Bunun dayanağı, kusursuz sorumluluk ilkesi ve hakkaniyetin gereğidir.

Uygun bir bedel, karşılaşılan zararı giderecek ölçüde bir bedel olarak düşünülmelidir.

Ancak zararın karşılanması “denkleştirme” kavramı ile açıklanması eleştirilebilir⁹. Çünkü genel anlamda denkleştirme, hukuka uygun ve hukuk düzeninin izin verdiği bir eylem ve faaliyetten kaynaklanan zararın, zarar veren ile zarar gören arasında hakkaniyete uygun bir şekilde paylaşılmasıdır. Yani denkleştirmede bir menfaat paylaşımı söz konusu olmaktadır. Oysa önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin sahibi veya işleteni ile işletmenin faaliyetinden zarar gören arasında bir menfaat paylaşımı söz konusu değildir¹⁰.

Tehlike sorumluluğu bir mutlak sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir. Ancak bu mutlak sorumluluk işyeri koşullarından, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetlerinden, mahiyetinden doğan zararlar için söz konusu olacaktır. Aksi takdirde ortaya çıkan zarar araya giren başka faktörlerden kaynaklanmaktaysa bu durumda işveren zarardan sorumlu tutulmamalıdır¹¹. Çünkü önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetleri arasında uygun illiyet bağı yoktur. İlliyet bağının kesilmesi mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zarar görenin ağır kusuru hallerinde söz konusudur. Bu üç nedenden birisi sonucunda zarar ortaya çıkmışsa, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sahibi veya işletenin sorumluluğu doğmayacaktır¹².

II. Yeni Düzenlemeye Rağmen Karşılaşılabilecek Sorunlar

Birçok ülkenin hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de kural olarak ku-

sur prensibi benimsenmiştir. Buna göre haksız fiil yapan kimse kusurlu değilse doğan zarardan sorumlu olmamaktadır.

Geçtiğimiz yüzyıldan başlayarak kusur prensibinin yeterli olmadığı ileri sürülmüş, belirli şartlarda kusurlu olmasalar bile, fiilleriyle zarar yol açanların bu zararı tazmin etmeleri gerektiği görüşü ağırlık kazanmaya başlamıştır. Bu görüşü savunanlar, teknolojik gelişmelerin, sanayi işletmelerinin çoğalmasının, ulaştırma araçlarındaki gelişme, çeşitlenme ve çoğalmaların sağladıkları çok önemli yararlara karşılık, çeşitli zararlara da yol açtıklarını, bunları kullanarak, işleterek kazanç sağlayanların, kusurlu olmasalar bile, faaliyetlerinin sebep olduğu zarardan sorumlu tutulmaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Ülkemizde de daha önce değinildiği gibi az sayıda özel kanunlarla kusursuz sorumluluk hallerinden birisi olarak tehlike sorumluluğu kabul edilmiştir. Özel düzenlemelerin yetersizliği 818 sayılı Kanunun 55. ve 58. maddeleri uygulanmak suretiyle giderilmeye çalışılmıştır. 6098 sayılı Kanunun 71.maddesi ile getirilen düzenleme yakın gelecekte genel bir hüküm olarak uygulanmaya başlayacaktır.

Tehlike sorumluluğunun hukukumuzda yeterli ölçüde düzenlenmediği şeklindeki eleştiriler böylece son bulacaktır. Konunun bu yönünden bakılırsa, genel bir düzenlemenin getirilmiş olmasının yerinde olduğu söylenebilir¹³. Çünkü kusursuz sorumluluk anlayışının ve dolayısıyla tehlike sorumluluğu anlayışının gerçekten çağdaş ve insancıl düşüncelere dayandığı çoğu kimse tarafından kabul edilmektedir.

Ancak sadece bu düzenleme ile yetinilmesi durumunda tehlikelerin yaratacağı zararların azalmayacağı, ayrıca bazı haksızlıklara yol açılabileceği akla gelmektedir.

Ülkemizde can ve mal kaybına yol açan çok sayıda çevre felâketleri, tehlike arz eden işletmeler için bu işletmelere özgü (genel düzenleme değil) özel kanuni düzenlemelerin önemini ve gereğini hatırlatmaktadır. Arıtma tesisi ve baca filtresi olmayan sanayi işletmelerinin verebileceği zararlar konusunda Muğla Yatağan ilçesi üzücü bir örnektir.

Teknolojinin getirdiği hiçbir yenilik, kolaylık, rahatlık ve hizmet insanların yaşamından daha önemli ve öncelikli değildir.

Sanayi kuruluşlarının zehirli atıkları, suların kirlenmesine, balıkların ve bu suları içen hayvanların ölmesine, bu sularla sulanan toprakların kirlenmesine, bu topraklarda yetişen sebze ve meyvelerin zehirlenmesine, bunları yiyen insanların zehirlenmesine yol açmaktadır.

Bazı sanayi kuruluşları yerleşim merkezlerinin ortasında veya çok yakınında kurulmuştur. Bunların arasında turistik yöreler de vardır. Kimyasal maddelerin üretimde yoğun olarak kullanıldığı fabrikaların bulunduğu Dilovası'nda kanser olaylarının çok arttığı bilinmektedir.

Siyanürle altın ve gümüş çıkarma faaliyetlerini yürüten işletmelerin görünen çevre kirliliğine yol açmaları yanında, buharlaşan zehirli gazların yağmurla toprağa ve yer altı sularına karıştığı bilinmektedir. Yakın geçmişte Kütahya bölgesinde siyanürle gümüş çıkaran bir işletmenin atık su barajındaki setlerin çökmesi sonucunda baraj içindeki siyanürün ne ölçüde çevreye yayıldığı tam olarak bilinmemektedir. Ancak çok uzun süre çevre kirliliğine yol açacağı bellidir.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sahiplerinden bazılarının maliyet unsurunu öne sürerek, masraf yapmayı gereksiz görmeleri, arıtma tesisi kurmamaları, bacalara uygun filtre taktırmamaları sonucunda, hava-su-toprak-deniz kirliliğine yol açmaları ani ölümlere ve ölümcül hastalıklara yol açmaları, ağır bir kusur sorumluluğunu gerektirir. Bu gibi örneklerde tehlike sorumluluğundan söz edilemez. Zehirli gazların ve zehirli atıkların yol açtığı zararlarda mücbir sebepten, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurundan da söz edilemez.

Bütün bu üzücü örneklerde, zarar büyük ölçüde yeterli ölçüde tedbir alınmamasından veya hiç tedbir alınmamasından kaynaklanmaktadır. Bu işletmelerin sahipleri kendilerinden beklenen özeni göstermiş olmaları

halinde kusurlu sayılmayacaklarından sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Sorumluluktan kurtulma imkânları varken gereğini yapmayanların, şimdi yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle, her türlü özeni gösterip bilinen ve mümkün olanı her türlü tedbiri almış olsalar bile sorumluluktan kurtulamayacaklarını öğrenmeleri halinde, sorumlu davranıp-tedbir alma gayreti içine gireceklerini beklemek aşırı bir iyimserlik olacaktır¹⁴.

Bu durumda önemli ölçüde tehlike arz eden benzer nitelikteki iki işletmeden birinin sahibi her türlü özen borcunu yerine getirip alınabilecek her tedbiri almışken, diğeri özen borcunu hiç veya yeterince yerine getirmemişken, ortaya çıkan zararlardan aynı ölçüde aynı şekilde sorumlu tutulmaları ne derecede uygun olacaktır? Belki de özen borcunu yerine getiren işveren bundan sonra eskisi kadar sorumlu ve duyarlı davranmayacaktır.

71. maddedeki düzenlemenin çok iyi niyetlerle yapıldığı kuşkusuzdur. Ancak iyi niyetli düzenlemelerin ülkenin ve toplum yapısının gerçeklerine de uygun olması gerekir.

- İnsanlarımızın çoğu tehlikelere karşı başkalarını değil kendilerini korumak için bile ihmalkâr davranmaktadırlar.

İşletme tehlikelerinin yaratacağı tehlikelerin önlenmesi, çalışanların ve işletmelerin içinde veya yakınında bulunanların korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi asıl amacımızdır. Önemli olan kimsenin zarar görmemesidir. Zararı kimin karşılayacağı asıl çözülmesi gereken sorun değildir.

- Tehlikelere zarara yol açmadan önce engel olmak, zarar ortaya çıkmışsa tekrarlanmasını önlemek, kararlı olmayı, benzer olaylara karşı değerlendirmelerde objektif ve istikrarlı olmayı, denetim mekanizmasının gerçekten etkili çalıştırılmasını gerektirir. Bugün, bilinen zararlı faaliyetlerine mahkeme kararlarına rağmen bazen kaçak olarak, bazen açıkça devam eden işletmeler vardır. Önce bunlar durdurulabilmelidir.

- 71. maddenin düzenlenmiş şeklinden ve ikinci fıkradaki ifadeden, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinin “*ne yapılırsa yapılsın önlenemez tehlikeler yarat-*

Tehlike sorumluluğunun uygulama alanı genişledikçe kusur sorumluluğunun uygulama alanı daralacak ve etkisi azalacaktır.

tığı ve eninde sonunda mutlaka zarara yol açacağı" gibi bir düşüncenin kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Burada cevaplandırılması gereken husus önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin gerçekten vazgeçilmez olup-olmadıklarıdır. Çünkü bu kapsamdaki işletmelerden bir bölümünün toplum yaşantısının zorunlu koşulları sonucu kurulduğu, bunların yapılmasının ve işletilmesinin ekonomik ve sosyal açıdan gerekli olduğu ileri sürülmektedir. Teknolojiden vazgeçilemeyeceği savunulmaktadır.

Bir kere teknolojinin getirdiği hiçbir yenilik, kolaylık, rahatlık ve hizmet insanların yaşamından daha önemli ve öncelikli değildir. Ülkemizde kurulması düşünülen nükleer santrallerin kamu yararına olacağını savunmak, *"bazı insanların ölmesi-sakat kalması, elektriksiz kalmak kadar önemli değildir"* düşüncesine dayanır. Bunun kabulü mümkün değildir. Bu gibi durumlarda alternatif çözümlere yönelmek, rüzgâr ve hidroelektrik santrallerine ağırlık vermek daha sağlıklı bir yaklaşım değil midir? Nükleer santraller veya onlarla eşdeğer tehlikeli faaliyet gösteren işletmeler kurulursa, bunların kurulmasını savunan, buna izin ve ruhsat verenler mi yoksa işletme sahipleri ve işletenler mi daha sorumlu kabul edilmelidirler?

- Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelere her gün yenileri eklenecektir. Bu yöndeki genişlemeye, bir taraftan yeni teknoloji ve yeni ürünler yol açarken, bir taraftan da bilinen teknolojilerle bilinen ürünlerin üretildiği işletmelerde giderek yaygınlaşan sağlık sorunları yol açacaktır. Örnek vermek gerekirse KOAH (Kronik Obstrüktif Akciğer Hastalığı) son iki yıldır hızla yaygınlaşmaktadır. Gaz, toz, duman gibi zararlı maddelerin yoğun olduğu ortamlarda çalışan, genellikle 40 yaş üzeri kimselerde görülmektedir. Bu tür işyerleri un fabrikaları, boya basma fabrikaları, akümülatör fabrikaları, kaynak işleri yapılan

işyerleridir. KOAH hastaları çoğaldıkça bu işlerin yapıldığı işletmelerin önemli ölçüde tehlike arz edip-arz etmediği, işletme sahiplerinin tehlike sorumlusu sayılıp-sayılmayacağı tartışma konusu olacak ve buna yeni işletmeler eklenecektir. Tehlike sorumluluğunun uygulama alanı genişledikçe kusur sorumluluğunun uygulama alanı daralacak ve etkisi azalacaktır. Çünkü kusur unsurunun varlığını ve ölçüsünü araştırıp-değerlendirmeye ihtiyaç kalmayacaktır.

- Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler arasında yer almayan bir işletmede, önemli ölçüde tehlike arz etmediği kabul edilen, az riskli görülen bir işletmede bir kaza meydana geldiğinde, bu beklenmeyen kaza işyeri koşullarından kaynaklanıyorsa ve olayda işçinin de, işverenin de kusuru yoksa işveren zarardan sorumlu tutulmayacak ve zararın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan kısmı işçinin üzerine yığılacaktır. Burada da bir haksızlık söz konusudur. Sırf çalıştığı işletme önemli ölçüde tehlike arz etmiyor kabul edildiği için işçi zararın tamamına kendisi katlanmak zorunda kalacaktır.

Oysa az veya çok ölçüde, bütün işletmelerde, faaliyet alanı ne olursa olsun, bu faaliyetin zarara yol açma tehlikesi ne olursa olsun, her zaman için kaza ve zarar riski olabilir. Bu riskler çalışanların ve işletme sahiplerinin her ikisinin de kusursuz olduğu durumlarda da meydana gelebilir. Onun için olaya bir bütünlük içinde bakmak ve bütün işletmeler için geçerli olabilecek çözüm aramak daha doğru olacaktır.

Esasen kusur sorumluluğunun gerçekten yetersiz kaldığı yer, hem çalışanların hem de işletme sahipleri veya işletenlerin kusursuz olmaları halinde, zararın tamamının çalışanların üstüne yükletilmesidir.

Öyleyse konunun daha az sıkıntı yaratacak bir çözümü için buradan yola çıkılabilir. Amaç kazaların önlenmesi, tehlikelerin kontrol edilebilmesi ve öncelikle çalışanların korunması olduğuna göre, kusuru olmayan çalışanların mağduriyetlerinin giderilmesi-zararlarının karşılanması olduğuna göre, sigorta sistemi daha etkin şekilde kullanılabilir¹⁵.

Öncelikle, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler sınıflandırılmalıdır. Bu sınıflandırmada işletmenin girdiği işkolu, işletmenin üretim kapasitesi, çalışan sayısı, kullandığı enerji kaynağının türü ve miktarı gibi faktörler dikkate alınabilir. Gelişmelere bağlı olarak tehlike sınıfları zaman zaman yeniden gözden geçirilebilir. Bu sınıflandırmalar dikkate alınarak özel kanunlarla ayrıntılı düzenlemeler yapılarak her işletmenin kendine özgü kuralları belirlenebilir.

Tehlike derecelerine göre işyerlerine zorunlu sigorta uygulaması getirilebilir. Bu zorunlu sigorta uygulaması 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası kapsamında düşünülebileceği gibi, ondan ayrı olarak başka bir kanun kapsamında da düşünülebilir. Tehlike sınıfı derecelerine göre de sigorta primi miktarları belirlenebilir. Kuşkusuz, İşletmenin faaliyet alanı itibariyle tehlike sınıfı yükseldikçe, prim miktarları da yükselecektir.

SONUÇ

Zaman içinde kusursuz sorumluluk prensibi anlayışı yaygınlaşmaktadır. Tehlike sorumluluğu ülkemizde az sayıda özel kanunla düzenlenmiştir. 6098 sayılı Kanunun 71. maddesi ile tehlike sorumluluğu genel bir hüküm olarak düzenlenmektedir. Bu düzenleme çağdaş hukuk anlayışının bir yansıması olarak yerinde bir düzenleme olarak kabul edilebilir. Tehlike sorumluluğu sorumluluk türlerinin en ağırlı olup, mutlak bir sorumluluktur. Tehlike sorumluluğunda kusur veya özen borcu konusu değildir. Bu nedenle kurtuluş beyyinesi (kanıtı) ile sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir.

Ancak önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin yol açabileceği zarardan tehlike sorumluluğu kapsamında sadece işvereni sorumlu tutmak beklenen sonuçları vermeyebilir. Ülkemizin ve toplumumuzun gerçekleri düşünüldüğünde tehlike sorumluluğu tamamen ters sonuç vererek işletme sahiplerinin daha duyarsız davranmalarına, önleyici tedbir almanın gerektirdiği masraflardan ve maliyetten kaçınmalarına yol açabilir. Ayrıca bu tür tehlikeli işletmeler kendi aralarında homojen bir yapıya

sahip değildirlir. Yol açabilecekleri tehlikeler ve bunların ağırlıkları çok farklı olabilmektedir. Bu bakımdan 71. maddeki düzenlemeyi tek başına yeterli bulmamak, işletmeleri tehlike derecelerine göre sınıflandırarak buna göre kapsamlı özel kanunlarla daha ayrıntılı düzenlemeler yapmak gerekir. Bunların yanında işletme riskleri için zorunlu sigorta uygulamasının düşünülmesi de uygun bir çözüm şekli olabilir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz.: Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 177-178.
- 2 Bkz.: Yeni Türk Borçlar Kanunu, 2011, Seçkin Ya., s. 119-120.
- 3 Bkz.: Halûk TANDOĞAN, "Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu", BATIDER, C. 10, S. 2. 1979, s. 291 vd..
- 4 Bkz.: Teoman AKÜNAL, "Yeni Tehlike Sorumlulukları Yaratılmasında Yargının Rolü", Prof. Dr. Turhan ESENER'e Armağan, Ankara, 2000, s. 58.
- 5 Bkz.: 2918 No.lu Karayolları Trafik Kanunu, R. G. 18.10.1983 T., No: 18195.
- 6 Bkz.: 2920 No.lu Türk Sivil Havacılık Kanunu, R. G. 19.10.1983 T., No: 18196.
- 7 Bkz.: 6326 No.lu Petrol Kanunu, R. G. 16.3.1954 T., No: 8659; 4925 No.lu Karayolları Taşıma Kanunu, R. G. 19.7.2003 T., No: 25173.
- 8 Bkz.: Umut YENİOCAK, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s. 94-95.
- 9 Bkz.: İlhan ULUSAN, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Huk. Ya. No: 72, İstanbul, 1990, s. 64-67.
- 10 Bkz.: Çelik Ahmet ÇELİK, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yeni Bir Düzenleme İşletme Tehlikeleri ve Tehlike Sorumluluğu", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/6098-sayili-borclar-kanunu>,
- 11 Ömek yargı kararları için bkz.: Yarg. HGK., 18.03.1987 T., 1986/9-722 E. 203 K.; Yarg. 9. HD. 1.1.1988 T. 3691 E. 3695 K.
- 12 Bkz.: Metin KURSAT, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller" <http://www.osmhukuk.com/content/i%C3%9F-kazasi-ve-meslek-ha...>, Erişim 1.4.2011.
- 13 Bkz.: Süleyman YILDIZ, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler", AÜHFHD, 59 (3) 2010, s. 571.
- 14 Bkz.: Sarper SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985, s. 226-228.
- 15 Bkz.: Sarper SÜZEK, İş Güvenliği..., s. 236.

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN

Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması

1. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin 417. ve 419. madde Hükümleri

1. TBK.'nın 417. maddesi

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda "İşçinin kişiliğinin korunması" kenar başlığı altında getirilen düzenlemeye göre;

"İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde 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.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."

2. TBK.'nın 419. maddesi

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "Kişisel verilerin kullanılmasında" kenar başlığı altında 419. maddesinde ise;

"İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.

Özel kanun hükümleri saklıdır." hükmü getirilmiştir.

Yeni Kanunun işverenin borçları ana başlığı altında, "İşçinin korunması" alt başlık (IV) nolu bent altında düzenlenmiş bulunan, 417. maddesi esas itibarıyla 1. fıkrası İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinin 1. fıkrası hükmü, maddenin 2. fıkrası 328. maddesinin 2.

Kişilik hakları kişiye ait tekeli ve mutlak bir haktır.

fıkrası kısmen dikkate alınarak, 3. fıkrası ise yeni hüküm olarak kaleme alınmıştır. TBK.'nın "kişisel verilerin kullanılmasında" kenar başlığı altında düzenlenen 419. maddesi ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328b hükmünden esinlenerek düzenlenmiştir.

Aşağıda önce, genel olarak işverenin işçiyi gözetme borcu üzerinde durulacak, daha sonra ise, işçinin hizmet ilişkisinde kişilik haklarının korunmasıyla ilgili YBK.'nın 417. maddesinin 1. fıkrası hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinin 1. fıkrası da değerlendirilerek açıklanacak, ayrıca kişisel verilerin korunmasına ilişkin YBK m. 419'da, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328b hükmü dikkate alınarak değerlendirilecektir.

II. Genel Olarak İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu

İşverenin gözetme borcu; işçinin özen gösterme ve sadakat borcunun (YBK. m. 396/4) karşılığını oluşturmakta olup, onun gibi aynı kapsam ve niteliktedir. İşverenin gözetme borcu işçinin iş ilişkisi kapsamında, özellikle, doğruluk ve dürüstlük ilkelerine göre işçinin haklı menfaatlerini korumak ve gözetmek yükümlülüğüdür.

İşverenin gözetme borcu, işverenin, işçinin haklı menfaatlerine zarar verebilecek davranışlarından kaçınma yükümlülüğüdür.¹

Gözetme borcu, kanunda açıkça öngörülmemiştir. Ancak kanunun değişik hükümlerinde onun görünüşlerinin düzenlendiğini tespit etmek mümkündür. Gözetme borcuna;

- Genel olarak işçinin kişiliğinin korunması (YBK. m. 417)
- Özellikle ev düzeni içinde çalışma durumunda koruma borcu (YBK. m. 418)
- Kişisel verilerin korunması (YBK. m. 419)
- Kadın işçi ile erkek işçinin eşit duruma getirilmesi (YBK.'da düzenleme mevcut değildir. Ancak İsviçre Eşit Duruma Getirme Federal Kanununun Art. 1. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.)

- İşçiyi hafta tatili ve iş arama izni vermek (YBK. m. 421). Yıllık izin hakkı (YBK. m. 422)
- Hizmet belgesi verme (YBK. m. 426) borçlarını örnek olarak gösterebiliriz.²

Yukarıdaki ilk beş kategori, kişilik haklarının korunmasıyla sonuncusu ise, iktisadi geleceğinin desteklenmesi ve teşvikiyle ilgilidir.

Gözetme yükümü, esas olarak iş ilişkisinin devamı süresiyle sınırlıdır. Ancak hizmet belgesi (bonservis) verilmesi iş ilişkisi sona erince ortaya çıkar.

Gözetme yükümü, işverenin talimat verme hakkının önemli sınırlandırılmasını teşkil etmektedir. Örneğin, işverenin, işçinin kişilik haklarını zedeleyici olan, eşit işlem görme ilkesine aykırı düşen veya işverenin haklı menfaatlerinin korunmasıyla ilgili olmayan talimatlarının, gözetme yükümü ile bağdaştığı söylenemez.³

III. "Kişilik Hakları" Kavramı

Kişilik hakları, kişilik değerleri, kısaca kişilik; kişinin fiziki varlığı, hayatı, vücut bütünlüğü beden ve ruh sağlığı gibi maddi, şeref, haysiyet, özel hayatı, ismi ve resmine ilişkin olarak manevi, ticari sırları ve kredi itibarı gibi iktisadi değerleri üzerinde sahip olduğu haklardır. Diğer bir ifadeyle kişilik hakları; kişinin maddi, manevi ve iktisadi bütünlüğüne ilişkin olarak, fiziki ve vücut varlığı, ismi, resmi-özel hayatı, toplum içinde kazandığı şeref, haysiyet ve itibarı, mal varlığını idame ettirme ve⁴ iktisadi geleceği üzerindeki haklardır.

Kişilik hakları kişiye ait tekeli ve mutlak bir haktır. Bu haklar aynı zamanda vazgeçilmez ve devredilmez haklardır. Kişi, kişilik hakkının sahibi olarak kişisel değerleri üzerinde başkalarından bağımsız ve özgür bir egemenlik hakkına sahiptir. Kişilik haklarına hukuka aykırı olarak tecavüz halinde kişi, bu haklarına saygı gösterilmesini, kişisel değerlerine dokunulmamasını talep etmek yetkisine sahiptir.⁵

Gerçek kişilerin, kişilik hakları, hukuki düzenlemeler öncesinde de mevcut olan fenomendir. Gerçek kişiler, hukuk düzeni tarafından yaratılmamış, bilakis önceden mevcudiyeti kabul edilmiştir. Kişiliğin korunması, hukukça temin edilmemiş bilakis hayatın bir gerçeği

olarak, hukuk düzeni onun korunmasını hukuki tedbir altına almıştır.⁶

Kişilik hakları, hem kişinin bizzat kendisine karşı (MK. m.23), hem de üçüncü kişilere karşı (MK. m.24) korunmaktadır.

İş ilişkisinin temelini teşkil eden hizmet akdi, işveren ile işçi arasında kişisel birlik ilişkisinin kurulmasını sağlar. Hizmet akdinin taraflarından biri olan işçi, işverene bağımlı ve onun talimatları doğrultusunda onun işyerinde verilen işi gördüğü için, özellikle ferdi iş hukukunda, işçinin kişilik haklarının korunması da büyük önem arz etmektedir.⁷

Yeni TBK.'nın 417. maddesi, genel olarak kişilik haklarının korunmasına ilişkin TMK. 24. maddesinin, ferdi iş hukukunda genel hizmet sözleşmesinde özel olarak düzenlenmesidir.⁸

TMK.'nın 24. maddesinde, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak yapılan saldırılara karşı kişiliği koruma düzenlenmiş olmasına rağmen, YBK.'nın 417. maddesi işçinin kişilik haklarını sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde korumaktadır. Bu farklılık, birisi haksız fiil sorumluluğunu, diğeri sözleşmeden doğan sorumluluğu esas aldığı için ispat yükünün dağılımı, yardımcı kişilerin sorumluluğu kusur ve zamanaşımı süreleri açısından, dikkate alınmalıdır.⁹

IV. Genel Hizmet Sözleşmesinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunmasının Amacı ve Nedeni

İş hukuku alanında da, hizmet ilişkisinden doğan ve işçinin kişilik haklarına ilişkin sorunlar ortaya çıkabilir. Bu sorunların nedenleri işçinin iş ilişkisindeki durumundan yani işçinin işverene tabi olarak, onun işyerinde ve onun talimatları çerçevesinde çalışma borcundan kaynaklanır.

İşçi ile işveren arasındaki hizmet sözleşmesi, işçiyi işverene hem kişisel hem ekonomik açıdan bağımlı kılar. Bu bağımlılık hizmet sözleşmesi neticesinde ortaya çıkar. Kaide olarak iş görme ediminin işçinin kendisi tarafından yerine getirilmesi gereği (YBK. m. 395) hizmet ilişkisinde işçinin işverene kişisel bağımlılığı-

nı ortaya çıkaran en önemli faktördür. Hizmet sözleşmesi gereği işçi, işverenin işyerine ve işin görülmesine yönelik (örneğin çalışma saati, çalışma yeri, çalışma düzeni) talimatları doğrultusunda iş görme edimini yerine getirmekle mükelleftir.

İşçinin iş görme edimi karşısında işverenin ücret ödeme borcu vardır. İşçinin ücret alacağı, işverene karşı ekonomik bağımlılığını ortaya çıkarır. Kişisel bağımlılık yanında işçinin işverene ekonomik bağımlılığı da iş ilişkisi için ayırdedici bir unsur olarak görülmektedir. Ekonomik bağımlılık kavramı üzerindeki görüşlerde birlik yoktur. Klasik görüşe göre¹⁰ ekonomik bağımlılık ücret bağımlılığı ile eşdeğer sayılmaktadır. Diğer bir görüş ise, ekonomik bağımlılığı, işçinin üretim araçları üzerindeki mülkiyet veya tasarruf gücünün olmaması anlamında yorumlamaktadır.¹¹

Hizmet akdini diğer akitlerinden ayıran bu bağımlılık unsuru¹² ve iş ilişkisinin özel şartları, işçinin değişik kişisel değerlerini işverenin hakimiyet sahasına getirmesine yol açmaktadır. İşveren aralarındaki iş akdinden dolayı işçinin kişisel değerlerinden yararlanmaktadır. İşçinin iş münasebeti içinde, işverene bağımlı olarak iş edimini şahsen ifa ile yükümlü oluşu, TMK.'nın 23/II hükmünde yer alan kanuna uygun sınırlandırmalardan sayılmaktadır.

İşte hem işin bizzat işçi tarafından ifası borcu nedeniyle kişisel açıdan, hem de ücret nedeniyle ekonomik açıdan işçinin işverene bağımlı olması, onun kişisel değerlerinin ve iktisadi varlıklarının işverenden gelebilecek muhtemel tehlikelere karşı korunmasını zorunlu kılmaktadır.

V. İşverenin İşçinin Kişilik Haklarını Koruma Yükümlülüğü

1. Genel Olarak Kişilik Haklarının Korunması

İşverenin bu yükümlülüğünün yasal mesnedini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ile Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi hükmündeki düzenlemeler oluşturmaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin kaynağını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 339. maddesi, 1972 yılında yapılan revizyonla değiştirilerek, bugün halen yürürlükte olan Art. 328/I'de yer alan yeni bir düzenleme getirilmiştir.

Bu maddeye 24 Mart 1995 tarihli (1 Temmuz 1996 yürürlüğe girmiştir) Kadın Ve Erkek İşçiyi Eşit Duruma Getirme Kanunu'nun, ek 3. bendi ile, ikinci bir cümle daha eklenmiştir. Getirilen bu düzenlemeye göre, işveren özellikle işçilerin cinsel tacize uğramamaları, bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarara uğramamaları için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Bu yeni madde hükmünde, işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu, işçinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğünün korunması yanında onun şeref ve haysiyetinin, özel ve gizli hayat alanlarının, mesleki itibarlarının korunmasını, yani işçinin kişilik haklarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.¹³ Böylece söz konusu 1. fıkra hükmünde MK.'nın 24 ve İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art. 28 hükümlerindeki kişiliğin himayesine ilişkin genel kural yanında, işçinin kişilik haklarının iş ilişkisi içinde korunması işverenin sözleşmeden doğan koruma ve gözetme borcu çerçevesinde özel olarak hükme bağlanmıştır.¹⁴

6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328/I maddesinin 1. fıkrası, 419. maddesi ise İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328b maddesi esas alınarak düzenlenmiştir.

Ayrıca 1.7.1993 tarihinde yürürlüğe giren 19 Haziran 1992 tarihli (Datenschutzgesetz) Bilgisayar Verilerine Karşı Korunma Kanunu ile birlikte yürürlüğe giren OR'ın 328b. maddesi hükmü ile işverenin işçi hakkında sadece iş ilişkisine ilişkin bilgisayar verileri toplayabileceği ve bu bilgisayar verilerinin hizmet sözleşmesinin ifası için kullanılabileceği hükme bağlanmıştır (OR Art. 328).¹⁵

Yeni Borçlar Kanunu'nun 417 ve 419. maddeleri, işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin olarak işverene kaçınma yükümlülüğü ve ayrıca, işveren için davranış yükümleri getirmektedir. İşveren, işçiyi özellikle işletme teh-

likelerinden ve iş ilişkisi çerçevesinde, onu üstlerinin, çalışma arkadaşlarının, tedarikçiler ve müşteriler gibi üçüncü şahısların tacizlerine karşı korumakla yükümlüdür.¹⁶

İşçinin yaşam ve sağlığı, beden ve ruh sağlığının bütünlüğü, kişisel ve meslek haysiyet ve şerefi, işletmedeki durumu ve saygınlığı, gizlilik alanı, işçinin korunması gereken kişilik değerleri arasındadır.

Aşağıda işçinin kişilik haklarının korunması kapsamında mütalaa edilen işçinin beden ve ruh bütünlüğünün korunması, işçinin yaşam ve sağlığının korunması, işçinin ahlaki değerlerinin özellikle cinsel tacizlere, psikolojik tacizlere (mobbing), sindirme ve karalamalara karşı korunması gibi özel durumlar ayrıntılı olarak incelenerek değerlendirilecektir.

2. İşçinin Beden ve Ruh Bütünlüğünün Korunması

İşveren işyerinde işin görülmesine ve işçinin davranışlarına ilişkin bir takım düzenlemeler getirebilir. İşçi işverenin bu talimatlarına uymakla yükümlüdür. Ancak bu talimatlar ve getirilen düzenlemeler işçinin kişilik değerlerinden olan beden ve ruh bütünlüğüne aykırı olamaz. Örneğin, İsviçre İş Mahkemesi bu konuda verdiği bir kararında işverenin bildirimli fesih, fesih süresi esnasında işçinin çalışmasını istemeyip, günde dört defa kendisine gözükmelerini talep etmesinin, işverenin koruma borcuna aykırı olduğunu belirtmiştir.¹⁷

Yine işçinin siyasi düşüncelerini açıklama ve sendikal örgütlere katılabilme serbestisi, işyerinin çalışma düzenini bozmadığı sürece söz konusudur. Yoksa örneğin iş saati esnasında, bu konular hakkında konuşması veya dinlenme saatlerinde çalışma arkadaşlarını rahatsız edecek boyutlara ulaşacak şekilde görüşlerini açıklaması¹⁸ işverenin kişilik haklarını koruma borcunun kapsamına girmez.

a- Eşit Muamele İlkesi

İşverenin işçilerin işyerinde kişilik haklarını koruma borcu, iş hukukundaki eşit davranma ilkesinin hukuki nedenini teşkil eder.¹⁹ Eşit

İşverenin işçilerin sağlığını koruyucu tedbirleri almak yükümlülüğüne, sigara içilmesine karşı koruma konusu da girer.

davranma borcu veya eşit işleme tabi tutma ilkesi, kaideten birden fazla kişinin bulunduğu ortamda söz konusu olup, eşit durumda bulunan kişilere hakkaniyet esaslarına göre eşit olarak davranmaktır.²⁰

Anayasanın 10. maddesinde yer alan genel eşitlik ilkesine göre herkes dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde de, eşit davranma ilkesi başlığı altında iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı hükmü getirilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında da, biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, uygulanma ve sona ermesinde, cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, 4. fıkrasında da aynı veya eşit değer de bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücretin kararlaştırılmayacağı öngörülmüştür. Ancak eşit davranma ilkesine, işçiler arasında keyfi davranılmaksızın, hakkaniyete ve objektif esaslara uygun ayrımların (örneğin, ihtisas, tahsil, tecrübe gibi nedenlerle) yapılması aykırılık teşkil etmez.

b- İş Verme Yükümlülüğü

Hizmet sözleşmesi sadece iş görme edimi ile ücret ödeme ediminin söz konusu olduğu bir sözleşme değildir. İşveren sadece ücret ödemekle yükümlü olmayıp, işçiye iş vermekle de yükümlüdür. İşçinin çalışmak istemesine rağmen işveren tarafından iş verilmemesi, koruma borcuna da aykırı bir davranıştır.²¹ Zira işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu, çalışmak isteyen işçiye iş verme yükümlülüğünü de beraberinde getirir. Özellikle, tiyatro sanatçısı, sporcu, ticari mümessil veya özel mesleklerde çalışan operatör, bilim adamı, teknik uzman-

lar gibi özel bir meşguliyeti gerektiren işlerde çalışan kimselere uzun zaman, çalışmak istemesine rağmen işverence iş verilmemesi; iş arkadaşları ve amirleri nezdinde şimdiye kadarki çalışmasının değersiz olduğu ve bu nedenle işverenin o işçinin çalışmasını kabul yerine ücretini ödemeyi tercih ettiği yolunda bir intiba verebilir. Ancak bu durum her çeşit işçi için söz konusu olabilir. İşçiye iş verilmemesi her işçiyi üzebilir ve bu durumun uzun süre devam etmesi kişilik haklarına tecavüz olur.²²

3. İşçinin Sağlığının Korunması

İşçinin sağlığının korunması demek, işverenin işçiden sağlığına zarar verecek veya tehlikeye düşürebilecek nitelikte çok yorucu, onun gücünün dışında iş talep etmesi anlamını taşır. Örneğin genç işçilerle kadın işçiler, ağır işçilerde ya hiç veya sadece geçici ve sınırlı süre çalıştırılabilir.²³ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 85. maddesinde de on altı yaşını doldurmamış genç işçiler ve çocuklar ile, çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçilerin, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılmayacağı öngörülmüştür.²⁴

İşverenin işçilerin sağlığını koruyucu tedbirleri almak yükümlülüğüne, sigara içilmesine karşı koruma konusu da girer. İşyerinde sigara içme yasağının, işçinin kişilik haklarını ihlal edip etmediği hususu önemlidir. Ancak bugün kapalı alanlarda sigara içilmesini yasaklayan 7.11.1996 tarih ve 4207 sayılı Yasa hükümleri karşısında işyerinde sigara içme yasağı kanuni temele kavuşmuştur. Ayrıca işyerindeki kapalı alanların dışında sigara içilmesi için bir yer tahsis edilmişse veya işyerinin niteliği itibarıyla getirilmiş bir yasak söz konusu ise bu kişilik haklarına aykırılık teşkil etmez.

İşveren, işçilerin yaşam ve sağlığının, kişisel bütünlüğünün korunması için, tecrübelerle göre zorunlu, tekniğin gelişmesinin durumuna göre uygulanabilir, işletmenin ve işyerinin şartlarına münasip, çalışma edimine göre kendisinden beklenen tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu kapsamda iş akışının organizasyonu, işe uygun işçinin çalıştırılması, bilgilendirme ve denetleme, makinelere koruyucu sistemlerin konması, amaca uygun işyerlerinin hazır

bulundurulması hususları örnek verilebilir. İşveren işçiyi ağır kusuru ve ağır ihmali dışında kendisinin kusurlu olduğu iş kazalarına karşı da korumalıdır.²⁵

4. İşçinin Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşamının Korunması

İşveren, iş ilişkisi içinde işçinin kişilik haklarına saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür. İşveren işçiye karşı onur kırıcı sözler söylememeli ve ona işyerinde üçüncü kişiler ve diğer çalışan işçiler tarafından hakaret edilmesine de müsaade etmemelidir.²⁶

İşveren işçinin özel hayatına karışmamalı, onun işyerinde danışma bürosuna verdiği bilgileri almamalı ve özel yaşamına ilişkin bilgileri üçüncü kişilere de vermemelidir. Ancak işveren çalışma belgesinin dışında, işçinin ilerlemesine engel teşkil etse bile gerekli bilgileri, eğer özellikle itimat edilen bir işyeri yönünden önemli ise, üçüncü kişilere verebilir. Ancak işverenin işçisi hakkında vereceği bilgiler gerçekleri yansıtmalı, ayrıca işçinin işverenine güvenerek anlattığı, örneğin ailevi sırları veya daha önce aldığı cezalarla ilgili hususları başkalarına açıklamamalıdır. İşverenin işçi hakkında vereceği bilgiler sadece çalıştığı iş ile ilgili kabiliyeti ve davranışları hakkında olmalıdır. İşçinin kendisi için faydalı olan ve işverene herhangi bir zarar vermeyecek nitelikte bulunan bilgileri istemesi halinde, bu bilgileri vermek işveren için, sadece hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür.²⁷

5. Ahlaki Değerlerin ve Özellikle İşçinin Cinsel Tacizlere Karşı Korunması

YBK. 417. maddesinde, kaynak kanununun 328/I hükmünde bulunmasına rağmen “ahlaki değerlerin korunması” ibaresi metne alınmamış, onun yerine “işyerinde dürüstlük ilkelere uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları konusunda tedbir almakla yükümlü olduğu öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, işveren ahlaka uygun bir düzeni sağlamakla yükümlü kılınmıştır. O halde

işveren; işyerindeki işçileri, amirlerinin, arkadaşlarının ve üçüncü kişilerin ahlâki değerlere aykırı davranışlarına karşı korumak ve rahatsız edilmelerini önleyici tedbirler almakla yükümlüdür.²⁸ Bu yükümlülüğün kapsamına, örneğin, işverenin işyerinde kadın ve erkek işçiler için ayrı giyinme bölümleri yapma, işyerindeki işçileri şeflerinin ve diğer çalışanların veya üçüncü kişilerin ahlâk dışı davranışlarına karşı koruma veya rahatsız edilmelerini engelleyici tedbirler alma yükümlülükleri girer.

YBK.'nın 328. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi niteliğindeki yan cümlesinde işverenin; “özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla” yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre; işveren, işçilerin cinsel tacize maruz kalmamaları ve uğramamaları, bu tacize uğramış olanlar varsa, bundan daha fazla zarar görmemeleri için, gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Bu yükümlülük kapsamında işveren, karşılıklı saygı esasına dayanan iş ortamı ve iklimi yaratmak ve hatalı davranan işçilere karşı uygun tedbirleri almakla sorumludur.

a- Cinsel Tacizin Tanımı

Uluslararası sözleşmelerde cinsel taciz, kişilik haklarına aykırı, onur kırıcı bir davranış olarak, işverenin iş sözleşmesinden doğan, işçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamı içinde mütalaa edilmektedir. Avrupa Birliği'nin, işyerinde Kadın ve Erkeğin Saygınlığının Korunması Komisyonu'nun 27 Kasım 1991 tarih ve 92/131 EWG sayılı “Cinsel Tacize Karşı Tavsiye ve Davranış Normları”na göre, işveren veya diğer çalışanlar tarafından kadın ve erkeğe karşı istenilmeyen ve cinsel bütünlüğe yönelik her türlü davranış kabul edilemez. Bu tür davranışlar, 14.2.1976 tarih ve 76/207 sayılı Eşit Davranma Yönergesi'nin cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan 3, 4 ve 5. maddelerine aykırıdır. İş Yaşamında Kadınlar ve Erkekler Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkesi başlığını taşıyan, 5 Temmuz 2006 tarihli Yönerge'de de getirilen tanıma göre, cinsel taciz “kişinin onurunu zedeleme-

İşyerinde cinsel taciz, cinsiyetle ilgili ayrımcılığın en bayağı ve alçaltıcı bir biçimidir.

yi, yıldırıcı, düşmanca, aşağılayıcı, küçültücü veya rencide edici bir ortam yaratmayı amaçlayan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı, arzulanmayan tüm davranışlardır.” Yine 2 Nisan 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. Bölümü'nde, bütün çalışanların onurlu çalışma hakkına sahip olduğu, 2. Bölümün 26. maddesinin 1. fıkrasında, çalışanların işyerinde ve çalışma ilişkisi içinde cinsel tacize karşı bilgilenmeyi kolaylaştırmak ve onları cinsel taciz ve benzeri davranışlara karşı korumak için uygun tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Almanya'da 24.6.1994 tarihli Çalışanların İşyerinde Cinsel Tacize Karşı Korunması Hakkındaki Kanun'un (Beschaeftigtenschutzgesetz), 1. Paragrafının 1. fıkrasında; Kanunun amacının işyerinde kadın ve erkeklerin onur ve saygınlıklarının sağlanması ve cinsel tacize karşı korunması olduğu hükme bağlanmıştır.²⁹

YBK.'nin 328. maddesinin 1. fıkrasında cinsel taciz kavramına bir açıklık getirilmemiştir. İş Kanunu'nun 24. maddesinde işçi açısından, 25. maddesinde ise işveren açısından cinsel taciz haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiş, fakat tanım yapılmamıştır. Ancak “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında” “Tanımlar”, başlığı altında 2. maddenin k bendinde taciz; “psikolojik ve cinsel türleri de dahil olmak üzere bu kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış” olarak tanımlanmıştır. Ayrımcılık türlerinin düzenlendiği 4. maddenin e bendinde “işyerinde yıldırma”, h bendinde “taciz” ayrımcılık türü olarak sayılmıştır.

BK.'nin 417. maddesinin düzenlenmesinde göz önünde bulundurulmuş İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328b maddesinde de cinsel taciz tanımı yapılmamıştır. Ancak 24 Mart 1925 tarihli ve 1 Temmuz 1996'da yürürlüğe giren Ka-

dın ve Erkeğin Eşit Duruma Getirilmesi Hakkında Kanun'da (Gleichstellungsgesetz-GIG) İsviçre Federal Kanun koyucusu cinsel taciz eylemini, cinsel ayrımcılık yasağının özel bir uygulaması olarak görmüş ve 4. maddede cinsel taciz suretiyle ayrımcılık halini özel olarak düzenlemiştir. Kanunun 4. maddesinde; özellikle tehditler, menfaat vadeleri, cebir kullanma, cinsel karşılık görmek için baskı yapılması, cinsel tacize yönelik davranışlar cinsel taciz suretiyle ayrımcılık olarak nitelendirilmiştir.³⁰

Kanunun bu maddesi ile cinsel tacizin, ayrımcılık teşkil eden özel bir davranış olduğu, açıkça vurgulanmıştır.³¹ İşyerinde cinsel taciz, cinsiyetle ilgili ayrımcılığın en bayağı ve alçaltıcı bir biçimidir. Bu nedenle Kanunun 3. maddesinde ayrımcılık yasağının kapsamına gireceğinde bir tereddüt bulunmamakla beraber, “cinsel taciz suretiyle ayrımcılık” Kanunun 4. maddesinde ayrıca özel olarak düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği'nde yapılan incelemeler göstermiştir ki, işyerinde çalışan kadınlara yönelik bu tür davranışlar, bizim ülkemizde olduğu gibi, oldukça yaygındır. Cinsel taciz fiili ile sosyal acıları bulunan cinsel tacizin mağduru olan kadının bu durumu arasında yakın bir ilişkinin mevcudiyeti de ihtimal dahilindedir. Özellikle boşanmış veya eşinden ayrı yaşayan kadınlar ile genç kadınların veya çalışmaya yeni başlamış veya alışılmamış mesleklerde çalışan kadınların, özürlü kadınların, lezbiyen veya belli bir azınlık ırkına mensup kadınların, cinsel taciz tehlikesine sık sık maruz kaldığı görülmüştür.³²

Cinsel taciz eylemleri farklı şekillerde ortaya çıkabilir: Sözlü sarkıntılıklar, ahlâksız teklifler, porno film ve fotoğrafların gösterilmesi veya kullanılması, menfaat vaadi veya menfaat kaybı tehdidi altındaki yakınlaşmalar, cinsel saldırılar, hatta aşırı durumlarda cinsel tecavüzler veya zor kullanmaların tümü, mağdur olan kişinin rızası hilâfına gerçekleşen, cinsel davranışların hepsi cinsel taciz eylemleridir.³³

İstenilmeyen, hoş karşılanmayan cinsel yaklaşımlar cinsel taciz olarak nitelendirilmektedir³⁴ Cinsel taciz niteliğindeki davranışın belirlenmesinde, aynı seviyedeki kadınların algılamaları objektif ölçü olarak alınmalıdır.

Münferit bayanların algılaması ve duygusallığı, dikkate alınmamalıdır.³⁵

İşyerinin bulunduğu sektör ve çalışma ortamı, örneğin inşaat şantiyesinde çalışanlar ile banka çalışanlarının laf atmaları farklılık gösterir.³⁶

Bu eylemlerde müşterek olan husus, aşağıdaki iki unsurdan ibarettir:

Bunlardan birincisi, bu davranışlar cinsel tacize uğrayan kişinin rızası hilâfına gerçekleşmektedir. İkincisi ise, cinsel taciz niteliğindeki bu davranışlar karşılıklı rıza veya anlaşma temeline dayanmamaktadır. Zaten cinsel taciz kavramının kapsamında cinsel tacizin, buna muhatap olanın rızası hilafına gerçekleştiği ve aşağılayıcı nitelikte olduğu hususu açıkça yer almaktadır.

b- İşverenin Yükümlülükleri

YBK.'nın 417. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde; (İBK. m. 328) işverenin, işçilerin işyerinde psikolojik ve cinsel tacize uğramaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu öngörülmüş ancak ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir.

İşverenin söz konusu tedbirleri alması kendi menfaatine de uygun düşmektedir. Zira, bu cinsel taciz niteliğindeki davranışları önleme sonucu, kadın işçilerin psikolojik yönden çöküntüye uğraması ihtimalinin yükseleceği ve işyerinde kazaların artacağı; bu eylemlerle ilgili fesih bildirimlerinin ve işletmeye hâkim olacak kötü iş ortamının, kadın işçilerin verimini düşüreceği ve dolayısıyla işletmenin kârlılık oranının azalacağı, somut gerçeklerdir.

İşveren somut bir cinsel taciz eyleminde bu eylemi gerçekleştiren hakkında ikaz, ihtar etme, yerini değiştirme, iş akdinin feshi gibi münasip tedbirlere başvurmalıdır. Bu tedbirler alınırken cinsel tacizde bulunan ile cinsel tacize maruz kalan kişinin menfaatleri arasında bir denklik sağlanmaya çalışılmalıdır.

Cinsel taciz eyleminde, işverenin koruma borcu, akdi bir yan yükümlülük olduğundan, bu eyleme karşı hangi önlemlerin alınacağını takdir etme ve karar vermede, işverene belli bir ölçüde takdir hakkı tanınmıştır. Buna mu-

kabil cinsel tacize uğrayana, işverene dava açarak, belli somut tedbirlerin alınmasını talep yetkisi verilmemiştir.³⁷

İşverenin, işyerinde cinsel taciz eylemlerini önlemek ve asgariye indirmek için, bu konu ile ilgili bir yönetmelik düzenlemesi, bu yönetmelikte cinsel taciz eylem ve olaylarına işyerinde müsaade edilemeyeceği prensibi vurgulandıktan sonra, personelin bu konuda bilgilendirilmesi ve eğitimi, bu tür olaylara maruz kalan işçinin başvurabileceği şikâyetin süresi ve aşamaları, soruşturma, savunma ve tutulan protokolleri inceleme imkânları, disiplin cezaları (kınama, uyarma, yer değişikliği, para cezası, meslekî kadro derecesinde durdurma, ücret kesintisi ve işten çıkarma gibi) ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

c- Cinsel Tacize Uğrayan Çalışanların Hakları

Gerek YBK.nun 417. maddesinin 1. fıkrasında, gerekse İBK.'nin 328. maddesinin 1. fıkrasında cinsel tacize uğrayan çalışanın hakları belirtilmemiş, sadece işverene işyerinde gerçekleştirebilecek cinsel taciz eylemlerini önleyici tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.

Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağının 4. maddesinde cinsel taciz ayrımcılık türlerinden sayılmıştır. 8. maddesinde ise ayrımcılık iddiasında bulunan herkesin, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kuruluna³⁸ başvurabileceği hükme bağlanmıştır. Kurula yapılan başvurular dava açma süresini durdurur (m. 8-11). Kurul tespit ettiği ayrımcı uygulamalarla ilgili suç duyurusunda bulunur. Re'sen veya başvuru üzerine ayrımcılık iddialarını sonuçlandırmak, kanunda öngörülen durumlarda idari para cezası vermek Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır (m. 12, 11-b, f).

İspat yüküne ilişkin olarak getirilen taslağın 10. maddesine göre ise, "iddianın açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı haller dışında ayrımcılık yaptığı iddia edilen kişi veya kuruma aittir. Bu hüküm ceza uygulamasında kullanılmaz."

İsviçre'de yürürlükte bulunan Kadın ve Erkeğin Eşit Duruma Getirilmesi Hakkında

Kanunun 5. maddesinde, 3. maddede düzenlenmiş bulunan “Ayrımcılık Yasağı” ilkesi ile 4. maddede öngörülen “Cinsel Taciz Suretiyle Ayrımcılık” durumlarından biri ile karşılaşan kişilerin, mahkemeye başvurarak hangi davaları açabilecekleri veya idari makamlara başvurarak hangi hukuki taleplerde bulunabilecekleri hükme bağlanmış, ayrıca ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı davranılması halinde bunun müeyyideleri düzenlenmiştir.

Maddenin 1. fıkrasına göre, cinsel tacize uğrayan ve şahsı ile ilgili ayrımcılık yasağına aykırı davranılan kişi, mahkeme veya idari makamlar nezdinde;

- Ayrımcılık tehdidinin yasaklanması veya önlenmesini (men veya önleme davası)
- Mevcut ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını
- Sona ermesine veya ortadan kaldırılmasına rağmen rahatsız edici etkisi devam eden ayrımcılığın tespitini (tespit davası)
- Borçlanılan ücretin ödenmesini talep edebilir. Bu davalar kişilik haklarına saldırıya uğrayan kişinin açabileceği aynı nitelikteki davalarla paralellik göstermektedir (MK. m.24, 25).

Ayrıca, 5. madde hükmüne göre, ayrımcılığa maruz kalan kişi, şartları varsa maddi ve manevi tazminat davalarını ve sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı sorumluluk davasını birlikte açabilir. Ayrıca ceza hukukuna göre, ceza davası açma imkanı da vardır.

Diğer taraftan İş Kanunu'nun 24. maddesinin II-b bendinde, işverenin işçiye cinsel tacizde bulunması, d bendinde ise, işçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumun işverene bildirilmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması halinde işçinin iş sözleşmesini fesh hakkı düzenlenmiştir.³⁹

Türk Ceza Kanunu'nun 105/I ve II. hükümlerinde cinsel taciz niteliğindeki fiiller suç sayılmış ve cezalar öngörülmüştür.

6. İşçinin Psikolojik Tacizlere (Mobbing'e) Karşı Korunması

YBK'nın 417. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca; işveren özellikle işçilerin psikolojik tacize uğramamaları ve bu tür

tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328. maddesinin 1. fıkrasında ise psikolojik tacize ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir.

a- Psikolojik Tacizin Tanımı

Psikolojik tacize (Mobbing) ilişkin olarak ilk araştırmalar 1980'li yıllarda, Alman asıllı İsveçli Çalışma Psikoloğu Dr. Heinz Leymann tarafından yapılmıştır. Leymann, psikolojik tacize “bir veya birkaç kişi tarafından, bir diğer kişiye yönelik (nedeni düşünce ve inanç ayrılığından, kıskançlık ve cinsiyet ayrımına kadar çok çeşitli olabilen) sistematik bir biçimde düşmanca ve ahlak dışı bir iletişim yöneltmesi şeklinde ortaya çıkan bir çeşit psikolojik terör” olarak tanımlamıştır. 1980'li yıllardan itibaren işyerinde psikolojik taciz hakkında Avrupa ülkelerinde (örneğin, İsveç, Almanya, Fransa, Norveç, İngiltere, Finlandiya ve Danimarka) çeşitli çalışma ve araştırmalar, özellikle Fransa ve İsveç'te kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Türkiye'de ise 2006 yılından sonra ciddi olarak bu konu incelenmiş ve mahkeme kararlarında yer almıştır.

YBK'nın 417/1. maddesinde işverenin, işçilerin psikolojik tacize uğramamaları için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiş, ancak psikolojik tacizin tanımı yapılmamıştır. Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağının 2. maddesinin k bendinde, psikolojik taciz de olmak üzere her türlü cinsel tacizin insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan, yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış olduğu hükme bağlanmıştır. 2. maddesinin f fıkrasına göre ise “işyerinde yıldırma bu kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak amacı ile kasıtlı olarak yapılan eylemleri” ifade eder. 4. maddede getirilen düzenlemeye göre de, “işyerinde yıldırma” ayrımcılık türü olarak kabul edilmiştir.

Psikolojik taciz (mobbing) tekrarlanan ve uzun zaman devam eden sistematik olarak işçinin kişilik haklarına yapılan bir saldırı-

Psikolojik taciz nedeniyle işgücünün kaybı, geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilemez.

dır. Diğer bir anlatımla, işyerinde sevilmeyen kadın ve erkek işçilerin ruhi durumlarının sarsılmasına neden olan, işçiyi yıldırma ve dışlamak amacıyla, şahsın kişiliğine yönelik kasıtlı olarak düşmanca, alaycı ve onur kırıcı davranışlardır. Psikolojik taciz (mobbing) sistematik olarak, haklı bir sebep olmaksızın, bir grup üyesi işçinin, kendi grup mensupları tarafından devamlı olarak dışlanması ve alay konusu yapılmasıdır.⁴⁰

b- İşverenin Yükümlülükleri

Bazı işçilerin, diğer işçiler tarafından hakarete uğraması, itibarının zedelenmesi, ayrımcılığa tabi tutulması söz konusu olabilir. Bu durum bu tür davranışlara maruz kalan işçinin sağlığını (özellikle psikolojik açıdan) etkilediği gibi, iş görme ediminin ifasını da engeller. Psikolojik tacize maruz kalan işçi, stres nedeniyle çalışma gücünü de kaybedebilir. İşveren, vereceği talimatlarla bu tür davranışları engellemelidir. Eğer bu tür davranışlar işçinin vücut sağlığını ve şerefini zedeleyecek boyutlara ulaşırsa, işveren işçiyi korumak için gerekli tedbirleri almalı, bu davranışlara göz yummamalıdır. Alınan tedbirler, örneğin alaycı işçilerin ikaz edilmesi veya bu tür hareketlere maruz kalan işçinin bölümünün değiştirilmesi gibi, sonuç vermezse, alay eden işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi söz konusu olabilir (İş K. m. 25/II). İşçinin de iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmek gerekir (İş K. m. 24/II). Mobbing nedeniyle, işçinin psikolojik bunalıma girmesi ve çalışma gücünü kaybetmesi nedeniyle işveren tarafından yapılacak fesih, kötü niyetle yapılmış bir fesihtir. Diğer taraftan psikolojik taciz nedeniyle işgücünün kaybı, geçerli bir fesih nedeni olarak da kabul edilemez.

İşverenin bu tür davranışlardan kaçınması ve bu davranışlara maruz kalan işçileri koruması, koruma ve gözetme borcunun gere-

ğidir. İşverenin engel olmaması veya gerekli tedbirleri almaması, koruma ve gözetme borcunun ihlâlidir (TBK. m. 417).⁴¹

c- Psikolojik Tacize Uğrayan İşçinin Hakları

YBK.'nin 417. maddesinin 1. fıkrasında psikolojik tacize uğrayanın hakları konusunda bir düzenleme yoktur.

Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağına göre, psikolojik tacize uğrayan işçi ayrımcılık iddiası ile Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kuruluna başvurabilir (m. 8). Kurul gerekli araştırmayı yaparak kararını verir.⁴²

Psikolojik tacize maruz kalan işçi, kişilik hakları saldırıya uğrayan kişinin açabileceği tehdidin önlenmesi, kaldırılması ve tespit davalarını ve sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluk davası açabilir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda; kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğramasının mobbingin, tartışmasız kabulünü doğuracağını ifade ederek, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğini kabul etmiştir.⁴³

İş Kanunu'nun haklı nedenle iş sözleşmesinin feshine ilişkin 24 ve 25. maddelerinde cinsel taciz haklı bir fesih nedeni olarak kabul edilmiş, Türk Ceza Kanunu'nda da 105. maddede düzenlenmiştir. Psikolojik taciz (mobbing) hakkında ise bu kanunlarda bir düzenleme getirilmemiştir. Benzer düzenlemelerin, psikolojik taciz için de getirilerek⁴⁴, haklı bir fesih nedeni olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

Diğer taraftan çalışanların iş verimini azaltan, sağlığını bozan, onur kırıcı psikolojik tacizin önlenmesi amacıyla bir Başbakanlık Genelgesi⁴⁵ yayımlanarak, çalışanların psikolojik tacizden korunması için alınması uygun görülen tedbirler sayılmıştır. Bu genelgede; işyerinde psikolojik tacizle mücadelenin öncelikle işverenin sorumluluğunda olduğu, işverenlerin çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri almakla yükümlü olduğu, bütün çalışanların psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve

davranışlardan uzak durmaları gerektiği, toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterileceği, “Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu” kurulacağı ifade edilmiştir.

7. İşçinin Kişilik Değerlerinin Bilgisayar Verilerine Karşı Korunması

İşçinin kişilik değerlerinin işveren tarafından bilgisayarda toplanması, bunun kapsam ve sınırları gibi hususlar, yabancı hukuk sistemlerinde özel yasalarla düzenlenmiş olmasına rağmen, bizde kanun koyucu tarafından ihmal edilmiş ve doktrinde üzerinde yeterli ölçüde durulmamış bir konudur.⁴⁶ Ancak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında 5982 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile Anayasa’nın 20. maddesine bir fıkra eklenerek bu konuda yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre; “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili veriler hakkında bilgilendirme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp, kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.” Kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ise kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa’da getirilen düzenlemeye göre kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilecektir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 419. maddesinde de işverenin, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabileceği hükmü getirilerek, özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Getirilen yeni düzenlemeler dikkate alınarak özel bir kanun çıkarılması için çalışmalar yapılmış ve Başbakanlık tarafından 07.04.2008 tarihinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı⁴⁷ hazırlanmış ve TBMM Başkanlığı’na gönderilmiştir.

Tasarı Adalet Komisyonu’nda bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu’nun “Kişisel verilerin kullanılmasında” kenar başlıklı 419. maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 328b maddesi göz önüne alınarak hazırlanmıştır. İşçinin kişilik haklarının korunmasına ilişkin olarak İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1971 yılında yapılan değişikliklerle 328. maddesinde genel bir düzenleme yapılmış, 328a maddesinde ise, işçinin işveren ile aynı çatı altında yaşaması durumunda kişilik haklarının korunması özel olarak hükme bağlanmıştır. 1.7.1993 tarihinde yürürlüğe giren 1.6.1992 tarihli Bilgisayar Verilerine Karşı Koruma Kanunu (Datenschutzgesetz) ile birlikte Borçlar Kanunu’na 328b olarak yeni bir madde daha eklenmiştir.⁴⁸ Bu yeni madde ile, işverenin iş ilişkisi ile bağdaştığı ölçüde veya iş akdinin ifası için gerekli ise işçi hakkında bilgisayar verileri toplayabileceği genel olarak hükme bağlanmış, bu konuda ayrıca 19.2.1992 tarihli Bilgisayar Verilerine Karşı Koruma Kanunu hükümlerinin geçerli olacağı öngörülmüştür. Böylece İsviçre Federal mevzuatında iş ilişkisi içinde işverenin işçinin şahsına ilişkin bilgilerin bilgisayarda toplanması 328b özel hükmü ile sınırlandırılmış, ayrıca toplanan verilerin özel kanun niteliğindeki Bilgisayar Verilerine Karşı Koruma Kanunu hükümlerine tabi olacağı öngörülmüştür.

a- İşveren Tarafından Verilerin Toplanması ve İşlenmesi

İlke olarak işveren, işçi hakkında genel bir bilgi sahibi olmak için kişiliği ile yakından ilgili kabiliyetleri ve becerileri hakkında bilgi toplamak hakkına sahiptir. Bunun sınırı, İBK. m. 328b’nin 1. cümlesinde belirtildiği gibi (TBK. m. 419), işçinin kişiliğine ilişkin bu verilerin iş ilişkisi ile doğrudan ilgili olması veya akdin ifası için gerekli bulunmasıdır.⁴⁹ Örneğin, işçinin eğitim durumu ve işyerindeki tutumu hakkında bilgi toplanabilecektir. Ancak işçinin özel hayatına ilişkin, örneğin onun politik veya dini tutumuna veya boş zamanlarının değerlendirilmesine ilişkin bilgiler toplanamaz. İşveren işçi hakkında bilgi toplarken onu bu konuda bilgilendirmelidir. Bu-

nun sonucu ise, işverenin işçisini bilgilendirme zorunluluğudur. Diğer taraftan toplanan bilgilerin amaca uygun kullanılması gerekir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın 5. maddesinde de kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olarak işlenmesi, belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak yeniden işlenmemesi, toplandıkları amaçla bağlantılı ve yeterli, oranlı olması, doğru olması ve gerektiğinde güncellenmesi, gerekli olan süre için muhafaza edilmeleri zorunlu kılınmıştır. 6. maddede ise kişisel verilerin kişilerin rızası ile işlenebileceği öngörülmüştür. 7. maddesinde kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili kişisel verilerin işlenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

İşveren teknik imkanları mevcutsa işyerinde çalışan işçilerin kimlikleri, kabiliyet becerileri, işe uyum ve verimlilikleri konusundaki bilgileri daha sonra yeri geldikçe kullanmak üzere bilgisayara yüklemek hakkına sahiptir. Bu hususta hukuki bir engel mevcut değildir.⁵⁰ İşçiye ilişkin bu bilgilerin toplanması, dağıtılması ve açıklanması, ancak bilgiyi talep edenin menfaatinden üstün⁵¹ ise ve bilginin tedariki için başvuru araç kişilik haklarına saldırı niteliği taşımıyorsa serbesttir. Ayrıca işverenin bilgisayara yüklediği bu bilgilerin işletme içinde, bu hususu bilmekte haklı menfaati olan personel şefliği veya muhasebe servisi gibi bürolara açık olması gerekir. Bu, işletme içi gizlilik ilkesine riayet için bir zorunluluktur.⁵²

İşçilerin işletmede veya işyerinde video kameralarıyla kontrolü sadece imalatın seyrini takip veya işyeri güvenliğini sağlamak amacıyla sınırlı olarak yapılabilir. Buna karşılık, işçilerin iş esnasındaki davranışlarını belirlemek için genel bir video kamera kontrolünü reddetmek gerekir. Zira bu durumda kişilik haklarına yönelik bu saldırı, işverenin menfaatleriyle haklı gösterilemez. Bununla birlikte kısmi kontroller yapılabilir, ancak bunun için dahi önceden işçilere bilgi verilmesi gerekir. Aynı husus telefon konuşmalarının dinlenme-

sinde de geçerlidir.⁵³ İşveren, işçinin izni olmadan, onun e-maillerini açamaz.⁵⁴

İşçinin bilgisayara yüklenmiş, iş esnasındaki, kusurlu ifa ve disipline aykırı davranışları gibi durumları zaman zaman işverence kontrol edilmeli ve icap ediyorsa, silinmelidir. Bunun zamanının tespitinde ise, ceza veya özel hukuk kurallarındaki (BK. m. 146) zamanaşımı süreleri dikkate alınmalıdır.⁵⁵

b- İşçinin Hakları

İşçinin, Anayasa m. 20, MK. 24 ve TBK. m. 417 hükümlerine göre, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme, işverenin kendisi ile ilgili bilgi kartlarını görme ve gerekli ise bunların düzeltilmesini talep etme hakkına sahip bulunduğunu kabul etmek icap eder. İşveren işçiye ilişkin bilgi kartlarında yer alan hususları, üçüncü kişilere ilke olarak açıklayamaz. Ancak işçi buna muvafakat etmişse veya üçüncü şahsın bu hususta haklı bir menfaati bulunursa, işveren bu bilgileri verebilir.⁵⁶

c- Kişisel Verilerin Hukuka Uygun Olarak İşlenmemesinin Yaptırımı

Kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmemesi, kişilik haklarının ihlâl edilmesi halinde kişilik haklarının korunmasına ilişkin davalar (MK. m. 24/I, m. 25/I) ile maddi ve (MK. m. 25/III) manevi tazminat davası (MK. m. 25/III) açılabilir. İşçi bilgisayarda toplanan verilerin kötüye kullanılması halinde İş K. m. 24/II hükmüne göre, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda da "kişisel verilerin kaydedilmesi, aktarılması, ele geçirilmesi, yok edilmemesine" ilişkin düzenlemelerde de hapis cezaları öngörülmüştür.⁵⁷ (TCK. m. 135, 135/II, 136, 138, 139)

VI. İşverenin İşçinin Kişilik Haklarını Koruma Borcunun İhlali Halinde, Uygulanacak Yaptırımlar ve Açılacak Davalar

İşverenin genel koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, işçinin kişilik haklarının

ihlali özellikle cinsel ve psikolojik taciz (mobbing) hallerinde; kadın veya erkek işçi; işverene ve işverenin birlikte, varsa saldırıda bulunana karşı; genel hükümlerden MK.'nın 24. ve 25. maddeleri uyarınca;

- saldırının önlenmesi davası,
- sürmekte olan saldırının durdurulma ve son verilmesi davası
- saldırının tespiti davası

açabilir.

Bu davalarla birlikte, davacı işçi, ayrıca kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir (MK. m. 25/II).

Davacı işçi ayrıca, saldırıda zarar doğmuşsa, MK.'nın 25/III. maddesi ile YBK.'nın 56. maddesi gereğince;

- maddi tazminat davası
 - manevi tazminat davası
- açabilir.

Sonuç

İşverenin genel olarak işçiyi koruma borcu ve kişilik haklarını koruma yükümlülüğü çerçevesinde, MK. ve YBK.'daki genel hükümler yanında, işçinin kişilik haklarının korunması ve kadın ve erkek işçinin eşit duruma getirilmesi ve cinsiyet ayrımcılığının, bununla bağlantılı psikolojik ve cinsel taciz eylemlerinin önlenmesi için yasama organı tarafından, özel ve kamu sektöründe çalışan kadın ve erkek işçileri kapsamak üzere; bu konudaki İsviçre "Kadın ve Erkeği Eşit Duruma Getirme Federal Kanunu" ile "Bilgisayar Verilerine Karşı Koruma Federal Kanunu" örnek alınarak özel kanun olarak yasalaştırılması gerekir.⁵⁸

DİPNOTLAR

- 1 Portmann, Wolfgang, Individualarbeitsrecht/Arbeitsrecht, sh. § 8 N. 581. Rehbinden, Manfred/Portmann, Wolfgang, Basler Kommentar zum OR, Art. 328, N: 1 ve 2; Rehbinden, Manfred/Jean -Fritz, Stöckli, Berner; Kommentar, Bern 2010, Art. 328. N. 2.
- 2 Rehbinden/Stöckli, Art. 328, N. 3.
- 3 Portmann, (Individualarbeitsrecht), § 8, N. 593.
- 4 Zevkliler, Aydın, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1989, sh. 407; Kaplan, İbrahim, Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması, Ankara, sh. 4. vd.; Haus-

heer/Aebi-Müller; Das Personenrecht des Schweizerischen ZGB; Bern 2005, sh. 111, N. 10.01-10.07.

- 5 Zevkliler, sh. 408,
- 6 Hausheer/Aebi-Müller, sh.111, N.10.07.
- 7 Kaplan, E. Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, (Fesih Hakkı) sh. 5; Kaplan, E. Tuncay; İşverenin Hukuki Sorumluluğu (Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından), Ankara 1992, sh. 28.; Rehbinden/Stöckli; Berner Kommentar, Art. 328 N. 1.
- 8 Vischer, Frank; Der Arbeitsvertrag; Basel 3. Auflage 2005, sh. § 16, sh. 168.
- 9 Vischer, § 16, sh. 168, dipnot 2; § 13, sh. 143.
- 10 Nikisch, sh. 30; Hueck-Nipperdey I, sh. 26; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 24. Bası, 2011, sh. 17.
- 11 Schwarz-Löschnigg. Arbeitsrecht, Wien, 1989, sh. 118 dipn. 4'de zikredilen mahkeme kararları.
- 12 Anayasa Mah. 26-27.9.1967, E. 1963/336, K. 1967/29 (RG. 19.10.1968, 13031).
- 13 Schweingruber, Edwin; Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1974, Art. 328. N. 2; Ulsan, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul 1990. sh. 22.; Kaplan, E. Tuncay, Kadın ve Erkeğin Eşit Duruma Getirilmesi Hakkındaki İsviçre Federal Kanununun Hükümlerinin Değerlendirilmesi (makale), Batıder, Ankara, Kasım 1998 (makale), sh. 373; Rehbinden/Portmann, Art., 328, N. 4.
- 14 Schweingruber, Art. 328. N.2; Frei, Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers, Diss. Bern 1982. sh. 46 ve 61 vd.; Brühwiler, Jürg; Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, OR. Art. 319-343, 2. volstandig, überarbeitete Auflage, Bern, Stuttgart, Wien, 1996. Art., 328, N. I, sh. 189.
- 15 Brühwiler, Art. 328b.
- 16 Portmann, Individualarbeitsrecht, § 8 N. 597; Rehbinden-Portmann, Art. 328. N. 4.
- 17 Staehelin, Adrian; Zürcher Kommentar zum ZGB. Bd. V/2 C. I. Der Einzelarbeitsvertrag Zweiter Abschnitt, Besondere Arbeitsverträge (Art. 319-355) 3 Augl. Zürich 1984. Art. 328, N. 2, 6; ZR 74, 75, N.c 69, sh. 210 ff.
- 18 Rehbinden, Art. 328, N. 7; Rehbinden/Portmann, Art. 328, N. 4.
- 19 Rehbinden, Art. 328, N. 8.
- 20 Hueck/Nipperdey, I sh. 417 vd; Söllner, Alfred; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B. 3 Schuldrecht -Besonderer Teil, I halb band (§ 433-651) 2. Auf, Alfred; München 1988 (Komm.) sh. 269; Zollner, Wolfgang, Arbeitsrecht, München, 1983, sh. 145; Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. bası, İstanbul 1987, sh. 156; Çelik sh. 183; Tuncay, Can; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, sh. 32; Narmanoğlu, Ünal; İş Hukuku (Ferdî İş Hukuku), Ankara 1988, sh. 223.
- 21 Vischer, sh. 348.
- 22 Rehbinden, Art. 328a 11.
- 23 Brühwiler, Art. 328 N. 3.

- 24 85. maddenin 2. fıkrası gereğince çıkarılan Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği'nde de, hangi işlerin ağır ve tehlikeli işler sayılacağı, kadınlarla onaltı yaşını doldurmuş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş genç işçilerin hangi çeşit ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılabileceği düzenlenmiştir (RG. 16.6.2004, 25494). Bu yönetmelikte yapılan değişikliklerle kadın ve genç işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu kırk iki iş ağır ve tehlikeli olmaktan çıkarılmış, bazı işlerin de kapsamı daraltılmıştır (RG. 7.3.2010, 27514).
- 25 Portmann, Individualarbeitsrecht, § 8 N. 598, Brühwiler, Art. 328, N. 7, Vischer, sh. § 16, sh. 173.
- 26 Frei, sh. 93.
- 27 Staehelin, Art. 328, N. 2. 9.
- 28 Staehelin, Art. 328 N. R.; Rehbinder/Portmann, Art. 328, N. 11.
- 29 Kaplan, E. Tuncay; Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999, sh. 178 vd.
- 30 Kaplan, E. Tuncay; Kişilik Hakları, sh. 386.
- 31 Class, E./Mösinger, R.; Die Rechte der Frau in Arbeitsverhältnis; Zürich, 1996, s. 19.; Kaplan, makale, sh. 405.
- 32 Class, E./Mösinger, R.; s. 19, 92/131 EV/G ABL. L. 49.
- 33 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf des Gleichstellungsgesetz vom 23 Februar 1993, Bern 1993, sh. 57.
- 34 Portmann, Individualarbeitsrecht, § 8, N. 600.
- 35 Rehbinder/Portmann, Art. 328 N. 11, Vögel, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Diss. Zürich, 1996, sh. 53; Rehbinder/Stöckli, Art. 328 N. 19.
- 36 Rehbinder/Portmann, Art. 328, N. 11.
- 37 Schaub, Günther, Arbeitsrecht, Handbuch, 8 Aufl. München, 1992, sh. 1399.
- 38 Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağının 11. maddesine göre; bu kanun ve ayrımcılıkla ilgili diğer mevzuatla verilecek görevleri yerine getirmek üzere, kamu tüzel kişiliğine, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruldur (m. 11, 12).
- 39 Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan, E. Tuncay, İş Hukuku Dersleri, 4. bası, Ankara 2011, sh. 129 ve 186.
- 40 Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar Art. 328 N. 11; Portmann, Individualarbeitsrecht, N. 603; Ayrıca bkz. Güzel, Ali/Ertan Emre; İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbing) Hukuksal Bakış Avrupa Hukuku, Legal İHSGH, 2007, 14, sh. 511.
- 41 Aktay/Arıcı/Kaplan; Bireysel İş Hukuku, sh. 130; Rehbinder/Stöckli, Art. 328, N. 12.
- 42 Bkz. sh. 49.
- 43 Y. 9. HD. 14.3.2008, E. 2008-3722, K. 2008-4922: Ayrıntılı bilgi için bkz. Tınaz, Pınar, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) İstanbul, 2006; Ergin, Hediye, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Ali Güzel'e Armağan, İstanbul, 2010, sh. 245-265.
- 44 Çelik., sh. 264.
- 45 RG. 19 Mart 2011-27879.
- 46 Almanya'da 27.1.1977 tarihli olup, 20.12.1990 tarihinde değiştirilen ve son şekli ile 1.6.1991 tarihinden beri yürürlükte olan Gesetz zum Schutz vor Missbrauch Personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz), Avusturya'da 1978 tarihinden beri yürürlükte olan Datenschutzgesetz (DSG) İsviçre'de 1.7.1993 tarihinde yürürlüğe giren Datenschutzgesetz (DSG) gibi; bkz. Kaplan, E. Tuncay; İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması, Prof. Dr. Mıhçıoğlu'na Armağan, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 52-Ocak - Aralık 1997 N. 1-4, sh. 381 vd. (Kişilik Hakları).
- 47 Tasarının hazırlanmasında, genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, kişisel verilerin ilk defa ele alındığı İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 1980 yılında ele alınarak kabul edilen rehber ilkeler, Avrupa Konseyi'nin "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin" ve Türkiye tarafından da 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanan 108 sayılı sözleşmesindeki ilkeler ve standartlar ve Avrupa Birliğinin 95/46/EC sayılı direktifindeki ilkeler de dikkate alınmıştır.
- 48 Rehbinder, Art. 328b. N.1.
- 49 Brühwiler, Art. 328b I, II/12; Datenschutzgesetz m. 4.
- 50 Rehbinder, Art. 328. N. 13, 14; Aktay/Arıcı/Kaplan, (Bireysel İş Hukuku), sh. 128.; Eyrenci, Öner; İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Sorunlar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, sh. 250; Aydın, İbrahim; İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi, sh. 29; ILO (International Labour Office; Protection of Work Personaldata.)
- 51 Rehbinder, Art. 328. N. 13, 14; Aktay/Arıcı/Kaplan, Bireysel İş Hukuku; sh. 128.
- 52 Rehbinder, Art. 328, N. 14; Aktay/Arıcı/Kaplan; Bireysel İş Hukuku; sh. 128.
- 53 Rehbinder, Art. 328, N. 15; Aktay/Arıcı/Kaplan; Bireysel İş Hukuku; sh. 129.
- 54 Rehbinder/Portmann, Art. 328. N. 4.
- 55 Rehbinder, Art. 328, N. 15; Aktay/Arıcı/Kaplan, Bireysel İş Hukuku; sh. 129.
- 56 Rehbinder, Art. 328, N. 17; Aktay/Arıcı/Kaplan, Bireysel İş Hukuku; sh. 129.
- 57 Okur, Zeki, Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, sh. 398.
- 58 Kaplan, E. Tuncay; (Kişilik Hakları), sh. 386; Kaplan, E. Tuncay; İsviçre Kadın ve Erkeği Eşit Duruma Getirme Kanunu-makale; sh. 419.

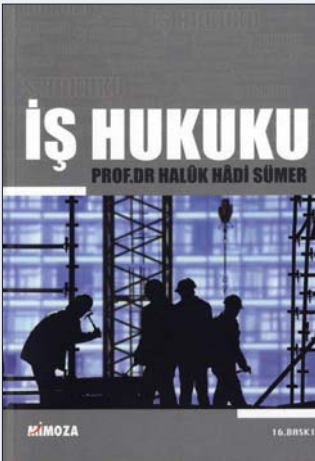
YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. A. Can Tuncay ve Prof. Dr. Ömer Ekmekçi tarafından birlikte hazırlanan **“Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri”** kitabının güncelleştirilmiş 14. basısı, Eylül 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Dünyada en hızlı değişen mevzuat sosyal güvenlik hukuku mevzuatıdır. Nitekim ülkemiz yasama faaliyetleri de bu kitabın bir önceki basısının yayımından (Eylül 2009) sonra da hız kesmemiş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatında yüzlerce değişiklik yapılmıştır. Bunlar arasında en kapsamlı değişiklik kamuoyunda ‘Torba Kanun’ diye bilinen ve birçok kanunda değişiklik yapan 6111 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir. Bu kanun ile sigortalı ve genel sağlık sigortalısı kapsamı genişletilmiş, prime esas kazançlarda, işveren yükümlülüklerinde değişiklikler, yeni teşvikler, prim borçlarında ve kısa çalışma uygulamasında bazı kolaylıklar getirilmiştir. Bu sebeplerden dolayı kitabın yeniden kaleme alınması kaçınılmaz olmuştur.

Her zaman olduğu gibi bu basının da esas amacı, öğrencilere bir ders kitabı sağlamaktır. Bu nedenle çok fazla ayrıntıya yer verilmemiş fakat her zaman olduğu gibi yine de güncel karşılaştırmalı hukuka, yeni yayınlara ve yeni içtihatlarla yer verilmeye çalışılarak; uygulayıcıların ve konuyla ilgilenenlerin ihtiyaçlarına cevap vermeye çalışılmıştır.



Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer tarafından hazırlanan **“İş Hukuku”** adlı eserin 16. Baskısı, Eylül 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Kitabın amacı, hukuk fakültelerinin yanı sıra, iktisadi ve idari bilimler fakülteleri, mühendislik fakülteleri ve meslek yüksek okullarının çeşitli programlarında yer alan iş hukuku dersleri için, öğrencilerin ders notu ihtiyacını karşılamaktır. Kitapta dip notlara yer verilmeyerek, hacminin genişlemesi engellenmiş ve iş hukukunun kavram ve kurumları genel esaslarıyla bir bütün olarak ele alınmıştır.

Eserin “Genel Bilgiler” başlıklı 1. kısmında; iş hukukuna giriş, iş hukukunun temel kavramları; “Bireysel İş Hukuku” başlıklı 2. kısmında; İş Kanunu’nun uygulama alanı, iş sözleşmesi; “Toplu İş Hukuku” başlıklı 3. kısımda; sendikalar hukuku, toplu iş sözleşmesi, toplu iş uyuşmazlıkları ve çözüm yolları bölümleri ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Kitapta 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu hükümlerine de yer verilmiştir. Ayrıca 5982 sayılı Kanunla T.C. Anayasası’nda ve kamuoyunda “Torba Kanun” olarak bilinen 6111 sayılı Kanunla İş Kanunu’nda yapılan değişiklikler kitaba eklenmiştir.

Prof. Dr. Ercan AKYIĞIT

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin

1. GİRİŞ

Bilindiği üzere yıllık ücretli izin temel çalışan hakkı olarak anılır ve zaten Anayasa'da da ekonomik ve sosyal temel haklar arasında sayılmıştır (AY. 50). Genel olarak bir tanım vermek gerekirse, yıllık ücretli izin; "işgörebilir ama bir süre çalışıp yorulduğu varsayılan işçinin parası da peşin ödenerek dinlenmesi amacıyla işverence iş görme borcundan kurtarıldığı bir izin" olarak anılabilir¹.

818 sayılı BK.'da yıllık ücretli izinle ilgili bir hükme yer verilmediğinden, bu Yasaya tabi çalışan işçilerin "yasaca öngörülmüş" bir yıllık ücretli izin hakkı yoktu. Bununla Anayasa'nın "sosyal devlet" (AY. 2) ve "eşitlik" ilkesi (AY. 10) ile "dinlenme hakkı"na (AY. 50/2, 3) açıkça aykırı bulunduğu açıktır². Bu alandaki yasal düzenleme eksikliği ya bireysel olarak iş sözleşmeleriyle ya da TİS'e konulan hükümlerle kolektif düzeyde giderilmeye çalışılıyor(du) ve 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu (TBK) yürürlüğe gire-

ne (01.07.2012'ye) kadar da (başka bir gelişme olmazsa) bu durum devam edecektir.

İşte durum böyle sürerken, önce Türk Borçlar Kanunu Tasarı taslağı hazırlanmış ve TBMM'nin ilgili Komisyonunda kimi değişiklikler geçirmiş ve nihayet bu tasarı 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu adıyla yasalaşmış 04.02.2011 tarihli RG.'de yayımlanmış ve fakat yürürlüğe gireceği tarih 01.07.2012 olarak belirlenmiştir (TBK. 648).

6098 sayılı TBK.'nın 393-469. maddeleri (dahil) arasında yer alan hükümlerde hizmet sözleşmesi ve çeşitli türleri düzenlenmiş ve iş hukukuna ait kimi yeniliklere yer verilmiştir. İşte bu yeniliklerden birisi de, bu yasa bağlamında ilk kez yıllık ücretli izin kurumuna açıkça ve toplam 4 maddede yer verilmiş (TBK. 422-425) olmasıdır.

Biz de bu yazımızda, 6098 sayılı TBK.'nın yıllık ücretli izinle ilgili bu hükümlerini incelemeye ve tanıtmaya çalışacağız³.

II. 6098 SAYILI TBK.'NİN YILLIK ÜCRETİ İZİNLE İLGİLİ HÜKÜMLERİ VE GENEL DEĞERLENDİRME

01.07.2012'den itibaren yürürlüğe gireceği söylenen (BK. 648) 6098 sayılı Yeni TBK.'nın yıllık ücretli izinle ilgili hükümlerini detaylandırarak ele almadan önce, anılan yasa hükümlerini metin olarak sunmayı ve sonrasındaysa, bu hükümlere dair ilk ve genel izlenimlerimizi dile getirmeyi düşünüyoruz.

1- 6098 sayılı TBK.'nın Yıllık Ücretli İzne Yönelik Hükümleri

Yeni TBK. konuyla ilgili hükümlerine “genel hizmet sözleşmesini düzenleyen 6. Bölüm 1. Ayırım'da md. 422, 423, 424 ve 425'de yer vermiştir. Toplam 4 maddeden oluşan ilgili hükümlerin metni aynen şöyledir:

“2. Yıllık izin”

a. Süresi

MADDE 422- İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür.

b. İndirimi

MADDE 423- İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir.

İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz.

İşveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz.

Hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin

aleyhine hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamaz.

c. Kullanılması

MADDE 424- Yıllık ücretli izinler, kural olarak aralıksız biçimde verilir; ancak tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünerek de kullanılabilir.

İşveren, yıllık ücretli izin tarihlerini, işyerinin veya ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini göz önünde tutarak belirler.

d. Ücreti

MADDE 425- İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretini, ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermekle yükümlüdür.

İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı para ve başka menfaatler karşılığında yıllık ücretli izin hakkından feragat edemez.

Hizmet sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı, hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihte işlemeye başlar.”

2- 6098 sayılı TBK.'nın Yıllık İzinle İlgili Hükümlerine Dair Genel İzlenim

6098 sayılı TBK.'nın yukarıda metinleri verilen (ve aşağıda detaylandırılacak) hükümleri incelendiğinde, ilk izlenimler olarak şunları söyleyebiliriz:

A. Söylenecik ilk şey, maalesef bu hükümlerin de genelde İsviçre Borçlar Kanunu'nun konuyla ilgili hükümlerinin (OR. Art. 329 a-329 d) neredeyse birebir tercümesi niteliğinde olduğudur. Nitekim bu husus, aşağıda da sunacağımız üzere İsviçre BK. (İBK.) hükümleriyle bizimkinin karşılaştırılmasından rahatlıkla anlaşıldığı gibi, bizzat 6098 sayılı TBK.'nın ilgili madde gerekçelerinde⁴ de dile getirilmiştir. Bunun, çok da isabetli bir yaklaşım olduğunu

sanmıyoruz. Her ne kadar İsviçre BK., 818 sayılı BK.'ya kaynak (birebir tercüme) olmuşsa da, aynı eğilimin 6098 sayılı Yeni TBK.'da da sürdürülmesi hem işin kolayına kaçıldığı ve hem de (aslında iş hukuku bizden daha az gelişmiş bir ülkenin kurallarını almak gibi) gelişmelere pek ayak uydurulamadığı izlenimini uyandırabilecektir⁵.

B. Herhalde bundan olsa gerek, İsviçre BK. hükümleri büyük oranda ve birebir tercümeyle yeni TBK.'ya aktarılırken; yer yer ondan ayrılan düzenlemelere de yer verildiği anlaşılmaktadır. Aşağıda da değinileceği üzere, örneğin “işçinin yıllık izin esnasında üçüncü bir kişi için ücretli bir işte çalışması halinde yıllık izin ücretinin ödenmeyeceği veya geri alınabileceği” kuralına (OR. Art. 329 d - Abs. 3). 6098 sayılı TBK.'da yer verilmemiştir. Aslında bununla ilgili bir hükme Bilim Komisyonu Taslağında yer verilmişti (Taslak md. 424/son fıkra) ama TBMM Adalet Komisyonu bu fıkra hükmünün “yıllık iznin ücret hakkının kişiye bağlı bir hak olması ve işçinin izin hakkını kullanırken çalışması durumunda izin süresi için ödenecek ücretin geri alınabilmesinin nesafet ilkesi ile bağdaşmadığı ve bu hakkı kullanılmaz hale getireceği” gerekçesiyle madde metninden çıkarmıştır. İşte yasalaşan da bu halidir.

Sonra İBK.'nın okula gitmeyen gençlerin çalışmasında ona verilecek ücretsiz tatil/izin (Urlaub) ile ilgili hükmü de (OR. Art. 329 e) 6098 sayılı yeni TBK.'da yer bulmamıştır.

Bunlar dışında yeni TBK.'da, İsviçre Borçlar Kanunu'nda (İBK.) yer almayan ve öğretilerde çeşitli yönleriyle tartışılan⁶ bir hüküm olarak, hizmet sözleşmesinin son bulması halinde işçinin hak edip de kullanmadığı izinlerin ücretinin kendisine veya hak sahiplerine ödeneceği kuralı düzenlenmiştir (BK. md. 425/son fıkra).

III. 6098 SAYILI TBK.'DA YILLIK ÜCRETİ İZNE HAK KAZANMA KOŞULLARI

6098 sayılı TBK.'nın ilgili hükümleri incelendiğinde, yıllık ücretli izne hak kazanmak için kimi şartların arandığı görülür ve bunlar şöylece sunulabilir.

1- BK.'ya Tabi Bir İş Sözleşmesiyle Çalışma Bulunmalıdır

BK. çerçevesinde bir yıllık ücretli iznin gündeme gelebilmesi için, öncelikle 6098 sayılı TBK.'ya tabi bir hizmet (iş) sözleşmesiyle çalışmanın bulunması gereği kendiliğinden anlaşılır. Zira diğer iş yasaları kapsamındaki yıllık ücretli izinler her bir ilgili yasada ayrıca düzenlendiğinden, TBK.'nın yıllık izne dair hükümlerinin onlara da doğrudan kendiliğinden uygulanacağı söylenemez⁷.

Hangi hizmet sözleşmesiyle çalışmanın (hangi işlerdeki çalışmanın) TBK.'ya tabiliği konusunda diyebiliriz ki; 4857 sayılı İşK. (md. 1, 4) ve Bas. İşK. (md. 1 vd.) Den. İşK.'nın (md. 1 vd.) kapsamına tümüyle giremeyen her işteki iş sözleşmesiyle çalışma TBK.'ya tabidir.

Faaliyet ve onda çalışmayı içeren hizmet sözleşmesi TBK.'ya tabi olduktan sonra, onun tam veya kısmi süreli (BK. 393/2) yahut belirli veya belirsiz süreli olması farksızdır. Yıllık ücretli izin, hepsinde gündeme gelebilir. Yani tipik veya atipik bir iş sözleşmesiyle çalışma farksızdır⁸. Hatta, (İşK.'dan farklı olarak) hizmet sözleşmesinin mevsimlik veya (TBK.'da yok ama) sürekli/süreksiz işte çalışmayı öngörmesi de farksızdır. Çünkü, temelde İşK.'ya tabi olan ama yıllık izinden dışlanan süreksiz işlerde (İşK. 10) ve mevsim/kampanya işlerinde (İşK. 53) TBK.'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı açıktır (İşK. 10). Hal böyle olunca; İşK.'dan (Bas. İşK. ve Den. İşK. ile) tümüyle dışlanan işçilere (İşK. 4) ve kısmen (yıllık izinden) dışlanan işçilere de, TBK.'nın yıllık ücretli izinle ilgili hükümleri uygulanacaktır (İşK. 10) denilebilir⁹.

2- Bekleme Süresi Gerçekleşmelidir

Diğer iş yasalarında da görüldüğü (İşK. 53-61, Bas. İşK. 21, Den. İşK. 40) ve yıllık iznin bir süre çalışarak yorulduğu varsayılan işçiye verileceğine dair düşünce dikkate alınır; yıllık ücretli izne hak kazanmak için, ilgili işçinin belli bir süre hizmetinin varlığını aramak uygundur. İşte bu süreye, “bekleme süresi” (Wartezeit) adı verilir¹⁰. Örneğin bu süre, 4857 sayılı İşK.'da “bir yıl” olarak ifade edilmiştir (İşK. 53/1).

a) Bekleme Süresinin Aranıp Aranmadığı

İşte TBK.'da da yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için öngörülen bir bekleme süresinin bulunup bulunmadığı konusunda yasa “en az bir yıl çalışmış” olan işçilere yıllık izin verileceğinden söz etmektedir (TBK. 422). Buradaki “en az bir yıl çalışma”nın (kaynak İBK.'dan farklı olarak) yıllık izne hak kazanabilmek için aranan bekleme süresi olduğu söylenebilir. Yalnız, bunun işe girişten itibaren geçecek ilk yılı anlattığı, sonraki sürede yıllık izin için çalışılmış bir yıllık sürenin (en azından hizmet yılı anlamında) geçmesine gerek olmadığı söylenebilir¹¹.

TBK.'nın en az bir yıl çalışmayı arayan hükmü, (madde gerekçesinde İBK. 329 a maddesi göz önünde tutularak hazırlandı dense de) aslında İBK. sisteminden farklıdır. Gerçekten İsviçre'de yasa işverenin (en az 1 yıl çalışmış olan işçiye değil), işçiye her hizmet yılı için bir miktar yıllık ücretli izin vereceğinden söz etmektedir. (OR. Art. 329/a/Abs. 1). Bunun, “en az bir yıl çalışmış olan işçi” (TBK. 422) ile aynı olduğu söylenemez. Bunu doğrulayan ama İBK.'nın TBK.'ya alınmayan hükmünde tam bir hizmet yılını doldurmayan hallere ilişkin olduğu hizmet yılında iş ilişkisinin devam süresine uygun olarak işçiye yıllık izin verileceğinden söz edilmektedir (OR. Art. 329 A/Abs. 2). Bu hükmün açılımı bağlamında da zaten, yıllık izne hak kazanmak için belli bir süre çalışmış olmanın gerekmediği dile getirilmektedir. Minimum bir süre beklemenin 1972'de yapılan değişiklikle kaldırıldığı, artık bir gün çalışan işçinin bile yıllık ücretli izne hak kazanacağı benimsenmektedir¹².

İsviçre BK.'nın bu hükmünün bize alınması; ülkemizdeki diğer iş yasaları gibi belli bir bekleme süresinin aranması, diğer iş yasaları ile bir paralellik taşımaktadır ama İBK.'dan da bilinçli bir ayrılmayı işaret ediyor, denilebilir¹³.

b) Bekleme Süresinin Niteliği ve Nasıl Gerçekleşeceği

6098 sayılı TBK.'nın aradığı “en az bir yıl çalışma”nın yıllık izne hak kazanabilmek için

gerçekleşmesi zorunludur (ama sözleşmeyle azaltılabilir). Fakat neyi ifade ettiği ve nasıl gerçekleşeceği üzerinde de durulması gerekir.

Bir kere, yasada geçen “en az bir yıl” çalışmış olma deyimi (TBK. 422) yasanın bir başka hükmündeki “bir hizmet yılı” ifadesiyle (TBK. 423/1-2) birlikte ele alındığında çeşitli ihtimaller akla gelebilir. Şöyle ki;

- Acaba bu ifadeler bir yılın, “bir takvim yılı” olduğuna götürür mü? Kanımca, çok istisnaen denk gelebilecek tesadüfler dışında, bunun (her yıl 1 Ocak'ta başlayan ve 31 Aralık'ta son bulan) bir takvim yılını anlattığı söylenemez. Sadece tesadüfen işçinin 1 Ocak'ta işe girip de bir yılının 31 Aralık'ta dolması dışında böyle bir ihtimalle karşılaşılmaz. Böylesi tesadüflerde istenirse, hizmet sözleşmesi ve/veya TİS'de bekleme süresinin bir takvim yılından oluşacağı kararlaştırılabilir¹⁴.

- Anılan ifadenin (365 gün içinde sadece çalışılan sürelerden oluşan süre anlamında) “iş yılı”nı mı anlattığı da sorulabilir. Üstelik yasanın “en az bir yıl çalışmış olan işçi”den (TBK. 422) ve “bir hizmet yılı”ndan söz eden (TBK. 423/1-2) anlatımı da, bunu destekler gibidir. Fakat hizmet yılı içinde işçinin çalışmadığı süreler kadar bir sürenin ayrıca eklenmesi yerine, o süreyle orantılı olarak yıllık izinden indirimle gidilmesi (TBK. 423/1-3), bunun “iş yılı” olmadığını da anlatır. Ayrıca bu nokta, bir yıl içinde hesaba katılmayan süreler kadar sürenin beklenip eklenmesini arayan İŞK.'dan da farklı bir yön olarak dikate değerdir¹⁵.

Sonuçta, kanımızca; burada aranan “bir yıl”; işçinin işe başladığı tarihten itibaren geçecek 365 günlük süreden oluşur. Bunun çalışılan ve/veya çalışılmayan günlerden oluşması mümkündür. Hatta, bu sürenin içinde, izinden indirimle neden olan süreler de (TBK. 423/1-3) bulunur. O süreler de bir yılda dikate alınırlar. Fakat yıllık izin miktarında belli ölçekte indirimle neden olurlar (TBK. 423/1-3). Zaten bu indirim kuralı da gösteriyor ki; yıl içinde yaşanan (ve izinde indirimle neden olan) bu süreler, izne hak kazanmak

için aranan bir yılın hesabında dikkate alınır- lar ama hak kazanılan yıllık izin miktarının biraz azaltılmasına yol açabilirler¹⁶.

Böylece bekleme süresi olan “bir yıllık süre”nin hesabına nelerin gireceğine de gelmiş oluyoruz. Yasa hesaba katılacak ve/veya belli ölçekte dışlanacak olguları ve süreleri kendisi belirlemiştir (TBK. 423/1-2). Bunların mutlak emredici değil, nispi emredici olduğu, yani işçi lehine olarak hesaba tümünden veya (yasadakinden daha çok olacak şekilde) kısmen katılması sözleşmeyle kararlaştırılabilir (TBK. 423/son) nitelikte bulunduğu kanısındayız¹⁷.

Yasanın hizmet süresine eklenmesine karşı çıkmadığı ve fakat hak edilen yıllık izinde indirim neden olacağını öngördüğü halleri de dikkate alırsak; yıllık izin için aranan bir yıllık bekleme süresine;

a) İşçinin ilk yılı için, iş sözleşmesi yapıp da buna göre işe başlaması gereken tarihten itibaren 365 gün içindeki her sürenin¹⁸;

b) Sonraki yılların izinleri için aranan bir yıllık bekleme süresine ise; önceki yılın bittiği tarihten itibaren işleyen 365 gün içindeki her sürenin katılması gerekir. Bu 365 günlük (1 yıllık) süre içinde önemli olanı, işçinin sözleşmesinin hukuken devam ettiği süredir. Böyle olduktan sonra, işçinin hukuken ve fiilen işe gelip gelmediği, çalışıp çalışmadığı önemli değildir. Sözleşme askıda kalsa bile askı süresinin dahi hesaba katılması gerekir. Üstelik askının hukuka uygun bir grev/lokavttan yahut sözleşmeden veya yasadan doğmasının farksız olduğunu sanıyoruz¹⁹. Kısacası, TBK. anlamında bekleme süresi, ilgili işçinin hizmet sözleşmesinin hukuken devam ettiği sürelerden oluşur²⁰.

Yıllık izin miktarının indirimine yol açan hallerde ise; örneğin işçinin kendi kusuru ile bir aydan fazla işe gelmediğinde, indirim çalışılmayan her tam ay için bir gündür (TBK. 423-1) ve işçi bir yıl hiç işe devam etmese bile bekleme süresi oluşur. Fakat devam etmediği bu süreler için kendisinin yıllık izin hakkından 12 gün izin kesilir. Kendisine iki hafta izin verilirse geriye izin kalıp kalmadığı tartışılabilir. Ama izin iki haftadan çoksa,

yine de verilmesi gereken bir yıllık izin hakkının bulunduğu tartışmasızdır (TBK. 422).

İşçinin kusuruna yüklenemeyen hamilelik, hastalık, kaza, yasal bir ödevden dolayı çalışmaması halinde ise; devamsızlığın yaşandığı üç aya kadar bir süre için izinden indirim bile gidilemez (TBK. 423/2, 3)²¹. İndirim dahi, ancak bu nedenlerle devamsızlığın üç ayı aşan her bir tam ayı için bir gün şeklinde olabilecektir. Yani bu ihtimalde de minimum yıllık izin süresinden bile artan bir süre kalmaktadır ve işçiye verilmesi gerekmektedir²².

Üstelik, yasanın izinde indirim imkânı verdiği hallerde hiç ya da o kadar indirim gidilemeyeceği sözleşmelerle geçerli biçimde kararlaştırılabilir (TBK. 423/son fıkra). Fakat yasadakinden çok indirim gidileceği yahut tam ay olmayan sürelerden de indirim gidileceği veya yasanın indirim yapılmaz dediği sürelerde (TBK. 423/1-3) bile indirim gidileceğine dair sözleşme geçersiz olur, yasal sistem uygulanır²³.

Neticede bir yıllık bekleme süresine; işçinin kendi kusuruyla ve/veya kusuru olmadan yaşadığı bir olgu nedeniyle işe devam etmediği, hatta kasıtlı suçtan dolayı gözaltı/tutuklu/hapiste geçirdiği (v.s.) tüm süreler de dahildir. Yeter ki, bu esnada iş sözleşmesi hukuken halen devam ediyor olsun. Sözleşme sona erdiğindeyse; anılan nedenlerle devamsızlığın sözleşme sona erene dek geçen miktarının hesaba katılması gerekir²⁴. Üstelik; tüm bu hallerde yaşanan devamsızlık süresinin kısmen/tümünden hizmet süresine katılmayacağına dair sözleşme hükümleri de geçersiz olur (TBK. 423/son fıkra).

- Keza yasada açıklık olmamakla birlikte; yıllık izne esas bekleme süresine, işçinin TBK.'ya tabi tüm çalışması katılacağı gibi, aynı sözleşmeyle farklı iş yasalarına bağlı geçirdiği sürelerin de katılması gerekir²⁵.

- İşçinin iş ilişkisinin işyerinin devri (TBK. 428) yahut iş sözleşmesinin devri (TBK. 429) yollarından biriyle bir işverenden diğerine geçtiği hallerde; o sözleşmeyle değişik işverenler yanında geçirdiği sürelerin de hizmet süresine ekleneceği açıktır (TBK. 428/2; 429/2) denilebilir²⁶.

- Yine yeni TBK.'da açıkça düzenlenmemekle birlikte, engellenmediği de düşünülecek işçinin ödünç (geçici) iş ilişkisi çerçevesinde ödünç veren ve ödünç alan yanında geçirdiği sürelerin de "aynı sözleşmeyle ayrı ayrı işverenler yanında geçen süreler" olarak hizmet süresinin hesabında dikkate alınması gerekir, kanısındayız²⁷.
- Bununla birlikte işçinin aynı işveren yanında gerçekten birbirinden ayrı, aralıklı sözleşmelerle geçirdiği sürelerin birlikte hesaba katılıp katılmayacağı akla gelebilir. İşK. kapsamında tartışılan bu tür sürelerin²⁸ TBK.'da dışlanmadığı bir yana, izinde indirim nedeni olacağından da söz edilmemiştir. Bu yüzden, hesaba katılması savunulabilir ama yine de konunun tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Fakat sözleşmeyle katılacağını öngörmek geçerlidir²⁹.
- İşçinin ayrı ayrı hizmet sözleşmeleriyle ayrı ayrı işverenler yanında geçirdiği sürelerin işverenler kamu işvereni olsa bile birleştirileceğine dair bir hükme TBK.'da yer verilmediğinden, özelde de kamuda da bu tür sürelerin hesaba kendiliğinden katılmayacağı kanısındayız³⁰. Lakin yıllık izinle ilgili hükümlerinin nispi emredici niteliği, anılan sürelerin de hesaba katılacağına dair sözleşme hükümlerinin geçerli olacağı sonucuna götürür³¹.
- Sözleşmenin hangi tarafça olursa olsun bildirimli feshinde (TBK. 432) bildirim sürelerinde de sözleşme halen varlığını sürdürdüğünden bu sürelerin de hesaba katılması gerekir³².
- TBK.'da ilk kez yer verilen "peşin parayla fesih"de (TBK. 432-4) uyulmayan (verilmeyen) önelin hesaba katılıp katılmayacağı; bunun nasıl bir fesih olduğuna ve nasıl kullanıldığına da bağlı olarak tıpkı İşK.'daki gibi çeşitli fikirlerin ortaya atılmasına müsaittir³³. Yine deneme süresinin de hesaba katılması gerekir³⁴.
- Sonuçta belirtelim ki; yukarıda değinilen olgularla bağlantılı ele alınan süreler, BK sisteminde sadece ait olduğu her bir yıl için yıllık izinde dikkate alınır. BK. verilecek yıllık izin sürelerini işçinin toplam hizmet sürelerine göre belirlemediğinden, bir de "toplam

hizmet süresi" yoktur ve onu da hesaba katmanın anlam ve önemi de bulunmamaktadır. Bu husus, olsa olsa, işçiye sözleşmeyle daha uzun izin süresi getirilmişse; bu ekstra yıllık izin sürelerinin ne kadar olacağını işçilerin kıdemine/hizmet sürelerine göre belirlemek de öngörülebilir. Kanımca, böyle bir sözleşme geçerlidir ve eşitlik ilkelerini de ihlal etmez³⁵.

IV. YILLIK ÜCRETLİ İZİNİN MİKTARI VE KULLANIMI

BK. çerçevesinde verilecek yıllık ücretli izin miktarı ile kullandırmaya gidildiğinde, kullandırılmasının gösterdiği özelliklere de değinmek gerekir.

1- Yıllık İzin Miktarı

Yasa işçinin hak kazandığı yıllık ücretli izin süresinin ne uzunlukta (ne kadar) olacağını belirlerken, öncelikle ilgili işçinin yaşına bakmaktadır.

a) Öyle ki, işçi onsekiz yaşından küçük veya elli yaşından büyükse, ona verilecek yıllık izin en az üç haftadır (TBK. 422).

b) Fakat ilgili işçi onsekiz ya da daha büyük ama en çok elli yaşındaysa; bu durumda (kaç yıllık toplam kıdemi olursa olsun) ona verilecek yıllık izin süresi en az iki haftadır (TBK. 422).

Görülüyor ki, yasa yıllık ücretli izin miktarını belirlerken, işçinin toplam hizmet süresiyle (kıdemiyle) ilgilenmemiş, asgari bekleme süresini dolduran her işçinin en az iki haftalık bir yıllık izne hak kazanacağını öngörmüştür (TBK. 422). TBK.'nın getirdiği bu sistem 4857 sayılı İşK. sisteminden (İşK. 53) ve kaynak İsviçre BK.'dan da farklı gözükmektedir. Zira, mehaz İBK. bu konuda bir ayırıma giderek; 20 yaşını bitirene dek işçiye her bir hizmet yılı için en az 5 hafta; 20 yaşın üstündekiler içinse en az 4 hafta yıllık izin verileceğinden söz etmektedir³⁶ (OR. Art. 329 a/Abs. 1).

Şüphesiz TBK.'daki bu süreler en az süreler olup azaltılamaz ama sözleşmelerle artırılabilir. Artırma yapılırken de, kıdemi ne olursa olsun, herkes için tek düze ve aynı miktarda bir artırmaya gidilebileceği gibi, işçilerin kıdemine göre yükselen bir artırma da

getirilebilir. Hatta 12.09.2010'da yapılan AY. değişikliği sonucu anayasal dayanak elde eden kadınlara karşı pozitif ayrımcılık (AY. 10/2, c, son) bağlamında; aynı kıdemdeki kadınlara erkeklere nazaran biraz daha fazla yıllık izin tanınması da geçerlidir. Böyle bir şeyin özellikle kadın işçinin küçük bebeğinin vs. bulunduğu hallerde ifade edeceği anlamın ne kadar önemli ve anlamlı gözükceği söylenebilir³⁷.

- Yasada yıllık ücretli iznin "hafta" olarak verileceği öngörülmüştür. Bundan kasıt o kadarlık haftada ilgili işçi; o işverene ne kadar çalışma yükü (işgörme borcu) taşıyorsa, o kadar süre yıllık ücretli izne hak kazandığı biçimindedir. Örneğin işçi her hafta 2 gün çalışıyorsa; 2 haftalık bir yıllık iznin onun için anlamı, bu iş ilişkisindeki her hafta 2'şer günden toplam 4 gün izinli olacağıdır. Fakat işçi tam süreli veya kısmî süreli de olsa (hafta tatili dışında) her gün çalışıyorsa, iznin her bir haftasında da o kadar süre çalışma borcundan kurtarılıp yıllık izne hak kazandığı söylenecektir. Aslında böylece, işçinin tam süreli iş ilişkisinde de kısmî süreli iş ilişkisinde de yıllık ücretli izne yine aynı haftalar olarak hak kazanacağını söylemiş olduk³⁸. Kaldı ki, İşK. kapsamında zaten yıllık ücretli izin yönetmeliğinde bu yönde hükmün olduğu da belirtilmelidir (YÜİY. 13). Hatta işçinin bir başka yerde geçici işçi olarak çalışması da yıllık ücretli izne engel değildir ve kullanılır (YÜİY. 14).

2- İzin Miktarında İndirim

6098 sayılı TBK.'ca belirlenen yıllık izin sürelerinin sözleşmeyle artırılmasına imkân verip, azaltılmasına hoşgörüle bakmamıştır (TBK. 423/son). Bundan dolayı, yasal en az yıllık izin süresinde indirim öngören sözleşme hükümlerinin de, işverenin tek taraflı başvuracağı indirimin de geçersizlikle karşılaşacağını söyleyebiliriz. Yani yasal en az yıllık izin sürelerinde iradi/sözleşmesel indirim kesinlikle geçersizdir ve buna karşılık işçinin işverenden herhangi bir bedel alıp almayışı da önemli değildir. Zira, izinden feragat yasağının (TBK. 425/2) bu olguyu da kapsadığı ve yasaklayıp

geçersiz kılacağı açıktır. Kaldı ki TBK. 423/son fıkra hükmünden de aynı sonuca varabiliriz³⁹.

Buna karşın, yasa; kimi hallerde hak kazanılan yıllık izin miktarından, işverenin, isterse indirim yapabileceğini açıkça öngörmüştür (TBK. 423/1-3). Aşağıda detaylandıracağımız bu hallerde, yıllık izinde indirim otomatik olarak kanunen/kendiliğinden gerçekleşmez⁴⁰. İşverenin de indirim gitmek zorunluluğu yoktur, bu yola başvurmak onun için, sadece, isterse başvurabileceği yasal bir imkândır. O, buna başvurmadan kısmen veya tamamen kendiliğinden vazgeçebileceği gibi, hizmet sözleşmesi ve/veya TİS ile de vazgeçebilir. Yalnız bu imkândan vazgeçerken, eşitlik ilkesini zedelememeli, haksız ayrıma götüren tutum sergilememelidir, denilebilir⁴¹.

Yasanın yıllık izinde indirim imkân verdiği haller şöyledir:

a) Yıllık izin miktarında indirim götürebilecek ilk yasal ihtimal:

İşverenin işçinin bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan uzun bir süreyle çalışmaması (hizmeti yerine getirmemesi) halinde, çalışılmayan her tam ay için, yıllık izin süresinden 1 (bir) gün indirim yapabileceğidir (BK. 423/1). Bu yönde kelimesiyle aynen bir hüküm İBK.'da vardır ama aralarındaki tek fark; bizde işçinin kusuruyla işe gelmediği her bir tam ay için 1 gün indirim yapılırken, İsviçre hukukunda çalışılmayan her bir tam ay için, yıllık izinden 1/12 (onikide bir) oranında indirim yapılacağıdır (OR. Art. 329 b/Abs. 1).

Bu izinde indirim imkânı için, bir hizmet yılı içerisinde, işçinin aralıklı veya devamlı biçimde toplam en az 1 ay, kendisine yüklenen bir kusur yüzünden çalışmaması gerekir. Toplam devamsızlık süresi bir aydan az ise, izinde indirim imkânı yoktur ve sözleşmeyle de orantılı indirim kararlaştırılmaz⁴². Hizmeti yerine getirmemenin işyerine gelip çalışmak değil de⁴³, gelmemek/devam etmemek biçiminde anlaşılması uygundur⁴⁴. Devamsızlığın birden çok hizmet yıllarına ait ama hiçbiri tek başına bir ayı doldurmayan sürelerin

varlığı halinde bunların toplanarak, toplamının bir ayı doldurduğu yılın izninden indirimde gidilmesi mümkün değildir. Çünkü; indirimde imkân verecek devamsızlığın, sadece her bir hizmet yılındaki miktarı baz alınır. Yoksa her hizmet yılındaki bundan az devamsızlıkların toplanıp tümü ne zaman bir ayı tamamlarsa, o yılın izninden veya sözleşme izin kullanılmadan sona ermişse de ücreti ödenecek toplam izin süresinden indirimde gidilmesi isabetli olmaz. Ayrıca, böylece izinde indirimin sadece sözleşme devam edip de yıllık izin kullandırılmasına gidildiğinde değil, sözleşme izin kullandırılmadan son bulunduğu kullandırılmayan izin ücretleri ödenirken, izin ücretinde indirim tarzında da karşımıza çıkabileceği anlaşılmaktadır.

İzinde indirim için aranan süre toplam devamsızlığın, işçinin kendi kusurundan kaynaklanması da gerekir (TBK. 423/1; OR. Art. 329 b/Abs. 1). Bunun içine; kendi kusuruyla yakalandığı bir hastalık, kusurlu olduğu suç yüzünden tutuklanma, keyfi gelmeme vs. girer. Hatta işçinin yasadışı greve katılarak iş görmeye yanaşmayışı da böyledir. Lakin hukuka uygun bir greve katılma yahut lokavta veya işverenin çalıştırmama yetkisiyle karşılaştığı için, işe gelmemenin kusurlu bir devamsızlık sayılarak izinde indirimde götürüp götürmeyeceği üzerinde de durulabilir. Kaynak İsviçre hukukunda, işçinin greve katılarak işe gelmeyişi de, izinde indirimde götürülen bir hal olarak kabul edilmektedir. Gerek bunun ve gerekse ücretsiz iznin, “alan teorisi” (Sphaerentheorie) ne göre, işçiye mal edildiği ve izninden indirimde yol açacağı söylenir⁴⁵.

Kanımca, Türk hukuku bakımından işçinin yasal grev/lokavt/işverenin çalıştırmama yetkisi sonucu sözleşmesinin askıda kaldığı süredeki devamsızlığı, işçinin kendi kusurundan kaynaklanan devamsızlık sayarak izinde indirimde vesile yapmak isabetli değildir. Çünkü o, grevde anayasal bir temel hakkını kullanırken; diğerlerinde devamsızlıkta dahil bile bulunmayıp, onlar işverenin kendi tasarrufundan kaynaklanır. Bizce yasal grev/lokavt/işverenin çalıştırmama yetkisi

nedeniyle devamsızlığı, ancak kusursuz devamsızlık (TBK. 423/2; OR. Art. 329 b/Abs. 2) saymak mümkün ve ortalama bir yol gibi gözükmektedir⁴⁶.

- İşverenin işi kabulde temerrüdü (eski BK. 325; TBK. 408; OR. Art. 324) sonucu işçinin iş görmediği sürelerinse, hiçbir şekilde devamsızlık sayılamayacağı ve izinde indirimde götürmeyeceği kanısındayız⁴⁷. Çünkü; işverenin işi kabulde temerrüdü halinde, işçi o süreyi (çalışmamış değil) çalışmış sayılarak işlem görür⁴⁸.

- İşçinin geçmiş döneme ait ücreti ödenmediği için iş görmekten kaçınması (İşK. 34'den farklı olarak) BK.'da açıkça yer almamıştır. Bu yüzden de 818 sayılı BK. döneminde bu konu tartışmalıdır. Kimileri bunu ödemezlik def'inin uygulanması sayarak mümkün görürse de; isabetli olanı, olayda bir alacaklı temerrüdü olarak işverenin işi kabulde temerrüdünün bulunduğudır. Çünkü; ödemezlik def'i sadece karşı edimi yerine getirmekten kaçınma hakkı verip, karşı taraftan bedel isteme imkânı vermez. Ayrıca, geçmiş ayların ücretinin karşılığı olan çalışma zaten önceden yapılmıştır. Bu yüzden de geçmiş dönemdeki çalışma nedeniyle hak edilen o ücret şimdiki çalışılacak sürenin karşılığı olmaz. Bu yüzden, bizce; geçmiş ayların/sürenin ücreti, yeni dönem çalışma için, işverene düşen bir hazırlık hareketi sayılmalı ve bunu yerine getirmediğinde de, işçi çalışmazsa, işveren alacaklı temerrüdüne düşmüş kabul edilmelidir (BK. 106/1). O halde işçinin bu yüzden çalışmadığı süreleri de, izinde indirimde götürülen bir devamsızlık sayamayız. Tam tersine, burada da işçinin çalışmış sayıldığı bir durum var demektir⁴⁹.

- İzinde indirimde götüreceği devamsızlık süresinin tümünün, bu fıkrada belirtildiği üzere, işçinin kusurundan kaynaklanan bir devamsızlık olması şarttır. Yoksa örneğin 20 günü kusurlu devamsızlık ve 20 günü de kusursuz devamsızlıktan oluşan 40 günlük bir devamsızlık, yıllık izinde hiçbir indirimde götürmez⁵⁰. Böyle bir halde orantılı veya tümünden indirim imkânının sözleşmeyle getirilmesi de geçerli görülmez⁵¹.

b) İşçinin kusurundan kaynaklanmayan devamsızlık halinde izinden indirim:

İşçinin bir hizmet yılı içindeki, işçiye yüklenemeyen (kusurlu olmadığı) hastalık/kaza/yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerden dolayı, en çok üç ay süreyle iş göremediği hallerde⁵², yıllık izinden indirimle gidilemez (TBK. 423/2). İndirim ancak bundan fazla süren bir devamsızlıkta gündeme gelebilir⁵³.

Burada işçinin kusurundan kaynaklanmayan hallere dair sayılan hastalık vs.nin sadece birer örnek bağlamında alınması gerekir. Çünkü; yasadaki "... gibi kişiliğine bağlı sebepler..." deyimi, bunu anlatır. İşte bu çerçevede; işçinin oturduğu yerin karantinaya alınması yahut işçinin hamilelik-doğum nedeniyle devamsızlığı da böyle düşünülmelidir. Keza kusuru olmadan gözaltı veya tutuklanmayı da bu kapsamda değerlendirebiliriz⁵⁴. Hatta işçinin hamilelik/doğum neden ile devamsızlığı da böyle düşünülebilirdi.

c) İşçinin gebelik ve doğum nedeni ile iş göremeyişi (devamsızlığı):

Bu durum yasada ayrıca düzenlenmiştir ve bu yüzden iş göremeyişin de en çok üç aylık kısmı için⁵⁵ yıllık izinde indirimle gidilemeyeceği belirtilmiştir (TBK. 423/3). Yalnız bunun, gebelik ve doğumun tekil/çoğul olduğuyla ilgilenilmeden getirilmesi sıkıntıya yol açabilir⁵⁶.

d) Kısa çalışma:

Mayıs 2008'den bu yana artık TBK.'ya tabi işçilere de uygulanabileceğinden (İşsiz Sig. K. Ek md. 2), işverenin başvurduğu kısa çalışma nedeniyle iş ifasında bulunulamayan sürelerden dolayı yıllık izinde indirimle gidilip gidilemeyeceği de üzerinde durulacak bir ihtimaldir. Kanımızca, böyle bir devamsızlığın işçinin kusurundan kaynaklandığı söylenemeyeceği gibi, hastalık vs. gibi onu işçinin kişiliğine bağlı bir sebepten dolayı çalışmama da sayamayız. Bizce, kısa çalışmaya dayalı devamsızlığın boyutu ne olursa olsun (ki mortgage krizi evresi hariç zaten süresi normalde 3 aydır), yıllık izinden indirimle götürülecek bir

hal olarak görmemek gerekir. Kaldı ki, 4857 sayılı İşK. 55/j hükmü de bu konuda bir fikir verebilir⁵⁷.

e) Devamsızlık süresinin artırılmasına yönelik sözleşmeler:

Yıllık izinden indirimle ilgili bu başlık altında son bir not olarak; yasada indirim öngörülen hallerde; hiç veya o kadar indirimle gidilemeyeceğini öngörmek gibi indirimle götürülecek devamsızlık (çalışmama) süresini artıran sözleşme hükümleri de hukuken geçerlidir. Aksine anlaşmanın geçersizlikle karşılaşması gerekir. Aslında bu tür anlaşmanın geçersizliğinin TBK. 423'ün izinde indirimle/kısaltıma imkân veren tüm fıkraları için kabulü gerekir. Fakat yasa koyucu geçersizliği sadece TBK. 423/2. ve 3. fıkraları bakımından benimsemiş (TBK.423/son), işçinin kusurlu devamsızlığı halinde, onun (yasadakinden) daha da aleyhine sözleşmeyle düzenleme getirme imkânını açık tutmuş gözükmektedir. Buna TBK. 423/son fıkrasının karşıt kavram kanıtı yoluyla yorumundan ulaşabiliriz. Aslında kusurlu devamsızlıkta bile, devamsızlık ne boyutta olursa olsun, işverenin indirimle gitmesi zorunlu değilken; indirim tutarının bir sözleşmeyle azaltılması veya kaldırılması yahut indirimle götürülecek devamsızlık süresinin artırımı da mümkün ve geçerli olmalıdır⁵⁸. Sanırsanız yasal düzenleme buna engel değildir. Lakin, işçinin kusurlu devamsızlığı bir ayı doldurmasa da izinde (hem de daha çok) indirim imkânının veya bir ayı aşan ama tam aya ulaşmayan devamsızlıkta da 1 gün veya daha fazla izinden indirimi öngören bir sözleşmeye geçerlilik tanımak, ne derece isabetlidir? Bunu anlamak zordur. Türk yasa koyucusunun, iş hukukunun günümüzde eriştiği sosyal koruma amaçlı yapısını bir kenara iterek İsviçre BK. hükmünü (OR. Art. 329 b/Abs. 4) aynen alması, doğrusu pek isabetli olmamıştır⁵⁹.

3- İndirimin Miktarı

İşçinin yukarıda dile getirilen devamsızlığı hallerinde işverenin, onun hak ettiği yıllık izinden ne miktarda indirim yapabileceğine de değinmek gerekir. Mevcut yasal düzenlemelere bakıldığında yıllık izinde işverence

yapılacak indirim miktarının, devamsızlığın işçinin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılarak saptandığı görülmektedir. Öyle ki, 6098 sayılı TBK'ya göre;

a) Devamsızlık işçinin kusurundan kaynaklanıyorsa:

İçinde yıllık izne hak kazanılan yıl içinde işçinin kusurundan kaynaklanan devamsızlığın bir ayı aşan her bir tam ayı için, işverenin ilgili işçinin normalde hak ettiği yıllık izinden bir gün indirim hakkı mevcuttur (TBK. 423/1).

b) İşçinin kişiliğine bağlı olan ama kusuru bulunmadığı kamusal yasal ödev yahut gebelik ve doğum nedenli devamsızlıkta durum:

Yasa işçinin kusurunun bulunmadığı hallerdeki devamsızlığı noktasında, bir yandan, işçinin, “bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz” demekte (TBK. 423/2) ve diğer yandansa; “işveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz” biçiminde bir hüküm içermektedir (TBK. 423/3). Aynı konuda kaynak İsviçre BK'da da hüküm olup, yasa işçinin kişiliğine bağlı kamusal yüküm vs. nedeniyle devamsızlığının bir ayı aşmadığı takdirde işverenin izinde indirime gidemeyeceğini (OR. Art. 329 b/Abs. 2) ve gebelik-doğum nedenli devamsızlığının iki ayı aşmadığı takdirde izinde indirime gidilemeyeceğini (OR. Art. 329 b/Abs. 3) belirtmektedir. Dolayısıyla hoşgörüle karşılanacak devamsızlığın miktarı İsviçre'de ve Türk hukukunda farklı saptanmıştır ama bunun dışında yine bire bir tercüme yapıldığı anlaşılmaktadır ve bu yüzden de şimdi değineceğimiz ilginç problemler veya zihin bulandıracak olgularla karşılaşılması muhtemeldir. Öyle ki;

- Anılan hükümler incelendiğinde, orada anılan nedenlerle işçinin devamsızlığının üç ayı aşmadığı takdirde indirim yapılamayacağı sonucunu kolayca çıkarabiliyoruz. Fakat işçinin bu sebeplerden devamsızlığının üç ayı aştığında yıllık izinde indirim nedeni olup olamayacağı ve indirime gidilip gidilemeyeceği ve gidilecekse de ne oranda indirim yaşanacağı aynı netlikle anlaşılammaktadır. Gerçekten de yasa (tıpkı İsviçre BK.'da olduğu gibi) yıllık izinde her tam ay devamsızlık süresi için bir gün indirim imkânını işçinin kusurlu devamsızlığına ilişkin fıkrada verip, diğer fıkralarda benzer bir hükme yer vermeyince ve bu ilk fıkra hükmüne yollama da yapmayınca, acaba kusursuz devamsızlığın üç ayı aşması halinde hiç mi indirime gidilemeyeceği ve gidilecek ise de bunun ne oranda gerçekleşeceği zihinleri bulandırmaktadır. Bu noktada değişik yönlerde düşünmek mümkün gözükmektedir. Şöyle ki;

- Böylesi hallerde indirime imkân verilmediği bir eğilim olarak akla gelebilir. Zira, yasa yıllık izinde her tam ay devamsızlık süresi için bir gün indirim imkânını işçinin kusurlu devamsızlığına ilişkin fıkrada (TBK. 423/1) verip, diğer fıkralarda benzer bir hükme yer vermeyince ve bu ilk fıkra hükmüne yollama da yapmayınca, kusursuz devamsızlığın üç ayı aşması halinde hiçbir indirime gidilemeyeceği ve sözleşmeyle bile indirim imkânının getirilemeyeceği (TBK. 423/son fıkra) savunulabilir. Çünkü; yasa aynı indirim imkânını burada da tanımak isteseydi, bunu burada da tekrarlar veya indirim öngören ilk fıkra hükmüne atıf yapardı yahut indirime devamsızlık hallerinden bağımsız bir fıkrada yer verir ve aşağıdaki veya yukarıdaki hallerde aşkın her bir tam aylık devamsızlıkta işçinin izni işverence bir gün indirilebilir şeklinde bir düzenlemeye yer verirdi.

- Fakat burada her ne kadar net bir düzenleme yoksa da, yasanın işçinin kusursuz olduğu nedenlerle/gebelik-analık sebebiyle “en çok üç ay süreyle iş görme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık izinden indirim yapamaz” biçimindeki ifadesinin (TBK. 423/2, 3) karşıt kavram kanıtı yoluyla

yorumundan, izinde indirim ancak bu üç aylık süreyi aşan her bir tam ay için gündeme gelebileceği sonucunu çıkarmak da mümkündür. Nitekim kelimesiyle aynı hükümler İsviçre BK.'da da mevcuttur ve kusursuz devamsızlık/gebelik-analık nedeni devamsızlıkta indirimle gidileceği orada da açıkça öngörülmüş değildir. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda işçinin kusuruna dayanmayan kamusal görev vs. nedeni ve/veya gebelik-analık nedeni devamsızlığın yasadaki limiti aşan kısmı için işverenin onun yıllık izninde indirimle gidebileceği kabul edilmektedir⁶⁰.

- Tüm bunlar dikkate alındığında; yıllık izinde işverence indirimle imkân veren devamsızlık süreleri ve indirim miktarı düzenlenirken, sanki indirimin sadece işçinin kusuruyla yaptığı devamsızlıkta gündeme gelebileceği, gebelik-analık ve/veya işçinin kusuruna dayanmayan kamusal ödev vs. nedeni devamsızlıkta indirimle gidilip gidilemeyeceğinin boş bırakıldığı düşüncesi uyandıran ve İsviçre BK.'dan aynen alınan hükmün pek de isabetli olduğu söylenemez. Burada hiç değilse, bir kanun boşluğu bulunduğu ve menfaatler dengesine uygun olarak TBK. 423/1 hükmünden hareketle boşluğun doldurulacağı da söylenebilir. Kişisel düşüncemiz; bu hallerde de izinde indirimle gidilebileceği yönünde ise de, doğru olanı, anılan hükümde bir değişikliğe gidilerek durumun netliğe kavuşturulmasıdır. Aksi halde, yukarıda ihtimal olarak dile getirilen tartışmaların yaşanması kaçınılmaz gözükmektedir, denilebilir⁶¹.

4- İzinde İndirim İmkânının Diğer İş Yasalarında da Uygulanıp Uygulanamayacağı

Yıllık izne yer veren diğer iş yasaları çerçevesinde de yıllık izinde indirimle/kısaltıma gitmenin mümkün olup olmadığı ve bu noktada TBK. 423 hükmünün uygulanma şansı bulabilip bulamayacağı üzerinde de durulmak gerekir. Bunu şöylece ele alabiliriz:

a) Diğer iş yasalarında indirim imkânının getirilip getirilmediği

Bilindiği üzere, bünyesinde yıllık ücretli izne

yer veren diğer iş yasalarında yıllık izinde indirim imkânı getirilmemiştir. Onun yerine, örneğin 4857 sayılı İşK.'da yıllık ücretli izne hak kazanmak için aranan bekleme süresinin hesabında kimi sürelerin dikkate alınmayacağı dile getirilmiştir (İşK. 53, 74). Böylece, anılan süre devamsızlık halinde izinden indirim yerine, izne ancak o kadar süre geçip tamamlandıktan sonra hak kazanılacağı kabul edilmiştir.

Diğer iş yasaları olarak Bas. İşK. ve Den. İşK. bağlamında böyle detaylı bir düzenleme bulunmamakla birlikte, sistemin aynı olduğu, en azından kendiliğinden işverence indirimle imkân verilmediği görülmektedir.

Dolayısıyla her üç yasa sisteminde de işverence tek taraflı olarak ve/veya bunu öngören bir sözleşmeyle yıllık izinde indirimle gitmenin mümkünlüğüne dair bir kurala açıkça yer verilmemiştir. Fakat bunun aksine sözleşme yapılarak, İşK. ve diğer iş yasaları çerçevesindeki yıllık izinler için de hizmet süresine o yıl içindeki her sürenin katılacağı ve fakat yasal devamsızlık miktarını aşan kısmın her bir ayı için yıllık izinde indirimle gitme imkânının getirilebileceği söylenebilir. Özellikle de, yasal asgari yıllık izin sürelerinin sözleşmeyle artırılan kısmı için böyle bir düzenlemeye gidilmesinde tereddüt olmaması gerektiği kanısındayız⁶².

b) BK sisteminin diğer yasalar çerçevesinde uygulanıp uygulanamayacağı

Mevzuatımızda 6098 sayılı TBK. 423 dışında hiçbir iş yasasında yıllık ücretli iznin işverence ve/veya sözleşmeyle öngörülmek yoluyla uygulanacağına dair bir kuralın olmayışı ve her bir iş yasasının kapsam ve uygulanma alanı ile koşullarının birbirinden farklılıklar taşıması, anılan yasalar bağlamında da TBK. 423'deki yıllık iznin işverence indirilmesi/kısaltılması kurumunun örnekseme yoluyla veya doğrudan uygulanma şansının bulunup bulunmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bunun cevabının şöylece verilmesi mümkündür, denilebilir;

- Bir kere 4857 sayılı İşK. işçinin yaptığı devamsızlığın yıllık ücretli izne etkisini, iznin işverence kısaltımı değil, işçinin yıllık izne esas

hizmet süresinin o kadar ya da ilgili aşkın kısım kadar azalması olarak benimsediğinden (İşK. 55), TBK. md. 423'deki izinden indirim imkânının İşK.'da kendiliğinden, doğrudan veya boşluk doldurucu biçimde uygulanması düşünülemez. Çünkü, Borçlar Kanunu İşK.'ya nazaran bir genel kanun olup, İşK.'da açık veya örtülü bir değişikliğe yol açmış değildir. Keza yukarıda da vurgulandığı üzere, İşK. hükümleri anılan devamsızlık ve etkisi konusunda farklı bir çözümü benimsediğinden, izinden işverence indirim konusunda bir kanun boşluğu içerdiği de söylenemez. Olsa olsa yukarıda değinildiği gibi, anılan sürelerin izne esas kıdeme tümüyle katılması ve fakat aşkın kısım için indirim imkânının sözleşmeyle öngörülmesi düşünülebilir. Bilhassa yasal en az yıllık izin süresinin sözleşmeyle artırımı halinde bu sözleşmeyle eklenmiş kısım için bunda tereddüt edilmemesi önerilebilir.

- Soruna Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu çerçevesinde bakıldığında, bu yasalar bağlamında da TBK'nın bu yasalara karşı genel kanun olup olmadığı tartışılabilir. Kişisel düşüncemiz, TBK'nın onlar karşısındaki pozisyonunun da genel kanun niteliği biçiminde olduğudur. Ancak ilgili her bir yasanın da yıllık izne esas hizmet süresi ve yıllık izin konusunda benimsediği kendi düşünce sistemi mevcuttur. Örneğin, gazetecinin yıllık izne esas kıdemine iş sözleşmesinin devamı veya aralıklarla yapıldığına bakmaksızın, gazetecilik mesleğinde geçirdiği sürelerden oluşacağını öngören hüküm (Bas. İşK. 21/2) ve izne esas alınmaktan dışlanan veya izinde indirim yol açan bir süreden ve izinde indirim imkânından söz edilmeyişi; ayrıca izinde indirimin işçinin izin hakkında kısmi kayba yol açacağı dikkate alınır; tıpkı İşK.'da olduğu gibi Bas. İşK.'da yeni TBK. 423 hükmünün doğrudan veya boşluk doldurucu olarak kendiliğinden uygulanmayacağı, olsa olsa izin sözleşmeyle artırılmışsa, getirilen bu ek kısım için sözleşmesel bir indirim imkânının getirilebileceği söylenebilir. Yalnız sözleşmesel indirim getirilirken de, indirim neden olacak sürenin hizmet süresinden dışlanmaması gerekir. Yıllık izne esas kıdemden dışlanan herhangi bir süreye ve

izinden indirim yer vermeyen Den. İşK. bakımından da aynı çözümü geçerli olacağını düşünüyoruz⁶³.

5- Yıllık Ücretli İzin Kullanımı

Yasa, yıllık ücretli izin kullanımı ile ilgili kimi hükümlere de yer vermiştir. Biz bunları şöylece sunmaya çalışacağız.

a) İzin kullanılma tarihinin belirlenmesi

İşçiyi iş görme borcundan yıllık ücretli izinle kurtarmak da aslında işverenin yönetim hakkına giren bir durumdur. Bu yüzden, işçinin yıllık ücretli izne çıkacağı somut tarihi belirleme yetkisi de işverene aittir⁶⁴. Fakat işverenin bu belirlemeyi yaparken, işyerinin veya ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde işçinin isteklerini de göz önünde tutması gerekir (TBK. 424/2), denilebilir⁶⁵. Bu yönde bir hüküm aynen İsviçre BK.'da da vardır (OR. Art. 329 c/Abs. 2)⁶⁶. Böylece, yıllık iznin somut kullanım tarihini belirleme konusunda işveren keyfi bir tercih imkânına kavuşturulmadığı gibi, işçinin isteğiyle körü körüne bağlı bir konuma da itilmemiştir.

İşçinin yıllık izne çıkması, işyerinde veya ev düzeninde bir sıkıntıya yol açabileceğinden; işverenin bu sıkıntı durumunu da dikkate alarak mümkün mertebe işçinin isteğini de göz ardı etmeyen bir tarihi belirlenmesi gerekir. Örneğin; işçinin okula devam eden çocuğu varsa ve okul tatili yaşanıyorsa, yıllık iznin bu tarihe denk getirilmesini istemesi makuldür⁶⁷ ama aynı dönemde işyerindeki işlerde de yoğunluk yaşanacaksa, izin okul tatiline kısmen/tümden denk gelmemesi doğal görülebilir⁶⁸.

Şüphesiz tarafların somut izin tarihinin ne olacağını bireysel veya toplu iş sözleşmesiyle belirlemeleri mümkündür ve böylesi bir hüküm halinde ona uyulur⁶⁹.

İşçinin kendiliğinden yıllık izne çıkabilip çıkamayacağına dair tartışmaların⁷⁰ burada da geçerliliği düşünülür.

- Yalnız yasa, işçiye yıllık ücretli izin ne vakte kadar kullanılacağına ve vaktinden önce de izne çıkarmanın mümkün olup olmadığına değinmemiştir. Bunun bir eksiklik olduğu

ve örnek alınan İsviçre BK.'dan (galiba!) binlinçli bir sapma niteliği taşıdığı söylenebilir⁷¹. Gerçekten kaynak İBK, bu konuda yıllık iznin ilişkin olduğu yılın devamı sırasında (sağlanacağı) garanti edileceğini söylemektedir (OR. Art. 329 c/Abs. 1).

Yıllık ücretli izinden beklenen dinlenme, ailesel/sosyal/kültürel olgulara zaman ayırabilme işlevinin/amacının, ancak, onun yıldan yıla verilmesiyle gerçekleşebileceği⁷² dikkate alınır; her bir yılın izninin, onu izleyen yıl bitmeden kullandırılması gerektiği ortaya çıkar. Bu noktada, yasanın sessizliği, bunu benimsemediği ya da işverenin keyfine bıraktığı sonucuna götürmemelidir. Zira iznin, izne hak kazanılan yılı izleyen dönem içinde kullandırılmaması halinde, işçinin bu yeni yılın iznine de hak kazandığı ve böylece izinde yığılmanın ve ayrıca önceki yılın izninin ertelendiği gibi bir sonuçla karşılaşırız. Gerek TBK. ve gerekse başka bir yasamız, yıllık iznin ertelenmesinden açıkça söz etmiş değildir. Fakat işçinin sözleşmesi sona erdiğinde, hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izinlerin ücretinin ödeneceğinden söz eden hükümler (TBK. 425/son; İşK. 59/1) bu konuda bir destek olabilir. Gerçi bunu sadece son yılın iznine özgüleyenler vardır ama yasadaki bu sonucu çıkarmak zordur. Bu yüzden, anılan hükümlerin çoğu kez işçinin düşüncesi bile sorulmadan yaşanan bir ertelemeye götürmesi muhtemeldir⁷³.

- Yıllık iznin vaktinden (yani henüz ilişkin olduğu yıl dolmadan) önce kullandırılmasının mümkün olup olmadığı da yasadaki sessiz geçilmiştir. Bu yüzden, olağan vaktinden önce kullandırılmasının bir sözleşmeyle getirilmesinin mümkün ve geçerli olacağına inanıyoruz. Fakat işletme tatili ve buna bağlı erken izne çıkarmanın (YÜİY. 10, 11) TBK.'da bulunmadığı dikkate alınır; işverenin tek taraflı tutumuyla bunu sağlayamayacağı kanısındayız. Buna ve işçinin karşı çıkmasına rağmen, onu ücretini de ödeyerek tek taraflı izne çıkarmak; yıllık ücretli izin vermek değil, ait olduğu dönemin ücretini de peşin vererek işçinin iş görme ediminden vazgeçmek (Freistellung) sayılabilir⁷⁴.

b) Gecikmeli/yığınla kullanım

TBK. çerçevesinde de işçinin hizmet ilişkisi devamında, bir karşılık uğruna veya karşılıksız biçimde yıllık izin haklarından vazgeçmesi geçerli değildir (TBK. 425/2).

Ancak, kimi zaman olağan kullanım dönemi geçmesine rağmen yıllık izinlerin kullandırılmadığı/kullanılmadığı hallerle karşılaşılır. İşte böylesi hallerde, (tıpkı İşK.'da olduğu gibi) TBK. kapsamındaki yıllık izinlerin de yanmayacağı, hizmet sözleşmesi sona erene dek kullanımın mümkün ve gerekli olduğu sonucuna varılır. Nitekim kullanılmayan izinlerin sözleşme sona erdiğinde ücretinin ödeneceği ve zamanaşımının da ancak sözleşmenin sona erişinden başlayacağını öngören yasal düzenleme (TBK. 425/3) de bunu anlatır⁷⁵.

O halde, hizmet sözleşmesi devam ederken, vaktinde kullanılmayan yıllık izinlerin yine sözleşme devam ederken izin ve ücret birlikteliğiyle, eğer birikmişse tek tek veya yoğun olarak kullanımı/kullandırılması mümkündür⁷⁶.

6- İznin Nasıl Kullandırılacağı

Hak ettiği yıllık ücretli iznin işçiye aralıksız tek parça biçiminde mi, yoksa kısım kısım (bölümler) halinde mi kullandırılacağı da önemlidir. Bu noktada kural, yıllık iznin tek parça yani aralıksız kullandırılmasıdır. Nitekim Yasa da bunu "yıllık ücretli izinler, kural olarak aralıksız biçimde kullandırılır" diyerek dile getirmektedir (TBK. 424/1). Fakat Kanun, " tarafların anlaşmasıyla" bunun ikiye bölünerek (2 bölüm halinde) kullanılmasına da imkân tanımıştır (TBK. 424/1). 6098 sayılı TBK. bu noktada (hem İşK.'dan ve hem de) kaynak İBK.'dan ayrılmıştır. Çünkü, İBK. bu konuda, yıllık iznin minimum iki izin haftası biçiminde birbirine bağlı (arka arkaya) kullandırılması zorunluluğundan söz etmektedir (OR. Art. 369 c/Abs. 1).

Bunu böylece belirttikten sonra, 6098 sayılı TBK.'ya döndüğümüzde; yıllık ücretli iznin tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünmesi ve kullanımı bağlamında şunları söyleyebiliriz;

a) İznin bölünerek kullanılmasının bizzat

hizmet sözleşmesi taraflarınca (ilgili işçi ve işverence) kararlaştırılan bir anlaşmayla öngörülmesi mümkün ve geçerlidir. Zaten yasanın iznin “tarafların anlaşmasıyla” bölünerek kullanımından söz eden ifadesi de (TBK. 424/1) bunu doğrular⁷⁷.

Fakat bu bölünerek kullanım anlaşmasının yapılış zamanı konusunda bir açıklık yoktur. Kanımca işe girerken veya sonra işe devam ederken ama önceden böyle bir anlaşma yapılabileceği gibi bir somut iznin kullanımını bağlamında sırf o izne yönelik olarak da (münferiden) yapılabilir⁷⁸.

b) Yıllık ücretli iznin bölünerek kullanılmasının TİS ile de getirilip getirilemeyeceği konusunda ise ve yasanın “tarafların anlaşması”nı arayan sözleri (TBK. 423/1)’de bu konuda tereddüt uyandırabilir. Bu ifadeyi yalın ve soyut olarak ele alırsak, TİS ile bölünmenin geçersizliği söylenebilir. Lakin TİS hizmet sözleşmesinin yapılışı, içeriği ve sona erişine değinen hükümler de içerildiğinden (TSGLK. 2/1), bu tarz hükümlerin normatif karakter yapısıyla tek tek işçilerin iş sözleşmelerini de etkileyeceği (TSGLK. 6/1) dikkate alınırsa, farklı şeyler söylenebilir⁷⁹. Öyle ki;

- Bölünme hizmet sözleşmesinde düzenlenmeyip sadece TİS de düzenlenmişse; bu TİS hükmü ilgili her bir işçinin iş sözleşmesi bakımından da uygulanır (TSGLK. 6/1 son cümle).
- İşçinin hizmet sözleşmesinde bölünerek kullanma yasaklanmış ve fakat TİS’de getirilmişse; böyle bir durumda tek parça kullanımının (hizmet sözleşmesindeki hükmün) TİS ne nazaran işçinin daha lehine olduğu kabul edilip, TİS’in bölünme kuralı işçiyi bağlamaz (TSGLK. 6/1, c. 2 ve 6/2).
- Bölünmeye işçinin hizmet sözleşmesinde de, TİS’de de aynı ölçekteki bölünme olarak yer verilmişse zaten sorun yoktur ve sonuç aynıdır.
- Fakat her ikisindeki bölünme farklı ölçekte ise; bu durumda ilgili işçinin iş sözleşmesindeki bölünmeye üstünlük tanınması düşünülebilir⁸⁰.

c) İznin bölünerek kullanılmasının getiril-

diği (kararlaştırıldığı) hallerde iznin en fazla iki parçaya bölünebileceği de belirtilmelidir (TBK. 424/1). Böylece yasa, yıllık iznin atomize edilerek işlev ve amacından saptırılmasına izin vermediği söylenebilir. Daha fazla parçaya bölünmenin kararlaştırıldığı hallerde, bunu tümünden geçersiz saymak yerine yasal tavan olan ikiye bölünme olarak yorumlamak ve yasal sınırı aşanın geçersiz olacağını kabullenmek uygun olur (TBK. 27/2, c.1). Yasal sınırı aşan ve geçersiz bölümler olmasaydı bölünmeye gidilemeyeceği savı (TBK. 27/2. c. 2)’da dinlenmemelidir⁸¹.

Şüphesiz, işçi henüz iki parçadan çok izne çıkarılmadıysa, yukarıda söylenenler aynen geçerli olup, işçinin sözleşmedeki bu hükme uymama hakkı vardır. Böyle davranan işçiye karşı, bu tutum, sözleşmenin işverence feshine haklı neden oluşturmaz. Hatta eğer bu işçiye sözleşmesel olarak iş güvencesi getirilmişse; işçinin bu tutumunun, fesih için geçerli sebep dahi oluşturmayacağını düşünüyoruz⁸². Bu savın İşK. m. 18-21 bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Fakat işçi kendisi de karşı çıkmadan yıllık iznini ikiden çok parça halinde ücreti de ödenerek kullanmışsa ne olacağı sorusuyla karşılaşılır. İkiden çok parçayı idari izin mi yoksa yıllık izin mi sayacağız? İşverenin baskısı vs. olmadan kendisi de isteyerek fiilen böyle izne çıkan işçiyi, gerçekten yıllık iznini kullanmış saymak isabetli olur⁸³. Nitekim geçmişteki (ama İşK. çerçevesindeki) bir kararında Yargıtay da bu yönde karar kılmıştı⁸⁴.

d) Bölünmede her bir bölümün ne kadarlık süreden oluşacağı konusunda (İşK.’dan farklı olarak) yasa herhangi bir kural içermemektedir. Bu yüzden taraflar iki bölümün toplamı hak edilen izin süresine eşit olmak koşuluyla her bir bölümünü istedikleri gibi belirleyebilirler. Eğer sözleşmede iznin ikiye bölündüğü belirtilip her bir bölünme miktarı da gösterilmiş ve fakat ikisinin toplamı hak edilen izinden fazlaysa (bunun irade sakatlığına dayanmadığı hallerde) yıllık izin süresinin anlaşmayla arttırıldığı anlamını vereceği söylenebilir. İrade sakatlığına dayandığını

iddia edenler ise bunu kanıtlamak durumundadır⁸⁵.

e) Her bir bölüm arasında ne kadarlık süre bulunacağı konusu da yasada düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, bunun sözleşmede istenildiği gibi belirleneceği düşünülür. Lakin (saygı duyulacak bir erteleme durumu yoksa) ara ne olursa olsun her iki bölümün kullanımında, bunların bu izne hak kazanılan yılı izleyen yıl içinde kullanılacak tarzda yer alması gerekir düşüncesindeyiz⁸⁶.

f) Bölünme anlaşmasının şekline gelince; TBK. bu konuyu da düzenlenmemiştir. Lakin bölünmenin TİS ile getirildiği hallerde, TİS zaten yazılı şekle tabi olduğundan (TSGLK. 4), ondaki bölünme kaydının da yazılı metinde yer alması zorunludur. Aksi halde geçersizdir⁸⁷. Fakat bölünerek kullanımı hizmet sözleşmesi tarafları getirmişse; TBK.'daki hizmet sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı kılınmadığından bu anlaşma da şekle bağlı değildir. İspat edilebildiği sürece yazılı/sözlü olarak getirilebilir⁸⁸.

7- İşçiye Yol İzni Verilip Verilmeyeceği

6098 sayılı TBK.'da yıllık iznini kullanan işçiye herhangi bir yol izni verileceğine değinilmemiştir. Bu yüzden hizmet sözleşmesi veya TİS ile işçiye yıllık iznine ek olarak ücretli/ücretsiz bir yol izni verileceği öngörülebilir. Üstelik bunun ne miktar olacağını da sözleşmede kararlaştırabilirler⁸⁹.

8- Yıllık İzin Süresi

Yıllık ücretli izin, iş görebilir bir işçinin işverence ücreti de ödenerek iş görme borcundan kurtarıldığı ücretli bir izindir. Yani izin (boş zaman) + bu boş zamanın ücreti birlikteliği ile oluşur. İşte hizmet sözleşmesi devam ederken hukuken bir yıllık ücretli izin kullandırılması ancak böyle, izin ve onun ücreti birlikteliği ile gerçekleşir⁹⁰. Bunun kökeninde yıllık izin esnasında da "işçinin yaşam standardının devamı ilkesi"nin yattığı söylenir⁹¹.

Eğer yıllık izin süresince işçiye bu sürenin ücreti hiç ödenmez veya normalden az

ödenirse gelir kaybına uğrayan işçinin gelir getirici başka iş peşinde koşacağı ve dinlenemeyeceği; ayrıca böyle bir iznin bir ödül mü yoksa ceza mı olduğunun da sorgulanabileceği düşünülür. İşte tüm bu gerekçelerle işçinin yıllık ücretli izin dönemine denk gelen ücretinin ödenmesi, hem de en geç işçinin izne çıkacağı gün peşinen ödenmesi genel bir ilke olarak kabul edilir. Nitekim 6098 sayılı TBK.'da bu ilkeye kayıtsız kalmayıp (tıpkı İşK. 57/1 gibi) yıllık izin süresine ilişkin ücretin ilgili işçiye izne başlamasından önce peşin veya avans olarak ödeneceğini öngörmüştür (TBK. 425/1). Belirtilsin ki İBK.'da yasa izin ücretinin ödeneceğini belirtmekle birlikte ne zaman ödeneceğine değinilmemiştir (OR. Art. 329 d/Abs/1). Buna karşın İBK, işçiye yıllık izin dönemine denk gelen ücretin yanında, izin yüzünden gerçekleşmeyen doğal ücret içinse uygun bir tazminat da ödenmesi gerektiğini dile getirmektedir (OR. Art. 329 d/Abs 1)⁹². İBK.'nın bu ek olarak tazminat ödemeyi öngören hükmü bizim yasa alınmamıştır.

6098 sayılı TBK.'nın sistemi, her işçiye "yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücreti"nin ödeneceği yönündedir (TBK. 425/1). Bunun yıllık izin döneminin "temel/çıplak ücretini anlattığı İşK. bağlamında kabul görmektedir⁹³. Ama aynı eğilimin TBK. sisteminde de benimseneceğine dair bir zorunluluk veya yasa hükmü mevcut değildir. Bu yüzden de, işçinin yıllık izin döneminde normalde çalışmış olsaydı ne ücret alacak idiyse, (her ay düzenli ödenen çocuk/yakacak yardımı vs. dahil) yıllık izinindeyken de o tutarın kendisine ödenmesi gerekir⁹⁴.

• **Hafta tatili ücretleri:** İşçiye sadece yıllık izin süresinin ücretinin ödeneceği öngörülmüşse de, yıllık iznin yalnızca ilgili işçinin normalde çalışacağı işgünlerinden oluşacağı ve ücretli hafta tatilinin (TBK. 421) varlığı hatırlanırsa; izin dönemine denk gelen hafta tatillerinin ücretinin de işçiye ayrıca ödenmesi gerektiği açıktır. Keza ulusal bayram ve genel tatiller hiçbir iş yasasıyla da sınırlandırılmadığından (UBGTK. 1 vd.), TBK.'ya tabi işçilere de aynı günlerin ücretli tatil olarak

verileceği ve bu günlerin de yıllık izinden sayılmayacağı tereddütsüzdür. Böylece yıllık izin dönemine denk gelen ulusal bayram/genel tatil günlerinin ücretinin de işçiye ayrıca ödeneceği sonucuna varabiliriz. Yalnız gerek hafta tatili ve gerekse de bu tatillerin ücretinin işçiye ne zaman ödeneceği yasa da açıklıkla yer almamıştır. Eğer yasadaki işçinin “yıllık izin süresine ilişkin ücreti” deyiminin (TBK. 425/1) bunu da içerdiği söylenebilirse, bunların da izin başlamadan önce peşin veya avans olarak ödeneceğini söyleyebiliriz. Lakin, yasadaki “yıllık izin süresine ilişkin ücreti”ne bu anlamı vermek zordur ve bu yüzden de, anılan tatil ücretlerinin normal ödenme zamanında ödeneceği söylenebilir. Fakat sözleşmeyle veya işverence kendiliğinden, yıllık izin ücretiyle birlikte ödenmesine de gidilebilir. Yıllık izin ücreti; eğer sözleşme devam ederken izin de kullanılarak ödeniyorsa; somut olarak bu izin dönemi ve süresinin ücreti esas alınır. Bu izin yıllar öncesinin izni olup, şimdi kullanılıyor olsa da durum böyledir⁹⁵.

Buna karşın iş sözleşmesi izin kullanılmadan son bulmuşsa; bu kez o izinlerin ücreti sözleşmenin son bulunduğu tarihteki son ücretten hesaplanır ödenir (TBK. 425/son).

• **Ödemenin nasıl ve hangi parayla yapılacağı:** 6098 sayılı TBK. yıllık izin ücretini gerçekten ücret saydığından, ödemenin nakit yani para biçiminde yapılması gerekir. Para dışında eşya vererek veya işçiye menfaat sağlayarak ödenmesi düşünülemez. Ama hangi ülke parasıyla ödeme yapılacağı sessiz geçilmiş olup, bu noktada para borçlarıyla ilgili genel hükümler (TBK. 98) uygulanır. Buna göre kural, ülke (Türk) parası ile ödemedir (TBK. 99/1). Ama yabancı bir ülke parası ile aynen ödeme veya o anlamı veren bir ifade varsa; ödemenin bu yabancı parayla yapılması gerekir. Aksini kabule işçi zorlanamaz. Buna karşın aynen ödeme veya bu anlamı veren bir ifade yoksa; işveren bunu, ödeme günündeki rayiçten Türk parası ile ödeyebileceği (TBK. 99/2) gibi, ilgili yabancı para olarak da ödeyebilir. Hatta alacaklı işçi bile bu ihtimalde yıllık izin ücretinin bu ödeme

yöntemlerinden biriyle ödenmesini isteyebilir (TBK. 99/3). O halde denebilir ki, yeni TBK., İŞK.'dan farklı olarak bu alternatiflerden birini seçme imkânını sadece işverene değil, işçiye de (alacaklıya da) tanımıştır. Keza onun bu yönü, 818 sayılı BK. 83'ten de farklıdır⁹⁶.

• **Ödemenin nereye yapılacağı:** 6098 sayılı TBK., genel olarak işçi ücretinin ve bu bağlamda yıllık izin ücretinin nereye/nasıl ödeneceği konusunda özel bir hüküm içermemektedir. Bu yüzden bu noktada para borçlarıyla ilgili genel kural (TBK. 89) uygulanır. Buna göre aksine bir anlaşma yoksa, yıllık izin ücreti de işçinin ödeme anındaki yerleşim yerinde ödenmelidir (TBK. 99/1-1). Fakat işçiyle işveren arasında veya TİS'de kararlaştırılmışsa, işyerinde izne çıkmadan elden veya işçi adına açtırılan banka hesabına yatırma yoluyla da ödenebilir. 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun ile getirilen banka hesabına yatırma yoluyla ödeme kuralı burada uygulanmaz. Ancak 18.11.2008'de yayınlanan Yönetmeliğe göre, TBK. kapsamında da banka yoluyla ödeme hususunda ilgili Bakanlıkların karar alabileceği görülür (ÜÖYS). Fakat hem, henüz böyle bir karar yoktur, hem de alınsa bile kendisinden sonra çıkan 6098 sayılı TBK. karşısında biraz sıkıntılı tablo oluşabilirdi. Bu yüzden olsa gerek 5754 sayılı Yasa'dakine paralel bir hükme bizzat TBK.'da da yer verilmiş ve işçi ücretlerinin bankaya yatırma yoluyla ödenmesi hususunun ÇSGB, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı'ndan sorumlu Devlet Bakanı'nın müştereken hazırlayacağı bir yönetmelikte düzenleneceği söylenmiştir (TBK. 407/1). Fakat bu yönetmelik henüz yayınlanmamıştır⁹⁷.

• **Yıllık izin ücretinde zamanaşımı:** Hizmet sözleşmesi devam ederken izin ve ücreti birlikteliği içinde, yıllık izin ücreti zaten ödenir ve bu birliktelikte yıllık ücretli izin kullanılmadığı sürece; işçinin yıllık izin ve ücreti hakkı zamanaşımına uğramaz ve kaybolmaz.

• Buna karşın, yıllık izinler kullanılmadan iş sözleşmesi sona ererse, izin vermek artık imkânsızlaşır ve izin ücreti birlikteliği bozu-

lur. Anılan izinlerin sadece ücreti ödenir. İşte yıllık izin ücretine dair zamanaşımı da ancak hizmet sözleşmesinin son bulunduğu tarihten itibaren işlemeye başlar (TBK. 425/son fıkra). 6098 sayılı TBK.'nın bu isabetli hükmünün 4857 sayılı İşK.'dan (İşK. 59) esinlendiği ve kaynak İsviçre BK.'da bulunmadığı görülür⁹⁸.

• **Yıllık izin ücretinden sosyal sigorta primi kesilip kesilmeyeceği:** 6098 sayılı TBK. yıllık izin ücretinden sosyal sigorta primi kesilmesi konusunda özel ve 5510 sayılı SSG SSK'ya istisna içeren bir kurala yer vermediğinden, 5510 sayılı Kanununun 80. ve 105. hükümlerinden hareketle, tüm sigorta kolları için primin kesilmesi gerekir⁹⁹. Kaldı ki, prim kesilmeyeceği yönünde hüküm içeren İşK. 61 bağlamında bile artık durum böyledir¹⁰⁰.

9- İzin Esnasında Başka İşte Çalışma

Yıllık iznini kullanan işçinin bu esnada ücretli veya ücretsiz bir başka işte çalışması halinde, işverenin ondan yıllık izin ücretini geri vermesini isteyebilir isteyemeyeceği konusunda da açıklık yoktur. 4857 sayılı İşK. 58'de ve OR. Art. 329 d/Abs. 3'de mevcut olan böyle bir durum 6098 sayılı TBK. Taslağı'nda da vardı (Tas. BK. 424/son). Fakat TBMM Adalet Komisyonu, bunun nesafet ilkesi ve izin ücretinin işçinin kişiliğine bağlılığı nedeniyle metinden çıkarmıştır ve 6098 sayılı TBK.'da da gerçekten böyle bir hüküm yoktur. Hal böyle olunca; BK. sisteminde, yıllık izinde ücretli bir işte çalıştığı anlaşılan işçiden izin parasının geri alınamayacağını söyleyebiliriz¹⁰¹. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinden (TBK. 77 vd.) gidilerek de böyle bir iade yükümü çıkartılamaz. Lakin, böyle bir çalışmanın, işçinin sadakat borcunu ihlal ettiği gerekçesiyle, sözleşmenin işverence feshi için haklı sebep (sözleşmesel iş güvencesi varsa da geçerli sebep) oluşturması, muhtemeldir¹⁰². Özellikle de izindeki işin işverenle rekabet oluşturması halinde (TBK. 396/3) durum böyledir denilebilir¹⁰³.

10- Yıllık İzin(ler) Kullandırılmadan Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Hizmet sözleşmesi devam ederken işçiye

kullandırılmayan yıllık ücretli izinler, sözleşme sona erince izin olarak sağlanma imkânını yitirir. Geriye sadece anılan izinlere ait ücret kalır. İşte bu izin ücretlerinin, sözleşmenin bilhassa işçinin ölümüyle sona ermesi halinde ödenip ödenmeyeceği, 4857 sayılı İşK.'dan evvel sistemimizde zaten tartışılmalıydı. Fakat kişisel düşüncemiz o dönemde de işçinin ölümü halinde kullandırılmayan yıllık izin ücretinin işçinin mirasçılara geçeceği yönündeydi. Bu konuda bir HGK kararı da verilmişti¹⁰⁴. 4857 sayılı İşK.'da bu esas isabetle ve açıkça benimsemiştir (İşK. 59)¹⁰⁵. Oysa 4857 sayılı İşK.'yı hazırlayan bilim komisyonu taslağında işçinin ölümüyle sona ermesi halinde kullandırılmamış yıllık izinlerin ücretinin mirasçıya ödenmeyeceği benimsenmişti ama yasa koyucu buna katılmamıştır.

İşte 6098 sayılı TBK.'da kaynak İsviçre BK.'da bulunmayan ama öğretide kabul gören, İşK. 59'dakiyle paralel bir düzenlemeye yer vererek bizce isabetli bir yol izlenmiştir (TBK. 425/son). Buna göre; hizmet sözleşmesi hangi nedenle (işçinin ölümü dahil) sona ererse ersin, işçinin hak kazanıp ta kullanmadığı yıllık izinlerin ücreti, sözleşmenin son bulunduğu anda hak ettiği ücretten hesaplanarak kendisine veya hak sahiplerine ödenecektir¹⁰⁶ (TBK. 425/son).

Bunun için, sözleşmenin hangi nedenle sona erdiği, ilke olarak önemsizdir. Yalnız sözleşmenin baştan geçersizliğine götürecek ağır hukuksal ahlaka aykırılık (adam dövme/öldürme, kapkaç işinde çalışma vs.) hallerinde, geçersizlik nedeniyle sona ermede bunun gündeme gelemeyeceği kanısındayız¹⁰⁷. Son olarak belirtelim ki; yıllık izin ücretinde 5 yıllık zamanaşımı uygulanır (BK. 147/1). Gecikme faizi olarak ise genel temerrüt faizi (TBK. 120; 3095 sayılı K. 1 vd.) uygulanır.

V. YILLIK İZİNLE İÇİÇE GİREN/ GİREMİYEN SÜRELER

Yıllık iznini kullanan bir işçinin yıllık izin suretiyle iç içe giren/giremeyen sürelerle ilgili olarak BK.'da bir hüküm mevcut değildir. Bu yüzden, sorunu yıllık ücretli izin

nitelik ve amacıyla bağlantılı ele almak gerekir.

Buna göre; yıllık ücretli izin iş görebilir konumdaki bir işçinin, ücreti de ödenerek, sırf dinlenmesi vs. amacıyla iş görme borcundan kurtarıldığı bir izin olduğundan; işçinin başka bir nedenle iş görme borcundan zaten kurtulduğu hallerin yıllık izin süresinden sayılması düşünülemez. Hastalık nedeniyle raporlu olma, yasal-sözleşmesel izin ve askı halleri, hatta kısa çalışma dönemi de böyledir¹⁰⁸.

DİPNOTLAR

- 1 Akyiğit, Türk/Alman ve İsviçre Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, 30 vd. T. Çöğenli, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983, 18 vd.
- 2 Akyiğit, Yıllık İzin, 116 vd.
- 3 Akyiğit, Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 25-39. Akyiğit, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Legal İSGHD. 2011/29, 119-140. Akyiğit, Yıllık İzin Kurumunda Yeni Bir Durum; İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi), Çalş. Top. D. 2011/30, 73-91).
- 4 Md. 422, 423, 424 ve 425 gerekçeleri.
- 5 Akyiğit, Yeni Kanun, 26.
- 6 Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, OR. Art. 319-362 mit Kommentaren für Lehre und Praxis, Zürich 1992, Art. 329 a N. 2.
- 7 Fakat BK.'nın kimi hükümlerinin aynı yerde hüküm içermeyen diğer iş yasaları kapsamında da örnekseme veya boşluk doldurma biçiminde uygulanıp, uygulanamayacağı tartışılmalıdır. Örneğin yıllık iznin işçinin yıl içindeki devamsızlığı yüzünden indirilip indirilemeyeceği (TBK. 424/1) ve izin miktarı (TBK. 422) ile sözleşmenin sona ermesi halinde izin ücretinin işçiye veya hak sahiplerine ödeneceği (TBK. 425/3) kuralları böyledir. TBK.'nın, diğer iş yasalarına göre ana/genel yasa niteliği tartışılmalıdır ama kabul edilirse (ki bizce de öyledir), diğer iş yasalarındaki (bilhassa Bas. İşK. ve Den. İşK.'daki) boşlukların ilke olarak TBK.'nın yıllık izne dair hükümlerinden yararlanılarak doldurulması beklenir ve uygun bir çözüm tarzi olarak gözükmür (Akyiğit, Yeni Kanun, 27 ve 38 dn. 4).
- 8 Tipik/atipik iş sözleşmesi/ilişkisi, Akyiğit, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, 5-21 vd. Akyiğit, 4857 sy. İşK. Şerhi, 3. Bası, Ankara 2008, md. 8-9, 419 vd., Akyiğit İş Hukuku, 8. Bası, Ankara 2010, 104 vd. Akyiğit, Yeni Kanun, 27.
- 9 Akyiğit, Yeni Kanun, 27.
- 10 Akyiğit, Yıllık İzin, 183 vd.
- 11 Akyiğit, Yeni Kanun, 27.
- 12 Streiff/von Kaenel, Art. 329 a N. 1.
- 13 Akyiğit, Yeni Kanun, 28.
- 14 Akyiğit, Yeni Kanun, 28.
- 15 Akyiğit, Yeni Kanun, 28.
- 16 Akyiğit, Yeni Kanun, 28.
- 17 Akyiğit, Yeni Kanun, 28.
- 18 Akyiğit, Yeni Kanun, 29.
- 19 Akyiğit, Yeni Kanun, 29. Oysa İşK. sisteminde; yasada bir açıklık olmamakla birlikte, hangi sürelerin hesaba katılacağı sınırlı sayı ilkesiyle düzenlendiğinden hareketle, örneğin grev ve/veya lokavt nedeniyle sözleşmenin askıda kaldığı sürelerin bekleme süresine de toplam süreye de katılamayacağı kabul edilmektedir (Akyiğit, Yıllık İzin, 230-233). Hatta konuya dair bir de Yargıtay kararı vardır (9. HD. 30.09.1996-6578/18035; Akyiğit, Yıllık İzin, 246).
- 20 Akyiğit, Yeni Kanun, 29.
- 21 Buna karşın İşK. sisteminde işçinin hizmet süresine hamilelik/doğum halinde sadece yasal (16 veya 18 haftalık) süre katılmakta ve fakat 6 aya dek aldığı ücretsiz izin katılmamaktadır (İşK. 74/ 5, c. Son). Kusursuz hastalık/kaza halinde varsayımsal öneli 6 haftadan da çok aşan sürenin (İşK. 55/a); kanuni bir ödev veya muvazzaf askerlik dışı askerlikte geçen sürenin 90 günden fazlası (İşK. 55/c) vs. hesaba katılmaz.
- 22 Akyiğit, Yeni Kanun, 29.
- 23 Akyiğit, Yeni Kanun, 29.
- 24 Akyiğit, Yeni Kanun, 29.
- 25 Akyiğit, Yeni Kanun, 29.
- 26 Akyiğit, Yeni Kanun, 29.
- 27 Akyiğit, Yeni Kanun, 30.
- 28 Akyiğit, Yıllık İzin, 220-221. Nitekim Yargıtay'da gerek eski ve gerekse yeni döneme ilişkin kararlarında; işçinin aynı işveren yanında geçen ve kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilen önceki sürelerin yıllık ücretli izin bakımından sonraki sözleşmedeki süreyle birleştirilemeyeceği kanısındadır (9. HD. 30.01.2007/12556/1252). Öğretide ise kararı eleştirenler (Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 774) gibi, isabetli bulanlar da (Şahlanan, TİD/hukuk, Ocak, 2008, 2-4) vardır.
- 29 Akyiğit, Yeni Kanun, 30.
- 30 Oysa İşK. sisteminde özel kesimde bunların hesaba katılmasının sözleşmeyle getirilmesi mümkün iken; belli özel-likteki kamu kuruluşlarında yasa gereği (İşK. 54/son fıkra) kendiliğinden hesaba katılmak gerekir (Akyiğit, Yıllık İzin, 225-227).
- 31 Akyiğit, Yeni Kanun, 30.
- 32 İşK. Bağlamında Akyiğit, Yıllık İzin, 227 vd.
- 33 Akyiğit, Yıllık İzin, 229-230.
- 34 Akyiğit, Yeni Kanun, 30.
- 35 Akyiğit, Yeni Kanun, 30.
- 36 Streiff/von Kaenel, Art. 329 a N. 3.
- 37 Akyiğit, Yeni Kanun, 30.
- 38 Akyiğit, Yeni Kanun, 31.
- 39 Akyiğit, Yeni Kanun, 31.

- 40 Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum; Yıllık İzinin İşverence Kısaltımı (İndirimi), Çlş. Top. D. 2011/3, 73-91.
- 41 Akyiğit, Yeni Kanun, 31. Akyiğit, İzinde İndirim, 84.
- 42 Akyiğit, Yeni Kanun, 31. Akyiğit, İzinde İndirim, 85.
- 43 İşyerine gelip az veya gayretsiz çalışmak, hatta işçinin uğradığı işgöremezlik yüzünden daha düşük oranda çalışması da, devamsızlık içine sokulmamalı ve indirim neden olmamalıdır (Streif/von Kaenel, Art. 329 b N. 2. Akyiğit, İzinde İndirim, 85).
- 44 Akyiğit, Yeni Kanun, 31. Akyiğit, İzinde İndirim, 85.
- 45 Streif/von Kaenel, Art. 329 b N. 2.
- 46 Akyiğit, Yeni Kanun, 32 Akyiğit, İzinde İndirim, 85.
- 47 Akyiğit, Yeni Kanun, 32 . Akyiğit, İzinde İndirim, 85-86
- 48 Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçinin Başka İşte Çalışması, Ankara, 1995, 144 vd. Akyiğit, İzinde İndirim, 85-86.
- 49 Akyiğit, Yeni Kanun, 32. Akyiğit, İzinde İndirim, 86.
- 50 Streif/von Kaenel, Art. 329 b, N. 6. Akyiğit, Yeni Kanun, 32.
- 51 Akyiğit, İzinde İndirim, 86.
- 52 Bu süre İsviçre'de bir ay olarak belirlenmiştir (OR. Art. 329 b/Abs. 2).
- 53 Akyiğit, Yeni Kanun, 32-33 ve Akyiğit, İzinde İndirim, 86.
- 54 Akyiğit, Yeni Kanun, 33. Akyiğit, İzinde İndirim, 87.
- 55 İsviçre'de kadın işçinin hamilelik/doğum nedeni iş göremeyişinin en çok iki aylık kısmı için izinden indirimle gidilemeyeceği benimsenmiştir (OR. ART. 329 b/Abs. 3). Bunun, Türk BK.'dan daha elverişsiz olduğunu söyleyebiliriz.
- 56 Akyiğit, Yeni Kanun, 33. Akyiğit, İzinde İndirim, 87.
- 57 Akyiğit, Yeni Kanun, 33. Akyiğit, İzinde İndirim, 87.
- 58 Akyiğit, Yeni Kanun, 33.
- 59 Akyiğit, Yeni Kanun, 33. Akyiğit, İzinde İndirim, 88.
- 60 Streiff/von Kaenel, OR. Art. 329 b, N. 2-7.
- 61 Akyiğit, İzinde İndirim, 90.
- 62 Akyiğit, İzinde İndirim, 90.
- 63 Akyiğit, İzinde İndirim, 91.
- 64 Akyiğit, Yıllık İzin, 272 vd. Akyiğit, TBK.'da İzin, 132.
- 65 Akyiğit, TBK.'da İzin, 132.
- 66 Streif/von Kaenel, Art. 329 c N.7.
- 67 Streif/von Kaenel, Art. 329 c N.7.
- 68 Akyiğit, Yeni Kanun, 33. Akyiğit, TBK.'da İzin, 132.
- 69 Akyiğit, Yeni Kanun, 33. Akyiğit, TBK.'da İzin, 132.
- 70 Akyiğit, Yıllık İzin, 284.
- 71 Akyiğit, Yeni Kanun, 33.
- 72 Streif/von Kaenel, Art. 329c N.2.
- 73 Akyiğit, TBK.'da İzin, 132-133. Erteleme, Akyiğit, Yıllık İzin, 296 vd.
- 74 Akyiğit, Yeni Kanun, 34. Akyiğit, TBK.'da İzin, 133.
- 75 Akyiğit, Yeni Kanun, 34. Akyiğit, TBK.'da İzin, 133.
- 76 Akyiğit, Yıllık İzin, 296 vd. 301 vd. Akyiğit, Yeni Kanun, 34.
- 77 Akyiğit, Yeni Kanun, 34. Akyiğit, TBK.'da İzin, 134.
- 78 Akyiğit, Yıllık İzin, 310. Akyiğit, Yeni Kanun, 35.
- 79 Akyiğit, Yıllık İzin, 310.
- 80 Akyiğit, Yeni Kanun, 35. Akyiğit, TBK.'da İzin, 134.
- 81 Akyiğit, Yeni Kanun, 35. Akyiğit, TBK.'da İzin, 134.
- 82 Akyiğit, Yeni Kanun, 35. Akyiğit, TBK.'da İzin, 135.
- 83 Akyiğit, Yıllık İzin, 313. Akyiğit, Yeni Kanun, 35.
- 84 9. HD. 22.12.1998-15009/18546 (Akyiğit, Yıllık İzin, 342).
- 85 Akyiğit, TBK.'da İzin, 135.
- 86 Akyiğit, Yıllık İzin, 313-314. Akyiğit, Yeni Kanun, 36.
- 87 Akyiğit, Yıllık İzin, 311. Akyiğit, Yeni Kanun, 36.
- 88 Akyiğit, TBK.'da İzin, 135.
- 89 Akyiğit, TBK.'da İzin, 135.
- 90 Akyiğit, Yıllık İzin, 30 vd. ile orada anılanlar. Akyiğit, Yeni Kanun, 36.
- 91 Akyiğit, Yıllık İzin, 72 vd. Akyiğit, Yeni Kanun, 36.
- 92 Streif/von Kaenel, Art. 329 d N. 2 vd.
- 93 Akyiğit, İşK. 53-61, 1815 vd. Akyiğit, Yıllık İzin, 376-439.
- 94 Akyiğit, Yeni Kanun, 36. Akyiğit, TBK.'da İzin, 136.
- 95 Akyiğit, Yeni Kanun, 37. Akyiğit, TBK.'da İzin, 136-137.
- 96 Akyiğit, Yeni Kanun, 37 Akyiğit, TBK.'da İzin, 137-138.
- 97 Akyiğit, Yeni Kanun, 37. Akyiğit, TBK.'da İzin, 137-138.
- 98 Akyiğit, Yeni Kanun, 37. Akyiğit, TBK.'da İzin, 138.
- 99 Akyiğit, Yeni Kanun, 38. Akyiğit, TBK.'da İzin, 138.
- 100 Güzel/Okur/Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010, 235-237. Akyiğit, İlave Tediye ve Sosyal Sigorta Primi Kesilmesi TÜHİS/Kasım 2010-Şubat 2011, 93 dn. 21.
- 101 Akyiğit, Yeni Kanun, 38. Akyiğit, TBK.'da İzin, 138.
- 102 Akyiğit, Yeni Kanun,38.Yıllık izinden başka işte çalışmaya dair bilgi için bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, 604-642. Akyiğit, İşçinin Başka İşte Çalışması, 60, 73 vd. Akyiğit, İşçinin Yıllık İzinde Yan İş İmkânı, İHD. C. II, 1992 /3, 394-402.
- 103 Akyiğit, TBK.'da İzin, 138.
- 104 HGK. 19.04.2000; 9-790/803. Akyiğit, Yıllık İzin, 84-88. Akyiğit, Yıllık İzin Ücreti Mirasçıya Geçmez Mi?, TÜHİS/ Kasım 1999-Şubat 2000, 12-23 veya Yargı Dünyası Dergisi /Ekim 1999, 9-23.
- 105 Akyiğit, İşK. 53-61, 1820 vd.
- 106 Akyiğit, TBK.'da İzin,139.
- 107 Akyiğit, Yeni Kanun, 38. Akyiğit, Yıllık İzin, 386 vd. krş. Süzek, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 783.
- 108 Akyiğit, Yeni Kanun, 38. Akyiğit, TBK.'da İzin, 139.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre İş Hukukunda İbra Sözleşmesi

GİRİŞ

İbra ve ibra sözleşmesi, gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu¹ ve gerekse 3008 sayılı², 931 sayılı³, 1475 sayılı⁴ ve 4857 sayılı⁵ İş Kanunlarında düzenlenmemiş, yasal dayanağına ancak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁶ 132. ve 420. maddelerindeki düzenlemelerle kavuşmuştur.

Bilindiği üzere İş Hukukunda ibra belgesi, ibraname, ibra kağıdı, ibra yazısı ve ibra senedi gibi isimler altında yaygınlık kazanan ibra, işçinin tek taraflı olarak imzalayıp işverene verdiği ve ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ve fazla çalışma ücreti gibi değişik türdeki işçilik alacaklarını tamamen aldığını ve herhangi bir alacağı kalmadığını gösteren bir belge olarak tanzim edilmektedir⁷. İbra, bu nedenle işçi alacakları yönünden işvereni borçlarından kurtardığı için İş Hukukunda çok dikkatli yaklaşılması gereken bir işlemdir.

Borçlar Hukuku açısından ise ibra, borcu

sona erdiren sebeplerden biri olup, bir edimi yerine getirme yükümlülüğünü hukuken ortadan kaldıran, borçluyu borçtan kurtarıp alacaklının da alacak hakkını sona erdiren bir işlemdir. Alacaklının tek taraflı olarak alacağından vazgeçmesi ise ibra olarak kabul edilmemekte, ibranın bir sözleşme şeklinde yapılması gerektiği üzerinde durulmaktadır. "...İbranın, öğretisi ve uygulamada borcu sona erdiren sebeplerden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Sistematik bir eksikliği gidermek amacıyla, ibranın yeni bir madde olarak Tasarıya alınması uygun görülmüştür."⁸ şeklindeki madde gerekçesinde de belirtildiği üzere ibra, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinde borcu tamamen veya kısmen ortadan kaldıran bir sebep olarak borcun sona erme halleri arasında sayılmıştır⁹: "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir."

Sözleşme olması nedeniyle ibra, iki taraflı bir hukuki işlem olup, alacaklı ile borçlu arasında ve karşılıklı irade beyanlarının ibra sebebi üzerinde uygunluk taşımasıyla gerçekleşir.

Yargıtay'ın da ibraya ilişkin uyuşmazlıklarda 2011 yılına kadar ilke karar olarak "İbra sözleşmesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu noktada ibra sözleşmesinin ödeme yönünde bir anlaşma olmadığı, borcun sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir.

İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır.

İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmak ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir."¹⁰ yaklaşımını sergilediği görülmektedir.

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu, 132. maddesinde genel olarak borcu sona erdiren bir neden olarak ibrayı düzenlemiş, İş Hukukumuz açısından da ilk olacak şekilde 420. maddesinde işçinin işverenden alacaklarına yönelik olan ibra sözleşmesini tanzim etmiştir. İş Kanunlarına göre genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'ndaki ibraya ilişkin

bu hüküm (m. 420), genel kanun-özel kanun ilişkisi bağlamında bu konuda hüküm içermeyen İş Kanunları bakımından da uygulama alanı bulacağı açıktır¹¹. Dolayısıyla 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile Borçlar Kanunu kapsamında olup iş sözleşmeleriyle çalışanlar, TBK. m. 420 hükmünden etkilenecektir. Bu nedenle de yasal olarak ilk kez düzenlenen konunun ayrı bir öneme sahip olduğu görülmektedir.

A. GENEL OLARAK İBRA SÖZLEŞMESİ VE FERAGAT KAVRAMLARI

Alacaklının, borçlu ile anlaşarak ondaki alacak hakkından kısmen veya tamamen vazgeçmesi ve bu şekilde borçlunun borçtan kurtulması için yapılan ve borcu doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kaldıran sözleşmeye ibra sözleşmesi adı verilir. İbra sözleşmesi ödeme yönünde bir anlaşma değil, borcun sona erme şekillerinden biridir¹². Tam ibrada borcun tamamı, kısmi ibrada ise borcun ibra edilen kısmı sona erer.

Türk Borçlar Kanunu'nun gerek 132. maddesindeki, "...borç, tarafların ... yapacakları ibra sözleşmesiyle ... ortadan kaldırılabilir." ve gerekse 420. maddesindeki, "İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesi..." şeklindeki ifadelerden ibranın mutlaka sözleşme şeklinde yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Sözleşme olması nedeniyle ibra, iki taraflı bir hukuki işlem olup, alacaklı ile borçlu arasında ve karşılıklı irade beyanlarının ibra sebebi üzerinde uygunluk taşımasıyla gerçekleşir¹³. İbra sözleşmesiyle, ücret alacaklı olan işçi, malvarlığının aktifinde yer alan bir alacaktan kısmen veya tamamen vazgeçmekte, borçlu da borçtan kurtulmakta; böylece borç sona ermektedir. İbra, sözleşmede aksine hüküm yoksa asıl alacakla birlikte faiz, rehin, cezai şart gibi fer'i hakları da sona erdirir. Ancak, alacaklı, işlemiş faiz veya gerçekleşmiş cezai şart alacağını saklı tutmuşsa, ibraya rağmen bunlar varlıklarını

sürdürür. Diğer taraftan fer'i haklarda da ibra mümkündür. Ancak, bunlara ilişkin ibra, asıl borcun ibrası sonucunu doğurmaz¹⁴. Belirtilmelidir ki, ibra sözleşmesi, ancak doğmuş ve mevcut alacaklar için yapılabilir; gelecekte oluşacak işçi alacakları için ibra sözleşmesi düzenlenemez¹⁵.

İki taraflı, yani akdî nitelikte bir tasarruf işlemi olan ibra (sözleşmesi) için alacaklının tek başına irade beyanı yeterli olmayıp, vazgeçme iradesinin borçlu tarafından da kabul edilmesi gerekir¹⁶. Bu açıdan borçlu kabul etmediği takdirde alacaklının tek taraflı olarak ibra yapması mümkün değildir. Alacaklı ve borçlu, ibra iradesini¹⁷ açık veya kapalı (örtülü, zımnî) olarak yapabilir. Örneğin, ücret ödeme borçlusunu olan işverenin, ücret alacaklı olan işçinin ibra beyanı karşısında susması; alacaklı konumundaki işçinin de, borçlu konumundaki işverene makbuz vermesi örtülü irade beyanı olarak kabul edilir. Şu haliyle, alacaklının (işçinin) borçludan (işverenden) herhangi bir karşılık almadan ona makbuz vermesi veya borcu olmadığı (menfi borç) ikrarında bulunması, borçlunun (işverenin) açık veya örtülü rızasını da içeriyorsa ortada bir ibra sözleşmesi vardır¹⁸.

İş Hukukunda ibra sözleşmelerinin geçerliliği bakımından Borçlar Kanunu'nun irade fesadına ilişkin 23-31. maddeleri arasında düzenlenmiş olan irade fesadı hallerinin de bulunmaması, bu konunun çok daha titizlikle ele alınmasını gerektirir¹⁹. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın ya da üçüncü kişinin hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde ibra iradesine değer verilemez. Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabın) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir²⁰.

İbra sözleşmesi, feragatten (vazgeçme) farklıdır²¹. Öncelikle, feragat tek taraflı, ibra iki taraflı bir hukuki işlemidir²². Sonra, feragat, mevcut olan veya gelecekte gerçekleşecek olan haklara ve alacaklara ilişkin olabilir; ibra ise ancak doğmuş olan (mevcut) haklara ilişkin olarak yapılabilir²³. Nihayet, feragat genellikle aynî haklarla yenilik doğuran (inşai)

haklarda söz konusu olur ve feragatin geçerli olması için borçlunun (işverenin) açık veya örtülü rızasına ihtiyaç yoktur²⁴. İbra ise, doğmuş olan bir alacak hakkında yapılan ve karşı tarafın da açık veya örtülü rızasını gerektiren bir işlemdir. Başka bir söyleyişle, mülkiyet hakkı gibi aynı haklarda ve takastan feragat gibi yenilik doğuran haklarda hak sahibi tek taraflı iradesiyle hakkından vazgeçebilir, hakkını ortadan kaldırabilir. Alacak hakkında ise, durum farklı olup alacak hakkının sona ermesi, borçlunun borcundan kurtulması için alacaklının tek taraflı iradesi yeterli olmayıp borçlunun da muvafakati (onayı) gereklidir. Ancak bu muvafakat, çok kere zımnî (üstü kapalı) bir irade beyanı ile olur ve alacaklının kendisine ulaşan beyanını uygun bir süre içerisinde reddetmeyen borçlu muvafakat etmiş sayılır (TBK. m. 6) ve ibra sözleşmesi tamamlanmış olur²⁵.

B. İŞ HUKUKUNDA İBRA SÖZLEŞMESİ

1. Genel Olarak

İbra sözleşmesi, aynı zamanda malvarlığını da etkileyen bir tasarruf işlemi olduğundan, geçerliliği için hem işçinin hem de işverenin tasarruf ehliyetine sahip bulunması gerekir. Bu bakımdan küçükler ve ayırtım gücüne sahip kısıtlılar, ancak kanuni temsilcilerinin rızalarıyla ibra sözleşmesi yapabilirler (TMK.m.16)²⁶. Kanuni temsilcinin çalışması için küçüğe verdiği çalışma izni, çalışma yaşamının gerektirdiği işlemleri yapmaya mezun olduğu anlamını taşısa bile ibra sözleşmesi yapmaya da izin verildiği şeklinde değerlendirilemez²⁷.

Diğer taraftan ibra sözleşmesinin hüküm ve sonuçları, ibranamenin alacaklı (işçi) tarafından imzalanması ve borçluya (işverene) teslimiyle meydana geldiğinden, kendisine teslim edildikçe işveren borçlarından ibra edilmiş olmaz. İbranamedeki imzanın inkarı halinde, imzanın işçiye ait olup olmadığı konusunda gerekli inceleme ve araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir²⁸.

İş ilişkisinde işçinin alacaklı olduğu durumlara ilişkin olarak yapılacak ibra sözleşmelerinin

İbra sözleşmesi, aynı zamanda malvarlığını da etkileyen bir tasarruf işlemi olduğundan, geçerliliği için hem işçinin hem de işverenin tasarruf ehliyetine sahip bulunması gerekir.

geçerliliği açısından gerekli olan şartlar Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde düzenlenmiştir. Bu şartlar bir taraftan sadece iş ilişkisi açısından geçerli olup, iş ilişkisi dışında kalan vekalet ve istisna sözleşmeleri gibi çalışmalarda uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle de söz konusu sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi kapsamında olmayıp, Türk Borçlar Kanunu'nun 132. maddesi çerçevesinde hiçbir şekilde ve sınırlamaya tabi olmaksızın ibra ile sona erdirilebilir. Diğer taraftan da 420. maddedeki şartlar, işçinin (işçi tarafının) alacaklı olduğu durumlara ilişkin olup, işverenin alacaklı olduğu cezai şart, eğitim gideri talep etme, işçinin vermiş olduğu zararın tazminini isteme ve sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde işçinin işverene borçlu olması gibi durumlarda geçerli değildir²⁹. Bu nedenle işçi ve yakınlarının iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan tüm alacakları için de 420. maddedeki sınırlamalar geçerlidir.

2. Türk Borçlar Kanunu'nun 420. Maddesi Hükümünün Yürürlük Tarihinden Önce Mahkemelerce Gözönünde Bulundurulup Bulundurulmayacağı

Bu arada değinilmesi gereken bir husus da, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi hükümünün, yürürlüğe girmeden önce de mahkemelerce kararlara esas alınıp alınamayacağı hususudur. Bilindiği üzere ibra konusu, yürürlükteki bir yasa ile düzenlenmemiş, öğreti ve uygulama ile şekillenmiş olan ve dolayısıyla kanun boşluğu bulunduğu kabul edilen bir husustur.

Bu noktada hakimin söz konusu boşluğu hangi yolu izleyerek dolduracağı, henüz yürürlüğe girmemiş olan Türk Borçlar Kanunu'nun ibraya ilişkin hükümlerini derhal uygulayıp uygulamayacağı hususu da önem kazanmaktadır. Hakimin kanun boşluğunu henüz yürürlüğe girmemiş olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesiyle değil, 9. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili ilkeleri çerçevesinde doldurmaya devam edeceği Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında isabetle belirtilmiş bulunmaktadır: "...Sözü edilen hüküm 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olup belirtilen tarihten sonra düzenlenen ibra sözleşmeleri için yasal koşulların varlığı aranmalıdır. Başka bir anlamıyla 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmediği dönem için ibranamenin geçerliliği sorunu, Dairemizin konuyla ilgili ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Feshi izleyen bir aylık süre içinde ibraname düzenlenememesi ve ödemelerin banka kanalıyla yapılması zorunluluğu 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenecek ibra sözleşmeleri için geçerlidir."³⁰.

3. İş Hukukunda İbra Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları

İbra sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde, "İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu halde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dahil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır." ifadeleriyle düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümden ibra sözleşmesinin geçerlilik şartları belirtilmiş; ibra sözleşmesinin yazılı yapılması, sözleşmenin sona ermesinden itibaren bir aylık sürenin geçmesi, ibra konusu alacağın türü ve miktarının açıkça belirtilmesi ile ödemenin banka aracılığıyla ve tam olarak yapılması geçerlilik şartı olarak sayılmıştır. Her bir şartın ayrı başlık altında incelenmesinde yarar vardır.

a. İbra Sözleşmesinin Yazılı Şekilde Yapılması

Türk Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinde, "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır." şeklinde kaleme alınan ibranın herhangi bir şekle tabi olmadığı ifade edilmiştir³¹. Ancak İş Hukukundaki ibra sözleşmelerine ilişkin olarak özel olarak vaz edilen Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi hükmü, işçinin işverenden alacağına yönelik olarak yapılacak ibra sözleşmesinin yazılı şekil şartına tabi tutulduğunu vurgulamaktadır: "İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması ... şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür." Bu nedenle, iş hukukunda işçinin işverenden alacağına yönelik ibra sözleşmelerinin mutlaka yazılı olarak yapılması gerekir; aksi takdirde ibra sözleşmesi hükümsüzdür. Görüldüğü üzere, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesi için yazılı şekil şartı bir geçerlilik koşulu olarak öngörülmüştür³². Ancak buradaki yazılı şekil, basit yazılı şekil olup noterde düzenlenmeyi zorunlu kılmaz. Ancak noter önünde düzenlenen ibra sözleşmesi, düzenleme zamanına ilişkin olarak çıkabilecek uyuşmazlıkları ve bu ibranamenin işçinin elinden önceden baskı ile alındığı iddialarını ortadan kaldırır³³. İşverenin işçiden alacağına yönelik ibra sözleşmesinin geçerliliği açısından ise, yazılı şekil şartı değildir³⁴.

Yazılı olan ibra sözleşmesi, el yazısı ile düzenlenebileceği gibi, matbu olarak düzenlenip boşlukların daha sonra doldurulması şeklinde de olabilir. Ancak matbu olması durumunda,

ibranamenin işe girerken veya ibra yasağı kapsamındaki bir zaman diliminde (boş olarak) alındığı (imzalatıldığı) gibi hususlar ileri sürülerek ibranamenin düzenleme zamanı tartışma konusu yapılabilir. Aksi her türlü delille ispatlanabilir ise de bu tartışmaların önüne geçmek için işçinin işe başlama ve ayrılma tarihlerinin, tanzim tarihinin, ibraya konu tazminat ve alacakların tek tek sayılması, geçerlilik ihtimalini güçlendirir³⁵. İbramenin matbu olması, tek başına ibranameyi geçersiz kılan bir sebep olmayıp işçinin bu belgenin elinden daha önceden alındığını ispatlaması durumunda geçersizlik söz konusu olabilir³⁶. Yargıtay, ibranamenin matbu ve boşlukların değişik yazılarla doldurulmuş olmasını, çelişkili ve geçersiz olmasına gerekçe olarak göstermektedir³⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin gerekçesinde de, söz konusu maddede işçinin ibraya karşı korunmasının düzenlendiği, işçinin işverenden olan alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin geçerliliğinin iki koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlandığı, bunların da, ibra sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ile sözleşmede ibra konusu alacağın türü ve miktarının açıkça belirtilmiş olması olduğu vurgulanmıştır³⁸. Gerçi bu gerekçenin yasalaşan metne ait olmadığı, tasarıya ilişkin bir gerekçe olduğu anlaşılmakta ise de, tasarı ile yasalaşan metin arasında yazılı şekil şartı açısından bir fark bulunmamaktadır³⁹.

b. İş Sözleşmesinin Sona Ermesinden İtibaren Bir Aylık Sürenin Geçmesi

TBK. m. 420'ye göre, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin geçerliliği "... ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması..." koşuluna bağlıdır. Maddede, bu şartın da bir geçerlilik koşulu olduğu özel olarak vurgulanmıştır. Bilindiği üzere, "...İbramenin tarih içermemesi ve içeriğinden de fesih tarihinden sonra düzenlendiğinin açıkça anlaşılabilmesi durumunda ibranameye değer verilemez"⁴⁰. İbra sözleşmelerinde işçi yararına olarak getirilen ve düzenleme zamanına ilişkin olan bu bir aylık bekleme süresi, ibranamenin

tanzimine ilişkin olup ifayı ilgilendiren bir husus değildir. Bu nedenle işçinin fesih ile muaccel hale gelen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve izin ücreti gibi haklarının ödeme tarihinin bir ay süreyle ertelenmesini gerektirmez.

Kanun koyucu, ibranamelerin sözleşmenin sona ermesinden itibaren en az bir ay sonra düzenlenmesini ararken, İş Kanunu'nun 19. maddesindeki feshe itiraz için öngörülen bir aylık hak düşürücü süre ile paralellik kurmaya çalışmış ve feshi izleyen bir aylık sürede işverenin olası baskılarının azaltılmasını amaçlamıştır. Bu nedenle geçerli ve haklı neden iddialarına dayanan fesihlerde ibraname düzenlenmesi için feshi izleyen bir aylık sürenin beklenmesi aranmıştır. Gerçekten Yargıtay kararlarında da ifadesini bulduğu üzere, "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde feshe itiraz bakımından bir aylık hak düşürücü süre öngörülmüş olmakla feshi izleyen bir ay içinde işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada feshi izleyen bir aylık süre, işçinin eski işine dönüp dönmeyeceğinin tespiti bakımından önemlidir. O halde feshi izleyen bir aylık sürede işverenin olası baskılarını azaltmak iş güvencesinin sağlanması için de gereklidir. Geçerli ve haklı neden iddialarına dayanan fesihlerde dahi ibraname düzenlenmesi için feshi izleyen bir aylık sürenin beklenmesi gerekir. Bir aylık bekleme süresi kısmi ibra açısından işçinin bir kısım işçilik alacaklarının ödenmesinin bir ay süreyle gecikmesi anlamına gelse de, temelde işçi yararına bir durumdur. Hemen belirtelim ki, bir aylık bekleme süresi ibra sözleşmelerinin düzenlenme zamanı ile ilgili olup, ifayı ilgilendiren bir durum değildir. Başka bir anlatımla, işçinin fesih ile muaccel hale gelen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve izin ücreti gibi haklarının ödeme tarihi bir ay süreyle ertelenmiş değildir."⁴¹

Bilindiği üzere ibra sözleşmesi, geçmişteki bir döneme ait alacak hakkını ortadan kaldırmak üzere yapılır; bu nedenle gelecekteki bir hakkın ibra sözleşmesine konu olması (ibra edilmesi) mümkün değildir. Öğretideki görüş birliği ve Yargıtay uygulamasına göre iş sözleşmesinin yapılması veya devamı esnasında henüz doğmamış alacaklar için yapılan ibra

sözleşmesi (veya alınan ibraname) geçersizdir⁴². Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesindeki bu hükmün yürürlüğe gireceği zamana kadarki dönem içerisinde, fesih tarihi ile aynı gün veya daha sonraki bir tarihte düzenlenen ibranamenin (ibra sözleşmesinin) geçerli olacağı açıktır. Bu nedenle ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, cezai şart ve sözleşmenin kalan süresine ait ücret alacakları gibi feshe bağlı haklar açısından düzenlenecek olan ibranamelerin, ancak fesihten sonra düzenlenmesi halinde geçerli sayılacağı tartışmasızdır. 01.07.2012 tarihinden itibaren ise, işçinin işverenden alacaklarına ilişkin ibra sözleşmesini, 6098 sayılı Kanun'un 420. maddesi gereği fesihden en az bir ay sonra yapması gerekecektir.

Fakat ücret, ikramiye, prim, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücreti gibi feshe bağlı olmayan haklar açısından yapılacak ibra sözleşmelerinin de fesihden en az bir ay sonra yapılması gerekip gerekmediği, iş sözleşmesi devam ederken bu tür doğmuş haklara yönelik yapılan ibra sözleşmelerinin geçerli olup olmayacağı tartışma konusu edilmiştir. Bilindiği üzere Yargıtay "...İş ilişkisinin devamı sırasında düzenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmaktadır."⁴³ şeklindeki ilke kararlarıyla iş ilişkisinin devamı esnasında doğmuş olan mevcut haklara yönelik olarak alınan ibranameleri geçersiz kabul etmekte⁴⁴; iş sözleşmesi devam ederken alınan ve fazla çalışma ücretlerini kapsayan ibranamenin yapılan ödemeyle sınırlı etkisinden (makbuz etkisinden) söz etmektedir⁴⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde Yargıtay'ın devam edegelen uygulamalarından bir kısmı yasal dayanağa kavuşturulmuş; çalışırken düzenlenen ve feshe bağlı olmayan doğmuş (mevcut) haklara yönelik ibranamelerin geçersiz olduğu yönündeki Yargıtay içtihadı tasarıda yer almasına rağmen yasalaşma esnasında madde metninden çıkarılmıştır. Bu

nedenle, tasarıda bulunan ama yasalaşmayan hüküm farklı düşünceleri çağrıştırmış ve duraksamaya neden olmuştur.

Gerçekten de Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 419/III. maddesinde “Hizmet sözleşmesi devam ederken veya sona ermesinden başlayarak bir ay geçmeden işçi aleyhine yapılan ibra sözleşmeleri kesin olarak hükümsüzdür.” denilerek iş sözleşmesi devam ederken alınan ibranamelerin de geçersizliği vurgulanmış; gerekçede de ifade edildiği üzere “Maddenin üçüncü fıkrasında, hizmet sözleşmesinin devam ettiği sırada veya sona ermesinden başlayarak bir ay geçmeden, işçi aleyhine yapılan ibra sözleşmelerinin hükümsüz olduğu belirtilmektedir.” denilmiştir⁴⁶. Ancak yasalaşma aşamasında bu düzenleme değişikliğe uğramış ve iş sözleşmesi devam ederken alınan ibranamelerin hükümsüzlüğü ibaresi metinden çıkarılmıştır. Kanun koyucunun, çalışırken düzenlenen ibranamenin geçersizliğinin yasal düzenlemeye ihtiyaç göstermediği şeklinde bir varsayım içinde olduğu kabul edilemeyeceğine göre, 420. maddeyle, sadece fesihle doğmuş haklara yönelik ibranamelerin mi fesih tarihinden itibaren bir aylık süre içinde düzenlenmesi yasaklanmıştır? Öğretideki bir görüş, Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesinin sadece iş sözleşmesinin feshi tarihi ile bir aylık süre içinde ibraname yapılmasını yasakladığını, ancak yasada yer almasa da Yargıtay’ın kararlı uygulaması gereği sözleşme devam ederken yapılan ibra sözleşmesinin de geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁷. Kanaatimize göre, maddedeki ifade tarzı bu tür bir yorum uygun değildir. İbraname düzenlemek için iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra dahi bir aylık sürenin geçmesini arayan kanun koyucunun, sözleşme devam ederken alınan ibranameleri geçerli saymasını beklemek bir çelişki oluşturur. Bu açıdan iş sözleşmesi devam ederken doğmuş haklara ilişkin ibranamelerin geçerliliği de, kanunda “ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması... şarttır” şeklinde açıkça ifade edilen hüküm gereği fesihden itibaren en az bir ay sonra yapılması koşuluna bağlıdır⁴⁸.

c. İbra Konusu Alacağın Türü ve Miktarının Açıkça Belirtilmesi

Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesinde işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinde “ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi” de geçerlilik koşulu olarak aranmaktadır. Bu nedenle, işçiye yapılan ödemenin hangi alacağa yönelik olduğunun ve miktarının da ayrıca belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde ibra sözleşmesi veya ibraname kesin olarak hükümsüz sayılır.

Söz konusu hükmün yürürlüğe girmesiyle birlikte 01.07.2012 tarihinden itibaren düzenlenecek tür ve miktar içermeyen ibranameler, geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Bu durumda tür ve miktar belirtilmemiş ödemeler ibraya konu olamayacağından, ancak ifa olarak değerlendirilir ve işçi alacaklarından mahsup edilir.

Bu hüküm, özellikle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin miktar içermeyen ibranamelere geçerlilik tanıyan içtihatlarında değişikliğe neden olacaktır.

aa. Miktar İçermeyen İbranameler

Bilindiği üzere Yargıtay 2000’li yılların başlarına kadar miktar içermeyen ibranameler konusunda, alındığı ileri sürülen işçilik hakları ile ilgili diğer delillerin de araştırılması gerektiğini, ödeme olgusunun ortaya konulmadığı hallerde bu tür ibranamelerin geçersiz olduğunu kabul etmiştir⁴⁹. 2001’li yıllardan itibaren ise işçilik alacaklarının tek tek sayılarak alındığının belirtilmesi⁵⁰, ihtirazi kayıt konulmaması ve el yazısıyla yazılması halinde miktar içermeyen ibranamelerin borcu sona erdirdiğini karara bağlamıştır⁵¹. Ancak 2008 yılında verdiği bir kararında ise miktar içermeyen ibranameleri geçersiz saymıştır⁵².

Görüldüğü üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin genel yaklaşımının hiç miktar içermeyen ve hakların tamamen ödendiğini ve hiçbir alacağın kalmadığını belirten ibra belgelerine geçerlik tanıma ve borcu sona erdirme yönünde olduğu⁵³; buna karşılık miktarın yazılı olduğu ibranamelerde ise makbuz niteliğinde sayıldığı için bakiye hakların istenebileceği ve böylece alacağın bir kısmının ifası karşılığında

ibranın kabul edilmediği yönünde bulunduğu anlaşılmaktadır. Hiç şüphesiz ki bir taraftan miktar içermeyen ibranameye geçerlilik tanınırken, diğer taraftan ivazlı ibraya geçerlilik tanınmaması bir çelişki de oluşturmaktadır⁵⁴. Bilindiği üzere, Yargıtay'ın 10. ve 21. Hukuk Daireleri, miktar içermeyen ve hak sahibine herhangi bir ödemenin yapıldığının ispatlanmadığı ibra sözleşmelerini geçersiz kabul etmektedir⁵⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinde "ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi"ni aradığına göre miktar içermeyen ibranamelere geçersizlik yaptırımını bağlamıştır. Bu nedenle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin miktar içermeyen ibranamelere de geçerlilik tanıyan içtihadında değişikliğe gitmesi gerekecektir.

bb. Miktar İçeren İbranameler ve İvazlı İbra

Bilindiği üzere miktar içeren ibra sözleşmelerinde, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde ise ibra olarak değil makbuz olarak kabul edilir⁵⁶. İş hukuku uygulamasında genel olarak işçinin bir kısım alacağını alarak kalan kısmından vazgeçmesi yoluyla işvereni ibra etmesi anlamına gelen ivazlı ibra kuralı olarak kabul edilmeyip⁵⁷, bu tür ibranameler makbuz niteliğinde görülmekte⁵⁸; borç tamamen ödenmediği sürece kalan miktar bakımından işveren borçtan kurtulamamaktadır⁵⁹. Ancak hak kazanılan tutar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık olmaması halinde borcun (ivazlı) ibra ile sona erdiği kabul edilmektedir⁶⁰. Çalışırken doğmuş haklara ilişkin olarak alınan ve miktar içeren ibranameler de makbuz etkisi gösterir⁶¹.

Yargıtay, ihbar ve kıdem tazminatı ile ücret alacakları gibi maddi ve manevi tazminat alacağı dışında kalan alacaklar bakımından düzenlenen ve miktar içeren ibranameleri makbuz olarak değerlendirmekte, ibraname ile birlikte ödeme belgelerinin de mahkemeye sunulması durumlarında ibranamelerin makbuz niteliğinde olduğunu ve bu ibranameler dışında kalan hakların ve yapılan eksik ödemelerin istenebi-

leceğini kabul etmektedir⁶². Maddi tazminat alacakları bakımından düzenlenen ibranameleri ise, zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık varsa makbuz olarak değerlendirmekte, böyle bir oransızlığın olmaması durumunda ise ibranameyi geçerli görmekte; manevi tazminat alacaklarında ise, tutarı ne olursa olsun manevi tazminat miktarının açıkça belirlenmesi halinde ibranameye geçerlilik tanımaktadır⁶³. Diğer taraftan Yargıtay, ibranameden söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında da açık bir oransızlığın bulunmaması gerektiğini, aksi takdirde bu belgenin ibraname değil makbuz niteliğinde olduğunu karara bağlamaktadır⁶⁴.

İş davalarının temyiz incelemelerinin yapıldığı Yargıtay dairelerinin, ibranameyi dar yorumlama ilkesini esas aldığı ve bu yolla ibra sözleşmelerinin işçi aleyhine oluşabilecek bir takım sakıncalarının giderilmeye çalışıldığı görülmekte ve bu durum öğretide de kabul görülmektedir⁶⁵. Bilindiği üzere ibranamenin dar yorumlanması, ibranamenin geçerliliğinin düzenlendiği sırada taraflarca dikkate alınan alacaklar bakımından söz konusu olmasını ifade eder. İbraname düzenlendikten sonra taraflar arasında, bu alacakların hesabına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olmuş ise ibranamenin varlığı, bu uyuşmazlık bakımından işçinin alacaklarından vazgeçtiği anlamına gelmez⁶⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesine göre "...ödememin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu halde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur."⁶⁷. Dolayısıyla yeni Türk Borçlar Kanunu döneminde de tam ibra ve ifanın söz konusu olmadığı diğer ödeme durumlarında, hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen belgelere makbuz değeri verilmekte, bu da banka aracılığıyla ödenmesi şartına bağlı tutulmaktadır.

Burada Yargıtay'ın içtihatlarında değişikliğe

neden olacak hususlar, ödemenin tam olarak yapılması halinde dahi bankadan yapılmadıkça ibraya konu olamaması ve bankadan yapılmadıkça makbuz niteliğinde dahi kabul edilememesidir. Başka bir anlatımla, borcun tamamının ödenmiş olması halinde borç, ifa ile sona erer; bir kısmının ödenmiş olması durumunda ise ibraname makbuz etkisi gösterir ve kalan kısım yönünden borç sona ermez. Dolayısıyla asıl alacağın çok az bir kısmının ödenmemesi halinde bile borç sona ermeyeceği için faiz gibi fer'i haklar da sona ermez⁶⁸. 420. maddede ise, ödemenin tam ve banka aracılığıyla yapılmadığı durumda, ancak banka aracılığıyla yapılan eksik ödemeler makbuz niteliğinde bir belge kabul edilmekte ve bu şekilde gabin (aşırı yararlanma) sebebiyle ibranamelerin geçersizliğinin ileri sürülmesinin önüne geçilmiş olmaktadır⁶⁹.

d. Ödemelerin Hak Tutarına Nazaran Noksansız ve Banka Aracılığıyla Yapılması

Türk Borçlar Kanunu'nun 420/II hükmünde belirtilen bir geçerlilik koşulu da "ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması"dır. Bu nedenle ibra sözleşmesi ancak banka aracılığıyla yapılan tam (noksansız) ödemeden sonra düzenlenebilir. Aksi takdirde ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüz sayılmaktadır. İşveren ce yapılacak olan ödemelerin banka yoluyla yapılması zorunluluğunun getirilmesinde ödemeye dair ispat sorunlarının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır⁷⁰.

Kanun koyucunun 420. maddenin düzenlenmesi aşamasında ibra ile ifa kurumlarını birbirine karıştırdığı görülmektedir. Zira işçinin işverenden alacağının banka aracılığıyla tam olarak ödenmesi halinde, borç, ibra sözleşmesi veya ibraname ile değil yapılan ödeme yani ifa ile sona erer; ibra sözleşmesi ile de borcun kalmadığı ayrıca belgelenmiş ve ispatlanmış olur. Bu açıdan ibra sözleşmesinin borcu sona erdiren yönü değil, sona ermiş borcu belgeleyen tarafı düzenleme konusu yapılmış olmakta; ibranamenin geçerliliği için ödemelerin banka aracılığıyla ve tam olarak yapılacağına mad-

dede belirtilmesinde isabet bulunmamaktadır. Çünkü banka aracılığıyla yapılmayan tam ödemelerde ibra sözleşmesi geçersizdir, ama işçinin işverenden alacağı (yani borç) ifa ile sona ermiştir. Söz konusu düzenleme ile, işverenin işçiye olan borcunun ibra ile sona ermesi artık teknik olarak imkânsız hale getirilmiş, işverenin işçiye olan borcundan dolayı ibra edilmesi yolu kapatılmıştır⁷¹.

İbra konusu alacağı ilişkin ödemelerin banka aracılığıyla yapılması gerektiğine ilişkin hükmün, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesi ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 323. maddesine 08.05.2008 sayılı ve 5754 sayılı yasayla getirilen değişikliğe paralel bir düzenlemeyi amaçladığı düşünülmektedir. Söz konusu değişiklik ile bazı işyerlerine yönelik olarak ücret ve eklerinin banka aracılığıyla ödenmesi zorunluluğu getirilmiştir. İş Kanunu'nun 32. maddesinde dayanılarak çıkarılan ve 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren "Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik" gereği, İş Kanunu'na tabi ve en az 10 işçi çalıştıran işverenler aylık ücretlerle eklerini banka aracılığıyla ödemek zorundadırlar. Bu zorunluluğa uymama İş Kanunu'nun 102/a maddesindeki "...ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını zorunlu tutulduğu halde özel olarak açılan banka hesabına ödemeyen işveren, işveren vekili ve üçüncü kişiye bu durumda olan her işçi ve her ay için yüz Yeni Türk Lirası idari para cezası ... verilir" yaptırımına bağlanmıştır⁷².

Şu halde, işçilik alacağının banka aracılığıyla tam olarak ödenmesi halinde borç kural olarak ifa ile sona ermiş olup, ibra borcun kalmadığını gösteren bir belge durumundadır. Zira, sona ermiş borcun ibra ile tekrar sona erdirilmesi söz konusu olamaz. Diğer taraftan ödeme, banka aracılığıyla tam olarak değil de kısmi olarak yapılmış ise, ibra belgesi makbuz olarak kabul edilir ve ibra değeri taşımaz. Bu durumda da ödenmeyen kısım çok az olsa dahi işveren borçtan kurtulmuş olmayacağından, faiz gibi fer'i haklar da sona ermez.

Görüldüğü üzere, banka aracılığıyla yapılmayan bir ödemenin hiçbir şekilde ibra değe-

ri bulunmamaktadır. Bu durum ise bir çelişki oluşturmakta ve banka aracılığıyla yapılmayan ödemede borç ifa ile sona ermesine karşılık ibraya konu olamamakta ve ibranameye geçersizlik tanınmasının pratik bir önemi de bulunmamaktadır.

SONUÇ

İbra sözleşmesi, hukukumuzda ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki 132. ve 420. madde hükümleriyle yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Genel ibra sözleşmesini düzenleyen 132. maddeden oldukça farklı hükümler getiren ve özel bir düzenleme olan 420. madde, işçiyi koruma amacını gütmüş ve işçinin işverenden alacağına yönelik olan ibra sözleşmelerini düzenlemiştir.

İşçinin işverenden alacağına ilişkin olarak yapılacak ibra sözleşmesinin geçerlilik koşulları maddede sıralanmış ve bunlar, yazılı olması, sözleşmenin sona ermesinden en az bir ay sonra düzenlenmesi, ibra konusu alacağın türü ve miktarını açıkça belirtmesi ve ödemenin hak tutarına göre noksansız ve banka aracılığıyla yapılması olarak belirtilmiştir.

Bu şartlardan işçiyi koruma amacına yönelik olarak getirilen ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması koşulu ibra sözleşmesi ile borcun sona ermesi yolunu teknik olarak kapamıştır. Çünkü işçilik alacağının banka aracılığıyla tam olarak ödenmesi halinde borç ibra ile değil ifa ile sona ereceğinden ibra borcu sona erdiren değil borcun sona erdiğini ispatlayan bir konuma getirilmiştir. Ayrıca, söz konusu hüküm gereği, banka aracılığıyla yapılmayan ama kısmi ödemeler içeren ibranamelere makbuz niteliği bile verilmemiş; makbuz niteliği ancak banka aracılığıyla yapılan noksan ödemelere ilişkin ibranamelere ve diğer ödeme belgelerine tanınmıştır.

01.07.2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte Yargıtay'ın miktar içermeyen ibranameleri geçerli sayan içtihadı ile miktar içeren ancak banka aracılığıyla yapılmayan ödemelere yönelik ibranameleri makbuz kabul eden kararlarında değişikliğe gitmesi gerekecektir.

DİPNOTLAR

- 1 RG., 29.04.1926, S. 359. 818 sayılı Borçlar Kanunu'na bir unutmama sonucu alınmayan ibra sözleşmesi, Türk öğreti ve uygulaması tarafından dar anlamda borcu sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmiş, aynı sonuca, irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkeleri uyarınca varılması mümkün görülmüştür. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Gözden Geçirilmiş 5. B., İstanbul 1999, s. 1257; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. B., İstanbul 1976, s. 988 vd.; Kürşat N. Turanboy, İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 26 vd.; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C. 1, 4. B., İstanbul 1969, s. 681; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 1996, s. 320; Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. B., Ankara 1981, s. 494; Murat Şen, "Toplu İş Sözleşmesinden Doğan Haklardan Feragat (Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Çerçevesinde)", E-Akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 39, Mayıs 2005, prg. 55.
- 2 RG., 15.06.1936, S. 3330.
- 3 RG., 12.08.1967, S. 12672.
- 4 RG., 01.09.1971, S. 13943.
- 5 RG., 10.06.2003, S. 25134.
- 6 RG., 04.02.2011, S. 27836.
- 7 Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. B., Ankara 2011, s. 1031; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 24. B., İstanbul 2011, s. 301.
- 8 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011, s. 223.
- 9 Borcu sona erdiren sebepler, ifa, yenileme, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ibra, takas ve sonraki kusursuz imkansızlık halleri olarak sıralanmakta, zamanaşımı ise, borcu sona erdirmemekle birlikte alacaklının alacağını dava ya da icra yoluyla elde etme imkanını ortadan kaldıran bir durum olarak görülmektedir. İfa, Borçlar Kanununda borcu sona erdiren sebepler arasında düzenlenmemiş, borçların hükmü (borç ilişkisinin hükmü) başlığı altında ele alınmıştır. Bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 2009, s. 428-429; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi, 6098 sayılı Türk Borçlar kanunu Hükümlerine göre hazırlanmış 5. B., Konya 2011, s. 295.
- 10 Y. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/460, K. 2011/2280; Y. 9. HD., 25.01.2010, E. 2009/21164, K. 2010/1029; Y. 9. HD., 26.12.2009, E. 2008/12224, K. 2009/37011. Yargıtay'ın ilke Kararları hakkında bkz. Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2. B., Ankara 2010, s. 814-815.
- 11 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1031.
- 12 Bkz. Safa Reisoglu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. B., İstanbul 2011, s. 400; Oğuzman/Öz, s. 431; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1030-1031; Sarper Süzek, İş Hukuku, 5. B., İstanbul 2009, s. 721; Tunçomağ, s. 681; Tankut Centel, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, 2. B., İstanbul 1994, s. 202-203; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 5. B., İstanbul 2008, s. 403; Ali Naim İnan, Borç-

- lar Hukuku Genel Hükümler, 3. B., Ankara 1981, s. 494; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. B., İstanbul 1976, s. 985; Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 1996, s. 321. Y. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/460, K. 2011/2280; Y. 9. HD., 26.12.2009, E. 2008/12224, K. 2009/37011. Yargıtay'ın 2008, 2009, 2010 ve 2011 yılı ilke kararlarında aynı husus ifade edilmektedir. Bkz. Çil, İlke Kararları, s. 814-815.
- 13 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Gözden Geçirilmiş 5. B., İstanbul 1999, s. 1258; Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. 723; Centel, s. 203; Tunçomağ, s. 686.
- 14 Bkz. Eren, s. 1258, 1261; Ayan, s. 320.
- 15 Ferit H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 614; Çenberci, s. 722; Centel, s. 203; Şen, prg. 54; "...İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi de mümkün olmaz. Bu nedenle işveren tarafından işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez.", Y. 9. HD., 25.01.2010, E. 2009/21164, K. 2010/1029, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.
- 16 İbra, alacaklının alacak hakkını ortadan kaldıran ve bu suretle bir hakka doğrudan doğruya tesir eden bir işlem olduğu için borç doğuran bir sözleşme değil, tasarrufi bir işlemdir. Bu nedenle de ibranın geçerli olabilmesi için, alacaklının alacağı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir. Örneğin alacaklı iflas etmişse, borçluyu ibra edemez. Bkz. Reisoğlu, s. 401; Saymen, s. 614; Eren, s. 1258; İnan, s. 495; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Alttop, s. 986; Turanboy, s. 55 vd.; Ayan, s. 321.
- 17 "...İşçinin ibranamede yasal haklarını saklı tuttuğuna dair ihtirazi kayda yer vermesi ibra iradesinin bulunmadığını gösterir (Y. 9. HD., 4.11.2010 E. 2008/40032, K. 2010/31666).", Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995; Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974.
- 18 Şen, prg. 56; Tunçomağ, s. 682-683. Hukukumuzda ibra, İsviçre Hukukundan farklı olarak ibra sözleşmesi yanında bir makbuz, feragatname, menfi borç ikrarı karması bir nitelik taşımaktadır. Gerçekten de İş Hukuku uygulamasında işçilerden alınan ibra belgelerinin, ibra sözleşmesinden daha çok belgede miktarı gösterilen ödemelerin alındığını ifade eden bir makbuz veya işverenden hiçbir sebep ve şekilde hak talep etmeyeceği beyanını içeren feragat niteliğinde olduğu görülmektedir. Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1031; Çenberci, s. 715.
- 19 "...İbra sözleşmelerinin geçerliliği sorunu, İş Hukukunda "işçi yararına yorum" ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiş ve ağırlıklı olarak Yargıtay Kararları ışığında bir gelişim izlemiştir... İbramenin geçerli olup olmadığı, 01.07.2012 tarihine kadar yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun irade fesadı düzenleyen 23-31. maddeleri yönünden değerlendirilmelidir.", Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995; Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974.
- 20 Y. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/460, K. 2011/2280; Y. 9. HD., 26.12.2009, E. 2008/12224, K. 2009/37011; "...İbramede-
- ki irade fesadı hallerinin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre içinde ileri sürülmesi gerekir (Y. 9. HD. 26.10.2010, E. 2009/27121, K. 2010/30468). Ancak işe girerken alınan matbu nitelikteki ibranameler bakımından iş ilişkisinin devam ettiği süre içinde bir yıllık süre işlemez.", Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974.
- 21 Tunçomağ/Centel, s. 403; Şen, prg. 57; Karş. Çenberci, s. 713; Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 287-288.
- 22 "Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ibra sözleşmesinin her halükarda sözleşme şeklinde gerçekleştirilmesi zorunluluğu yoktur. Sözleşmede borçlunun kabulünün zımnı olması da mümkündür.", YHGK., 17.12.2003, E. 2003/9-760, K. 2003/760. Ayrıca bkz. Çenberci, s. 718; Tunçomağ, s. 683-684; Reisoğlu, s. 400-401.
- 23 "İbramenin verildiği tarihte henüz kıdem tazminatı davacıya ödenmemiş olduğuna, bu ödemenin ileride yapılacağı da ibraname tarihinde her iki tarafın bilgisi ve kabulünde bulunduğu göre, ibranamedeki "...İş bu ibranameyi, ileride doğabilecek kanuni haklarını saklı kalmak kaydıyla... imzalıyorum" ifadesiyle; davacının, ibranameden sonraki bir tarihte, dolayısıyla gecikmeyle ödenecek olan kıdem tazminatının, gecikilen sürede işleyen faiziyle birlikte kendisine ödenmemesi (ödememin salt asıl alacakla sınırlı tutulması halinde); ödemenin yapılması gereken tarih ile, fiilen yapılacağı tarih arasındaki sürede işleyen faizi talep etme hakkını, daha ibraname tarihinde saklı tutmuş olduğunun kabulü gerekir. İbramedeki "...ileride doğabilecek kanuni haklar..." ibaresinin, ileride ödenecek olan kıdem tazminatının gecikmeden kaynaklanan faizini de kapsayacağına kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Zira; işlemiş faiz alacağının doğabilmesi için, asıl alacağın ödenmiş ve bu ödemenin gecikilerek yapılmış olması gerekir. Dolayısıyla, asıl alacağın ödenmediği ibraname tarihi itibarıyla, işlemiş faiz alacağını talep etme hakkı "henüz mevcut olmayan, ileride doğması muhtemel bir hak" durumundadır ve böyle olduğu için de, ibranamede saklı tutulan "...ileride doğabilecek kanuni haklar..." kapsamındadır.", YHGK., 27.02.2008, E. 2008/9-186, K. 2008/172, Sinerji.
- 24 Aynı hak sahibinin mülkiyet veya sınırlı aynı haktan tek taraflı bir işlem ile feragat etmesi, mirasçının miras hakkından, vasiyet alacaklısının da red yoluyla vasiyet alacağından ve hak sahibinin de inşai haklardan tek taraflı olarak vazgeçmesi mümkündür. Bkz. Eren, s. 1259.
- 25 Reisoğlu, s. 400-401; Çenberci, s. 718; Tunçomağ, s. 683-684.
- 26 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesine göre "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler."
- 27 Çenberci, s. 502; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1034.
- 28 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1034.
- 29 "...Sözü edilen yasal düzenleme sadece işçinin alacaklı olduğu durumlar için işçi yararına kısıtlamalar öngörmektedir. İşverenin cezai şart ve eğitim gideri talep ettiği yine

- işçinin vermiş olduğu zararın tazminine dair uygulamalarda ve hatta sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde işçinin işverene borçlu olduğu durumlarda, taraflar, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın işçinin borçlarını ibra yoluyla sona erdirebilirler.”, Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974; Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995.
- 30 Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974; Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995.
- 31 Öğretideki baskın görüş de, ibra sözleşmesinin geçerliliğinin herhangi bir şekil koşuluna bağlı olmadığı yönündedir. Zira ibra, sözleşmenin değiştirilmesi değil, borcun sona erdirilmesidir. Maddi hukuk açısından borç için ister tamamen ister kısmen ibra yapılsın, yapılan ibra sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. İsviçre hukukunda da, ibra edilen alacağı doğuran temel borç ilişkisi kanun veya taraf iradelerine göre bir şekle tâbi olsa bile, ibra sözleşmesi herhangi bir şekle tâbi değildir. Bkz. Eren, s. 1260-1261; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 989; Tunçomağ, s. 683.
- 32 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1035; Şahin Çil, “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 21, Mart 2011, s. 79.
- 33 Erdem Özdemir, “İş Hukukunda İbraname Uygulamaları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 5, Mart 2007, s. 39.
- 34 Çil, 6098 Sayılı, s. 70.
- 35 Çil, 6098 Sayılı, s. 79.
- 36 Özdemir, s. 39-40.
- 37 “Davacının şikayeti üzerine iş müfettişliğince yapılan tahkikat sırasında işveren vekili davacının geçmişte çalışması olmadığını ve ücret alacağı olmadığını savunmuş, yargılama sırasında davacının istifaen işyerinden ayrıldığını ileri sürmüş ve ibraname savunmasına dayanmıştır. İbraname savunma ile çelişkili olduğu gibi, kendi içerisinde de çelişmektedir. Savunma ile ibraname çelişkili olduğundan bu tür ibranamelere değer vermek mümkün değildir. İbranamedeki imzanın davacıya ait olduğu anlaşılmakta ise de boşlukların değişik yazımlarla bilahare doldurulduğu gözlemlenmiştir. Bu sebeplerle bu ibranameye değer verilerek kıdem, ihbar tazminatı ve izin ücret alacağının reddi hatalıdır.”, Y. 9. HD., 08.11.2004, E. 2004/8622, K. 2004/25098, Sinerji.
- 38 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011, s. 508.
- 39 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011, s. 508-509.
- 40 Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974; Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995; Y. 9. HD., 05.11.2010, E. 2008/ 37441, K. 2010/31943.
- 41 Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974; Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995,
- 42 Sarper Süzek, İş Hukuku, 5. B. İstanbul 2009, s. 721-722; Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s. 1032; Çelik, s. 302; Saymen, s. 614; Oğuzman, s. 287; Y. 9. HD., 11.03.2010, E. 2010/6257, K. 2010/6573, Sinerji; “...İş ilişkisinin devamı sırasında dü-
- zenlenen ibra sözleşmeleri geçerli değildir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak ya da bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmiş sayılmalıdır.”, Y. 9. HD., 25.01.2010, E. 2009/21164, K. 2010/1029, Sinerji.
- 43 Y. 9. HD., 25.01.2010, E. 2009/21164, K. 2010/1029, Sinerji.
- 44 Sarper Süzek, İş Hukuku, 5. B., İstanbul 2009, s. 721-722; Kanaatimce doğmuş (mevcut) haklara yönelik olmak şartıyla iş sözleşmesi devam ederken alınan ibranamelerin geçerli olması gerekir. Bu konuda bkz. Murat Şen, “İşverenin Ücret Ödeme Borcunu İspat Vasıtaları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. I, Kayseri 2008, s. 189; Aynı yönde, Çil, 6098 Sayılı, s. 69.
- 45 “Davacı iş akdi devam etmekte iken 30.06.2004 tarihli ibranameyle bu tarihe kadar fazla mesai alacağının ödendiğini belirterek işvereni ibra etmiştir. İş akdi 15.09.2004 tarihine kadar devam etmiş, iş akdinin devamı müddetince bazı aylara ait fazla mesai ücretlerinin ödendiği bordrolardan da anlaşılmaktadır. Bu durumda ibranamenin makbuz niteliğinde olduğu kabul edilerek ödeme yapılan fazla mesai ücretlerinin tenzili ile bakiye fazla mesai ücretinin hüküm altına alınması gerekir.”, Y. 9. HD., 19.06.2006, E. 2005/38056, K. 2006/17458, Çil, 6098 Sayılı, s. 69,83.
- 46 Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa, Ankara 2011, s. 508-509.
- 47 Çil, 6098 Sayılı, s. 79.
- 48 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1033.
- 49 Y. 9. HD., 28.05.1996, E. 1995/38219, K. 1996/12005, Çil, 6098 Sayılı, s. 72, 84; “Mahkemece 14.7.1997 tarihli ibranameye itibar edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş ise de anılan ibranamede bu tazminatların davacıya ödendiğine dair bir kayda yer verilmemiştir. İbraname gibi hakkı ortadan kaldıran bir belgenin İş Hukuku uygulamasında yorumlanırken özen gösterilmesi gerekir. Bu bakımdan şayet bir alacak ya da tazminatın ödenmesi sözkonusu ise bunun metin bölümünde kuşkuya yer vermeyecek biçimde açıklanması gerçeğin ortaya çıkması bakımından zorunludur. Dosyadaki sözkonusu belge bu niteliği taşımadığından hükme esas alınamaz. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatı hesaplanarak bulunacak miktarlar hüküm altına alınmalıdır.”, Y. 9. HD., 26.06.2001, 19872/3451, Sinerji.
- 50 “...Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise geçerlilik sorununu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi uygulanmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır (Y. 9. HD. 27.06.2008, E. 2007/23861, K. 2008/17735). Fesihden sonra düzenlenen ve alacak kalemlerinin tek tek sayıldığı ibranamede irade fesadı haller ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece ibra iradesi geçerli sayılmalıdır (Yargıtay HGK. 21.10.2009, E. 2009/396, K. 2009/441).”, Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974; Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995.
- 51 “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ibranamenin miktar içermediği gerekçesi ile geçersiz olduğu belir-

tilmişse de, yukarıda belirtildiği gibi salt miktar içermemesi ibranamenin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz. Bu nedenle sözü edilen ibranameye karşı davacıdan diyecekleri sorulmalı; varsa irade fesadına ilişkin iddiasının üzerinde durulmalı ve bu konuda delilleri toplanmalı, imza inkarında bulunduğu takdirde imza incelemesi yaptırılarak sonucuna göre anılan alacaklar hakkında bir karar verilmelidir.”, Y. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/460, K. 2011/2280, Sinerji. “Davacı iş aktinin feshinden sonra verdiği ibranamede ikramiye, fazla mesai ücreti ile diğer işçilik alacaklarını tek tek zikrederek tamamen aldığını ifade etmiştir. Bu durumda sözü edilen ibranameye itibar edilerek burada sözü geçen alacaklarla ilgili isteklerin reddine karar vermek gerekirken kabulü doğru değildir.”, Y. 9. HD., 25.04.2001, E. 2001/4006, K. 2001/7055, “Davacı hizmet akdinin feshini müteakip verdiği ve kaydı ihtirazi koymadığı ibranamede rakam zikretmeksizin dava konusu alacakları ayrı ayrı sayarak aldığını kabul etmiş ve davalı işvereni ibra etmiştir. Bu ibranamedeki imza inkar edilmediği gibi; ibranamenin davacının el yazısı ile yazıldığı anlaşılmaktadır. Bu ibranameye itibar edilerek davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”, Y. 9. HD. 19.12.2002, E. 2002/8475, K. 2002/24475, Y. 9. HD., 20.03.2003, 18729/4524; Y. 9. HD., 13.03.2006, 24802/6046; Y. 9. HD., 22.02.2011, E. 2009/125, K. 2011/4698. “...Davacının imzası bulunan 21.11.2000 tarihli ibranamede kıdem tazminatının ödendiği ve işverenin ibra edildiği belirtilmiştir. İbramede miktar bulunmamaktadır. Ancak işverence sunulan ibraname ekinde kıdem tazminatı tahakkukuna dair hesap bordrosu bulunmaktadır. Dairemizin Kararlılık kazanmış uygulamasına göre ibraname, ekindeki belgede yazılı miktarla sınırlı makbuz hükmündedir. Mahkemece ibranamenin makbuz etkisi gözetilmeden ibraya konu dönem için de borcun sona erdiğini kabulü hatalı olmuştur.”. Ayrıca bkz. Özdemir, s. 36-38; Çil, İlke Kararlar, s. 815-817. Diğer taraftan, Yargıtay, alacak kalemleri ismen zikredilmeksizin “hiçbir alacağım kalmamıştır” gibi çok genel ifade taşıyan ibranameleri de geçersiz kabul etmektedir (YHGK., 04.10.2000, E. 2000/9-1214, K. 1214, Özdemir, s. 38; Mehmet Şengül, “İbramenin Hukuki Niteliği, Kapsamı ve Geçerliliğinin Koşulları”, Legal İSGHD, C. III, S. 10, İstanbul 2006, s. 600-601. “Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde geçerlilik sorununu titizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi uygulanmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır (Y. 9. HD. 27.06.2008, E. 2007/23861, K. 2008/17735).”, Y. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/460, K. 2011/2280, yayımlanmamıştır. Ancak 2009 yılına ait aynı şekilde ilke kararı olarak bkz. Y. 9. HD., 26.12.2009, E. 2008/12224, K. 2009/37011, Çil, İlke Kararları, s. 814-815.

- 52 “Geçimini emeği ile sağlayan bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmeyeceği varsayımından yola çıkıldığında, miktar içermeyen ibranameye değer verilmesi doğru olmaz. İş Hukukunda işçi lehine yorum ilkesi de bunu gerektirir. Dairemizin daha önceki Kararlarında da miktar içermeyen ibranameye değer verilmemektedir (Y. 9. HD. 28.5.1996, E. 1995/38219, K. 1996/12005). Ancak özellikle 2001 yılından sonra verilen bazı Kararlarda miktar içermese de fesihten sonra düzenlenen ve işçilik alacaklarının ismen sayıldığı ibra sözleşmelerine geçerlilik tanınmıştır (Y. 9. HD. 25.4.2001, E. 2001/4006, K. 2001/7055 ve Y. 9. HD.

10.12.2002, E. 2002/10816, K. 2002/23501). Yargıtay’ın diğer iş Dairelerinde de miktar içermeyen ibra sözleşmelerine değer verilmemektedir (Y. 10. HD. 23.10.2003, E. 2003/5745, K. 2003/7375; Y. 21. HD. 18.4.2005, E. 2005/1585, K. 2005/3896). Yeni Borçlar Kanununun Tasarısınının 419. maddesinde de miktar içermeyen ibranamenin geçersiz olduğu açık biçimde ifade edilmiştir. Bütün bu olgulara göre konunun yeniden değerlendirilmesi sonucu ve yukarıda belirtilen gerekçelerle İş Hukuku açısından miktar içermeyen ibra sözleşmelerinin geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır. İbramenin gerçeği yansıtmadığı itirazı karşısında işverence ibranamenin doğruluğunun yazılı delille kanıtlanması gerekir. Aksi halde ibranamenin geçerliliği kanıtlanmadığından işçi, miktarı gösterilmeyen hakları kazanır.”, Y. 9. HD., 21.03.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588, Sinerji.

- 53 Yargıtay’ göre, “her türlü alacağı açık ve kesin olarak alındığını ifade eden ibraname içeriği geçerlidir (Y. 9. HD., 29.05.2003, E. 11173, K. 23699, Savaş Taşkent, Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler, İstanbul 2005, s. 53).
- 54 Çil, 6098 Sayılı, s. 73.
- 55 “Yargıtay’ın diğer iş Dairelerinde de miktar içermeyen ibra sözleşmelerine değer verilmemektedir (Y. 10. HD. 23.10.2003, E. 2003/5745, K. 2003/7375; Y. 21. HD. 18.4.2005, E. 2005/1585, K. 2005/3896)”, Y. 9. HD., 21.03.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588, Sinerji; Y. 21. HD., 18.04.2005, 1585/3896.
- 56 “Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz etkisinde olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davaları yönünden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 111. maddesinin uygulaması çerçevesinde, gerçek zarar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık bulunması durumunda ibra belgelerine değer verilmeyeceğini kabul etmektedir (Y. 11. HD. 11.3.2004, E. 2003/7655, K. 2004/2411). 2918 sayılı yasanın 11. maddesinde, “Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir” şeklinde kurala yer verilmiş olup, benzer bir çözüme Yargıtay’ca iş kazalarından doğan tazminat davalarında da gidildiği görülmektedir (Yargıtay HGK. 7.12.2005, E. 2005/21-665, K. 2005/712); Y. 9. HD., 21.03.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588, Sinerji; “Bir çok Yargıtay kararında vurgulandığı üzere, alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan akde “ibra” denir. İbramenin kural olarak işçiye veya hak sahiplerine yapılmış olan ödeme ile sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunmaması koşuldur. Başka bir anlatımla, açık oransızlığın bulunduğu durumlarda ise anılan belge ibraname değil ancak makbuz niteliğindedir.”, Y. 21. HD., 04.11.2010, E. 2009/12028, K. 2010/10964; Y. 21. HD., 19.10.2010, E. 2010/10295, K. 2010/10189.

- 57 Çil, 6098 Sayılı, s. 70, 81; Aksi yönde, Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1032-1033.
- 58 "...6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinde ... alacağın bir kısmının ödenmesi şartına bağlı ibra sözleşmeleri (ivazlı ibra) ancak ödemenin banka kanalıyla yapılmış olması halinde geçerli sayılmıştır...", Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974; Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995; "Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir.", Y. 9. HD., 03.02.2011, E. 2009/460, K. 2011/2280; Y. 9. HD., 19.06.2006, E. 2005/38056, K. 2006/17458, Çil, 6098 Sayılı, s. 69, 83.
- 59 Ancak öğretide ileri sürüldüğü üzere iş ilişkisinin devamı sırasında feshe bağlı olmayan ücret, fazla çalışma gibi alacaklar yönünden işverenin ibrası mümkün olmalı; işçinin iradesinin fesada uğratıldığını kanıtlaması halinde bu tür ibra sözleşmelerinin geçersizliğine hükmedilmelidir. Çil, 6098 Sayılı, s. 69.
- 60 "Dairemizin ibranamede kısmi ödemeyi her durumda makbuz sayan uygulamasına rağmen, konunun tekrar ve etraflıca incelenmesi sonucu, tarafların kısmi ödeme sırasında borcun ibra ile sona erdiğine dair özel bir hüküm koymuş olmalarının sınırlı da olsa bir anlamının olması gerektiği düşünülmüştür. Başka bir anlatımla, miktar içeren ibra sözleşmelerinde hak kazanılan tutar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık olmaması durumunda borcun ibra ile sona erdiği kabul edilmelidir.", Y. 9. HD., 21.03.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588, Sinerji.
- 61 "...Miktar içeren ibranamenin çalışırken alınmış olması makbuz etkisini ortadan kaldırmaz (Y. 9. HD. 24.6.2010 gün 2008/33748 E., 2010/20389 K.)", Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974; Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995; Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995.
- 62 Özdemir, s. 32-33; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1997 yılında verdiği bir kararında, ibranamede "yukarıdaki sıralanmış haklar ve alacakları nedeni ile halen doğmuş ve ileride doğması muhtemel bir cümle talep ve dava hakları ispat ile bunlardan gayrikabili rücu şekilde feragat eylediğimi ve bunlardan serbest irademle kesinlikle vazgeçtiğimi beyan ve kabul eylerim" şeklinde yer alan ifade nedeniyle davacının dava hakkından feragat ettiği kabul edilmiş, miktar içeren ibranameye makbuz etkisi tanınarak işlem yapılmamıştır (YHGK., 16.04.1997, E. 1997/9-86, K. 1997/339, Sinerji). "İbramenin ekli kıdem tazminatı bordrosuna göre makbuz niteliğinde olduğunun kabulü doğru ise de, duruşma tutanaklarından tanığa çelişkinin hatırlatılması üzerine tanığın davacının işten çıkarıldığını beyan etmiş olduğu anlaşıldığından, davacının kendi isteği ile ayrıldığını kabul etmek dilekçe ve ibraname içeriğine uygun düşmektedir. Davalı kıdem tazminatını ödediğine göre feshin haksızlığı ortadadır. İhbar tazminatının ödenmesi gerekir. Mahkemece ihbar tazminatı başlığı altında ya da ek bir ödeme var ise değerlendirilerek bakiye var ise hüküm altına alınması gerekir. İstifa dilekçesi ile ibraname içeriği
- çeliştiği ve ekindeki belgelerle birlikte değerlendirilmesi sonucu makbuz niteliğinde olup, ibranamede belirtilen diğer alacaklardan yıllık izin ücreti, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacağının ödendiğine ilişkin aylık ücret bordroları dışında belge ibraz edilmemiştir..." Y. 9. HD., 27.02.2008, E. 2007/11520, K. 2008/2607, Sinerji; Çil, 6098 Sayılı, s. 71.
- 63 Özdemir, s. 34-35.
- 64 "Dairemizin ibranamede kısmi ödemeyi her durumda makbuz sayan uygulamasına rağmen, konunun tekrar ve etraflıca incelenmesi sonucu, tarafların kısmi ödeme sırasında borcun ibra ile sona erdiğine dair özel bir hüküm koymuş olmalarının sınırlı da olsa bir anlamının olması gerektiği düşünülmüştür. Başka bir anlatımla, miktar içeren ibra sözleşmelerinde hak kazanılan tutar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık olmaması durumunda borcun ibra ile sona erdiği kabul edilmelidir...", Y. 9. HD., 21.03.2008, E. 2007/13059, K. 2008/5588. "...İbraname konusu ödeme ile zarar karşılanmışsa veya zararlar ödeme arasında açık bir oransızlık yoksa ödeme ile diğer müteselsil borçluların da borçlarından kurtulacakları ortadadır. Yapılan ödeme kısmi ifayı içeren makbuz niteliğinde ancak ödemeyi yapan borçlunun hissesinden fazla ise ödeme kadar, ödeme yapan borçlunun hissesinden az ise ödeme yapan borçlunun hissesi kadar diğer müteselsil borçlular borçtan kurtulurlar...", Y. 21. HD., 27.10.2009, E. 2009/12240, K. 2009/13747.
- 65 "İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir.", Çil, İlke Kararları, s. 814; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1038; Süzek, s. 722.
- 66 Şahin Çil, "İş Hukukunda İbra Sözleşmesi", Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C. 7, S. 3, 2004, s. 147-150; Özdemir, s. 40; Şengül, s. 600.
- 67 Tasarıda ise miktar içeren ibranamenin makbuz hükmünde olduğu kuralına yer verilmemiş, işçinin haklarının yeterince korunmaması veya aşırı ölçüde sınırlandırılması halinde ibraya değer verilemeyeceği belirtilmişti. Bkz. Şahin Çil, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. B., İstanbul 2007, s. 532 vd; Çil, 6098 sayılı, s. 72.
- 68 Çil, 6098 sayılı, s. 72.
- 69 Çil, 6098 sayılı, s. 78.
- 70 Bkz. Y. 9. HD., 13.07.2011, E. 2009/32873, K. 2011/23974; Y. 9. HD., 20.04.2011, E. 2009/9809, K. 2011/11995.
- 71 Bkz. Çil, 6098 Sayılı, s. 81.
- 72 2011 yılı için güncellenmiş miktar 122.TL'dir (Sinerji).

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı

GİRİŞ

Çalışma hayatında işletmeler arası rekabetin gün geçtikçe artması, işletmeler arasında işçi transferlerini sıkça gündeme getirmekte ve işletmeler yeni mezun olmuş, tecrübesi olmayan birini işçi olarak istihdam etmektense, benzer işletmelerde çalışan tecrübeli elemanları kendi bünyelerine katma yolunu tercih etmektedirler. Bu şekilde bünyeye katılan başka işletmelerde yetişmiş tecrübeli işçilerin benzer sektörde çalışan bir işletmeden transfer edilmesi durumunda, daha önceki işletmede edinilmiş bilgilerin yeni işletmeye aktarılması hatta, müşterilerin dahi yeni işletmeye çekilmeye çalışılması da sıkça rastlanan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada söz konusu durumun oluşturabileceği olumsuzlukların önüne geçilebilmesi amacıyla, yani bir başka deyişle bir işletmede çalışan bir işçinin aynı sektörde başka bir işletmeye transfer olmasını ve bilgi, beceri, müşteri bilgilerini orada kullanmasını önlemek

amacıyla, işverenler tarafından iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olacak şekilde rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin yapılması yoluna başvurulmaktadır.

Zira, iş sözleşmesi devam ettiği sürece, işçi sadakat borcu uyarınca böyle bir davranışta bulunamayacağından, böyle bir risk ancak iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra söz konusu olabilecektir. İşçinin aynı sektörde başka bir işletmeye transfer olmasını ve bilgi, beceri, müşteri bilgilerini orada kullanmasını önlemek amacıyla yapılan sözleşmeler sonucu, işçi yönünden doğan borca da, doktrinde işçinin rekabet etmeme borcu denilmektedir¹. Görüldüğü üzere, bu anlamda rekabet etmeme borcu, işçinin iş görme, itaat ve sadakat borçları gibi iş sözleşmesinden doğrudan kaynaklanan bir borç olmayıp, bir iş sözleşmesinde veya rekabet yasağına ilişkin ayrı bir sözleşmede tarafların ayrıca kararlaştırmaları halinde söz konusu olacak bir borçtur.

Ancak iş sözleşmesinde veya rekabet yasağına ilişkin ayrı bir sözleşmede düzenlenen

işçinin rekabet etmeme borcunun, işçinin ekonomik bağımsızlığını ve çalışma özgürlüğünü kabul edilemeyecek bir şekilde kısıtlamaması gerekmektedir. Zira, bu tür bir sözleşmenin işvereni koruyucu niteliğinin yanında, Anayasal bir hak olan çalışma hakkına yapılacak müdahalenin de kabul edilebilir olması gerekmektedir.

Bugün itibariyle halen yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu², bir iş sözleşmesinde veya rekabet yasağına ilişkin ayrı bir sözleşmede, taraflarca kararlaştırılabilecek rekabet yasağına ilişkin olarak 348-352 inci maddelerinde kurallar getirmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda rekabet yasağına ilişkin bir düzenleme olmadığı için, bugüne dek İş Hukuku uygulamasında, işçiler ve işverenler arasında yapılan bu tür sözleşmelere 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerde yer alan bu kurallar çerçevesinde geçerlilik tanınmıştır.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan ve bu tarih itibariyle de 818 sayılı Borçlar Kanunu'nu yürürlükten kaldıracak olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³ da, uygulamada sıkça karşılaşılan ve Yargıtay kararlarına da sıkça konu olan, taraflarca kararlaştırılabilecek rekabet yasağına ilişkin 444-447 inci maddelerinde kurallar getirmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan esaslara benzer esaslar getirmekle birlikte, bazı noktalarda 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki esaslardan ayrılarak, farklı düzenlemeler içermektedir. Çalışmamızda 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "rekabet yasağına" ilişkin düzenlemeleri karşılaştırılarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği yenilikler açıklanmaya çalışılacaktır.

1- REKABET YASAĞINA İLİŞKİN SÖZLEŞME KAVRAMI VE SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİ

Bir işletmede çalışan bir işçinin aynı sektörde başka bir işletmeye transfer olmasının ve bilgi, beceri, müşteri bilgilerini orada kullanmasının önlenmesi amacıyla, iş sözleşmesi ta-

raflarının rekabet yasağına ilişkin anlaşmaları mümkündür. Böyle bir anlaşma, iş sözleşmesine konulacak bu yönde bir hükümlerle yapılabileceği gibi, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olacak, iş sözleşmesi dışında, ayrı bir rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin yapılması ile de mümkün olabilecektir.

Bu anlamda rekabet yasağına ilişkin sözleşme; işçinin iş ilişkisi içerisinde işverenin müşterilerine nüfuz etmesi yahut iş sırlarına sahip olması nedeniyle iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında; belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işçinin işverenle rekabet teşkil eden davranış içerisine girmesini yasaklayan bir sözleşme olarak tanımlanabilecektir⁴.

İlk bakışta 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeyi andıran 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesi de, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraya ilişkin olarak rekabeti yasaklayan bir anlaşma yapılabileceğini öngörmüştür. 818 sayılı BK. m. 348/1'de yer alan "her iki taraf... şart edebilirler" ifadesi, yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesinde bu kez doğrudan "işçi işverene karşı kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilecektir." ifadesi yer almıştır. Bu ifade bu tür bir üstlenme ile sadece işçinin işverene karşı rekabetinin yasaklanabileceğinin, buna karşılık işverenin de işçi ile rekabet edici davranıştan kaçınmasını içeren bir şartın bu madde kapsamında düzenlenemeyeceğini açıkça ifade etmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de ifade edildiği üzere, işverenin de işçi ile rekabetini yasaklayan bir sözleşme genel hükümler çerçevesinde tabii ki yapılabilecek ancak bu sözleşmenin dayanağı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde m. 444 olmayacaktır⁵.

Diğer yandan, maddedeki ifadede de anlaşılacağı üzere, burada işçinin tek taraflı bir edim üstlenmesi söz konusudur. Şayet işçi kabul ederse işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat

ilişkinine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilecektir. Yani bir başka ifade ile, bu düzenleme uyarınca, rekabet yasağı içeren sözleşme geçerliliği bir karşı edime bağlanmamıştır⁶. İşçinin, rekabet yasağına ilişkin yapılmış bir sözleşme ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü kısıtlanırken, bunun karşılığında kendisine işverence herhangi bir şeyin verilme mecburiyeti yoktur. Bu bir anlamda çalışma hayatının bir uygulaması olarak düşünülmüş karşılığında işçiye ek bir çıkar sağlanması Kanuni düzenlemede düşünülmemiştir. Ancak kanuni düzenleme bu şekilde olsa da 818 sayılı BK. döneminde de olduğu üzere, 6098 sayılı TBK. döneminde de rekabet yasağına ilişkin sözleşmede tarafların karşılık kararlaştırmaları mümkün olacaktır⁷. Yani, Kanun'da rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerliliği işverenin yerine getirmek zorunda olduğu bir karşı edimin varlığına bağlanmamaktaysa da, taraflar serbest iradeleri ile böyle bir edimi kararlaştırabileceklerdir.

II- REKABET YASAĞINA İLİŞKİN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

A- Genel Olarak

Rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerde yer alan rekabet yasağı hükümlerinin işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü doğrudan etkileyecek nitelikte olmaları sebebi ile, bu tür sözleşmelerin Kanunen bazı kayıt ve şartlara tabi tutulmaları gerekmektedir⁸. Aksi takdirde, işverenin menfaatlerini korumak için gerekli olan bu tür bir sözleşmenin, ölçüsüz bir biçimde bu kez işçi menfaatlerine zarar vermesi söz konusu olacak ve işçinin Anayasa'da yer alan çalışma hakkı (AY. m. 48) ihlal edilmiş olacaktır⁹.

818 sayılı Borçlar Kanunu 348'inci maddesinde, "iş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsaait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışma-

masını ve böyle bir müessesede şerik veya sair sıfatla alakadar olamamasını, şart edebilirler" denilerek, belirli niteliklere sahip iş sözleşmelerinde tarafların rekabet etmeme konusunda anlaşma yapabilmelerinin önü açılmıştır. 348'inci madde bu şekilde rekabet yasağına ilişkin taraflarca anlaşma yapılabilmesi imkânını getirdikten sonra ikinci fıkrasında da, bu tür bir anlaşmanın geçerlilik şartlarını belirtmiştir. Buna göre, rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanınmasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caiz olacak (m. 348/2) ve ayrıca işçi, akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıl olacaktır (f. 3).

Görüldüğü üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu, rekabet yasağı içeren bir sözleşmenin kurulabilmesi ve geçerliliği için bazı şartlar aramış ve bu şartların yokluğu halinde de, yapılan sözleşmeyi geçersiz saymıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da Rekabet Yasağı ana başlığı altında 444'üncü maddesinde Rekabet yasağının koşullarını belirtmiştir. Buna göre, fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca, rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olacaktır (m. 444/2).

B- Rekabet Yasağına İlişkin Sözleşmenin Yapılma Zamanı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348'inci maddesine paralel bir düzenleme ile "işçi iş

Rekabet yasağına ilişkin sözleşme en erken iş sözleşmesinin yapıldığı tarihte yapılabilecektir.

sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilecektir.” demektedir. Buradan anlaşılacağı üzere, rekabet yasağına ilişkin sözleşme en erken iş sözleşmesinin yapıldığı tarihte yapılabilecektir. Ancak bu tarihte yapılmadıysa, iş sözleşmesinin yapılmasından sonra, bu tür bir sözleşme iş sözleşmesinden ayrı olarak da iş sözleşmesi devam ettiği sürece yapılabilecektir. Buna karşılık, rekabet yasağına ilişkin sözleşme 444’üncü madde kapsamında iş sözleşmesi yapılmadan önceki ya da bittikten sonraki bir tarihte yapılamayacaktır¹⁰. Zira, madde metninde işçinin işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten kaçınmasından söz edildiğine göre, 444 vd. maddeleri hükümlerinin işçi işveren sıfatlarının olmadığı ya da sona erdiği bir dönemde yapılacak olan rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerde de uygulanması söz konusu olmayacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 444’üncü maddesinde herhangi bir kısıtlama getirilmediği üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de olduğu gibi, iş sözleşmesinin belirli süreli ya da belirsiz süreli olmasına bakılmaksızın rekabet yasağına ilişkin sözleşme yapılabilecektir¹¹.

C- Rekabet Yasağına İlişkin Sözleşme Yapacak İşçinin Ehliyeti

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 444’üncü maddesinin, rekabetten kaçınmayı üstlenecek işçinin fiil ehliyetine sahip olması şartını aramakta olduğu görülmektedir. Oysa 818 sayılı Borçlar Kanunu rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerde ehliyetten söz etmemekte sadece rekabet yasağının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin tarafı olan işçinin reşit olmasını

aramaktaydı¹². Reşit olmak, fiil ehliyetine sahip olmanın koşullarından biri olduğuna göre, bugün için de rekabet yasağına ilişkin yapılacak bir sözleşmenin geçerlilik şartlarından birinin işçinin reşit olması olduğu söylenebilecektir. Buna göre, işçinin böyle bir yükümlülüğü üstlendiği anda reşit olması gerekmektedir. Türk Medeni Kanunu¹³’na göre 18 yaşın doldurulması ile kazanılan genel rüşt yanında, evlenme ile ve mahkeme kararı ile kazanılan rüşt¹⁴ de rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerliliği için yeterli olacaktır. Ancak, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin yapılması anında reşit olmayan bir işçinin sonradan reşit olması halinde, geçersiz olan sözleşmenin geçerli hale gelmesi mümkün olmayacaktır¹⁵.

Maddedeki açık ifade karşısında, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerli olabilmesi için, işçinin reşit olmak dışında fiil ehliyetin diğer koşullarını da taşıması gerekecektir. Fiil ehliyetinin koşullarından birine sahip olmayan işçinin yapmış olduğu rekabet yasağına ilişkin sözleşme geçersiz sayılacaktır. Bilindiği üzere fiil ehliyeti yani, medeni hakları kullanma ehliyeti, bir kişinin bizzat kendi fiil ve işlemleriyle kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratabilme iktidarı olup, fiil ehliyetine herkes değil, ancak kanunun aradığı bazı koşullara sahip bulunan kişiler sahip olacaklardır. Türk Medeni Kanunu fiil ehliyetini m. 9 ve devamında düzenlemiştir. MK. m. 10’a göre, “Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır”. MK. m. 14’de ise, “Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur” denmiştir. O halde, fiil ehliyetinin ikisi olumlu, birisi de olumsuz olmak üzere üç koşulu vardır. Olumlu koşullar, ayırt etme gücüne sahip olmak ile reşit olmak; olumsuz koşul ise, kısıtlı olmamaktır. Medeni Kanunumuz, ayırt etme gücünü m. 13’de tanımlamıştır. Buna göre, “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir” Diğer bir tanımla ise, ayırt etme gücü “bir kişinin fiil ve işlemlerinin sebebini, sonuçlarını, kapsam ve etkilerini

önceden görebilme ve bunlara uygun olarak hareket edebilme yeteneği”dir.

Fiil ehliyetine sahip olabilmenin diğer bir koşulu da, söz konusu kişinin kısıtlı olmamasıdır. Kısıtlı olmak, kanunun belirttiği sebeplerden birinin varlığı halinde ergin bir kimsenin fiil ehliyetinin mahkeme kararıyla sınırlandırılması veya tamamen kaldırılması demektir. Kısıtlama sebeplerinin neler olduğu MK. m. 405-408’de sayılmıştır. Bunlar, “akıl hastalığı veya akıl zayıflığı”, “savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim”, “bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olma” ve “yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden bir erginin kısıtlanmasını istemesi” hallerinden ibarettir. Bu sebeplerden biri yüzünden kısıtlanmış ve kendisine bir vasi atanmış olan kimseye ise kısıtlı denilmektedir. Bu kimse artık fiil ehliyetine tamamen sahip değildir; onun fiil ehliyeti, kısıtlama sebebinin mahiyetine göre ya tamamen kalkmıştır veya sınırlandırılmıştır.

D- Rekabet Yasağına İlişkin Sözleşmenin Şekli ve Yapılmasının Gerekçesi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 444’üncü maddesi de 818 sayılı BK.’nın 350’nci maddesinde olduğu gibi, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin yazılı olarak yapılması şartını aramıştır. Buna göre, yazılı yapılmayan rekabet yasağına ilişkin sözleşmeler geçerli olmayacak, yok sayılacaklardır. Burada sözü edilen yazılı şekil şartı basit yazılı şekildir¹⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, rekabet yasağına ilişkin anlaşmaların yapılmalarının temel amacı, bir işletmede çalışan bir işçinin aynı sektörde başka bir işletmeye transfer olmasını ve bilgi beceri ve müşteri bilgilerini orada kullanmasını önlemektir. Buna göre, bu tür bir anlaşmanın geçerli sayılabilmesinin en önemli koşulu, işveren açısından bu tarz bir tehdidin bulunması olacaktır¹⁷. Bu esastan hareket eden kanun koyucu 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda hangi

durumların varlığında bu tür bir riskin olduğunu ve rekabet yasağına ilişkin bir anlaşmanın geçerli olabileceğini belirtmiştir. Ancak her iki Kanunda yer alan bu konuya ilişkin esaslar karşılaştırıldığında bazı benzerliklerin bulunması yanında, farklılıkların da olduğu görülmektedir.

818 sayılı BK. 352/1’inci maddesinde “Rekabet memnuiyetinin bakasında iş sahibinin hakiki menfaati bulunmadığı sabit olursa, bu memnuiyet nihayet bulur” denilmiştir. Buna göre, işçinin çalışma ilişkisinin rekabete imkân vermediği durumlarda iş sahibinin hakiki menfaati bulunmadığı ve bu tür durumlarda da rekabet yasağına ilişkin bir sözleşme yapılamayacağı ifade edilebilecektir. Hangi hallerin rekabete imkân veren durumlar olarak değerlendirildiği ise 348’inci maddenin 2’nci fıkrasından anlaşılmaktadır. Buna göre, işçinin müşterileri tanınması ve esrara nüfuz etmesi ve bunlardan faydalanarak işverene ciddi derecede bir zarar verebilme ihtimali olması durumunda, işçinin çalışma ilişkisinin rekabete imkân veren bir çalışma ilişkisi olarak değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Görüldüğü üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 348’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmü dikkate alındığında, rekabet yasağına ilişkin bir sözleşmenin geçerliliği için, işçinin işverenin müşterilerini tanıma; iş sırlarına nüfuz etme ve bu durumlar sebebi ile işverenin de önemli ölçüde zarara uğraması ihtimallerinin bir arada bulunması gerektiği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Zira fıkra çok açık bir şekilde “Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanınmasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir” hükmünü içermektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde, bu düzenlemeye karşın doktrinde, maddede yer alan “ve” sözcüğünün “veya” şeklinde anlaşılması gerektiği, bu durumun bir çeviri hatasından kaynaklandığı görüşü ifade edilmiştir¹⁸.

Bu anlamda rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerliliğini belirleyen en önemli unsurlardan birinin işçinin çalışma statüsü olduğu söylenebilecektir¹⁹. Zira işçi yapmış olduğu gö-

rev itibariyle söz konusu koşulları taşıyorsa doğrudan rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçersizliğinden söz edilebilecektir. Yani bir başka ifade ile, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerliliği için işçinin çalışma ilişkisinde müşteri çevresine ve iş sırlarına nüfuz etme imkânının bulunması ve söz konusu bilgilerin kullanılması durumunda işverenin önemli bir zarara uğrama ihtimalinin de bulunması gerekmektedir. Bu anlamda işçi, müşterilere ait bilgiye ya da iş sırlarına sahip olmakla birlikte bunların kullanılması sonucu işveren açısından önemli bir zarar doğma ihtimali yoksa, yapılan rekabet yasağına ilişkin sözleşme geçersiz olacaktır.

Konuya ilişkin olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da 444'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348/2'nci maddesindeki düzenlemeye benzer bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olacaktır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesinin ikinci fıkrası, 818 sayılı BK.'nin 348/2'nci maddesindeki düzenlemeyi andırırsa da, arada farklılıklar bulunmaktadır.

Buradaki en önemli farklılık, 444'üncü maddenin 2'nci fıkrasının; rekabet yasağı kaydının geçerliliği için, hizmet ilişkisinin işçiye müşteri çevresi, üretim sırları ve işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânını sağlıyor olması ihtimallerini bir arada aramıyor olmasıdır. Zira maddedeki açık anlatım uyarınca, sözü edilen bu ihtimallerden sadece bir tanesinin olması ve bu durumun kullanılmasının, işverene önemli ölçüde zarar verebilecek nitelikte bulunması, rekabet yasağına ilişkin anlaşmanın geçerli sayılması için yeterli olacaktır.

Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, 818 sayılı BK.'nin 248'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, her ne kadar doktrinde bunun bir çeviri hatası olduğu ifade edilse de, "rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin

müşterileri tanimasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir." denilerek; rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerliliği için maddede sözü edilen müşterileri tanıma ve esrara nüfus hallerinin sanki bir arada bulunması gerektiği şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı.

Nitekim Yargıtay da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde vermiş olduğu bazı kararlarında, ancak işçinin, işverenle ilişkide olan müşterileri tanıması ve görülmekte olan işin bütün ayrıntılarına ulaşabilmesi imkânının olduğu hallerde, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından işverenle rekabet oluşturacak şekilde kendi namına iş yapmaması, rakip bir firmada ortak olamaması ya da iş sözleşmesiyle çalışmaması şeklinde şart içeren sözleşmelerin yapılabileceği, aksi halde bu sözleşmelerin geçersiz sayılacağı şeklinde ifadeler kullanarak kararlar vermiştir. Yani bir başka ifade ile, Yargıtay bazı kararlarında işçinin müşterileri tanıma ve esrara nüfuzu hususlarını ayrı ayrı dikkate alırken bazı kararlarında ise, işçinin işverenin müşterilerini tanıma; iş sırlarına nüfuz etme ve bu durumlar sebebi ile işverenin de önemli ölçüde zarara uğraması ihtimallerinin bir arada bulunmaması durumunda, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçersizliği ve bunun sonucunda da rekabet yasağına ilişkin cezai şartın reddi gerekeceği şeklinde ifadeler kullanarak kararlar vermiştir²⁰.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, söz konusu bu tereddütlü durumun ortadan kalkacağı ve dolayısı ile rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerde yer alan rekabet yasağına ilişkin kayıtların daha geniş bir alanda geçerlilik taşıyacaklarından söz edilebilecektir. Yani, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının; rekabet yasağı kaydının geçerliliği için, hizmet ilişkisinin işçiye müşteri çevresi, üretim sırları ve işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânını sağlıyor olması ihtimallerini bir arada aramıyor olduğunu çok açık bir şekilde belirtmesi ve bu ihtimallerden

birinin dahi olmasını geçerlilik için yeterli bulması, iş sözleşmesi taraflarınca yapılacak bu yönde sözleşmelere daha geniş anlamda uygulanma imkânı getirecektir.

“İşçinin müşterileri tanıması, müşteri çevresi hakkında bilgi edinmesi”; işçinin işverenin müşterilerini bizzat tanıması veya onlara ait adres telefon gibi önemli bilgileri öğrenmiş olmasını ifade etmektedir. Ancak burada, müşterilere ait bilgiye sahip olma imkânı tespit edilirken, işçinin işyerindeki konumuna bakılması²¹ ve müşterilere ait her tür sıradan bilgiye değil, özelliği olan ve önemli bilgilere ulaşıp ulaşılmadığının dikkate alınması gerekecektir²².

Üretim sırrı (iş sırrı-ticari sır), iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve aleniyet kazanmamış, ancak işyerinde çalışan kişi ve/veya kişilerce (sınırlı sayıda kişi tarafından) bilinen, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgi²³ olarak tanımlanabilecek ancak, üretim sırrının ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerekecektir²⁴. İşçinin iş sırlarına nüfuz etmesi, üretim sırları hakkında bilgi edinmesi kavramları ise, işçinin işverenin belirli sırlarını öğrenebilme imkânına sahip olmasını ifade etmektedir²⁵.

Burada önem taşıyan bir diğer husus da, işçinin müşterileri tanıması, müşteri çevresi hakkında bilgi edinmesi ile işçinin iş sırlarına nüfuz etmesi, üretim sırları hakkında bilgi edinmesi hallerinin bulunması hususlarının işverene önemli bir zarar verme olanağını yaratmasıdır. Yani bir başka ifade ile, işçinin işverenin müşterilerini tanıması veya iş sırları hakkında bilgi edinmesi ile işverene önemli bir zarar verme olasılığı arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır²⁶. Aksi takdirde böyle bir zararın doğma olasılığı, işçinin işverenin müşterilerini tanıması veya iş sırları hakkında bilgi edinmesi değil de, işçinin kendi beceri ve yeteneklerinden kaynaklanabilecek ise, rekabet yasağına ilişkin sözleşme geçerli sayılmayacaktır²⁷.

E- Rekabet Yasağına İlişkin Sözleşmenin Sınırları

Yukarıda da ifade edildiği üzere, iş sözleşmesi ile ya da iş sözleşmesi dışında ayrı bir sözleşme ile getirilebilecek rekabet yasağı işçiye belirli yükümlülükler yükleyecektir. Ancak, bu anlamda rekabet yasağına ilişkin olarak yapılacak bir sözleşmenin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye uğratmayacak nitelikte bir sözleşme olması esastır. Buradaki ölçü, işçinin çalışma imkânının hakkaniyete uygun bir ölçüde elinden alınıp alınmadığıdır²⁸.

818 sayılı BK. bu amaçla rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin zaman, yer ve konu açısından sınırlandırılması gerektiğini öngörmüştür. 818 sayılı BK'nın 349'uncu maddesi uyarınca; rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadi istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini menedecek surette zaman, mahal ve işin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmiş ise muteber olacaktır. Görüldüğü üzere, böyle bir sınırlandırma içermeyen sözleşmeler geçersiz olacaktır. Yani bir başka ifade ile, yapılan sözleşmede işçinin hangi tür işi yapamayacağı, yasağın hangi yer ve yerler için konduğu ve ne kadar zaman süreceğinin açık bir şekilde belirtilmesi gerekecektir²⁹. Diğer yandan bu sınırlamalar yapılmış olsa bile, hâkim tarafından aşırı bulunan sözleşme şartlarına müdahale edilebileceği doktrinde³⁰ ifade edilmiştir.

Nitekim Yargıtay da 818 sayılı BK. döneminde vermiş olduğu kararlarında, süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılmış olmadıkça rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin geçerli olmayacağını belirtmiş, sınırlamaların işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir³¹.

Yargıtay bu dönemde vermiş olduğu kararlarda, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanımamış, ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının ülke sınırları ile belirlenmesinin mümkün olabileceğini belirtmiştir. Yargıtay ayrıca, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırmanın da işin

niteliğine göre yerinde görülebileceğini ifade etmiştir. Süre bakımından ise, en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde, hatta bir kararında 6 ay süre ile rekabet yasağı öngörülebileceğini, aksi durumda bunun işçinin ekonomik anlamda yıkımına neden olabileceğini belirtmiştir³².

818 sayılı BK. uygulamasında Yargıtay ayrıca, rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileri ile sınırlandırıldığının net biçimde belirlenmesi gerektiği, özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılmasının mümkün olmayacağı, işçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmesi gerektiği yönünde de görüş bildirmiştir³³.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise, 445'inci maddesinde rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin zaman, yer ve konu açısından sınırlandırılmasına ilişkin daha somut düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, rekabet yasağına ilişkin sözleşmeler, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyecek ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacaktır. Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilecektir.

Görüldüğü üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 445'inci maddesinin, 818 sayılı BK.'nın 349'uncu maddesinden olan en açık farkı, rekabet yasağının süresine ilişkin olarak getirilmiş düzenlemedir. Buna göre bu yönde bir rekabet yasağının süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacaktır. Bilindiği üzere, 818 sayılı BK. işçinin geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde zaman itibarıyla sınırlandırmayı öngörmüş, uygulamada işçinin ekonomik geleceği ile işverenin yasak konusundaki menfaatleri arasında bir denge kurularak MK.

m. 2 çerçevesinde makul bir süre belirlenmesine çalışılmıştır³⁴. Yargıtay ise, yukarıda da ifade edildiği gibi, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin süresine ilişkin Kanunda bir hüküm olmamasına rağmen somut olayların kendine özgü niteliklerini dikkate alarak en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak süreleri hatta bazı kararlarında altı ay gibi çok kısa bir süreyi geçerlilik süresi olarak tespit etmişti³⁵. Türk Borçlar Kanunundaki açık düzenleme karşısında bundan böyle diğer koşulların gerçekleşmesi durumunda süresi iki yıla kadar olan rekabet yasağına ilişkin sözleşmeler geçerli sayılacak ve yasağın süresi, iş sözleşmenin sona ermesi ile başlayacaktır³⁶.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 445'inci maddesi de, 818 sayılı BK. m. 349'daki düzenlemeye paralel olarak sınırlamaların uygun sınırlamalar olmaları gerektiğini belirtmektedir³⁷. Uygunluk her somut uyuşmazlıkta hakim tarafından denetlenebilecektir. Yani bir başka ifade ile, hakim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda öngörüldüğü üzere, işverenin çıkarları ile işçinin durumunu karşılaştırarak, işçinin başka bir iş yapmak suretiyle ekonomik gelişmesini sağlayacak bilgisinin olup olmadığı, ücretinin miktarı, işçinin mesleki bilgisi, kabiliyeti, başka bir iş tutarak geçimini sağlayabilme ihtimali, iş sözleşmesinin süresi, iş pazarının durumu, işçinin yaşı ve ailevi durumu, işverenin mali edimleri gibi bütün verileri hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin kapsamını süre, bölge ve işin türü bakımından sınırlayabilecektir. Söz konusu uygunluk denetimi iş sözleşmesinin sona erme anı dikkate alınarak yapılacaktır³⁸.

Rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin yer açısından sınırlandırılması da büyük önem taşımaktadır. Bu anlamda rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerli olabilmesi koşullarından biri de, işçinin hangi coğrafi bölge içerisinde rekabetten kaçınmak zorunda olduğunun tespit edilmiş olmasıdır. Söz konusu coğrafi bölge makul bir sınırlamayı içermeli sadece işverenin korunmakta menfaati bulunan sahayı kapsamına almalıdır³⁹. Yani bir başka ifade ile, söz konusu coğrafi alan, hiçbir zaman işverenin

fiili olarak iş ilişkilerinin çevresini aşacak boyuta da ulaşamayacaktır⁴⁰. Yargıtay'ın 818 sayılı BK. döneminde yer açısından sınırlamaya ilişkin olarak vermiş olduğu, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelerin geçerli olmayacağı, ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabileceği, il sınırları ya da belli bir bölge ile sınırlandırmanın ancak işin niteliğine göre yerinde görülebileceği yönündeki kararları⁴¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından da kabul edilebilecektirler. Bu anlamda, her somut olayın kendine has nitelikleri dikkate alınarak yapılacak coğrafi bölgeye ilişkin sınırlamaların kapsamının tabi olacağı esaslar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından da aynen geçerli olacaktır.

818 sayılı Borçlar Kanunu rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin, işin türü açısından da sınırlandırılabilirliğini 349'uncu maddesinde, rekabet memnuniyetiişin nevi noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmiş ise muteberdir” diyerek belirtmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da, 445'inci maddesinde “rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez” diyerek aynı yönde bir koşul getirmektedir. Bu anlamda, rekabet yasağına ilişkin bir sözleşmenin geçerliliği için yasağın kapsamına her türlü faaliyetin değil, işyerinde yapılan işe ait faaliyetlerin ve işverenin yaptığı işlerin alınması gerektiği söylenebilecektir⁴². Yapılan sözleşmelerde faaliyet alanlarının çok geniş tutulması ve fiili çalışma alanını kapsamaması ve bunun sonucunda da rekabet yasağının alanının çok geniş kapsamlı olması durumunda hâkim hakkaniyete uygun olarak bunu da sınırlandırabilecektir⁴³. Ancak rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin niteliği itibarıyla, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverence girilen yeni faaliyet alanları, istisnai durumlar dışında, rekabet yasağının kapsamında yer almayacaklardır⁴⁴.

Bunun gibi, o işyerinde yapılmakla birlikte

işçinin hiçbir şekilde yürütmediği, içinde yer almadığı faaliyet alanlarına ilişkin rekabet yasağına ilişkin bir sözleşmenin de geçerliliğinden söz edilemeyecektir. Ancak işçinin doğrudan görevi olmamakla birlikte, bir iş sırrına vâkıf olması durumunda özellikle üst düzey yönetici işçiler açısından diğer koşullar mevcutsa rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerliliği söz konusu olabilecektir⁴⁵.

818 sayılı Borçlar Kanunu, rekabet yasağına ilişkin sözleşmede yer alan zaman, yer ve işin türü açısından getirilen sınırlamalara hakimin müdahale edip edemeyeceğine ilişkin bir hüküm getirmemesine karşın⁴⁶, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 445'inci maddesinin 2'nci fıkrasında hâkimin, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabileceğini belirtmiştir. Bu anlamda Kanundaki bu düzenleme uyarınca kapsam ve süre açısından aşırılığın bulunması durumunda sözleşmenin tamamının geçersizliği söz konusu olmayacak, hakim somut olayın kendine özgü niteliklerini göz önüne alarak gerekli sınırlamayı yapabilecek böylece işçinin de işverenin de menfaatlerini gözetebilecektir⁴⁷.

III-REKABET YASAĞINA İLİŞKİN SÖZLEŞME İLE YASAKLANABİLECEK FAALİYETLER

818 sayılı Borçlar Kanunu, rekabet sözleşmesinin konusunu oluşturacak olan faaliyetleri belirlemiştir. Nitekim BK. m. 348/1 “iş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapamamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede şerik veya sair bir sıfatla alâkadar olamamasını, şart edebilirler”. hükmünü içermektedir. Buna göre, 818 sayılı Borçlar Kanunu uyarınca, iş sözleşmesinin

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesi işçinin sadece kendi hesabına rakip bir işletme açmasını rekabet yasağına konu olabilecek bir faaliyet olarak göstermişse de, kanımızca işçinin kanuna karşı hile oluşturacak bir biçimde kendi adına değil ancak anlaşmalı olarak bir yakını adına bir işletme açması da rekabet yasağı kapsamına girecektir.

tarafı iş sözleşmesi sona erdikten sonra, işçinin kendi namına işveren ile rekabet edecek bir iş yapamamasını; rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede ortak veya başka bir sıfatla ilişkisinin olamamasını kararlaştırabilmektedirler.

Konuya ilişkin düzenleme içeren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesi ise, fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir." şeklinde bir hüküm içermektedir. Görüldüğü üzere Türk Borçlar Kanunu da 818 sayılı Borçlar Kanunundaki düzenlemeye paralel bir düzenleme getirmiştir. Bu anlamda, işçinin işverenle rekabet teşkil eden bir iş yapması, kendi hesabına rakip bir işletme açması, başka bir rakip işletmede çalışması veya bunların dışında rakip işletmeyle herhangi bir menfaat ilişkisine girişmesi rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin konusunu teşkil edebilecektir. Ancak bu tür kısıtlamaların yapılabilmesi aynı tür ürün ve hizmetin yapılması⁴⁸ ve bu ürün ve hizmetlerin aynı müşteri grubuna sağlanması koşullarının varlığına da bağlı olacaktır⁴⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun

444'üncü maddesi işçinin sadece kendi hesabına rakip bir işletme açmasını rekabet yasağına konu olabilecek bir faaliyet olarak göstermişse de, kanımızca işçinin kanuna karşı hile oluşturacak bir biçimde kendi adına değil ancak anlaşmalı olarak bir yakını adına bir işletme açması da rekabet yasağı kapsamına girecektir⁵⁰. Rakip bir işletmede çalışması ise, statüsü fark etmeksizin her ne sıfatla olursa olsun çalışmayı ifade edeceğinden rekabet yasağına ilişkin sözleşmeye konu olabilecektir.

444'üncü maddede yer alan, rakip işletmeyle herhangi bir menfaat ilişkisine girişmesi kavramı ise, oldukça geniş anlamlı bir kavramdır. Kanımızca bu kavram, işçinin rakip bir işletmeyle her türlü işbirliği ve beraberliğini hatta 818 sayılı BK.'nın 348'inci maddesinde açık olarak belirtilmesine rağmen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda açık olarak belirtilmemiş olan işçinin işverenle rekabet teşkil eden bir işi yapan işyerine/şirkete ortak olması durumunu dahi içermektedir. Kanımızca burada ortak olunacak şirketin türü, ortaklık hissesi vb. hususlar önem taşımayacak, bu durum rakip işletmeyle menfaat ilişkisi içine girilmesi olarak değerlendirilebilecektir. 444'üncü maddede rekabet yasağına ilişkin sözleşmeye konu olabilecek durumlar olarak gösterilen durumlar birbirinden bağımsız olup⁵¹, yapılacak sözleşme ile hepsi ya da bir kısmı rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin kapsamına alınabilecektir. Tarafların bu konuya ilişkin açık bir biçimde kararlaştırma yapmamaları durumunda, somut olayın özelliklerine göre doğruluk ve güven kurallarına göre bir tespit yapılması düşünülebilecek⁵², ancak kanımızca sözleşmede açık bir kararlaştırma yapılmaksızın sadece rekabet yasağından söz edilmesi durumunda, bu şekildeki genel yasağın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 444'deki durumları kapsadığı kabul edilebilecektir.

Rekabet yasağına ilişkin sözleşme şahsi nitelikli bir sözleşme olduğundan sözleşmede hangi tür faaliyet yasaklanırsa yasaklansın işçi açısından daima şahsen ifa edilebilir bir yükümlülük söz konusu olacak ve dolayısıyla, bu yükümlülüğün miras yoluyla intikali ya da bir başkasına devri mümkün olmayacaktır⁵³.

IV-REKABET YASAĞINA İLİŞKİN SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANIŞIN SONUÇLARI

818 sayılı BK.'nın 351'inci maddesinde rekabet yasağına aykırı davranışın sonuçlarına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Madde, "Rekabet memnuiyetine muhalif harekette bulunan işçi, bu muhalefet sebebi ile eski iş sahibinin düşar olduğu zararları tazmin ile mükelleftir. Memnuiyete muhalif hareket hakkında cezai şart konulmuş ise, işçi, kaide-ten meşrut ceza miktarını tediye ile memnuiyeten kurtulabilir. Fakat zarar bu miktarı mütecaviz ise, fazlasını da tazmin ile mükellef olacak ve işçinin hareketi tarzı ve ihlal veya tehdit edilen menfaatlerin ehemmiyeti haklı gösteriyorsa ve tahriri bir mukavele ile sarahaten bu hak muhafaza edilmiş ise, iş sahibi, müstesna olarak meşrut olan cezanın tediyesinden ve onu mütecaviz olan zararın tazmininden başka muhalefetin menini de talep edebilir." hükmünü içermektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da aykırı davranışların sonuçları başlıklı 446'ncı maddesinde, 818 sayılı BK.'nın 351'inci maddesi ile aynı içerikte bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlü olacaktır. Yasağı aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilecek; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorunda olacaktır. Diğer yandan, işveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağı aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilecektir.

Görüldüğü üzere, rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükümlerine aykırı bir davranışta bulunan işçi, 446'ncı madde uyarınca bunun sonuçlarına katlanmak zorunda olacaktır. Buna göre, rekabet yasağına ilişkin sözleşme

hükümlerine aykırı bir davranışta bulunan işçi, ortaya çıkacak olan zararı tazmin etmekle; eğer cezai şart kararlaştırılmış ise bunu ödemekle ve koşulları varsa sözleşmeyi ihlal etmiş olduğu faaliyetini sona erdirmekle yükümlü olacaktır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da ilgili maddelerinde tek taraflı bir rekabet yasağına ilişkin sözleşmeye ilişkin hükümler getirmektedir. Bu anlamda 446'ncı madde de düzenlenen sonuçlar sözleşmenin işçi tarafından ihlaline ilişkindir. Bu yüzden, işveren için de bir karşı edimin kararlaştırıldığı rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerde, işverenin sözleşmeyi ihlalinde bu maddenin uygulanması söz konusu olmayacak, genel hükümler uyarınca uyuşmazlık çözümlenecektir⁵⁴.

818 sayılı BK. uygulamasında olduğu gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uygulamasında da, işçinin rekabet yasağına ilişkin sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunması üzerine ortaya çıkacak zararı tazmin etmesi söz konusu olduğunda, bu durum borca aykırılık olarak değerlendirilecek ve tazminat talebinin dikkate alınabilmesi için, zarar, hukuka aykırılık, uygun illiyet bağı ve kusur gibi haksız fiil sorumluluğu için gerekli olan şartlar aranacaktır⁵⁵. Buna göre, işçiden söz konusu zararın tazminat olarak talep edilebilmesi için işverenin rekabet yasağı sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edildiğini, ortaya bir zarar çıktığını ve ihlal ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunduğunu ispat etmesi gerekecektir⁵⁶. Buna karşın, genel hükümler uyarınca işçinin, sözleşmeye aykırı davranışta bulunmakta kusurlu bulunmadığını ispat etmesi suretiyle sorumluluktan kurtulması da mümkün olabilecektir⁵⁷.

Diğer yandan, rekabet yasağına ilişkin sözleşme cezai şart hükmü içeriyorsa, işveren genel hükümler uyarınca ancak, zararın cezai şartı aşan kısmını işçinin kusurunu ispatlaması koşulu ile talep edebilecektir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 180'inci maddesi uyarınca alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe

444'üncü maddede rekabet yasağına ilişkin sözleşmeye konu olabilecek durumlar olarak gösterilen durumlar birbirinden bağımsız olup, yapılacak sözleşme ile hepsi ya da bir kısmı rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin kapsamına alınabilecektir.

aşan miktarı isteyemeyecektir⁵⁸. Bu kapsamda, işverence talep edilebilecek zarar müsbet zarar olacaktır yani, işverenin uğramış olduğu zarar yanında, kâr kaybı istenebilecektir⁵⁹. Kanımızca zararın ödenmesi ile yasak kalkacaktır⁶⁰.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, rekabet yasağına ilişkin sözleşmede aynı zamanda cezai şartla ilişkin bir düzenleme de mevcut olabilmektedir. Rekabet yasağına ilişkin sözleşmede cezai şartın muaccel olabilmesi için, borca aykırı davranılmış olması yeterli olacaktır. Cezai şartın fahiş olması durumunda hakim genel hükümler uyarınca cezai şart tutarını kendiliğinden indirebilecektir (6098 sayılı TBK. 182/son)⁶¹.

Bilindiği üzere, cezai şart, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimi ifade etmektedir⁶². 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 351'inci ve aynı yönde düzenlemeyi içeren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 446'ncı maddeleri, genel hükümlerde düzenlenen cezai şart uygulamasından farklı bir esas getirmiştir⁶³. Buna göre, yasağa aykırı davranış bir cezai şart koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilecek; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorunda olacaktır.

Yani bir başka ifade ile 818 sayılı BK.'da olduğu gibi, 6098 sayılı TBK. uyarınca da, rekabet yasağı sözleşmelerinde cezai şartın kararlaştırılması durumunda, genel hükümlerin aksine işçi tespit edilen cezai şart tutarını

ödemek suretiyle sözleşme ile bağılıktan kurtulabilecektir (m. 446/2). Oysa genel hükümler uyarınca, bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir cezai şart kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılacakça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilecektir⁶⁴. Cezai şart, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış ise alacaklı, hakından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilecektir. Ancak borçlunun, kararlaştırılan cezai şartı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklı olacaktır (6098 sayılı TBK).

Görüldüğü üzere, 446'ncı maddede yer alan bu düzenleme rekabet yasağına ilişkin sözleşmelere özgü özel bir düzenlemedir. Ancak Kanunda da belirtildiği üzere, rekabet yasağına ilişkin sözleşmeye konulacak bir hüküm ile işçinin cezai şart tutarını ödeyerek sözleşmeden kurtulabilmesinin önüne geçilmesi, diğer koşulların bulunması şartı ile mümkündür.

Diğer yandan; işveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de talep edebilecektir. Görüldüğü üzere böyle bir talep hakkı ancak, sözleşmede açıkça saklı tutulmuş olması koşuluna bağlanmıştır. Rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin geçerlilik şartı olması sebebiyle yazılı yapılmış olması, doğrudan işverene böyle bir hak vermeyecektir. Maddede açıkça belirtildiği üzere yasağa aykırı davranışa son verilmesini talep hakkının ayrıca saklı tutulması gereklidir. Zaten böyle bir hakkın saklı tutulmuş olması durumunda muhtemelen bu hakkın yanında, işçinin cezai şart tutarını ödeyerek sözleşmeden kurtulabilmesinin önüne geçilmesini sağlayan bir düzenleme de sözleşmeye konulmuş olabilecektir. Madde metninden de çok net anlaşıldığı üzere, rekabet yasağına ilişkin sözleşmede işverenin işçinin

sözleşmeyi ihlal davranışını sona erdirmesine yönelik talebinin dikkate alınabilmesinin sözleşmede cezai şart bulunup bulunmaması ile bir ilgisi bulunmamaktadır⁶⁵.

V- REKABET YASAĞINA İLİŞKİN SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin sona ermesi 818 sayılı BK.'nın 352'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, rekabet memnuniyetinin bakasında iş sahibinin hakiki menfaati bulunmadığı sabit olursa, bu memnuniyet nihayet bulacaktır. Diğer yandan, iş sahibi işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş yahut, iş sahibinin feshi haklı gösteren bir kusuru dolayısıyla akit işçi tarafından feshedilmiş ise, işçi aleyhine memnuniyete muhalefetinden dolayı dava ikame edilemeyecektir. Konuya ilişkin aynı yönde bir düzenleme içeren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 447'nci maddesi uyarınca da, rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse ve sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, sona erecektir. Görüldüğü üzere, 818 sayılı BK. m. 352 ve TBK. m. 447 oldukça yakın düzenlemeler içermektedirler.

Diğer yandan, 6098 sayılı TBK. m. 445'e uygun olarak en çok iki yılı kapsayacak şekilde yapılan bir rekabet yasağına ilişkin sözleşme iş sözleşmesinin sona ermesi tarihinden itibaren, sözleşmede belirtilen sürenin geçmesi ile de kendiliğinden sona erecektir⁶⁶. Yine bunun gibi işçinin ölümü halinde de rekabet yasağı sözleşmesi sona erecektir⁶⁷. İşverenin ölümü ise, rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiren bir durum olmayacaktır. Ancak, genel kural bu olmakla beraber taraflar sözleşmede aksini kararlaştırabilecekler ya da sözleşmede rekabet şartı yalnızca işverenin şahsı dikkate alınarak yapılmışsa işverenin ölümü ile birlikte rekabet yasağı sözleşmesi de sona erecektir⁶⁸. Bu haller dışında, iş sözleşmesi devam ederken ya da iş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağına ilişkin sözleşme devam ederken tarafların anlaşmaları halinde rekabet yasağına

ilişkin sözleşmenin sona erdirilmesi de her zaman mümkün olacaktır.

818 sayılı BK.'nın 352'nci ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 447'nci maddelerindeki düzenleme dikkate alındığında, rekabet yasağına ilişkin bir sözleşmenin işverenin önemli bir menfaatinin kalmaması ya da bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmesi durumlarında sona ereceği anlaşılmaktadır. 818 sayılı BK. m.352 "önemli bir menfaat kalmaması", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 447 ise, "gerçek bir yararının olmadığı belirlenmesi" ifadelerini kullanmaktadır. Yani rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin yapılması aşamasında bu anlamda bir menfaat, yarar olmadığı takdirde sözleşmenin geçersizliğinden söz edilebilecekken⁶⁹, başlangıçta önemli bir menfaat-yarar bulunmasına karşın, zaman içerisinde bu menfaat-yarar ortadan kalkarsa, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin sona ermesi söz konusu olacaktır⁷⁰. Bu anlamda, rekabet yasağı kapsamında içerisinde yer alan bazı bilgilerin sır olma vasfını kaybetmesi, işverenin rekabet yasağı konusuna giren faaliyet alanını terk ederek başka bir alanda faaliyet göstermeye başlaması, işletme merkezinin müşteri çevresinde bir değişiklik meydana getirecek bir biçimde başka bir yere nakli, işçinin faaliyetleri sonucu işverenin zarar görme ihtimalinin ortadan kalkmış olması gibi durumlar, işverenin önemli bir menfaati-yararı kalmaması sebebiyle rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin sona ermesine sebep olabilecektir⁷¹.

Diğer yandan, 818 sayılı Borçlar Kanunu ve ona paralel hükümler içeren 6098 sayılı TBK hükümleri uyarınca, rekabet yasağına ilişkin sözleşmeler iş sözleşmesinin feshediliş biçimine bağlı olarak da sona erebileceklerdir. Buna göre, öncelikle haklı bir sebep olmaksızın iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda rekabet yasağı sona erecektir. Yani bir başka ifade ile, iş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İK.'nın 17-18-19'uncu maddeleri uyarınca, geçerli bir sebebe dayanılarak veya dayanılmaksızın feshedilmesi durumlarında rekabet yasağına ilişkin sözleşme sona erecektir.

Kanımızca madde hükmünden anlaşılacağı üzere, rekabet yasağı sözleşmesinin devam edeceği, işveren tarafından yapılacak tek fesih hali iş sözleşmesinin işverence İK.'nın 25'inci maddesine dayanılarak yapılması olacaktır. Buna göre, işveren iş sözleşmesini ancak İK. m. 25 uyarınca sağlık sebepleri; ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri; zorlayıcı sebepler ya da işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17'nci maddedeki bildirim süresini aşması sebeplerine dayanarak feshederse, rekabet yasağına ilişkin sözleşme sona ermeyecektir.

818 sayılı BK. m. 352/2'de işverenin "işçinin feshi muhik gösterecek bir kusuru yok iken akdi feshetmiş" olması durumunda rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği öngörülmüş olduğundan, doktrinde bu düzenlemenin "işçinin sorumlu olduğu haklı bir neden yokken" biçiminde algılanabileceği ancak, buradaki haklı sebebin ille de teknik anlamda bir haklı neden olması gerekmeyeceği⁷², dolayısıyla iş güvencesi anlamında bir "geçerli neden" in de "işçinin sorumlu olduğu bir durum" olarak değerlendirilerek, aynı sonucu doğuracağı ifade edilmiştir.

Ancak kanımızca Türk Borçlar Kanunu'nun 446'ncı maddesinde kullanılan haklı bir sebep olmaksızın iş sözleşmesinin feshi ifadesi, uygulamada büyük önem taşıyan haklı sebep-geçerli sebep ayrımı⁷³ dikkate alındığında kasıtlı olarak kullanılmış, sadece işverence yapılan haklı sebeple bildirimsiz fesih hallerinde rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin devam edeceğini belirtmeyi amaçlamıştır. Buna karşın örneğin yetersizlik, ekonomik kriz, sık sık işe geç gelme, baskı feshi, değişiklik feshi, işçinin ücretine sık sık haciz gelmesi, işçinin sık sık telefonla konuşması, interneti bilgisayarı özel amaçlı kullanması gibi iş ilişkisini temelden sarsmayan geçerli sebeplere dayalı olarak yapılan bir işveren feshinde rekabet yasağına ilişkin sözleşme sona erecektir. Yani bir başka ifade ile, bir işe iade davasında geçerli sebep sayılabilecek bir durum, kanunda ifade edilen haklı sebeple bir tutulduğunda işçi aleyhine sonuçlar doğabilecektir. Örneğin, baskı feshi ya da şüphe feshi, çalışanlar arasındaki gönül

ilişkileri, işletme ve işin gerekleri sebebi ve emeklilik yaşının gelmiş olması durumlarının birleşmesi gibi durumlar geçerli sebep sayılmasına rağmen böyle bir durumda rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin devam edeceğini düşünmek kanımızca hakkaniyete uygun olmayacaktır. Kanımızca her somut olayda hakim tarafından bu hususa ilişkin ciddi bir denetim yapılması gerekecektir. Ancak, geçerli sebep sayılacak sebebin işçi tarafından kasıtlı olarak yaratıldığı tespit edilebiliyorsa, bu durumda rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin devamından söz edilebilecektir.

Bunun gibi, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebeple feshedilmesi durumunda (örn. sağlık ve tutukluluk gibi) bile, şayet işçinin burada hiçbir kusuru bulunmuyorsa, bu hususun hâkim tarafından dikkate alınabileceği, zaten beklenilmeyen bir durum nedeniyle çalışma ve kazanç sağlama açısından problemi olan işçiyi bir kez de rekabet yasağı ile karşı karşıya getirmenin de hakkaniyet düşüncesine çok fazla uymayacağı görüşü 6098 sayılı TBK. döneminde de dile getirilebilecektir⁷⁴.

Diğer yandan iş sözleşmesi işçi tarafından feshedildiğinde ise, fesih işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından yapılıyorsa rekabet yasağına ilişkin sözleşme sona erecek aksi takdirde devam edecektir. Yani iş sözleşmesinin İK. m. 17 uyarınca işçi tarafından feshedilmesi yani istifa hallerinde rekabet yasağına ilişkin sözleşme devam edecektir.

Bununla birlikte feshin işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından yapılması durumunda işçinin rekabet yasağından kurtulabilmesi için, sözleşmeyi işverenden kaynaklanan bir nedenle haklı olarak sona erdirildiğini ispat etmesi gerekmektedir⁷⁵. Maddedeki açık ifade karşısında, işçinin iş sözleşmesini feshetmesinde İK. m. 24 uyarınca haklı sebep bulunsa da, sözleşmenin haklı nedenle feshi için söz konusu olan nedenler işverenin kusuruna bağlanamıyorsa, yani sebep işverene yüklenemiyorsa rekabet yasağı da sona ermeyecek ve devam edecektir. Buna göre de İş K. m. 24/I ve III'de düzenlenmiş bulunan haklı fesih nedenlerinin varlığı halinde, işverenin kusuru söz konusu olmayacağı için rekabet yasağına

ilişkin sözleşmesinin devam ettiğinin kabulü gerekecektir⁷⁶.

SONUÇ

Bir işletmede çalışan bir işçinin aynı sektörde başka bir işletmeye transfer olmasını ve bilgi, beceri, müşteri bilgilerini orada kullanmasını önlemek amacıyla, işverenler tarafından iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olacak şekilde rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin yapılması hususunda 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelere paralel olarak, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan ve bu tarih itibarıyla de 818 sayılı Borçlar Kanunu'nu yürürlükten kaldıracak olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da çeşitli düzenlemeler içermektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer alan esaslara benzer esaslar getirmekle birlikte, bazı noktalarda 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki esaslardan ayrılarak, farklı düzenlemeler içermektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan "işçi işverene karşı rekabetten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilecektir." ifadesi, bu tür bir üstlenme ile sadece işçinin işverene karşı rekabetinin yasaklanabileceğinin, buna karşılık işverenin de işçi ile rekabet edici davranıştan kaçınmasını içeren bir şartın bu madde kapsamında düzenlenemeyeceğini açıkça ifade etmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde de ifade edildiği üzere, işverenin de işçi ile rekabetini yasaklayan bir sözleşme genel hükümler çerçevesinde tabii ki yapılabilecek ancak bu sözleşmenin dayanağı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde m. 444 olmayacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da "Rekabet Yasağı" ana başlığı altında 444'üncü maddesinde rekabet yasağının koşullarını belirlemiştir. Buna göre, fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebi-

lecektir. Madde uyarınca, rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olacaktır (m. 444/2).

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin yapılabilmesi için ehliyetten söz etmemesine, sadece reşit olma şartını aramasına karşın, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu işçinin fiil ehliyetine sahip olması koşulunu aramaktadır.

Rekabet yasağına ilişkin anlaşmaların yapılmalarının temel amacının, bir işletmede çalışan bir işçinin aynı sektörde başka bir işletmeye transfer olmasını ve bilgi, beceri ve müşteri bilgilerini orada kullanmasını önlemek olması sebebi ile, bu tür bir anlaşmanın geçerli sayılabilmesinin en önemli koşulu, işveren açısından bu tarz bir tehdidin bulunmasıdır. Bu esastan hareket eden kanun koyucu 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda hangi durumların varlığında bu tür bir riskin olduğunu ve rekabet yasağına ilişkin bir anlaşmanın geçerli olabileceğini belirtmiştir. Ancak her iki Kanunda yer alan bu konuya ilişkin esaslar karşılaştırıldığında bazı benzerliklerin bulunması yanında farklılıkların da olduğu görülmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348'inci maddesinin 2'nci fıkrası dikkate alındığında, rekabet yasağına ilişkin bir sözleşmenin geçerliliği için, doktrinde aksi ifade edilse de, işçinin işverenin müşterilerini tanıma; iş sırlarına nüfuz etme ve bu durumlar sebebi ile işverenin de önemli ölçüde zarara uğraması ihtimalinin bir arada bulunması gerektiği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Söz konusu fıkranın yarattığı tereddütlü durumu ortadan kaldıran, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444/2 maddesi ise; rekabet yasağı kaydının geçerliliği için, hizmet ilişkisinin işçiye müşteri çevresi, üretim sırları ve işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânını sağlıyor olması ihtimallerini bir arada aramamaktadır. Zira maddedeki açık anlatım uyarınca, sözü edilen bu ihtimallerden sadece bir tanesinin olması ve bu durumun

kullanılmasının, işverene önemli ölçüde zarar verebilecek nitelikte bulunması, artık te reddütsüz bir şekilde rekabet yasağına ilişkin anlaşmanın geçerli sayılması için yeterli olacaktır.

Diğer yandan, 818 sayılı BK. rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin zaman, yer ve konu açısından sınırlandırılması gerektiğini genel anlamda öngörmesine karşın, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise, 445'inci maddesinde rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerin zaman, yer ve konu açısından sınırlandırılmasına ilişkin daha somut düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içermeyecek ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacaktır.

Bununla birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanunu, rekabet yasağına ilişkin sözleşmede yer alan zaman, yer ve işin türü açısından getirilen sınırlamalara hakim mütahale edip edemeyeceğine ilişkin bir hüküm getirmemesine karşın, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 445'inci maddesinin 2'nci fıkrasında hâkimin, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabileceğini belirtmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444'üncü maddesi ise, fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir." şeklinde bir hüküm içermektedir. Kanımızca bu kavram, işçinin rakip bir işletmeyle her türlü işbirliği ve beraberliğini hatta 818 sayılı BK.'nın 348'inci maddesinde açık olarak belirtilmesine rağmen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda açık olarak belirtilmemiş olan işçinin işverenle rekabet teşkil

eden bir işi yapan işyerine/şirkete ortak olması durumunu dahi içermektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu ve ona paralel hükümler içeren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca, rekabet yasağına ilişkin sözleşmeler iş sözleşmesinin feshediliş biçimine bağlı olarak da sona erebileceklerdir. Buna göre, öncelikle haklı bir sebep olmaksızın iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda rekabet yasağı sona erecektir. Yani bir başka ifade ile, iş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İK.'nın 17-18-19'uncu maddeleri uyarınca, geçerli bir sebebe dayanılarak veya dayanılmaksızın feshedilmesi durumlarında kural olarak rekabet yasağına ilişkin sözleşme sona erecektir. Zira kanımızca, bir işe iade davasında geçerli sebep sayılabilecek bir durum, kanunda ifade edilen haklı sebeple bir tutulduğunda işçi aleyhine sonuçlar doğabilecektir. Ancak genel kural bu olmakla birlikte, kanımızca her somut olay hakim tarafından ciddi bir denetime tabi tutularak geçerli sebep sayılacak sebebin işçi tarafından kasıtlı olarak yaratıldığı tespit edildiği takdirde, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin devamından söz edilebilecektir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin devam edeceği, işveren tarafından yapılacak tek fesih hali iş sözleşmesinin işverence İK.'nın 25 inci maddesine dayanılarak yapılması olacaktır. Ancak bu durumda dahi, işçinin burada hiçbir kusuru bulunmuyorsa, bu hususun hâkim tarafından dikkate alınabileceği ve rekabet yasağının sona erebileceği ifade edilebilecektir. Diğer yandan iş sözleşmesi işçi tarafından feshedildiğinde ise, fesih işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından yapılıyorsa rekabet yasağına ilişkin sözleşme sona erecek, aksi takdirde devam edecektir.

DİPNOTLAR

- 1 DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir Ocak 2009, s. 132.
- 2 RG. 08.05.1926, No: 366.
- 3 RG. 04.02.2011, No: 27836.
- 4 ORSINI, Chiara F., Protecting an Employer's Human Capital: Covenants Not to Compete and the Changing Business

- Environment, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 62, 2000; UŞAN, Fatih; İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, MERCEK, Nisan 2005, s. 100.
- 5 Rekabet yasağına ilişkin hükümlerinin, işçiyi korumak amacıyla getirilmiş özel düzenlemeler olmaları nedeniyle, diğer rekabet yasaklarında uygulanamayacağı yönünde bkz. SOYER, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK. m. 348-352), Ankara 1994, s. 11.; AKYİĞİT, Ercan, İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, C. 2, S. 6-7, Ocak 1991, s. 8.
- 6 SOYER, s. 25; UŞAN, s. 107.
- 7 AYİTER, s. 464; SOYER, s. 26; AKYİĞİT, s. 8.
- 8 SAYMEN, Ferit Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 485; UŞAN, s. 49.
- 9 SOYER, M. Polat; Olay ve Görüş: İşverenin Değişmesi-Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 371-372.
- 10 SOYER, s. 18; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 2. Bası İstanbul 1999; SOYER, s. 18 dn. 70; AYİTER, Nurşin, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Arsebük'e Armağan, Ankara 1958, s. 464; YAVUZ, s. 421; KÖSEOĞLU, Haluk; Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Memnuiyeti, ABD., s. 6, 1968, s. 983; Aksi görüş için bkz.: AKYİĞİT, s. 9.
- 11 UŞAN, s. 101; Yarg. 9. HD. 13.9.1999, 11359/12864; EKONOMİ, Münir, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2001, s. 30-31.
- 12 AYİTER, s. 466; YAVUZ, s. 421.
- 13 RG. 08.12.2001, No: 24607.
- 14 AKI, Erol; Hukukun Temel Kavramları, 8. Bası, İzmir 2007, s. 87; ZEVLİLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla; Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, İzmir, Temmuz 2008, s. 196.
- 15 UŞAN, s. 102 ; AYİTER, s. 466.
- 16 AYİTER, s. 470; SOYER, s. 42; AKYİĞİT, s. 11; YAVUZ, s. 423.
- 17 SÜZEK, s.292; UŞAN, s. 102; TUNCAY, s.1066.
- 18 ŞAHLANAN, Fevzi; Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları (karar incelemesi), Tekstil işveren dergisi, S. 330, Temmuz 2007, s. 3; SOYER, s. 49.
- 19 UŞAN, s. 102.
- 20 Yarg. 9. HD. 24.12.2009 t. E.2009/26954, K. 2009/36971; Yarg. 9. HD. 13.06.2008 t. E.2007/19368, K. 2008/15558; Yarg. 9. HD. 23.05.2006 t. E. 2006/6891, K. 2006/15193; Yarg. 9. HD. 08.06.2004 t. E. 2004/18581, K. 2004/14299.
- 21 UŞAN, s. 103.
- 22 SOYER, s. 50-52; UŞAN, s. 103.
- 23 UŞAN, s. 103.
- 24 Yarg. 11. HD. 21.01.2010 t. E. 2009/12093, K. 2010/640.
- 25 AKYİĞİT, s. 11; UŞAN, s. 103.
- 26 YAVUZ, s. 422; SOYER, s. 57; UYGUR, s. 642; UŞAN, s. 103; Aksi görüş: AYİTER, s. 470.
- 27 UŞAN, s. 103.
- 28 Yarg. 9. HD., 6.7.1999, 8262/12073; EKONOMİ, Münir; Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2001, s. 30-31; ESEN, s. 212.
- 29 Yarg. 9. HD., 14.3.2000, 522/2892; GÜNAY, Cevdet İlhan; Cezai Şart (BK. m. 158-161), Ankara 2002, s. 81 dn. 272.
- 30 UŞAN, s. 104.
- 31 Yarg. 9. HD. 24.12.2009 t. E.2009/26954, K. 2009/36971; Yarg. 9. HD. 13.06.2008 t. E.2007/19368, K. 2008/15558.
- 32 Yarg. 9. HD. 24.12.2009 t. E. 2009/26954, K. 2009/36971; Yarg. 9. HD. 13.06.2008 t. E. 2007/19368, K. 2008/15558.
- 33 Yarg. 9. HD. 24.12.2009 t. E. 2009/26954, K. 2009/36971; Yarg. 9. HD. 13.06.2008 t. E. 2007/19368, K. 2008/15558.
- 34 DÖNMEZ, s. 237; UŞAN, s. 104.
- 35 Yarg. 9. HD. 18.5.1999 t. E. 1999/5784, K. 1999//9049; EKMEKÇİ, Ömer; Ferdi iş ilişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1999, s. 74. Yarg. 9. HD., 06.07.1999 t., E. 1999/8262 K. 1999/12073; EKONOMİ; 1999 Yılı Emsal Kararları, s. 30-31; EKMEKÇİ, s. 69.
- 36 SOYER, s. 65.
- 37 UŞAN, s. 104; TUNÇOMAĞ; Türk İş Hukuku, s. 526.
- 38 UŞAN, s. 104.
- 39 UŞAN, s. 104; AYİTER, s. 472.
- 40 SOYER, s. 66; EKMEKÇİ, s. 72.
- 41 Yarg. 9. HD. 24.12.2009 t. E. 2009/26954, K. 2009/36971; Yarg. 9. HD. 13.06.2008 t. E. 2007/19368, K. 2008/15558.
- 42 AKYİĞİT, s. 67; UŞAN, s. 105; DÖNMEZ, s. 238.
- 43 Yarg. 9. HD. 13.09.1999 t. E. 1999/11359, K. 1999/12864; EKONOMİ; 1999 Yılı Emsal Kararları, s. 31.
- 44 UŞAN, s. 247.
- 45 UŞAN, s. 247; UŞAN, s. 105.
- 46 Bu dönemdeki konu ile ilgili görüşler için bkz. UŞAN, s. 105.
- 47 Bkz. SOYER, s. 73; UŞAN, s. 105.
- 48 UŞAN, s. 106.
- 49 TUNÇOMAĞ; Türk İş Hukuku, s. 523; UŞAN, s. 106; AYİTER, s. 471.
- 50 UŞAN, s. 106.
- 51 UŞAN, s. 255; UŞAN, s. 106.
- 52 SOYER, s. 29.
- 53 SOYER, s. 29.
- 54 Ayrıntılı bilgi için bkz. UŞAN, s. 107 vd.; SOYER, s. 90-91; AYİTER, s. 474.
- 55 UŞAN, s. 108; DÖNMEZ, s. 244 vd.
- 56 TUNÇOMAĞ; Türk İş Hukuku, s. 528; DÖNMEZ, s. 244; UŞAN, s. 108; SOYER, s. 77-78.
- 57 UŞAN, s. 108; TUNÇOMAĞ; Türk İş Hukuku, s. 528.
- 58 818 sayılı BK. m. 159/2 "Şart olunan ceza miktarından fazla zarara düşürülen alacaklı, borçlunun bir kusuru olduğunu ispat etmedikçe fazlasını isteyemez."

- 59 UŞAN, s. 108; SOYER, s. 78; AYİTER, s. 475.
- 60 Aksi görüş SOYER, s. 77, dn. 3.
- 61 818 sayılı BK. m.161/son "Hakim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir."
- 62 TUNÇOMAĞ; Cezai Şart, s. 4-6; GÜNAY, Cezai Şart, s. 4-8; UŞAN, s. 108; SOYER, M. Polat; Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Kamu-İş, C. 5, S. 3, Nisan 2000, s. 363 vd.
- 63 Bkz. GÜNAY; Cezai Şart s. 40; UŞAN, s. 108.
- 64 818 sayılı BK. "İcra ile eda arasındaki münasebet" m.158 "Akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir. Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyan etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun. Borçlunun, cezai şartı tediye ile akitten rücu etmek hakkını ispat edebilmek salahiyeti mahfuzdur.
- 65 SOYER, s. 86; UŞAN, s. 110; Aksi görüş için bkz. AYİTER, s. 474-475; TUNÇOMAĞ, Türk İş Hukuku, s. 528.
- 66 SOYER, s. 93; AKYİĞİT, s. 18; TUNÇOMAĞ, s. 530.
- 67 SOYER, s. 93; AKYİĞİT, s. 18; AYİTER, s. 477; UŞAN, s. 110.
- 68 AYİTER, s. 477; UŞAN, s. 110.
- 69 AKYİĞİT, s. 16; UŞAN, s. 110.
- 70 UŞAN, s. 110.
- 71 SOYER, s. 94, dn. 120-123; AKYİĞİT, 16; UŞAN, s. 110.
- 72 UŞAN, s. 111.
- 73 KESER, Hakan; 4857 Sayılı İK. ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2010, s. 38 vd.
- 74 SOYER, s. 103; UŞAN, s. 112.
- 75 TUNÇOMAĞ, s. 531; AKYİĞİT, s. 17; UŞAN, s. 113.
- 76 ESEN, s. 214 ;UŞAN, s. 113.

KAYNAKLAR

- AKI, Erol; Hukukun Temel Kavramları, 8. Basım, İzmir 2007.
- AKYİĞİT, Ercan; İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, C. 2, Ocak 1991.
- AYİTER, Nurşin; Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Arsebük'e Armağan, Ankara 1958.
- DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, Ocak 2009.
- DÖNMEZ, Kazım Yücel; İşçinin Borçları, Ankara 2000.
- EKMEKÇİ, Ömer; Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem

Tazminatı Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1999.

- EKONOMİ, Münir; Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Emsal Kararları, Ankara 2001.
- ESEN, Güven; Bireysel İş Hukukunun Temel Kavramları, İşletmelerde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İnsangücü Yönetimi, C. 1, Kitap 1, İstanbul 1985.
- GÜNAY, Cevdet İlhan; Cezai Şart (BK. m. 158-161), Ankara 2002.
- KESER, Hakan; 4857 sayılı İK. ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2010.
- KÖSEÖĞLU, Haluk; Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Memnuiyeti, ABD., S. 6, 1968.
- ORSINI, Chiara F.; Protecting an Employer's Human Capital: Covenants Not to Compete and the Changing Business Environment, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 62, 2000.
- SAYMEN, Ferit Hakkı; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- SOYER, M. Polat, Olay ve Görüş: İşverenin Değişmesi-Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir 2001.
- SOYER, M. Polat; Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK. m. 348-352), Ankara 1994.
- SOYER, M. Polat; Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu, Kamu-İş, C. 5, S. 3, Nisan 2000.
- ŞAHLANAN, Fevzi; Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, S. 330, Temmuz 2007.
- TUNCAY, A. Can; Hukuki Yönden Basında İşçi-İşveren ilişkileri, İstanbul 1989.
- TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut; İş Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 1999.
- TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk İş Hukuku, C. 1, 2. Bası, İstanbul 1975.
- UŞAN, M. Fatih; İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003.
- UŞAN, M. Fatih; İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, MERCEK, Nisan 2005.
- UYGUR, Turgut; Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç ilişkileri, C. 5, Ankara 1993.
- YAVUZ, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2002.
- ZEVLİLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla; Medeni Hukuk, Temel Bilgiler, İzmir, Temmuz 2008.

YENİ YAYINLAR

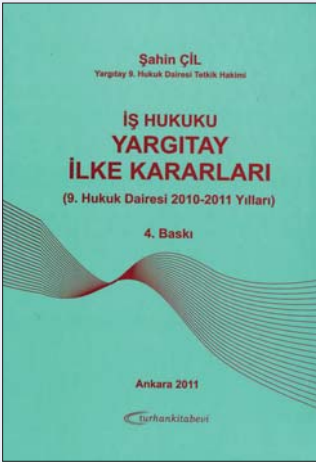


Prof. Dr. Melda Sur tarafından hazırlanan **“İş Hukuku Toplu İlişkiler”** kitabının güncellenmiş 4. Baskısı 2011 Ağustos tarihinde yayımlanmıştır.

Toplu iş ilişkilerini düzenleyen 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, kabul edildikleri 1983 yılından bu yana uğradıkları muhtelif değişikliklerle, halen yürürlüktedir. Son yıllarda bu kanunları yeniden düzenleyen değişik tasarılar hazırlanmışsa da, hiçbiri yasalaşmamıştır. Buna karşılık 2010 yılında Anayasamızın sendikal haklara, özellikle grev hakkına ilişkin maddelerinde uğradığı değişiklikler ilerideki yasama faaliyetlerini de muhtemelen etkileyecektir.

Öğrencilerin yararlanacağı bir araç olarak hazırlanan bu kitabın, aynı zamanda tarihi gelişmelere ve yargı kararlarına yer verilerek araştırmacı ve uygulamacılar için de bir kaynak niteliği taşıması amaçlanmıştır.

İş hukuku ve toplu ilişkilerin önemini anlattığı giriş bölümünden sonra sırasıyla; “Sendikalar Hukuku”, “Toplu İş Sözleşmeleri” ve “Toplu İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları”, başlıklı üç ana bölümden oluşmaktadır.



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil tarafından hazırlanan **“İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları)”** adlı eserin 4. baskısı, Ekim 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserde ağırlıklı olarak 2010 ve 2011 yıllarına ait Yargıtay’ın ilke kararlarına yer verilmiş olup, daha önceki yıllara ait bazı kararlar da ilke kararlarının gelişiminin izlenmesi bakımından okuyucuya sunulmuş ve yaklaşık 30.000 karar arasından yol gösterici özelliği olanlar seçilerek, 167 başlık ve alt başlık altında sıralanmıştır.

Kararların dizininde İş Kanunu madde sistematigi gözetilmiştir. Ardından 1475 sayılı Yasa, Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanunu, İcra İflas Kanunu, Deniz İş Kanunu ve diğer konularda ilke kararları sistematik olarak eklenmiştir.

Kitabın sonundaki kavram indeksi ise bir konunun derinlemesine araştırılması gerektiğinde daha çok karara ulaşılmasına imkân sağlamaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinde 2008 yılından itibaren kurumları ve kavramları derinlemesine ele alan sonuç kısmında, somut olaya dair bilgilerin yer aldığı kararlar verilmeye başlanmıştır. Bu tarihten itibaren kararlarda dayanak olarak gösterilen yasalarda bazı değişiklikler yapıldığı ve çalışma hayatında bazı ilkelerin kötüye kullanımına rastlandığı için ilke kararlarında değişikliğe gidilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Söz konusu değişikliklerin değerlendirilmelerine kitapta yer verilmiştir.

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış

I. Giriş

Yeni Borçlar Kanunu'nda, sadece Borçlar Kanunu kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm çalışanları da etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir. Ancak, kanun koyucu çağdaş iş hukukunun gelişim çizgisini yakalayamamış, bizim iş hukukumuzda göre geri olan İsviçre Hukukundan gereksiz yere fazlasıyla etkilenmiştir. Yapılan düzenlemeler, iş kanunları kapsamı dışında kalan işçiler bakımından "iyileştirme" olarak nitelendirilebilir. Ancak Borçlar Kanunu hükümleri, genel kanun olması dolayısı ile İş Kanunu kapsamındaki işçileri de etkilemektedir. Özellikle bu işçiler bakımından sorunlar karşımıza çarpıcı biçimde çıkmaktadır. Konuya ilişkin eleştiri ve değerlendirmelerimiz aşağıda yer almaktadır.

II. Hizmet Sözleşmesinin Feshine Bağlı Tazminatlar

1. Fesih Tazminatı

Hizmet sözleşmesinin işverence nedensiz

olarak feshi durumunda, işçiye kıdem tazminatına karşılık gelecek nitelikte bir tazminat ödenmesinin söz konusu olmaması Borçlar Kanundaki önemli bir eksiklik idi. Nitekim, yeni Borçlar Kanunu'na göre; işverence yapılan ve haklı sebebe dayanmayan fesihlerde hakim tüm koşulları dikkate alarak işçiye 6 aylık ücretini aşmayacak oranda tazminata hükmedebilecektir. Tam anlamıyla kıdem tazminatına karşılık gelmemekle birlikte, getirilen bu düzenlemenin İş Kanunu kapsamı dışındaki işçiler bakımından isabet taşıdığını söylememiz mümkündür. Borçlar Kanunu'nda, tazminatı belirlerken, hakime takdir hakkı verilmesi ise yerinde olmuştur. Tazminatın takdirinde, hakim, işçinin kıdemini göz önüne alabileceği gibi, işyerinin ve işverenin ekonomik durumunu da gözetebilecektir.

Buna karşılık; 438. madde incelendiğinde, anılan tazminat hükmünün ayrıca belirli süreli iş sözleşmelerinde de uygulanabileceği anlamı da çıkmaktadır. Başka bir anlatımla; belirli süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshinde de anılan tazminat hükmü uy-

Yeni Borçlar Kanunu'nda, sadece Borçlar Kanunu kapsamında çalışanları değil, iş kanunlarına tabi tüm çalışanları da etkileyecek nitelikte son derece önemli hükümler getirilmiştir.

gulanabilecek gibi görünmektedir. Bunun ise isabetli olmadığı kanısındayız. Gerçekten; belirli süreli iş sözleşmesinin işverence zamanından önce haksız şekilde feshi durumunda, işçi İş Kanunu kapsamında ise ve 1 yıldan fazla kıdem varsa; kıdem tazminatı da alabilmektedir. Yine boşta geçen süre ücreti de buna eklenmektedir. Bunlara bir tazminat daha katılmasının mantığını anlayabilmiş değiliz.

2. Kötüniyet Tazminatı

İşverenin hizmet sözleşmesini herhangi bir nedene dayanmaksızın sona erdirebileceğinin kabul edildiği liberal hukuk düzenlerinde de fesih hakkının sınırsız biçimde tanınması söz konusu olmamıştır. Nitekim, işverenin fesih hakkını sınırlandıran mekanizmalardan biri de, "fesih hakkının kötüye kullanılması" teorisidir¹. Fesih hakkının kötüye kullanma teorisi, 1475 sayılı Yasa döneminde, 4773 sayılı Yasa ile iş güvencesine ilişkin düzenlemeler hukukumuzda girinceye kadar, işverenin fesih hakkını sınırlandıran kurumlardan biri olmuştur². Ancak, iş güvencesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından bu kuruma ayrıca gerek kalmamaktadır.

Tarihsel gelişim süreci ve mukayeseli hukuk bakımından³ konu incelendiğinde, fesih hakkını kötüye kullanma teorisinin iş güvencesi ile temelde aynı amaca hizmet eden, ancak deyim yerindeyse, daha ilkel bir mekanizma olduğu görülür. Gerçekten iki sistem arasında önemli farklılıklar vardır. Fesih hakkının kötüye kullanılmasında, fesih haksız veya kötüniyetli dahi olsa, hakkın kullanıldığı her durumda sözleşme sona erer ve işçi ancak şartları varsa kötüniyet tazminatına hak kazanır. Oysa

iş güvencesi sisteminde aslolan iş ilişkisinin devamıdır⁴. İki sistem arasındaki ikinci belirsizlik fark, ispat yükü bağlamında görülür. Nitekim, fesih hakkının kötüye kullanılmasında, ispat yükü, genel kurallar uyarınca işçideyken, iş güvencesi sisteminde, sözleşmenin devamı kural, fesih ise istisnadır; dolayısıyla, feshin geçerli nedene dayandığının ispatı işverenden beklenir⁵. Nitekim, Süzek de; "İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması" konulu eserinin sonuç kısmında, bu hususu şu şekilde vurgulamıştır; "...İncelememiz içinde vardığımız en genel sonuç, zamanının modern iş hukukunun yarattığı bu ikinci müessese (iş güvencesi) lehinde işlediği, gelişmenin doğrultusunun işçilerin iş güvencesinin sağlanması yönünde olduğudur. Gene incelememizin bizi ulaştırdığı bir diğer sonuç da, feshe karşı korumada eskiden işçiler lehinde tek araç olan hakkın kötüye kullanılması teorisinin ikinci plana düşmeye başladığı, günümüz iş hukukunda iş güvencesinin korunması amacıyla daha etkili sistemlerin geliştirildiğidir"⁶.

4857 sayılı Kanunumuzda, iş güvencesi modeli kabul edilmiş, ancak kanun kapsamına girmeyen işçiler bakımından kötüniyet tazminatı korunmuştur. Buna karşılık mevcut Borçlar Kanunumuzda, işçileri kötüniyetli feshe karşı koruyan bir hüküm mevcut değildi. Eskisinde mevcut olmayan kötüniyet tazminatının yeni kanunda düzenlendiğini görüyoruz. BK m. 434 hükmüne göre hizmet sözleşmesi işverence kötüniyetle sona erdirilir ise, işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bu yenilik, Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler bakımından yerinde olmuştur. İş güvencesi olmayan bir modelde, en azından kötüniyet tazminatını bulunması çağdaş iş hukukunun bir gereğidir. Sonuç olarak, anılan düzenleme isabetlidir.

3. İhbar Süreleri ve Tazminatı

Yeni Borçlar Kanunu'nun 431. maddesine göre taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyararak feshetme hakkı vardır. 432. maddeye göre ise, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce,

durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir. İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörül-müşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hallerde fesih bildirim süreleri işlemez.

Yeni Borçlar Kanunu'nda, dikkat çeken ilk yenilik ihbar sürelerinin artırılmış olmasıdır. Gerçekten, eski kanundaki ihbar sürelerini yeterli görmek mümkün değildi. İhbar süreleri konusunda Borçlar Kanunu öncelikle bu sürelerin kısaltılamayacağını; ancak sözleşmeyle artırılabilceğini düzenlemektedir. Yine Borçlar Kanunu'na göre, fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur. Sözleşmede farklı süreler öngörül-müşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır.

Bu anlayış klasik İsviçre doktrinini yansıtmaktadır; oysa ihbar sürelerinin her iki taraf için de tam bir eşitlik içinde düzenlenmesi anlayışı isabetli değildir. Bize göre, bugün, hala doktrinde de izlerini gördüğümüz ihbar sürelerinin kısaltılamayacağı yolundaki tabunun öncelikle işçi açısından yıkılması zorunludur. Buna göre, ihbar süreleri işçi açısından kısaltılabilmelidir. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanunun da benzer şekildeki düzenlemesi de bizce isabetli değildir; Borçlar Kanunu'nun düzenlemesi de yerinde olmamıştır. Ekonomi'nin de haklı olarak vurguladığı gibi, ülkemizde işçilerin genellikle bildirim süresine uymadıkları, işverenlerin de ihbar tazminatı isteği ile dava açmadıkları, hatta işçilerin, işverenin kabulü dahilinde bildirim sürelerine uymaksızın işten ayrıldıkları bilinen bir gerçektir. Bu hususta Kanuna uygun düşmeyen davranışlara devam etmek yerine, sözleşmeler veya sadece toplu

iş sözleşmeleri ile bildirim sürelerinin kısaltılması olanağı getirildiğinde, işçinin yararına olmasının yanında işverenin de kesin olarak uyulmasını bekleyeceği bir sürenin tespiti için geçerli bir çözüm yolu sağlanmış olacaktır⁷.

İkinci olarak, ihbar sürelerinin artırılması durumunda her iki taraf için de bunun geçerli olacağı görüşünün de aşılması gerekir. Çağdaş iş hukukunun hizmet sözleşmesinin feshi konusuna yaklaşımı " tarafların eşitliği" değil, "işçinin korunması" düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, ihbar önelleri bakımından da işçinin korunması ilkesini ön plana alan bir yorum tercih edilmelidir. Nitekim Fransız Hukukunda yer alan düzenlemeler bu konuda güzel bir örnek oluşturmaktadır. Fransız hukukunda, işverenin uymak zorunda olduğu ihbar öneli yasa ile düzenlenmişken, işçi bakımından bu husus yasal düzenleme konusu yapılmamış ve taraf iradelerine bırakılmıştır. Uygulamada, toplu iş sözleşmeleri, bireysel iş sözleşmeleri veya adete göre işçinin uymak zorunda olduğu ihbar öneli belirlenmektedir⁸.

İhbar sürelerinin tek yanlı olarak artırılmasının işçiyi feshe karşı koruyucu bir yönü vardır ve nitekim Yargıtayımız da İş Kanunu kapsamında verdiği kararlarda ihbar sürelerinin artırılmasının sadece işçi lehinde geçerli olacağını, sözleşmeyi fesheden taraf işçi ise, yasal sürenin uygulanacağını son derece isabetli biçimde uzun yıllardır kabul etmektedir. Dolayısıyla, ihbar sürelerine ilişkin düzenlemede gerek Yüksek Mahkemenin isabetli görüşü, gerekse de çağdaş iş hukuku anlayışı gözardı edilmiş bulunmaktadır⁹.

İşçinin ihbar öneline uymaması durumunda; işverenin isteyebileceği tazminat konusunda Borçlar Kanunu belirsizlik yaratmaktadır. Madde 439 hükmüne göre; işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. Burada ihbar tazminatına karşılık gelecek şekilde, ihbar süreleri esas alınarak bir tazminatın açıkça öngörülmediğini görüyoruz. Yani işçi işi bırakır ise,

Yeni Borçlar Kanunu'nda, dikkat çeken ilk yenilik ihbar sürelerinin arttırılmış olmasıdır.

işveren sadece 1/4 maaş tutarında tazminat isteyebilecektir. Bu tazminatın neden bu şekilde öngörüldüğünü de anlayabilmiş değiliz. Bu hüküm eğer ihbar tazminatına karşılık geliyor ise; bunun ihbar sürelerini esas alınarak düzenlenmesi gerekirdi.

BK m. 439 hükmünün belirli süreli iş sözleşmelerinin işçi tarafından haklı bir neden olmaksızın feshi durumunda da uygulanabilirliği mümkün görülmekte olup; bunun da isabetli olup olmadığı ayrıca tartışmaya açıktır. Özellikle son fıkrada belirtilen “tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer” hükmü maddenin uygulanmasını daha da karmaşık hale getirmektedir.

Borçlar Kanunu'nda belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin önemli düzenlemelere de yer verildiğini görmekteyiz. Nitekim; BK m. 430'a göre; “Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir. Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder. Sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.” Belirli süreli iş sözleşmelere ilişkin olarak; esaslı sebebin olmaması durumunda sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşeceği yolundaki düzenleme isabet taşımaktadır.

Borçlar Kanunu m.430'a göre; taraflardan

her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilecek; fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade edecektir. Bu düzenlemenin ise isabetsiz olduğu kanısındayız. Bugün Batı Avrupa ülkelerine baktığımızda belirli süreli sözleşmelerinin genelde “en fazla süre” ile (örneğin 18 veya 24 ay gibi) kısıtlandığını görüyoruz. 4857 sayılı Kanun hazırlık sürecinde tartışılmakla birlikte, belirli süreli sözleşmeleri ilişkin bir üst sınır getirilmemiştir. Buna göre 4857 sayılı Kanunun düzenlemesi yerinde olmamıştır. Aynı şekilde Borçlar Kanunu'nda belirli süreli sözleşmenin 10 yıldan fazla yapılması gibi bir olasılık hakkında hüküm getirilmesi anlamsızdır. 10 yıllık bir sözleşmeye çalışma hayatında rastlamak imkansızdır.

III. Cezai Şart ve İbranameler

a) Cezai Şart

Borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilememesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı üstlendiği edim olarak tanımlanan¹⁰ cezai şart, kaynağını tarafların iradesinde bulur ve sebebi asıl borcun garanti altına alınmasıdır¹¹. Cezai şart, akde aykırılığa karşı etkili bir silah olarak görünür ve bu sayede borçlu, zamanında ve gereği gibi borcunu ifa etmeye zorlanır¹². Gerçekten, borcun ihlal edilmesi halinde nasıl hesaplanacağı ve ne kadar tutacağı henüz belirsiz olan bir tazminat yükü altına girmekten pek fazla çekinmeyecek olan borçlu, borcu ihlal ettiği anda alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaksızın doğacak önceden belli bir cezanın kararlaştırılması durumunda, daha dikkatli ve özenli davranma zorunluluğu duyacaktır¹³. Sözleşme taraflarının, işçi ya da işveren bakımından cezai şart öngörmeleri mümkündür. İşveren bakımından, uygulamada özellikle hizmet sözleşmesinin feshine ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin cezai şarta bağlandığı görülmektedir. Cezai şart işçi aleyhine de öngörülebilir. Ancak, hizmet sözleşmesinde işçi aleyhinde cezai şart öngörülmesi, ekonomik yönden güçlü işverenin çok yüksek miktarda bir tutarı işçiye kabul ettirmesi riskini de

Yeni kanuna göre, rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sıraları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.

beraberinde getirmektedir. Nitekim, Yargıtay bu riski dikkate alarak, işçi aleyhinde getirilen cezai şartları sınırlamalara tabi tutmuştur. Yüksek Mahkeme, öncelikle, cezai şartın geçerliliğini belirlerken bunun işçi ve işveren bakımından “karşılıklı olup olmaması” noktasından hareket ederek, cezai şart işçi ve işveren açısından karşılıklı olarak değil de sadece işçi için öngörülmüşse, bunun tek yanlı olarak işçi aleyhine yapılan bir düzenleme niteliğinde olduğu gerekçesiyle işçiyi bağlamayacağı sonucuna ulaşmış¹⁴, buna mukabil karşılıklı olarak öngörülen cezai şartı geçerli olarak kabul etmiştir¹⁵. Yüksek Mahkemeye göre, işçinin aleyhine daha fazla miktarda cezai şartın öngörülmüş olması halinde, daha düşük olan, işveren aleyhindeki cezai şartın göz önünde tutulması ve bunun üzerindeki kısmın geçersiz sayılması gerekir¹⁶.

Cezai şart ile ilgili 420. maddeye göre; “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir”. Söz konusu düzenleme ile Yargıtay’ın görüşü bir anlamda yasalaşmış olmaktadır. Ancak özellikle eğitim karşılığı getirilen ceza hükümleri ve belirli süreli iş sözleşmesinde işçi aleyhine getirilen cezai şartlar bakımından söz konusu düzenlemenin isabet derecesi tartışılabilir niteliktedir¹⁷.

b) İbraname Uygulamaları

Hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte, uygulamada son derece yaygın bir biçimde, işçiye imzalatılan ve işçinin alacaklarının tamamını aldığını ve hiçbir alacağı kalmadığını

gösteren ibranameler iş hukukumuzda tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır¹⁸. Yargıtay bu belgelerin geçerliliği ve ispat değeri konusunda vermiş olduğu kararlarla uygulamaya yön vermiştir. İbraname uygulaması, iş hukukumuz bakımından önemli bir sorunu oluşturmaktadır. Ancak, bu sorunun çözümü konusunda 4857 sayılı İş Yasası herhangi bir çözüm getirmemiştir.

Buna karşılık, yeni Borçlar Kanunu’nda ibranameye ilişkin önemli bir düzenleme getirildiğini görüyoruz. “İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.” (m. 420/2)

“Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.” (420/3)

“İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.” (420/4)

Borçlar Kanunu’nun bu düzenlemelerinin isabet derecesi tartışmaya açıktır. Miktar içermeyen ibranamelerin, işçiler bakımından aleyhte bir durum yarattığı uzun zamandır tartışılan bir konudur. Bu noktada ibranamelerin değişik yönlerden sınırlanması akademik çevrelerde ve uygulamada da sıkça tartışılmıştır. Ancak Borçlar Kanunu’nun bu düzenlemesi “sınırlama” kavramını aşmış, deyim yerinde ise, ibranameler tamamen etkisiz hale getirilmiştir. Gerçekten, ibraname sadece basit bir makbuza dönüştürülmüştür. Maddede ibradan bahsedilmekle birlikte, içerikte “ibra” kavramını dahi görememekteyiz. İbranın yerini, deyim yerindeyse “ifa” almıştır¹⁹. Maddenin teknik açıdan isabetsizliği açıktır. Ulaşmaya çalıştı-

ğı hedef yönünden de aşırılığa kaçılmış olup, madde bu şekli ile yerinde olmamıştır²⁰.

IV. Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Rekabet Yasağı

Yeni Borçlar Kanunu, rekabet yasağına ilişkin olarak da önemli düzenlemeler getirmiştir. Nitekim, BK. 444. madde hükmüne göre; *“- Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir (f. I). Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir (f. II).”*

Rekabet yasağının sınırlarını belirleyen 445. maddeye göre ise; *“Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz (f. I). Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir (f. II).”*

Rekabet yasağına ilişkin olarak üç önemli değişiklik ve yenilik dikkat çekmektedir:

İlk olarak rekabet yasağına aykırılığın tespitinde yeni bir ölçüt göze çarpmaktadır. Nitekim eski Borçlar Kanunu'nda, iki ölçüt getirilmişti: Müşterileri tanımak ve işin esrarına nüfuz etmek. Bu ölçütlerin yeni Borçlar Kanunu'nda da -genel olarak, kısmen ifade değiştirilmekle birlikte- korunduğunu görüyoruz. Yeni kanuna göre, rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda

bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir. Dikkat edilecek olur ise, burada “işverenin yaptığı işler” şeklinde bir üçüncü ölçüt daha getirilmiş olmaktadır.

Kanımızca İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alındığı (Fransızca metin) anlaşılan²¹ bu ölçüte de bir anlam verebilmek mümkün değildir. Bu değişiklik yasağın geçerlilik koşullarını işveren lehinde anlamsız biçimde genişletecektir. Her ne kadar bu koşulun maddede daha sonra gelen zarar tehlikesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekeceği söylenebilirse de, uygulama bakımından yerleşmiş, somut biçimde denetim konusu yapılabilen ölçütlere soyut ve belirsiz bir ölçüt eklemenin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

İkinci önemli değişiklik, rekabet yasağının bir üst sınır ile sınırlandırıldığını görüyoruz. Maddeye göre, rekabet yasağı özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz. Bu da isabetli bir düzenleme olmakla birlikte “özel durumlar dışında” aşamaz derken, özel durumlardan neyi kastettiğini anlamak mümkün değildir.

Üçüncü olarak; rekabet yasağının sınırlandırılmasında, işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutulması öngörülmüştür ki, bu düzenleme isabet taşımaktadır. Dikkat edilir ise, maddede, işverenin üstlendiği karşı edimden söz edilmiştir. Ancak böyle bir kavramdan söz edilmesine rağmen kanun bu kavramı olması gerektiği gibi düzenlememiştir. Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin olarak birçok ülkede, işçinin rekabet yasağı altına girmesinin karşılığı olarak işverenin de ona bir karşı edimde bulunma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Örneğin Alman Ticaret Kanunu'na göre rekabet yasağının geçerliliği, her yıl için son ücretin yarısı kadar bir karşı edimde bulunma şartına bağlanmıştır. Benzer şekilde İspanyol hukukunda, Portekiz hukukunda, İtalyan hukukunda, Avusturya hukukunda işverenin karşı edim yükümlülüğü mevcuttur. Macaristan'da, sınırlanan her yıl için işçinin ücretinin %25-50 arası değişen bir oranının ödenmesi gerekmektedir. Hollanda'da 2005 yılında yürürlüğe giren yasa ile, rekabet yasağı bir yıl ile sınırlanmış

ve işverene makul bir karşı edimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. İsveç'te ise, işverenin işçinin kayba uğradığı ücretin % 60'ını karşılayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Polonya'da ise bu oran % 25 olarak belirlenmiştir. Fransa gibi bazı ülke hukuklarında ise, yasada bir hüküm bulunmamakla birlikte, uygulamada toplu iş sözleşmeleri ile işverenin kaşı edim borcu düzenlenmektedir²². Buna göre karşı edimin kanunumuza alınmamış olması önemli bir eksiklik oluşturmaktadır. Hatta bu hali ile rekabet yasağına ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya, çalışma özgürlüğüne aykırı olduğunu dahi ileri sürmemiz mümkündür.

DİPNOTLAR

- 1 Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, 69 vd.
- 2 N. Çelik, İşçinin Feshe Karşı Korunması, Reşat Kaynar'a Armağan, İstanbul 1981, 49 vd; S.Taşkent, İş Güvencesi, Eyrenci-Sağlam-Taşkent-Ulucan'ın ortak yayını, Çalışma Hayatının Güncel Sorunları, İstanbul 1987, 74 vd.
- 3 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003, 19.
- 4 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, 20-21.
- 5 Engin, Hizmet Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, 21.
- 6 Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 203.
- 7 Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik, Ankara 1995, 27-28.
- 8 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, Droit du Travail, Dalloz 2002, 482-483.
- 9 N. Çelik, İş Hukuku Dersleri, 22. bası, 195 ve dn. 47'de anılan kararlar; ihbar sürelerine ilişkin Yargıtay'ın görüşü ve değerlendirilmesi için: E. Özdemir, İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 54, Sayı: 3, 95 vd.
- 10 Reisoğlu, Borçlar Hukuku, İstanbul 2005, 356; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, 341; P. Antonmattei, Contrat de Travail (Conclusion), Ed. Juris-Classeur-1997, (Travail/Traité), Fasc. 17-12, 26.
- 11 D. Mazeaud, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, Droit Social Avril 1994, 344; Antonmattei, Contrat de Travail, 26.
- 12 Mazeaud, Les Clauses Pénales En Droit Du Travail, 344.
- 13 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 385; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 342.
- 14 Y. 9. HD, 17.11.1992, E. 1992/8777 K. 1992/12603 ve P. Soyer'in incelemesi, İHD, Nisan-Haziran 1993, 306-308; Y. 9. HD, 26.6.1997, E. 1997/10135 K. 1997/13040, C. İ. Günay, İş Kanunu I, Ankara 1999, 300; HGK, 17.12.1997, E. 1997/9-816 K.1997/1062, Tekstil İşveren, Mart 1999, 15-16; 21.1.1998 1997/19361 K. 1998/389, Tekstil İşveren, Mayıs-Haziran 1998, 14; 2.3.1998. E. 1997/215; 1998/2833, YKD, Ekim 1998, 1483-1484.
- 15 Yargıtay'a göre, "...Taraflar arasında akdedilen bir yıllık belirli süreli hizmet sözleşmesinin süre bitiminden sonra feshedilmemesi nedeniyle sürenin bir yıl daha uzadığı taraflar arasında ihtilaf konusu değildir. Sözleşme gereğince taraflardan birisinin hizmet sözleşmesini haklı bir sebep olmadan feshetmesi hâlinde öngörülen 3000 USD 'nin ceza şart olduğu belirtilmiştir. Mahkeme iddiaı yerinde görerek 3000 USD' na hükmetmiştir. BK'nun 161/son maddesine göre hükmedilen miktar fahiş olup bir indirimle gidilmesi hatalıdır" 14.02.2005 2004/14528 2005/4135, (Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2005, sayı: 6, 705.
- 16 Y. 9. HD., 26.3.1997, E. 1996/22867, K. 1997/6102, C. İ. Günay, İş Kanunu I, Ankara 1998, m. 13 dn. 125.
- 17 Bu konu Yargıtay'ın 1992 yılı kararları seminerinde tartışılmış olup, K. Oğuzman genel görüşme sırasında bu konuda Yargıtay kararlarını kapsamlı biçimde eleştirmiştir. Oğuzman'ın eleştiri ve değerlendirmelerine katılıyoruz. Bkz. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1992, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, İstanbul 1994, 83-84.
- 18 İ. Sayıl, İbraname ve Hukuku Değeri, İşveren Dergisi, Ekim 1968/I, 28; M. Sözen, Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Adalet Dergisi, 1973/10, 856 vd.; Y. Kabalak, Yargıtay Kararlarına Göre İş Hukukunda İbra Belgeleri, İstanbul Barosu Dergisi, 944 vd.; M. Doğan, Türk İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İBD, Ekim/Kasım/Aralık 1990, 175 vd; H. Keser, Türk İş Hukukunda İbraname Uygulamamalı, Kamu-İş Dergisi, Temmuz 1999/105 vd.; Ş. Çil, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, Kamu-İş Dergisi, 2004/3, 129 vd; E. Özdemir, "İş Hukukunda İbraname Uygulamaları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, Sayı 5; 40 vd.
- 19 İbranın artık mümkün olamayacağı yönünde: Ş. Çil, 6098 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde iş hukukunda İbra sözleşmelerinin geçerliliği, Sicil, Mart 2011, 81.
- 20 E. Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, 398 vd.
- 21 Art. 340/2: "La prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible".
- 22 E. Özdemir, İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, III. Yılında Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası yay., 2005, 50-51.

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

Rekabet Kurulu Üyesi-Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Onursal Üyesi

Hizmet Sözleşmesinin Devri (TBK. m. 429)

Genel Olarak

Üçlü iş ilişkilerinden olan hizmet sözleşmesinin devri, 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında bulunmasına rağmen Kanun metnine alınamaması sonucunda hukukumuzda girememiştir. Serbest pazar ekonomisi sistemini uygulayan Türkiye’de, liberal anlayış sonucu düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) iş hukukunda “genel hükümler” olarak nitelendirilebileceğimiz kuralar bulunmaktadır. Anayasamızın 2. maddesi uyarınca Cumhuriyetin niteliklerinden olan “Sosyal Devlet” ilkesinin iş hukukuna olduğu gibi TBK.’ya da kaynak oluşturduğunu düşünmekteyiz. Bu esaslar dahilinde TBK.’nın 429.maddesindeki düzenlemenin iş hukukumuzda dahil olduğu kanısındayım. Hizmet sözleşmesi devrinde sözleşmenin tarafı işçinin bilgi ve onayı bulunmalıdır. Gerçekten devreden işveren, devralan işveren ve işçinin hizmet sözleşmesinin devrinde rızasının bulunması zorunludur. Bu durumda işçinin

rızasının yazılı olması gerekli olsa da bunun zamanı ve şekli konusunda yasada açıklık bulunmamaktadır. Bu yazımızda konuyu incelemeye çalışacağım.

1- Hizmet Sözleşmesinin Devri

6098 sayılı TBK.’nın üç fıkradan oluşan 393. maddesinde, genel hizmet sözleşmesi tanımlanmaktadır. Anılan madde 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 313. maddesini karşılamaktadır. Gerçekten hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşme türüdür. Borçlar Kanunu’nun 313. maddesine paralel olarak 4857 sayılı İş Kanunu’nun 8. maddesinde iş sözleşmesi tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 8. maddesinde işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise, ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan bir sözleşme olarak tanımlanan iş sözleşmesi, özel bir şekle tâbi olmadığı gibi, süresi belirli veya

TBK. m. 429'da hizmet sözleşmesinin devri ve hükümleri düzenlenirken devrin yazılı olarak yapılması zorunluluğu getirilmiştir.

belirsiz olabilir. Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunlu olduğu gibi, belirli süreli iş sözleşmesinin kanıtlanması için yazılı yapılması gereklidir.

İşyeri veya bir bölümünün devrinde işveren tarafı değişmektedir. İşçinin hizmet sözleşmesi bütün hak ve borçlarıyla yeni işverene geçmektedir.¹ Oysa hizmet sözleşmesinin devrinde işyeri değil, işçinin kişiliği öncelik arzettiğinden işçinin rızası önemli olup bunun da yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

Hizmet sözleşmesinin devri de ancak, işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle yapılabilir. Anılan devir işlemiyle devralınanın bütün hak ve borçları yeni işverene geçecektir. Hizmet sözleşmesinin devralınmasıyla, hizmet ilişkisi sona ermemekte, devralan, sözleşmenin işveren tarafı hâline gelmektedir. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işverenin yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır. Benzer bir düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısının "İş sözleşmesinin devri" başlıklı 7. maddesinde "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. 6 ncı maddenin ikinci fıkrası hükmü iş sözleşmesinin devrinde de uygulanır." denilmiş iken bu düzenleme TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu'nun kabul ettiği metinden çıkarılmıştır². Ancak iş sözleşmesinin devri öğreti ve Yargıtay kararlarında kabul edilmekteydi. Hizmet sözleşmesinin devrinde, sözleşme sona ermemektedir³. Bu nedenle devir eden işverenin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağından sorumluluğu söz konusu olamaz. İş

sözleşmesini devir alan işveren, tüm süreye göre hesaplanacak sözü edilen tazminatlarından ve alacaktan son ücret ve tüm süreye göre sorumlu olacaktır.

Gerçekten geçici iş ilişkisi veya hizmet sözleşmesinin devri, şirket topluluklarında veya holdinglerde, şirketlerin daha çok vasıflı iş gücü ihtiyacını karşılamak için yardımlaşmalarında veya üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmesinde ya da aynı gruptan olmayan şirketlerin birlikte bir işi üstlenmelerinde yahut mali güçlüklerle karşılaşan bir işverenin işçisini işlerinin düzelmesine kadar başka bir işverene vermesinde ortaya çıkmaktadır. İşçinin hizmet sözleşmesi imzalandığı sırada veya ayrıca yazılı rızası alınarak sürekli şekilde iş görme edimini başka bir işverene karşı yerine getirmek üzere hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin üçlü bir ilişki kurulabilir. Bu durumda işçinin iş sözleşmesi sona ermemekte, işçiden olan işin görülmesini talep hakkı sürekli olarak diğer yeni işverene (devralana) devredilmektedir.

TBK. m. 429'da hizmet sözleşmesinin devri ve hükümleri düzenlenirken, belirli süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi devrin yazılı olarak yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Ancak geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, hizmet sözleşmesinin devri için bir sınır konulmamıştır. Bu halde tarafların ilişkiyi ihtiyaçlarına göre yürütecekleri kabul edilmiş, hakkın kötüye kullanıldığına ispatı halinde buna ilişkin sonucun doğacağı düşünülmelidir.

İşyerinin bir işverenden başka bir işverene devri, kural olarak işçi bakımından iş şartlarının esaslı bir tarzda değişmesi, başkalaşması halini teşkil etmez. Bu nedenle iş sözleşmesi sona ermez. İşyeri devri hususu araştırılmalıdır⁴. İşyerini devralan devirden önceki fazla mesai ücretinden de sorumludur. İş sözleşmesinin feshinden sonra işyerini devralan işyerinin doğmuş bulunan borçlarından devreden ile birlikte sorumludur. Yargıtay kararında; "Davacı işçinin davalı gerçek şahısların adi ortaklık sözleşmesinin feshinde kendisine ödenmemiş ücretlerin varlığının kanıtlanması durumunda, bundan, işyerini tüm aktifleri ve pasifleriyle birlikte devralan

İşyerinin bir işverenden başka bir işverene devri, kural olarak işçi bakımından iş şartlarının esaslı bir tarzda değişmesi, başkalaşması halini teşkil etmez.

*İşverenin de sorumlu olacağı açıktır. Devir protokolünde bunun aksine hükme yer verilmiş olmasının işçi yönünden bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.*⁵ denilmiştir. İzin ücretinden fesih tarihindeki son işveren sorumludur⁶. İşyeri devrinden ayrı olarak hizmet sözleşmesinin devrinde işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle işveren işçiyi başka işverene devredebilir. Böyle olunca işyeri devrinde olduğu gibi işçinin önceki işveren nezdinde geçen hizmetlerinden ve hizmet sözleşmesinin devrinden önceki işçi alacaklarından devralan işveren sorumludur⁷.

II- Hizmet Sözleşmesinin Yazılı Olarak Devri

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeden, ancak 6098 sayılı TBK.'nin "II. Sözleşmenin devri" kenar başlıklı yeni bir maddesi olan 429. maddesinde hizmet sözleşmesinin devri düzenlenmektedir. Gerçekten hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle⁸, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. Böylece, 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 alınacaktır.

Hizmet sözleşmesinin devri, geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, ancak işçinin yazılı rızası alınarak yapılabilir. Şayet böyle bir rızası olmadan işçinin hizmet sözleşmesinin devri yapılmak istenilirse sözleşme feshedilmiş sayılır.⁹ İşveren geçici (ödünç) iş ilişkisi ile işçinin iş görme edimini isteme hakkını geçici bir süre için bir başka işverene devredebilir. Bu durum daha çok holdinglerde veya kamu kuruluşlarında söz konusu olmaktadır. Türk çalışma hayatında ödünç iş ilişkisi 1960'lı yıl-

lardan başlayarak, özellikle holdinglerin git-tikçe yaygın bir girişim olarak faaliyete geçmeleriyle sayıları artan şekilde görülmüştür. Hatta geçici (ödünç) iş ilişkisini mesleki faaliyet olarak yürütüp gelir sağlamayı amaçlayan girişimcilerin sayılarında bir artışın olduğu da tespit edilmiştir. Avrupa Birliği çalışma müktesebatına da giren geçici (ödünç) iş ilişkisi, hizmet sözleşmesinin devri, işçi-işveren ilişkilerinde asıl işveren-alt işveren ilişkisi dışında üçlü ilişkilerin diğer bir örneğini oluşturmaktadır.

Yasal bir düzenlemeye sahip olmadığı dönemde yargı kararlarıyla¹⁰ şekillendirilmeye çalışılan "ödünç iş ilişkisi", ekonominin gereklerine ve mevcut uygulamalara uyumlu hale getirilmiştir¹¹. Kamuoyunda ve işçi sendikalarının tepkisi ile "geçici iş ilişkisi" maddede başlığı altında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde; "*İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesinde 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. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür.*" denilmiştir.

Geçici iş ilişkisi işçinin kanunlardan doğan haklarını etkiler. Bu etki özellikle ücret ekleri, toplu iş sözleşmelerinden yararlanma ve grev haklarında görülebilir. İşçinin ücreti kural olarak işveren tarafından ödenir. Geçici iş ilişkisinin niteliği gereği bir işveren işçisini ödünç olarak başka bir işverene vermiş olsa da, iş sözleşmesinin tarafı olmaya devam ettiği için, işçiye ücret ödeme yükümlülüğü de devam etmektedir¹². Ancak işçinin onayı alınarak ücretinin ödünç alan işveren tarafından ödenmesi de kararlaştırılabilir. Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7/3. madde-

İşçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır.

sine göre ödünç veren işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün devam edeceği yolunda bir düzenleme bulunsa da, bu düzenleme ücretin ödünç alan işveren tarafından ödenmesine yönelik anlaşmalara engel oluşturmaz¹³.

Bununla birlikte işçinin, özel nedenler ve olaylara bağlı olarak ya da iyi çalışmanın karşılığı olmak üzere ödünç alan işverenin (yararlananın) işyerinde ödenen prim ve ikramiyeleri genel olarak, yararlananın rızası dışında alabilmesi kanımca mümkün değildir. Primler ferdi hizmet sözleşmeleri ile toplu iş sözleşmelerine dayanır. Ancak sözleşmeden bağımsız olarak işyeri uygulamasından doğan bir hak söz konusu olursa durum farklılık gösterir. O zaman yararlananın işyerindeki geçici işçiler de bu haklardan istifade ederler. Ödünç iş ilişkisi gereği üçüncü bir kişi yanında çalışma geçici bir süre devam eder. Bu bakımdan çalışmanın geçici sayılmayacak bir süre uzaması durumunda yararlananın işveren niteliğini kazandığı kabul edilebilir. Bu durum çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak değerlendirilebilir. İşçinin geçici çalışma süresi temlik sözleşmesinde kesin olarak belirtilmiş olabilir. Bu sürenin sonunda işçi çalışmaya devam eder, yararlanan ses çıkarmazsa, tarafların zımnî iradeleriyle bir hizmet sözleşmesinin kurulduğu kabul edilir. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesindeki düzenlemeden dolayı onsekiz ayı geçen bir süre geçici sayılmayacaktır.

Gerçekten hizmet sözleşmesinin devri halinde işçinin rızası alınmaz ise, işçinin o işveren nezdindeki hizmetine karşılık kıdem tazminatının mali ve ekonomik yönden daha güçsüz yeni işveren tarafından ödene-meme riski karşısında işçi mağdur olabilir. İşçinin son brüt giydirilmiş ücreti üzerinden ve tüm kıdem süresi için kıdem tazminatı hesaplanacaktır. İşçiler bakımından kıdem tazminatının ödenme garantisinin olmaması,

işverenin kıdem tazminatı yükünü sigortalatmasına yasak getirilmesi (İşK. md. 14/sondan II) ve Kıdem Tazminatı Fonu'nun (İşK. md. 14/son) halen kurulamamış olması sorun oluşturmaktadır. Öte yandan, belli sebepler (askerlik, emeklilik gibi) olmadan işçinin iş sözleşmesini feshetmek durumunda kalması halinde kıdem tazminatı alamaması da sıkıntı yaratmaktadır. Alkolik olduğu ve bu sebeple doğan sağlık sorunları yüzünden işe devamsızlık yaptığı gerekçesiyle İş Kanunu md. 25/1'e göre işten çıkartılan işçinin kıdem tazminatı hakkı olduğu halde, daha iyi şartlarla iş bulduğu için sözleşmeyi fesheden işçinin kıdem tazminatı hakkı yoktur. Düzenleme, âdeta, işçiyi alkolik olmaya özendirilmektedir. İstifa edene kıdem tazminatı ödenmemesi, kanımızca, Anayasanın "*herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*" hükmünü taşıyan 48. maddesine aykırıdır. Meselâ, on yıldır çalıştığı işyerinden, daha iyi bir iş bulduğu için ayrılmak isteyen işçinin çalışma özgürlüğü, on yıllık kıdem tazminatını işverene terketme sonucuna ulaştıran İş Kanunu düzenlemesiyle ihlâl edilmektedir. Bu durum işçileri kanuna karşı hileye sevk etmiştir. Örneğin evlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi fesheden kadın işçiler kıdem tazminatı alabildiklerinden, evli olan kadın işçiler boşanıp, yeniden aynı kişiyle evlenerek sözleşmelerini feshetmişler ve kıdem tazminatlarını istemişlerdir. Bu durumun Yargıtayca "kanuna karşı hile" olarak görülüp, kıdem tazminatının ödenmemesine karar verilmesi yerindedir. Ancak, bu konudaki sıkıntıyı göstermesi bakımından da olay ilginçtir. Kıdem tazminatına ilişkin Fon tasarısıyla yeni düzenlemeler yapılırken herhalde tüm bu hususlar üzerinde de düşünülecektir.

III- Hizmet Sözleşmesinin Devir Anı

Hizmet sözleşmesinin devrinde işçinin rızasının devir anında açıklanması şart değildir. Genellikle devreden ve devralan işverenler ile işçi aynı anda iş sözleşmesinin devri işlemi yapmaktadır. İş sözleşmesinin

devri, üç taraflı bir işlem ile gerçekleşebilir. Şayet devreden işveren ile devralan işveren bir devir anlaşması yapmış ise, daha sonra işçinin imzası da alınabilir. Ancak holdingler veya şirket topluluklarında iş sözleşmesi yapılırken sözleşmede yer alan bir hüküm ile işçinin rızasını aldıkları görülmektedir. Gerçekten Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesinde iş sözleşmesine devir için işçinin rızasının alındığını gösteren bir belgeye ihtiyaç bulunmaktadır. Burada işçinin iş sözleşmesi kurulduktan sonra, ancak devir anlaşmasından önce yazılı rızasının alınabileceğini belirtelim. Ancak işveren, 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 sürekli olarak devretme yetkisini hizmet sözleşmesi yapılırken yazılı olarak hükme bağlayabilir. Oysa başka işkolunda veya daha ağır bir iş ile ilgili faaliyette bulunan işverene hizmet sözleşmesinin devri için kanımca, geçici iş ilişkisinde olduğu gibi devir anında işçinin yazılı rızasının gerçekleşmiş olması gerekir.

Hizmet sözleşmesinin kesin devrinde, devralan işverenin üstlendiği hak ve borçlara, bu sözleşmeden doğan tüm hak ve borçlar, mesela iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklardan veya işyeri uygulamasından doğan hak ve borçlar da dahil bulunmaktadır. Yeni işverenin bu şartları esaslı surette değiştirebilmesi, işçinin rızasına bağlıdır. Ancak yeni işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. madde hükümleri uygulanmak suretiyle çalışma koşullarında değişiklik yapabilecektir.

Sonuç

Türk Borçlar Kanunu ile iş hukukuna giren 4857 İş Kanunu'na tabi olsun veya olmasın tüm işçilerin işverenin hizmet sözleşmesinin devri yoluyla değişmesi yararlı bir düzenlemedir. Hizmet sözleşmesi, işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, başka bir işverene devredilebilir. Bu devir geçici değil, sürekli olarak gerçekleşir. Kanımca, TBK. m.

429'daki düzenleme boşluğu nedeniyle hizmet sözleşmesinin devri yetkisi, işçinin çalışmaya başladığı 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 sürekli olarak devretme yetkisinin hizmet sözleşmesi imzalandığı sırada işçi tarafından verilmesi geçerli olacaktır. Buna karşın daha ağır bir iş ile ilgili faaliyette bulunan işverene hizmet sözleşmesinin devri için geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, devir anında işçinin yazılı rızasının gerçekleşmiş olması gerektiğinin kabulü "işçinin korunması ilkesi" yönünden daha isabetli olacaktır.

DİPNOTLAR

- 1 Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 2, Ankara-2010, s. 187.
- 2 Bilim Kurulu, Tasarıya 7. madde olarak "iş sözleşmesinin devri" başlığını taşıyan hükümler de koymuştu. Ancak bu düzenleme metinden çıkarılmıştır (MESS, İş Kanunu Tasarısı, s. 16, 72).
- 3 Ekonomi, Münir: İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 2007 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri Kitabı (YKD), s. 9.
- 4 Yrg. 9. HD., 6.12.2004, E. 2004/10575, K. 2004/26030
- 5 Yrg. 9. HD., 12.10.2004, E. 2004/13687, K.2004/22962.
- 6 Yargıtay kararında; "Davalı E'nin izin ücretinden sorumlu tutulması yasal değildir. Diğer taraftan ihbar tazminatı devrin Borçlar Kanununun 179. maddesi hükümleri gereği yapılıp yapılmadığı belirlenmeden ve anılan madde hükümleri nazara alınmadan fazla mesai ücret alacakları istekleri olarak devirden önceki sürenin hesaplamada nazara alınmaması ve bu konudaki isteklerin red edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." denilmiştir (Yrg. 9. HD., 3.11.2004, E. 2004/9244, K. 2004/24808).
- 7 "Dosya içeriğinden mamelek devrinin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Böyle olunca devralan işveren devirden önce hizmet akdi sona erdirilen işçilerin alacaklarından sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin yazılı şekilde yorumlanarak isteklerin reddedilmesi hatalıdır. Mahkemece işin esasına girilmeli davacının alacağının mevcut olup olmadığı araştırılması ve gerekirse uzman bilirkişiye hesaplama yaptırılması tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir". (Yrg. 9. HD., 14.10.2004, E. 2004/6354, K. 2004/23150).
- 8 Yargıtay'ın bir kararında; "...işverenin davacıyı bir başkasına ait işyerinde çalıştırmak istemesi ve bu is-

teğın davacı tarafından kabul edilmemesi hali hizmet akdinin sona ermesi olgusunu oluşturur. Davacı, davalı işveren X. Oto Ltd. Şti'ndeki işyerinde çalışırken davalı işverenin isteğiyle bir başka işverene ait işyerinde görev yapması uygun görülmüştür. Davacı yeni işverene ait işyerinde bir gün çalıştıktan sonra işten ayrılmıştır. Gerçekten davalı işverenin davacıyı bir başkasına ait iş yerinde çalıştırmak istemesi ve bu isteğın davacı tarafından kabul edilmemesi hali hizmet akdinin sona ermesi olgusunu oluşturur. Bu durumda davacı kıdem tazminatına hak kazanmış bulunmaktadır. Buna rağmen anılan istemin reddedilmesi isabetsizdir.” denilmiştir (Yrg. 9. HD., 7.10.1999, E. 1999/11508, K. 1999/15535).

- 9 Yargıtay'ın bir kararında; “...İş hukukunda işverenin kendisine ait olmayan bir başka işyerine işçiyi onun rızası dışında nakil yetkisi yoktur. Davacının davalıya ait turistik tesis işyerinde 1.1.1991 tarihinden 1995 yılı başına kadar çalıştığı bu çalışması devam ederken davalı işveren tarafından bir başka şirkete ait işe verilmek istendiği davacının ise eski işyerinde çalışmayı sürdürdüğü böylece davalı tarafından hizmet sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. İş hukukunda işverenin kendisine ait olmayan bir başka işyerine işçiyi nakil yetkisi yoktur. İşverenin bu tür eylemi haksız fesih niteliğindedir. Bu durumda haksız fesih nedeni ile davacı işçi ihbar ve kıdem tazminatı ile birlikte gerçekleşen yıllık ücretli izin parasına da hak kazanır. Yazılı şekilde bu isteklerin reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” denilmiştir (Yrg. 9. HD., 07.07.1997, E. 1997/10276, K. 1997/13882).
- 10 Yargıtay'ın bir kararında, “...davacının şirketin muvafakati ile ortaklardan birinin yanında bir süre çalışması işverenin şirket olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Davacı işçi dosya içeriğine göre davalı şirketin işçisi olarak çalıştığı ve gerçekten sigorta primlerinin onun tarafından Sosyal Sigortalar Kurumuna yatırıldığı anlaşıldığından şirket hakkında açılan tesbit davasının reddine karar verilmesi gerekir. Davalı SSK ve diğer davalı X.'in temyizlerine gelince; Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi davalı X. L. Denizcilik Ticaret Ltd. Şti.'nin ortağıdır. Açıklandığı üzere davacı, sigorta primlerini yatıran şirketin işçisidir. Bu şirketin muvafakati ile ortağı ME'in yanında bir süre çalışması işverenin şirket olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Öğretide de benimsendiği gibi burada bir tür ödünç ilişkisi sözkonusudur. Böyle olunca davalı X nezdinde ödünç işçi olarak çalıştırılan dönem için Sosyal Sigortalar Kurumu ve X'a karşı açılan tesbit davasının reddine karar verilmesi gerekir.” denilmiştir (Yrg. 9. HD., 12.10.1998, E. 1998/11704, K. 1998/14289).
- 11 Yargıtay'ın bir kararında, “...mahkemece yapılacak iş; dava konusu her iki şirketin ticaret sicil kayıtlarını celp etmek, aralarındaki organik bağı bulunup bulunmadığını keza ödünç iş ilişkisinin var olup olmadığını belirlemek, çalışılmadığı iddia edilen dönemlerdeki işyeri kayıtlarının tanık beyanları ile birlikte sentezini yapmak husumet ve çalışma süresi konusunda kuşkuları tamamıyla ortadan kaldırıcı araştır-

madan sonra yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak ve tüm bu deliller birlikte değerlendirilerek sonuca varmaktır.” denilmiştir (Yrg. 9. HD., 24.5.2004, E. 2004/272, K. 2004/12224).

- 12 Yargıtay'ın bir kararında, “...davacı, X Digital İletişim AŞ.nin işçisi olduğu, ücret, giyim, yol ve yemek paraları bu şirket tarafından ödendiği halde diğer davalı Y Parti Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak çalışmıştır. İş akti yine şirket tarafından devamsızlık nedeniyle fesh edilmiştir. Ancak fesih nedeni ispatlanamadığından ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağında şirket sorumludur. Buna karşılık davacı tüm mesaisini ödünç işçi davalı Y Parti Başkanlığının Genel Merkezinde güvenlik görevlisi olarak geçirdiğinden fazla çalışma ücreti ve genel tatil ücret alacaklarından Y Parti Başkanlığı sorumludur. Bu durum dikkate alınmaksızın geçersiz olarak davacının tüm tazminat ve işçilik alacaklarından davalıların müteselsilen sorumlu tutulması hatalıdır.” denilmiştir (Yrg. 9. HD., 29.12.2005, E. 2005/37187, K. 2005/40673).

- 13 Ekonomi, Münir: Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz Semineri, Orhim Seminerler Serisi, No. 2, İstanbul 1986, s. 191; Ak-yiğit, Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, s. 142; Engin, Murat: İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C. I, Sa: 3, s. 345; Süzek, Sarper: İş Hukuku, B. 2, İstanbul-2005, s. 233; Demir, Fevzi: İş Hukuku Uygulaması, B. 4., İzmir-2005, s. 56; Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, B. 2, Ankara 2005, s. 227; Demircioğlu, Murat: Sorularla Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, s. 32; Ekonomi, YKD 2007, s. 12.

Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419

Kişinin kendisiyle ilgili bilgi (veri; malumat; data) üzerindeki hakkının, kişilik hakkının görünüşlerinden biri ve söz konusu bilginin özel yaşamına (mahremiyetine) dahil olduğu noktada kuşku yoktur¹. Kişisel verilerin, hukuka uygunluk nedenleri bulunmaksızın işlenmesi, özel yaşama saldırı oluşturur.

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki baş dönürücü gelişmeler kişisel verilerin önemini her geçen gün artırmaktadır. T.C. Kimlik Numarasının yaptığımız hemen her hukuki işlemde istenir hale gelmesi bu gerçeğe günlük yaşamımızdan verilebilecek örneklerden sadece biridir. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki sözünü ettiğimiz gelişme, kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi, kaydedilmesi, kullanılması, değiştirilmesi, açıklanması ve üçüncü kişilere aktarılması olaylarını da beraberinde getirmiştir. Bütün bunların sonucunda kişisel verilerin korunmasını konu alan görece yeni bir hukuk alanı; Veri Koruma Hukuku doğmuştur.

İşçiye ilişkin kişisel verilerin korunması bakımından, Veri Koruma Hukukunun ilkeleri iş-

çi-işveren ilişkisi için de uygulama alanı bulur. Ancak, iş ilişkisinin kendine özgü özellikleri, veri koruma konusunda da ayrı, bu ilişkinin gösterdiği özellikleri dikkate alan veri koruma kurallarını gerekli kılar. Bu bağlamda Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 419, Türk Mevzuatındaki ilk örneği oluşturmaktadır. Bu çalışmanın konusu, TBK m. 419 düzenlemelerinin yorumlanması; içerdiği hükümlerin anlam ve kapsamının belirlenmesidir.

1. Kişisel Verilerin Korunması Alanındaki Pozitif Düzenlemeler

1.1. Uluslararası Düzenlemeler

Uluslararası alana bakıldığında kişisel veriler üzerindeki hakkın uzun zaman önce pozitif düzenlemelere konu olduğu görülür. Avrupa Konseyi'nin Bireylerin Kişisel Verilerinin Otomatik Olarak İşlenmesi Karşısında Korunmasına Dair 108 sayılı Sözleşmesi² bağlayıcılığı olan

ilk uluslararası düzenlemedir³.

AB Temel haklar Şartı⁴ m. 8 uyarınca, “Herkes, kendisi hakkındaki kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir” (m. 8/I). “Bu tür veriler açıkça belirtilmiş amaçlarla dürüst biçimde ve ilgili olduğu kişinin rızası temelinde ya da yasalarca/bukuk tarafından öngörülen diğer meşru temellerde işlenmelidir. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere ulaşım ve düzeltme hakkına sahiptir” (m. 8/II). Avrupa Birliği’nin 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Sınırlar Arası Dolaşımında Bireylerin Korunması Hakkında Yönergesi⁵ de önemli bir kaynaktır⁶. Birleşmiş Milletler ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü’nce bu konuya ilişkin hazırlanan kılavuz hükümler içeren tavsiye kararları⁷ AB Yönergeleriyle birlikte, devletlerin ulusal düzeyde yasal düzenlemeler yapmasında etkili olmuştur⁸. Ayrıca, BM İnsan Hakları Komitesince yapılan genel yorumlarda, bu konuda yasal düzenlemeye gidilmesi gereğine vurgu yapılmaktadır⁹.

İşçiye ilişkin kişisel verilerin işlenmesi noktasında iş ilişkisine özgü kural ve ilkelerin gerekliliği, bu konuda uluslararası alanda belgeler üretilmesi sonucunu doğurmuştur. 95/46/EC sayılı Yönergenin 29. maddesi uyarınca oluşturulan Çalışma Grubu (Working Party), Yönerge düzenlemelerinin iş ilişkisinde nasıl uygulanacağına yönelik görüş ve belgeler oluşturmaktadır¹⁰. Ayrıca, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ, ILO) tarafından oluşturulan İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkındaki Uygulama Kodu¹¹ ve Avrupa Konseyi’nin İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin R (89) 2 sayılı Tavsiye Kararı¹² da, bu bakımdan dikkat çekicidir.

Söz konusu yaklaşımın ulusal düzeydeki yansımalarına iyi örneklerden birini Birleşik Krallık’ın tutumu sergilemektedir. 1998 yılında çıkarılan ve veri koruma konusunda genel düzenleme olan Yasa¹³ sonrasında, bu Yasa ve Yönerge’nin gereği olarak kurulan denetim makamı: Enformasyon Komiserliğince Yasa’nın iş ilişkisinde nasıl uygulanacağını gösteren ayrıntılı Uygulama Kodları çıkartılmış durumdadır¹⁴.

TBK m. 419’un karşılığı olan Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 328 b maddesine¹⁵ bakıl-

dığında da kişisel verilerin korunması alanını düzenleyen Federal Veri Koruma Kanunu¹⁶ karşısında maddenin iş ilişkisine özgü özel norm niteliği taşıyan bir düzenleme olduğu anlaşılır.

Uluslararası ya da ulusal düzeyde veri koruma hukuku alanı düzenlenirken öncelikle bir genel düzenleme ve sonrasında iş ilişkisi bakımından bu genel düzenlemenin nasıl uygulanması gerektiğine işaret eden ve özel hükümler getiren düzenlemeler yapılması yolunun tutulduğu görülmektedir.

1.2. Türk Mevzuatının Durumu

1.2.1. Genel Düzenlemeler Bakımından

Kişisel verilerin korunması konusunda devletlerin pozitif düzenlemeler getirmesi gereğine işaret eden Uluslararası alandaki eğilimin de etkisiyle¹⁷, kişisel veriler üzerindeki hak, 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasal bir hak olma niteliğini kazanmıştır. 12.9.2010 tarihli halk oylamasıyla yapılan değişiklik uyarınca Özel hayatın gizliliği başlıklı 20. maddeye eklenen fıkra uyarınca “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Anayasa değişikliği öncesinde 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde kaydedilmesi (m. 135), başkasına verilmesi, yayılması, ele geçirilmesi (m. 136) ve yok edilmesi gerekenlerin yok edilmemesi (m. 138) hapis cezasını gerektiren suçlar olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

AY m. 20/III, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceğini belirtir. Ne var ki, bu çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla doğrudan Veri Koruma Hukuku alanını düzenleyen bir kanun henüz yürürlükte

değildir. 23. Dönem 2. Yasama yılında TBMM başkanlığına sunulan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı¹⁸, o yasama döneminde sonuçlandırılmamış ve TBMM İçtüzüğü m. 77 uyarınca hükümsüz (kadük) hale gelmiş bulunmaktadır¹⁹.

1.2.2. İş Mevzuatındaki Mevcut Hükümler Bakımından

Türk Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir (6101 sK. m. 11). Çalışmamızın odağını oluşturan 419. madde de bu tarih itibarıyla yürürlükte olacaktır. Bugün yürürlükte olan mevzuat bakımından ise işçilere ait kişisel verilerin korunmasıyla ilgili düzenleme, İş Kanunu m. 75 hükmü olarak karşımıza çıkar: *“İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır”* (İşK. m. 75/I). Maddenin devamında ise, özlük dosyasındaki bilgilerin hangi esaslarla kullanılması gerektiği ve korunmasına ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, *“İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür”* (İşK. m. 75/II).

Kanımızca, İşK. m. 75 düzenlemesi, işçi hakkında dosya düzenlenmesini öngörmekle birlikte, bunun formunu dikte eder nitelikte bir hüküm değildir. Dolayısıyla işçi hakkında, ister elle tutulsun ister elektronik ortamda depolansın tüm verilerin aynı maddenin ikinci fıkrasındaki korumadan yararlanması gerekir. Bu aynı zamanda işverenin işçiyi gözetme/koruma borcunun da bir gereğidir.

Bundan başka, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerde, işçinin sağlık durumuna ilişkin verilerinin elde edilmesi, saklanması ve işçilerin bunlara ulaşım hakkına ilişkin hükümlere rastlanır. Örneğin, İşK. m. 85-86 ve Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği²⁰ m. 5 uyarınca ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırılacak işçiler ile genç işçilerin işe girişlerinde,

işin niteliğine ve şartlarına göre bedence bu işlere elverişli ve dayanıklı olduklarının hekim raporuyla belirlenmesi ve bu raporların, teftiş esnasında iş müfettişlerine her istenildiğinde gösterilmek üzere işveren veya yetkilisi tarafından, gizliliğine hanel gelmeyecek bir surette işyerlerindeki özlük dosyalarının kişisel sağlık bölümünde saklanması gerekmektedir (m. 5/I, IV). Ayrıca, işyerinden ayrılarak yeni bir işe giren işçilerin bu raporları veya örnekleri yeni işverenin isteği halinde o işyerine gönderilecektir (m. 5/VI). Yönetmeliğin 7. maddesi ise işverene, ağır ve tehlikeli işlerde çalıştırdığı işçilerin nüfus cüzdanlarının onaylı örneklerini saklayarak, bunları iş müfettişlerinin her isteyişinde gösterme yükümlülüğü getirmektedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği²¹ m. 6'da işçilerin, işyerinde yürütülecek iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin amaç ve usulleri konusunda haberdar edilmeleri ve elde edilen verilerin kullanılması ile ilgili bilgilendirilmeleri gerektiği hükme bağlanmıştır [m. 6 (2)]. Aynı Yönetmeliğin m. 5 (5) hükmü uyarınca işveren, işçilerin kişisel sağlık dosyalarını işten ayrılma tarihinden itibaren en az 10 yıl süreyle saklamak ve işçinin işyerinden ayrılarak başka bir işyerinde çalışmaya başlaması halinde, dosyanın bir örneğini onaylayarak yeni işverene göndermek yükümlülüğü altındadır. İş sağlığı ve güvenliği faaliyetleri sürecinde elde edilen işçiye ilişkin kişisel verilerin gizli tutulmasından işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı ile birlikte işveren sorumludur²².

Asbest Yön.²³ m. 20 ise, asbest veya asbestli malzeme ile çalışanların yaptıkları işleri, çalışma süresini ve maruziyet miktarını belirten kayıtların tutulmasını, işveren için bir yükümlülük olarak belirlemiştir. Doktor veya sağlık konusunda yetkili kişiler bu kayıtları inceleyebilirler. Ayrıca, İşçiler kendilerine ait kayıtların bir örneğini alabilirler. İşçiler ve/veya temsilcileri de kayıtlar hakkında isimsiz genel bilgileri alabilirler (m. 20/a). Tutulan kayıtlar maruziyetin sona ermesinden sonra en az 40 yıl süreyle saklanacaktır (m. 20/b). Bu konuda Kanserojen Mutajen Madde Yön.²⁴

m. 14, 16, 17, benzer hükümler içermektedir.

İş mevzuatındaki bu hükümler, Veri Koruma Hukuku ilkelerinin bir bölümünü yansıtır niteliktedir. AB adaylık sürecinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin Yönergelere uyum kaygısıyla -özellikle 2003-2004 yıllarında- çıkartılan yönetmeliklerin bu esasları içermesi de doğaldır. Ancak bu bağlamda Veri Koruma Hukuku bakımından asıl uyum gerektiren kaynak, 95/46/EC sayılı Yönerge'dir. Başka bir anlatımla, işçi-işveren ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulan 95/46/EC sayılı Yönerge veri koruma konusundaki temel kuralları belirlemekte; iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yönergeler ise, kendi düzenledikleri alanda bu kuralların nasıl uygulanacağını göstermektedir.

Açıklamalarımız sonrasında, Türk Hukuku bakımından, kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir yasal düzenleme ve bunun işçi-işveren ilişkisinde nasıl uygulanacağına ilişkin özel hükümlere gereksinim, açıkça görülecektir. Nitekim "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" şeklindeki Anayasa hükmü (AY m. 20/III) bu gereksinimin Türk Hukuku bakımından anayasal düzeyde kabul gördüğünü ortaya koyar. Anayasa, bu alanı düzenleyen bir kanun çıkartılması hususunda yasama organına yükümlülük getirmektedir. TBK m. 419 ise, işçi-işveren ilişkisi özelinde sözünü ettiğimiz gereksinimin karşılanmasına yönelik bir düzenlemedir. Ancak, genel olarak veri koruma alanını düzenleyen bir kanun olmaksızın TBK m. 419 hükmünün yürürlüğe girmesi özellikle içeriğinin somutlaştırılması bağlamında kaotik bir ortamı beraberinde getirebilecek potansiyele sahiptir. Sözünü ettiğimiz durum, Veri Koruma Hukuku düzenlemeleri hakkında yapacağımız açıklamalar sonrasında daha da iyi anlaşılacaktır.

2. Veri Koruma Hukukunun Temel Kavramları

Yapacağımız açıklamaların gerektiği gibi anlaşılabilmesi için, veri koruma hukukuna ilişkin kavramların kısaca ortaya konmasında yarar bulunmaktadır. Tanımlarda, 95/46/EC sayılı Yönerge başta olmak üzere, UÇÖ Uygulama Kodu ve bugün için hükümsüz durumda

olsa da yenilenme olasılığını yüksek gördüğümüz Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı esas alınmıştır.

Kişisel Veri: Belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgileri anlatır. "Kimliği belirlenebilir kişi" anlatımından, özellikle kimlik numarasına ya da fiziki, fizyolojik, düşünsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğine özgü bir ya da birkaç etmene başvuru olarak kimliği, doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen kişi anlaşılmalıdır.

Özel Niteliği Olan/Duyarlı Kişisel Veri: Kişilerin, ırk ve etnik kökenleri, siyasî düşünceleri, felsefî, dini veya diğer inançları; dernek ve sendika üyelikleri, sağlık durumları, cinsel yaşamları ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili kişisel verilerdir.

İlgili Kişi/Veri Öznesi: Verinin ilişkili olduğu ve hakkında kişisel veri işlenen gerçek kişidir.

Kişisel Verilerin İşlenmesi (Processing): Otomatik araçlarla ya da bunlar kullanılmaksızın kişisel veri üzerinde yapılan işlem veya işlemler dizisidir. Bu kavrama, verinin toplanması (elde edilmesi), kaydedilmesi, sınıflanması, depolanması, kullanılması, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, üçüncü kişilere aktarılması, bloke edilmesi, silinmesi ve yok edilmesi gibi işlemler dahildir. Bu noktada önemle belirtilmesi gereken, izleme ve gözetleme, işçilere yöneltilen sorular, uygulanan testler ve benzerlerinin, kişisel veri elde etme yöntemleri olduğudur. Dolayısıyla, Veri Koruma Hukuku ilkeleri, bu tür işveren uygulamaları için de geçerlidir²⁵.

Veri Kütüğü/Kişisel Veri Dosyalama Sistemi: Belirli bir kritere (Örn.: kişinin ismi) göre ulaşılabilen, kişisel verilerin muhafaza edildiği bir bütün olarak tasarlanmış sistemdir. Sistemin coğrafi veya işlevsel temelde merkezi ya da dağınık durumda olması veri kütüğü sistemi olarak kabulünde değişiklik yaratmaz. Kişisel veri tanımı da dikkate alındığında veri kütüğü sisteminin elle tutulan (manual) dosyalardan da oluşabileceği sonucuna varılır. Ancak, bu dosyaların kendi içinde indeksleme ya da bölümlere ayrılmış olma gibi bir niteliğe sahip olması koşulunun, veri kütüğü sistemi olarak kabulü için aranıp aranmayacağı tartışmaya açıktır²⁶.

Veri Kütüğü Sistemi Sabibi: Kişisel verileri kendi hesabına işleyen, yararlanan veya bu tür faaliyetler için üçüncü kişileri görevlendiren gerçek ya da tüzel kişidir.

İşleyici: Veri kütüğü sahibi adına kişisel verileri işleyen gerçek ya da tüzel kişidir.

Anonim Hale Getirme: Kişisel verilerin, belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek veya kaynağı belirlenemeyecek hale getirilmesidir.

İlgili Kişinin Rızası: Kişinin özgürce (ve verinin işleme amaç ve biçimine özgü), öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmış irade açıklamasıyla kendine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine olurluğunu bildirmesi anlamına gelir.

Denetim Makamı: Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin uygulanmasını denetlemek, düzenlemelerin nasıl uygulanması gerektiğine yönelik rehber niteliğinde belgeler oluşturmak, şikayetleri dinlemek, düzenlemelere aykırı davranılması durumunda bunu karara bağlamak ya da yargıya götürmek gibi görev ve yetkilerle donatılmış özerk kamu makamıdır²⁷.

3. Veri Koruma Hukuku Bakımından İş İlişkisi

İş Hukuku ve Veri Koruma Hukuku arasında etkileşimli bir ilişki söz konusudur. Bu etkileşim, iletişim ve bilgi teknolojilerinin gelişimiyle giderek artmaktadır. İşveren uygulamalarının büyük bölümü, gün geçtikçe veri işleme yöntemlerine dayanır hale gelmektedir. Nitekim, işverenler, yasaların öngördüğü yükümlülüklerle uymak, işçi seçiminde, eğitiminde ve yükseltmelerde kullanmak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, kalite kontrol, müşteri ilişkileri, işyeri güvenliğini sağlamak, üretim ve iş süreçlerini organize etmek gibi amaçlarla işçilere ve iş başvurusunda bulunanlara ait kişisel verileri işlemektedirler²⁸.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler, işverenin işçilere ait kişisel verileri işleme faaliyetleri için de uygulama alanı bulur. Buna karşın, bu konuda iş ilişkisinden kaynaklanan sorunların tamamı -işçiye ilişkin verinin işlenmesiyle ilintili olmakla birlikte-, salt veri koruma hukuku sorunu olarak nite-

lenmez²⁹. Başka bir anlatımla, Veri Koruma Hukukunun uluslararası ve ulusal pozitif düzenlemelerinde yer alan/almaması gereken temel ilkelerin ve kuralların, iş ilişkisi için de uygulama alanı bulacakları noktasında duraksama yoktur³⁰. Ancak, bu ilke ve kuralların, iş ilişkisinin kendine özgü özellikleri de göz önünde tutularak yorumlanması gerekmektedir³¹.

Veri Koruma Hukuku kurallarının iş ilişkisi bakımından değerlendirilmesi çabasında esas alacağımız pozitif düzenleme, Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Yönergesi olacaktır³². Diğer uluslararası belgeler ve yabancı ulusal düzenlemelerin yanı sıra, bugün için hükümsüz durumda olsa da yenilenme olasılığını yüksek gördüğümüz Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı hükümlerine de yer geldikçe değinilecektir.

Bu inceleme yapılırken, Veri Koruma Hukukunun tüm kuralları değil, iş ilişkisi ve çalışma konumuzla yakın ilişki içindekiler üzerinde durulmuştur. Bu çaba doğrultusunda, TBK m. 419 hariç, iş mevzuatımızdaki hükümlerin de, ortaya koyacağımız düzenlemeler karşısındaki durumu değerlendirilmeye çalışılmıştır. TBK m. 419'un yorumlanması; içerdiği hükümlerin anlam ve kapsamının belirlenmesi, öncelikle sıraladığımız bilgi ve tartışmaların ortaya konmasını gerektirdiğinden, çalışmanın son bölümüne bırakılmıştır.

3.1. Veri İşlemede Hukuka Uygunluk Nedenleri ve İş İlişkisi Bakımından Uygulanabilirliği

İşK. m. 75/II, işverenin, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmakla yükümlü olduğunu belirtir. 95/46/EC sayılı Yönerge başta olmak üzere dünyadaki düzenlemelerde ise, bilgilerin elde edilme aşamasından başlayarak işlenmesinin, hangi hallerde hukuka uygun olduğu ayrıntılı düzenlemelerle belirlenmiştir. Bu düzenlemelerde, hukuka uygunluk hallerinin özü bakımından MK m. 24/II'de sayılanlardan farklı olmadıkları görülür³³. Ancak, aşağıda inceleyeceğimiz düzenlemelerde hukuka uygunluk nedenleri, daha ayrıntılı olarak orta-

ya konmuş durumdadır. İşK. m. 75 uyarınca tutulacak dosyanın ve iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yönetmelikler uyarınca toplanacak bilgilerin veri kütüğü sistemi niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmasına girilmeksizin³⁴, inceleyeceğimiz düzenlemelerdeki kurallar, işçiye ilişkin verinin toplanması ve kullanılmasında uyulması gereken *ilkeler* olarak algılandığında dahi, yol gösterici niteliktedirler.

3.1.1. Bir Sözleşmenin Kurulması ve Edimlerinin Yerine Getirilmesi

Veri Koruma Hukukunun pozitif dayanaklarında, hangi durumlarda kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun sayılacağı sıralanmıştır. Bunlardan iş ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulabilecek olanlardan ilki, verinin işlenmesinin ilgili kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin kurulması, edimlerinin yerine getirilmesi ve devamı için gerekli olduğu durumlardır [95/46/EC m. 7 (b); ILO DP Code para. 10.1 (c); KVKK Tsr. m. 6 (3) c]. İş ilişkisinde işveren, iş sözleşmesinden doğan bazı edimlerini yerine getirmek için işçiye ait kişisel verileri işleyecektir. Örneğin, işçiye ücret ödemesi yapılabilmesi için işverenin, kimlik numarası, sigorta numarası vb. verileri işleme zorunluluğu bulunmaktadır³⁵.

3.1.2. Yasal Yükümlülük Bulunması

Veri kütüğü sistemi sahibinin bu konuda yasal yükümlülük altında bulunması halinde de veri işlemesi hukuka uygun sayılacaktır [95/46/EC m. 7 (c); KVKK Tsr. m. 6 (2)]. İş ilişkisinde veri kütüğü sistemi sahibi konumunda olan işverendir³⁶. İşK. m. 75/I uyarınca, işveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenlemek ve bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İş teftişi sırasında bu dosyadaki bilgilerin müfettişlere gösterilmesi ve işçilere ilişkin vergilerin ve SGK primlerinin ödenmesi konusundaki yükümlülükleri yerine getirilmesi için, işçilere ait kişisel verilerin, ilgili kurumlara aktarılması, bu kapsamda değerlendirilecektir³⁷.

3.1.3. Üstün Özel Yarar-Üstün Kamu Yararı

Veriyi işleyecek olanın, meşru bir hukuki yararının olması durumunda eylemi hukuka uygun sayılacaktır. Kişilik hakkına müdahaleyi hukuka uygun hale getiren nedenlerden biri olan “üstün özel yarar” (MK m. 24/II), görüleceği üzere, 95/46/EC sayılı Yönerge dahil, Veri Koruma Hukukunun pozitif dayanaklarında da yer bulmaktadır [95/46/EC m. 7/(f)]. Ancak, Yönergenin bu konudaki hükmü; dayanılacak özel yararın, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerinden, özellikle de özel yaşam hakkından kaynaklanan yararının daha üstün olduğu durumlarda uygulanmayacağını da belirtmektedir³⁸. Başka bir anlatımla, yararlar arası değerlendirme/tartım yapılarak çıkarlar arası dengenin gözetilmesi gereği³⁹, Veri Koruma Hukuku için de geçerlidir. İşverenin dayanacağı yarar ile işçinin özel yaşam hakkı arasındaki değerlendirme her olay için ayrıca yapılmalıdır. Örneğin işyerinde güvenlik şefi olarak çalışan bir işçi ile temizlik işçisi arasında, haklarında toplanacak verinin sınır ve niteliği bakımından fark olması doğaldır⁴⁰.

95/46/EC sayılı Yönergenin 7 (d) maddesi, rızasını açıklayamayacak bir halde olan ilgili kişinin yaşamsal çıkarlarının korunması için verinin işlenmesinin gerekli olduğu durumlarda, eylemin hukuka aykırı olmayacağını belirtmektedir [KVKK Tsr. m. 6 (3) b]. Burada üstün tutulan özel yarar kişilik değerlerine müdahalede bulunulan kişiye aittir⁴¹. Bu olasılık, iş ilişkisinde, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili olarak gündeme gelebilir⁴².

95/46/EC sayılı Yönerge'nin 7 (e) maddesi uyarınca, kişisel verinin işlenmesini hukuka uygun kılabilecek dayanaklardan biri de kamu yararıyla ilgili bir görevin yerine getirilmesi ya da veri kütüğü sistemi sahibi ya da üçüncü kişinin sahip olduğu kamusal yetkinin kullanılmasıdır [KVKK Tsr. m. 6 (3) a]. Bu dayanağın iş ilişkisi bakımından uygulama alanının çok dar olduğu belirtilmelidir⁴³.

3.1.4. İlgili Kişinin (İşçinin) Rızası

İlgili kişinin, kendisine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine “kuşkuyla yer bırakmayacak

nitelikte” rıza göstermesi halinde, veri işleme eylemi hukuka uygun sayılacaktır [95/46/EC m. 7/(a)]. Özel niteliği olan veriler bakımından ise, rızanın “açık” olması gerekir⁴⁴ [95/46/EC m. 8/1 (a)]. Kişisel verilerin işlenmesine verilecek rızanın, “kuşkuya yer bırakmayacak nitelikte” olması önemlidir. Birleşik Krallık Veri Koruma Yasası’nın niteliğini belirtmeksizin, rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmesi⁴⁵ (UK DPA Schedule 2/1), bu deyimden örtülü şekilde verilmiş rızayı da kapsayabileceği ve bu nedenle 95/46/EC sayılı Yönerge hükümlerine uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁶. Söz konusu eleştiri “kuşkuya yer bırakmayacak nitelikte” anlatımından ne anlaşılması gerektiğiyle ilgilidir. Bu görüşe göre, söz konusu anlatım işçinin kişiliğine müdahale içeren uygulama karşısında suskun kalması halinin (örtülü rıza) hiçbir zaman bu anlamda rıza olarak algılanamayacağını da beraberinde getirmektedir.

“Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir” şeklindeki Anayasa hükmü (m. 20/III), Türk Hukuku bakımından da bu yaklaşımın benimsendiğine işaret eder. Nitekim KVKK Tasarısında da, hukuka uygunluk nedeni olarak ilgili kişinin “açık” rızası aranmakta, özel niteliği olan veriler için ise, “kanunla yasaklanmayan hallerde” rızanın “yazılı” şekilde verilmesi gerekmektedir [KVKK Tsr. m. 6 (1), 7 (2) a]. Tasarıdaki “açık” ve “yazılı” rıza anlatımları, kişisel verilerin korunması noktasında örtülü rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul görmediğini gösterir. Açıklamalarımız sonrasında bu durumun, Yönergenin çizdiğinden daha ileri bir koruma öngördüğü sonucuna varılabilir. Öte yandan, “kanunla yasaklanmayan haller” ölçütünden ne anlaşılması gerektiği açık olmamakla birlikte, bu konuda ilk akla gelen yasaklamaların TBK m. 419/I ve MK m. 23’te öngörülen sınırlama ve ölçütler olduğu sonucuna varmak yanlış olmaz. Ayrıca, rızanın yazılı olması her zaman gerekli nitelikleri taşıdığı anlamına gelmez. İmzalayan kişinin okuma yazma bilmemesi ya da rıza alınan metnin yabancı bir dilde olduğu durumlarda, rızaya başvuru konusunda ilgili kişinin yeterli şekilde bilgilendirildiğinin de kanıtlanması gerekecektir⁴⁷. Alman Federal

Veri Koruma Yasası⁴⁸ ise, rızanın şeklini, kural olarak “yazılı” olarak belirlemiş; metnin başka yazılı irade beyanlarını da barındırması halinde, rızanın fark edilebilir bir şekilde metinde yer alması gerektiğine işaret etmiştir [§4a (1)].

95/46/EC sayılı Yönerge’nin rızayı, kişinin özgürce ve verinin işleme amaç ve biçimine özgü, öncesinde yeterli bilgilendirme yapılmış⁴⁹ irade açıklamasıyla kendisine ilişkin kişisel verilerin işlenmesine olurlu bildirmesi olarak tanımlamakta olduğu unutulmamalıdır⁵⁰ [95/46/EC m. 2 (h)]. İş ilişkisi bakımından bunun, rıza göstermemesi veya geri alması durumunda hiçbir olumsuz sonuçla karşılaşmayacağı söylenebildiği takdirde, işçinin irade açıklamasının rıza olarak kabul edilebileceği anlamına geldiği ileri sürülmektedir⁵¹. Ayrıca, 95/46/EC sayılı Yönergenin 29. maddesi uyarınca faaliyet gösteren Çalışma Grubu, işçinin rızasına yaklaşımını, “İşçinin reddetmek gibi bir seçeneği yoksa bu rıza değildir. Rıza her zaman özgürce verilmelidir. Giderek, işçi olumsuz sonuç endişesi duymaksızın rızasını geri de alabilmelidir”⁵² “İşverenler bu tür uygulamaları hukuka uygun kılmak için işçinin rızasını, genel bir araç olarak kullanmamalıdır”⁵³ anlatımıyla ortaya koymuştur. Çalışma Grubu tarafından ortaya konan ve 95/46/EC m. 2 (h) hükmündeki rıza tanımını açıklayan bu yaklaşım, AB üyesi Devletlerin bazılarının rızaya yaklaşımıyla bağdaşmaz. Örneğin, Birleşik Krallık’ta iş sözleşmesindeki bir hükümle alınan işçinin rızası geçerli kabul edile gelmişken; 95/46/EC sayılı Yönerge sonrasında artık bunun mümkün olmadığı belirtilmektedir⁵⁴.

3.1.5. Özel Niteliği Olan Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk

Kural olarak, özel niteliği olan verilerin işlenmesi yasaktır⁵⁵ [95/46/EC m. 8/1; ILO DP Code para. 6.5 (1), 6.6, 6.7; KVKK Tsr. m. 7 (1)]. Bu kuralın, özel niteliği olan nitelikte olmayan verilerin işlenmesi için ortaya konan hukuka uygunluk nedenleri kadar kapsamlı olmamakla birlikte, istisnaları bulunmaktadır [95/46/EC m. 8/2,3; ILO DP Code para. 6.5 (2), 6.6, 6.7 (a-c); KVKK Tsr. m. 7 (2) vd.].

Özel niteliği olan veriler konusunda, “üstün özel yarar” şeklinde özetlenebilecek genel nitelikteki bir hukuka uygunluk nedenine dayanarak veri işlenmesi mümkün değildir⁵⁶. Bu nedenle, aşağıda sıralayacağımız istisnalar arasında bulunmamaktadır.

95/46/EC sayılı Yönerge uyarınca ilgili kişinin “açık” rızası, özel niteliği olan verilerin işlenmesine olanak verir. “Açık” rızadan söz edebilmek için, istisnai durumlar dışında, rızanın yazılı şekilde alınmış olması gerekir⁵⁷. Nitekim KVKK Tasarısı da özel niteliği olan verilerin işlenmesi için yazılı rıza aramaktadır [KVKK Tsr. m. 7 (2) a]. Bazı AB ülkelerindeki veri koruma yasalarında, ilgili kişinin rızasıyla dahi özel niteliği olan verilerin işlenmesinin mümkün olamayacağı durumların düzenlendiği görülür⁵⁸.

İstisnalardan bir diğeri ise, veri kütüğü sistemi sahibinin (işverenin) Kanunlarla tanınan hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesi için, veri işlemenin gerekli ve işverenin bu konuda yetkili kılınmış olması ve özel niteliği olan verilerin işlenmesi noktasında ulusal hukukun gerekli korumayı sağlamasıdır [95/46/EC m. 8/2 (b); KVKK Tsr. m. 7 (2) c]. Örneğin, sendika üyeliği özel niteliği olan veri niteliğindedir; buna karşı, üyelik aidatının kaynaktan kesme (check-off) yöntemiyle işçinin ücretinden kesilmesi, İş Hukukunun işveren için öngördüğü bir yükümlülüktür^{59,60} (Sen. K. m. 61). İşveren bu konudaki veriyi işlemeksizin, yükümlülüğünü yerine getiremeyecektir. Dolayısıyla, salt bu amaca özgü şekilde, işçilerin sendika üyeliklerine ilişkin verilerin işlenmesinin hukuka aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmelidir⁶¹.

Özel niteliği olan verilerin işlenmesi yasağına getirilen diğer bir istisna ise verinin işlenmesinin bir hukuki talebin (*legal claim*) doğması, kullanılması ya da savunulması için gerekli olmasıdır⁶² [95/46/EC m. 8/2 (e); KVKK Tsr. m. 7 (2) e]. Buna örnek olarak, haksız ve/veya geçersiz nedenle fesih iddiasına dayanan işçi taleplerinde, işçiye ilişkin verilerin, avukat ve mahkemelere aktarılması verilmektedir. Ancak, bu istisna, işçilerden birinin bir gün işverenden bir talepte bulunacağı varsayımıyla tüm işçilerin özel niteliği olan verilerinin işlenmesini hukuka uygun hale getirmeyecektir⁶³. “İşleme”, “elde

etmeyi” de kapsayan bir Veri Koruma Hukuku terimidir. Dolayısıyla, açıklamaya çalıştığımız istisna, ancak işverenin İş Hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesi için veri işlemenin gerekli olması gibi bir istisnadan yararlanılarak elde edilme aşaması hukuka uygun olan verinin, mahkeme vb. makamlara aktarımını hukuka uygun kılacaktır.

Bu konuda verilebilecek diğer bir örnek ise işyerinde cinsel taciz iddialarının bulunmasıdır. İşçinin cinsel yaşamı hakkındaki veriler, özel niteliği olan veridir. Ancak, bu iddianın ortaya çıkması halinde, sadece bu iddiaya özgü ve bunun araştırılması amacıyla, bu tür veriler toplanabilecektir. Başka bir anlatımla, işyerinde cinsel taciz iddiası bulunmadan bu konuda veri toplanamaz ve kullanılamaz⁶⁴.

Kişilerin sağlık durumlarına ilişkin veriler de, özel niteliği olan veri niteliğindedir ve bu tür verilerin, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla ve meslek sırrını açıklamama ya da benzer yükümlülüğü olan kişilerce işlenmesi mümkündür⁶⁵ [95/46/EC m. 8/3; KVKK Tsr. m. 7 (2) f; ILO DP Code para.8.2; COE R (89) 2 m. 10.4]. İş ilişkisi bakımından, işçilerin sağlık durumlarına ilişkin verilerin işlenmesini öngören hükümler, bu istisna kapsamında kabul edilmelidir⁶⁶. Örneğin, İSG Hiz. Yön. m. 5 (5) uyarınca “İşveren, işçilerin kişisel sağlık dosyalarını işten ayrılma tarihinden itibaren 10 yıl süreyle saklamak zorundadır” ve işyeri sağlık ve güvenlik birimi, ortak sağlık ve güvenlik birimi, toplum sağlığı merkezleri, ve işyeri hekimleri, işçilerin kişisel sağlık dosyasındaki bilgileri gizli tutmakla yükümlüdür [İSG Hiz. Yön. m. 12 (1) e; İH Yön. m. 8 (1) e, 17 (1)].

İşçinin sağlığıyla ilgili veriler, ancak işçinin işe uygun olup olmadığına karar vermek, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmek ve sosyal yardımlardan yararlanma durumunun olup olmadığını anlamak için gerekli ise, toplanabilir ve bunların diğer verilerden ayrı şekilde saklanması gerekir^{67,68} (ILO DP Code para. 6.7, 8.2; COE R (89) 2 m. 10.5). İşçilerin sağlığına ilişkin verilerin ayrı depolanması gereği, Türk Hukukunda, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği uyarınca alınması gereken ra-

porların gizliliğine hanel gelmeyecek bir surette işyerlerindeki özlük dosyalarının *kişisel sağlık bölümünde* saklanmasını öngören düzenlemede görülür (Ağır Tİ Yön. m. 5/IV). Ne var ki, işçilerin sağlık durumlarına ilişkin verilerin ayrı saklanmasını öngören bu ilke, salt ağır ve tehlikeli işlere özgü bir karakterde değildir. Kaldı ki, bu verilerin aynı dosya içinde farklı bölümde saklanması, ayrı saklama ilkesinin yerine getirildiği anlamında da yorumlanamaz⁶⁹. Her ne kadar İSG Hiz. Yön. ve İH Yön. hükümlerinde “kişisel sağlık dosyası” adı altında ayrı bir dosyadan söz edilmekte ise de işverenin düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtların işçi özlük dosyasında saklanmasını zorunlu kılan İşK m. 75/I düzenlemesi karşısında sağlık dosyasının da özlük dosyası içinde bulundurulması gerekir. Bu durumun, sağlık verilerinin diğer verilerden ayrı şekilde saklanması ilkesiyle uyumluluğu tartışmalıdır.

Ayrıca, tıbbi muayene sonucunda işverene verilecek bilginin sadece işle ilgili karar almaya yetecek nitelikte olması; ancak, işçinin sağlık durumu hakkında ayrıntılara yer verilmemesi gerektiği üzerinde durulmaktadır⁷⁰ (ILO DP Code para. 10.8, 10.9).

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin ve İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmeliğin işyeri sağlık ve güvenlik birimi, ortak sağlık ve güvenlik birimi, toplum sağlığı merkezleri ve işyeri hekiminin işçilere ait sağlık verileriyle ilgili olarak gizlilik ilkesine uymak zorunda olduklarını belirten hükümlerinin [İSG Hiz. Yön. m. 12 (1) e; İH Yön. m. 8 (1) e, 17 (1)], Veri Koruma Hukukunun ortaya koyduğumuz bu ilkesine uygun yorumlanması, bizi, bu bilgilerin işverene karşı da gizlilikten yararlanması gerektiği sonucuna götürecektir. Yönetmeliklerde, bu tür bilgilerin tamamının işverene açık edilmemesi konusunda bir hüküm bulunmasa da, özellikle hekimler bakımından sır saklamanın, mesleki bir yükümlülük olduğu (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 4), unutulmamalıdır⁷¹ (ILO AD Code para. 8.6.1; ILO HIV/AIDS Code para. 4.7). Tüm bu açıklamalar sonrasında, örneğin, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği EK-II'de yer alan, “Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalışacaklara Ait

İşe Giriş/Periyodik Muayene Formunun” işverene açık olan kısmının, sadece, “Değerlendirme ve Sonuç” bölümü olması gerektiği anlaşılır.

3.2. Veri İşlemenin Hukuka Uygunluğu İçin Gerekli Diğer Ölçütler

Kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olduğunun kabulü için buraya kadar ortaya koymaya çalıştığımız hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı ilk koşul olmakla birlikte, yeterli değildir. Bir hukuka uygunluk nedenine dayanılarak işlense bile, verinin ve veri işleme yönteminin birtakım ölçütlere uygun olması, ilgili kişinin (işçinin) Veri Koruma Hukukuna özgü haklardan yararlandırılması ve veri kütüğü sistemi sahibinin (işverenin) yükümlülüklerinin unutulmaması gerekir⁷². Başka bir anlatımla, veri işlemenin hukuka uygunluğu için sıraladığımız kurallar, sıralayacağımız ölçütlerle birlikte bütüncül bir etkiye sahiptir.

3.2.1. Verinin ve Veri İşleme Yönteminin Taşınması Gereken Nitelikler

3.2.1.1. Hukuka ve Dürüstlük Kurallına Uygun İşleme

Kişisel veriler, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak işlenmelidir [95/46/EC m. 6/1 (a); KVKK Tsr. m. 5 (1) a]. Bu kural, işverenin, Veri Koruma Hukuku kurallarının yanı sıra diğer hukuk kurallarına, özellikle de gözetme ve eşit davranma borcuna da uygun hareket etmek zorunda olduğuna işaret eder⁷³ (ILO DP Code para. 5.10). Bu noktada, işverenin, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak *kullanmakla* yükümlü olduğunu hükme bağlayan İşK. m. 75/II düzenlemesinin, sadece kullanım değil, elde edilme dahil tüm veri işlemlerini kapsar şekilde anlaşılması yerinde olur.

3.2.1.2. Amaca Özgü İşleme ve Ölçülülük

Veri, toplanma amacına özgü kullanılmalı; bu amaç açık ve hukuka uygun olmalıdır. Verinin işlenmesi söz konusu amaçla bağdaşmayacak nitelikte olmamalıdır. Kişinin kendisiyle ilgili kişisel verinin amacı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkını düzen-

leyen AY m. 20/III hükmü bu ilkeye işaret eder. Ayrıca veri işleme yöntemi belirlenirken, özel yaşam hakkı başta olmak üzere işçinin kişiliğini en az düzeyde zedeleyecek nitelikte, orantılı/ölçülü olan seçilmelidir⁷⁴ [KVKK Tsr. m. 5 (1) c].

Verinin, toplanma amacına uygun ve bu amacı aşmayan nitelikte olması, toplanma amacıyla arasında makul bağın kurulabilmesi anlamına gelir [95/46/EC m. 6/1 (b)-(c); KVKK Tsr. m. 5 (1) b-c]. Örneğin otomatik bilgi sistemlerinin güvenli ve düzgün işlemesi için alınan teknik ve organizasyona yönelik önlemlerle bağlantılı olarak elde edilen kişisel verilerin, işçilerin davranışlarının izlenmesi ve değerlendirilmesi için kullanılmaması gerekir⁷⁵ (ILO DP Code para. 5.4).

3.2.1.3. Verinin Tam ve Yanlışsız Olması

Veri, tam ve yanlışsız olmalı; gerektiğinde güncellenmelidir. Toplanma amaçları esastığında yanlış ve eksik olduğu anlaşılan verilerin silinmesi veya düzeltilmesi için gerekli tüm önlemler alınmalıdır [95/46/EC m. 6/1 (d); KVKK Tsr. m. 5 (1) d, 12 (2) d]. İş ilişkisinde işveren tarafından işlenen işçiye ilişkin kişisel verilerin, eksik ve yanlış olmasının önlenmesi için, işlemeyle ilgili kayıtların örneklerinin, belirli aralıklarla, işçilere verilmesi önerilmektedir⁷⁶. UÇÖ Uygulama Kodu daha da ileri giderek bunu, kişisel verinin işyeri içinde ve işyeri dışındakilere aktarımına ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere, bir yükümlülük olarak düzenlemiştir⁷⁷ (ILO PD Code m. 8.3, 8.4, 11.3). UÇÖ Uygulama Kodu, verinin işçinin anlayabileceği formda saklanması kuralını da içerir (ILO DP Code para. 8.6). Avrupa Konseyi Tavsiye Kararında ise, işçiye ilişkin verinin depolanma yönteminin, kendi bilgisi olmaksızın kimliğinin belirlenmesine olanak vermemesi gerektiği hükme bağlanmıştır (COE R (89) 2 m. 5.2).

3.2.1.4. Verinin Depolanma/Buhundurulma Süresi

Veri, ancak işlenme amacı için gerekli süre kadar ilgili kişinin kimliğini belirtecek bir formda saklanabilir [95/46/EC m. 6/1 (e); ILO PD Code m. 8.5; KVKK Tsr. m. 5 (1) d]. Kişisel veri toplanma amacına ulaşıldıktan sonra yok edil-

melidir. Bu kuralın istisnasını, ulusal hukukun bu verinin belirli bir süre saklanması emretmesi, iş ilişkisine ilişkin yasal süreçlerde kanıt aracı olabilecek nitelikteki verilerin saklanması ve iş başvurusunda bulunanın bir süre daha başvurusunun geçerli olmasını istemesi durumları oluşturur⁷⁸ [ILO DP Code para. 8.5; COE R (89) 2 m. 14.3; KVKK Tsr. m. 9 (1), 25]. Örneğin, iş sağlığı ve güvenliği yönetmeliklerinde işçilerin sağlığına ilişkin verilerin belirli süre saklanması emreden maddeler bulunmaktadır⁷⁹. İşverenin bu yükümlüğe uygun hareket etmesi için verinin elde edilme amacının yerine gelip gelmediğine bakılmaksızın, belirli süre saklanması gerekecektir.

İşveren için işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanma yükümlülüğü getiren İşK. m. 75/II hükmünün, burada yaptığımız açıklamalar doğrultusunda anlaşılmasının yerinde olacağı *kanısındayız*. Başka bir anlatımla, Veri Koruma Hukukunun bu başlık altında ortaya koymaya çalıştığımız düzenlemeleri, işverenin uymakla yükümlü tutulduğu dürüstlük kuralının, işçiye ait kişisel verilerin işlenmesi konusunda somutlaştırılması anlamına gelmektedir.

3.2.2. Veri kütüğü Sistemi Sahibinin (İşverenin) Yükümlülükleri ve İlgili Kişinin (İşçinin) Hakları

3.2.2.1. Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü

Kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme ve verinin amacı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkı vardır (AY m. 20/III). Kişisel veri doğrudan ilgili kişiden toplanacaksa, veri kütüğü sistemi sahibi (işveren), ilgili kişiyi (işçiyi), veri kütüğü sistemi sahibinin ve temsilcilerinin kimlikleri, verinin hangi amaçla toplanmakta ve işlenmekte olduğu⁸⁰, alıcılar, veri toplamada kullanılan sorulara cevap vermenin isteğe bağlı ya da zorunlu olup olmadığı ve cevap verilmemesinin sonuçları, kendisine ilişkin veriye ulaşma ve düzeltme hakkına sahip olduğu konusunda bilgilendirmek zorundadır [95/46/EC m. 10; KVKK Tsr. m. 11 (1); COE R (89) 2 m. 11.1-

11.2]. Kişisel veriler, ilgili kişi dışındaki kaynaklardan elde edilmekte ise, bilgilendirme en geç, elde edilme tarihinde yapılmalıdır [95/46/EC m. 11; Ayr. Bkz. KVKK Tsr. m. 11 (2)]. Özetle, veri işleme yöntemi gizli değil; açık ve saydam nitelikte olmalıdır⁸¹.

İşverenler, işçilerin kişisel verilerini işlemek için gerekli hukuka uygunluk nedenlerinden birine dayansalar bile, bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmamış olması Veri Koruma Hukuku kurallarına aykırılık oluşturacaktır⁸². İlke olarak, kişisel verinin kaynağı işçinin kendisi olmalıdır (ILO DP Code para. 6.1; COE R (89) 2 m. 4.1). Bu şekilde işçinin kendi hakkında hangi verilerin toplanmak istendiğini öğrenmek ve bunu verip vermeme noktasında karar vermek olanağını kullanması kolaylaşır⁸³. UÇÖ Uygulama Kodu, işçiden başka bir kaynaktan, örneğin eski işverenden, veri toplama yoluna gidilmek istendiğinde, diğer hukuka uygunluk nedenleri bulunsa dahi işçinin açık rızasının alınması gerektiğini belirtir⁸⁴. Ayrıca, bilgilendirme, işçinin rıza vermektan çekinmesi durumunda karşılaşılabilecek sonuçları da içermelidir [ILO DP Code para. 6.2-6.3; KVKK Tsr. m. 11 (1) ç].

Bilgilendirme, bireysel temelde yapılabileceği gibi, bunun genel olarak, -örneğin ilan yoluyla- yapılması da mümkündür⁸⁵. Veri işleme sürecinin saydam nitelikte sürdürülmesi bakımından, genel bilgilendirmenin belirli aralıklarla tekrarlanması önerilir⁸⁶.

Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yönetmeliklerin bazı maddelerinde bilgilendirme yükümlülüğüne rastlanır (Örn.: İSG Hiz. Yön. m. 6 (2), Asbest Yön. m. 19/c). Ancak, bu yönetmeliklerin, düzenledikleri alanla sınırlı kapsamları ve yapılacak bilgilendirmenin içeriği ve sonuçları bakımından, burada ortaya koymaya çalıştığımız Veri Koruma Hukuku kurallarından çok geride oldukları da gerçektir.

3.2.2.2. Veriye Ulaşma ve Düzeltme Hakkı

İlgili kişinin (işçinin) kendisi hakkındaki veriye ulaşabilmesi Veri Koruma Hukukundaki en önemli haklardan birini oluşturur (AY m. 20/III; 95/46/EC m. 12; KVKK Tsr. m. 12). Bu hak sayesinde ilgili kişi, verinin doğruluğunu kontrol etmek, kişilik değerlerine saldırı bulunup bulunmadığı anlamak ve bu saldırıya karşı sa-

vunma yollarına başvurabilmek imkanına sahip olur. Bu hakka verilen önem, Alman Federal Veri Koruma Yasasındaki, *hukuki işlemle* hakkın ortadan kaldırılamayacağı ya da sınırlanamayacağı yolundaki hükümde de görülür⁸⁷ [§6 (1)].

İlgili kişi (işçi), veri kütüğü sistemi sahibine (işverene) başvurarak; kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenip işlenmediğini, veri otomatik olarak işlenmekteyse, bu tür işlemeye dayanılarak kendine ilişkin alınabilecek kararlarla ilgili olarak otomatik işleme sürecinin mantığını öğrenmek, verinin ve kaynağının kendisine anlaşılır bir formda iletilmesini istemek⁸⁸, verinin eksik veya gerçeğe aykırı olması hâlinde bunların, gecikilmeksizin, düzeltilmesini, hukuka aykırı olması hâlinde ise silinmesini veya yok edilmesini talep hakkına sahiptir⁸⁹ [AY m. 20/III; KVKK Tsr. m. 12 (1)]. UÇÖ Uygulama Kodu, ilke olarak, bu hakkın çalışma saatleri içinde kullanılabilir kılınmasını benimsemektedir (ILO DP Code para. 11.4). Bu hakkı kullanırken işçinin, işçi temsilcisi/işyeri sendika temsilcisi ya da başka bir işçinin; sağlık verileri söz konusu olduğunda ise, kendi seçtiği bir sağlık çalışanının, yardımından yararlanabilmesine olanak sağlanması gerekir [ILO DP Code para. 11.5; COE R (89) 2 m. 10.6, 12.4].

İşveren, bu istek üzerine, veri işlemenin hukukî dayanağını ve amacını, hangi tür kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılabilceği ve aktarılacak kişilerin kimliklerini, bildirmek zorunda olduğu gibi; verinin eksik veya gerçeğe aykırı olması hâlinde düzeltmekle, hukuka aykırı olması hâlinde ise, silmek veya yok etmekle, yükümlüdür [95/46/EC m. 12 (b); KVKK Tsr. m. 12 (2); ILO DP Code para. 11.9]. Verinin düzeltilmesi ya da silinmesi talebinin işveren tarafından reddedilmesi halinde, işçiye, en azından, bu veriye itiraz ettiğini belirten bir şerh düşme hakkı verilmeli ve bu şerh, söz konusu verinin ayrılmaz bir parçası haline getirilmelidir (ILO DP Code para. 11.11).

İşveren makul zaman aralıklarıyla yapılan başvurular için ücret vb. karşılık isteyememeli (ILO DP Code para. 11.7) ve gecikilmeksizin cevap vermelidir. KVKK Tsr. m. 13 (1) uyarınca başvuru yazılı yapılacaktır. Cevap süresi ise 15

gün olarak belirlenmiştir.

Yürürlükteki iş mevzuatımıza bakıldığında iş sağlığı ve güvenliği alanını düzenleyen bazı yönetmeliklerde işçilerin ve temsilcilerinin veriye ulaşma hakkının düzenlendiği görülür. Örneğin Asbest Yön.m. 20/a uyarınca “*İşçiler kendilerine ait kayıtların bir örneğini alabilirler. İşçiler ve/veya temsilcileri isimsiz genel bilgileri alabilirler*”. Kanserojen Mutajen Madde Yön. m. 14/e, f’de de benzer hükümlere rastlanır. Ne var ki, konuya Veri Koruma Hukuku kuralları bakımından yaklaşıldığında, bu düzenlemelerin -bilgilendirme yükümlülüğünde olduğu gibi- yönetmeliklerin düzenledikleri alanla sınırlı kapsamları ve veriye ulaşma hakkının içeriği bakımından yetersiz oldukları açıktır.

Bu noktada Bilgi Edinme Hakkı Kanunu⁹⁰ düzenlemeleri üzerinde kısaca durulmalıdır. Bu kanun uyarınca, herkes bilgi edinme hakkına sahiptir (BEHK m. 4/D). Bilgi verme yükümlülüğü ise, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için öngörülmüştür; bu kurum ve kuruluşlar, istisnalar (BEHK m. 15-28) dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik önlemleri almakla yükümlüdür (BEHK m. 2, 5). İstisnalar arasında, kurum ve kuruluşların, sadece kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler de sayılmıştır. Ancak, bu istisnanın istisnasını, söz konusu düzenlemeden etkilenen kurum çalışanları oluşturur. Kurum çalışanlarının, sözü edilen konulardaki bilgi edinme hakları saklıdır (BEHK m. 25). Giderek, Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlarda -işçiler dahil- çalışanların, kendi kişisel verilerine ulaşma hakkı bulunduğu sonucuna varılması gerekir. Belirtmek gerekir ki, bilgi ve belge sağlanırken başvuru sahibinden erişimin gerektirdiği maliyet tutarının talep edilmesini düzenleyen hükmün (BEHK m. 10/son); kurumun kendi çalışanının başvurusu için bir istisna getirmemiş olması, bu konudaki yukarıda belirtilen ÜÇÖ Uygulama Kodu bakış açısı karşısında tartışmaya açıktır.

Veriye ulaşma hakkının kullanımına sınırla-

ma getirilmesi mümkündür (KVKK Tsr. m. 12 (3); 95/46/EC m. 13; ILO DP Code para. 11.8). Bu sınırlamalardan iş ilişkisi için de uygulama alanı bulabilecek olanlardan biri, sözleşmeye ağır aykırılık oluşturan bir hareketin /suçun araştırılması, önlenmesi vb. nedenlerle getirilenlerdir. Bir güvenlik soruşturmasının yürütümü süresince veriye ulaşma hakkına getirilebilecek olan sınırlama, iş ilişkisinde de söz konusu olabilir. Ancak, bu sınırlama soruşturma süresini aşmamalı; soruşturma ile hedeflenen amaca ulaşılmasıyla sınırlama kaldırılmalıdır. Soruşturma sonucunda iş sözleşmesiyle ilgili alınacak karar öncesinde, işçinin bu hakkını kullanması sağlanmalıdır⁹¹ (COE R (89) 2 m. 12.2). Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlara ilişkin olarak, bunların idari ve adlî kovuşturmaya konu bilgiyi vermektен kaçınabileceklerini düzenleyen hükümlere (m. 19-20) bakıldığında, burada yaptığımız açıklamalara koşut şekilde yorumlanmalarının mümkün olduğu görülür. Söz konusu hükümler uyarınca, kurum ve kuruluşların yetkili birimlerince yürütülen idari soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde, soruşturmanın güvenliğini tehlikeye düşürecek; gizli kalması gereken bilgi kaynağının açığa çıkmasına neden olacak veya soruşturma ile ilgili benzeri bilgi ve bilgi kaynaklarının temin edilmesini güçleştirecek bilgi veya belgeler; adlî soruşturma ve kovuşturmalar bakımından ise, suç işlenmesine yol açacak, suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanunî yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek, yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek nitelikteki bilgi ve belgeler, kapsam dışında tutulmuştur (BEHK m. 19/bent c, d; 20/bent a, b, c). Kural olarak, soruşturma sırasında kendisi hakkındaki bilgiye ulaşması engellenen işçinin, soruşturmanın sona ermesiyle, bilgiye ulaşmasına olanak sağlanmalıdır; yeter ki, soruşturmanın sona ermesiyle hükümlerde sıralanan tehlikeler ortadan kalkmış olsun. BEHK m. 19-20’de idari ve adlî soruşturmalara ilişkin istisnalar düzenlenirken kullanılan “*açıklanması veya zamanından önce açıklanması...*” anlatımının, söz konusu kurum ve kuruluşlar ile iş-

çileri arasındaki ilişkide, bu şekilde anlaşılması yerinde olur.

Diğer bir sınırlama ise ilgili kişinin veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla veriye ulaşma hakkına getirilebilecek sınırlamadır [95/46/EC m. 13/1 (g)]. İsviçre Federal Veri Koruma Yasası'nın bu konudaki hükümleri (m. 9), Türk Hukuku bakımından da uygulama alanı bulmaya elverişlidir. Bu hükümler uyarınca, bir yasa hükmünün sınırlamayı emretmesi ya da sınırlamada veri kütüğü sistemi sahibinin veya üçüncü kişilerin yararının üstün tutulabileceği durumların bulunması halinde kişisel veriye ulaşma hakkı engellenebilecektir. Ancak bunun nedeni derhal ilgili kişiye bildirilmek zorundadır. Kanımızca, bu konuda özel hükümler bulunmasa bile, MK m. 24/II'de düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden olan "üstün yarar" ölçütü, veri kütüğü sistemi sahibine bu hakkı tanıyabilecek niteliktedir⁹². Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda, kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile işçileri arasındaki ilişki bakımından, bu noktada üstün tutulabilecek yararın ne olabileceğine cevap niteliğinde düzenlemeler bulunmaktadır. Başkalarının özel yaşamının (BEHK m. 19/bent a, 21), kişilerin ya da soruşturmayı yürütenlerin yaşamının ve güvenliğinin (BEHK m. 19/bent b), hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkının (BEHK m. 20/bent d) ve haberleşmenin gizliliğinin (BEHK m. 22), söz konusu olduğu durumlarda Kanun, bunlarla ilgili bilgi ve belgeleri kapsam dışında tutmaktadır. Burada ortaya koymaya çalıştığımız sınırlama nedenleri, aynı zamanda işverenin bilgilendirme yükümlülüğüne uymamasının da haklı gerekçelerini oluşturacaktır (95/46/EC m. 13/1).

3.2.2.3. Verilerin Gizliliğinin Korunması ve Güvenliğinden Sorumluluk

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir (AY m. 20/III). Veri kütüğü sistemi sahibi, işlediği kişisel verilerin, hukuka aykırı şekilde yok edilmesine, kaybına, değiştirilmesine, yetkisiz kişilere açık edilmesine ya da bunların verilere ulaşmasına ve her türlü hukuka aykırı işlemeye karşı koruma sağlamaya elverişli teknik ve organizasyonla ilgili önlemleri almak ve uygulamakla

yükümlüdür⁹³ [95/46/EC m. 17/1; KVKK Tsr. m. 15 (1); ILO DP Code para. 7].

Kişisel verilerin güvenliği için öngörülen bir diğer düzenleme ise, işleyici ve onun adına çalışanların veri kütüğü sistemi sahibinin talimatları dışında işleme yapamamasının sağlanması ve bu verilerin güvenliği için işleyici ile veri kütüğü sistemi sahibi arasında yazılı sözleşme yapmaya yönelik yükümlülüktür [95/46/EC m. 16, 17/2-4; KVKK Tsr. m. 15 (2); ILO DP Code para.10.4]. İşverenler, kişisel verileri işlemekle sorumlu personelin yapılan işin önemi ve öngörülen yükümlülüklerle uyulmamasının sonuçları hakkında yeterli düzeyde eğitim almalarını sağlamalıdır⁹⁴ [ILO DP Code para. 5.9; COE R (89) 2 m. 13.2; Bkz. ve Karş. KVKK Tsr. m. 15 (2)].

İşçilerin kişisel verileri bakımından işverenin sorumluluğu, veri kütüğü sistemi sahibi için öngörülen sorumluluktur. Ayrıca, işveren işçilerin kişisel verilerini diğer işçilerin ulaşımından da korumak zorundadır⁹⁵. Başka bir anlatımla, kişisel verilerin işyeri içinde dolaşımı da sınırlamaya tabi olmalıdır. Örneğin, UÇÖ Uygulama Kodu, kişisel verilerin işyeri içindeki aktarımından işçilerin açıkça haberdar edilmelerini hükme bağlamakta ve bu tür verilere sadece verilerin işlenmesiyle görevlendirilmiş olan çalışanların ulaşabilmesi gerektiğine işaret etmektedir (ILO DP Code para. 10.5, 10.6).

Kişisel verilerin gizliliğinin ve güvenliğinin sağlanması için günümüz teknolojisi çok çeşitli ve kapsamlı olanaklar sunmaktadır. Alınacak önlem, verinin ve işlenmesinin, ilgili kişinin hakları üzerinde doğurduğu tehlikeyle orantılı olmalıdır⁹⁶ (95/46/EC m. 17). İşyerindeki veri kütüğü sisteminin korunmasında işveren, işçi ve/veya işçi temsilcilerini/işyeri sendika temsilcilerinin güç birliği yapma olanakları da araştırılmalıdır⁹⁷ (ILO DP Code para. 5.12).

İşK. m. 75/II işvereni, işçinin özlük dosyasındaki gizli kalmasında haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlü kılar. Bu hüküm, işverenin işçiyi gözetme borcu dikkate alınarak ve burada ortaya koymaya çalıştığımız kurallar doğrultusunda yorumlanmalıdır. İşverenin sorumluluğunun, işçiye ilişkin verilerin açıklanmamasından ibaret olmayıp; bunların

korunmasını da kapsadığı kuşkusuzdur.

Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar bakımından, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca, kurumun kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler kapsam dışında tutulmuştur. Bu kurumların, sözü edilen konularda çalışanları dışında başkalarına bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır (BEHK m. 25). Ayrıca, BEHK m. 21 uyarınca, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır (BEHK m. 21/I, 19) ve ancak kamu yararının gerektirdiği hâllerde, ilgili kişinin yazılı rızasıyla bu konudaki bilgi edinme talebine cevap verilebilecektir (BEHK m. 21/II). Ayrıca, haberleşmenin gizliliği esasını ihlâl edecek bilgi veya belgeler de, bu Kanun kapsamı dışında tutulmuştur (BEHK m. 22). Kısaca açıklamaya çalıştığımız bu hükümler, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçilerin kişisel verilerinin korunması noktasında işverenleri için yasal yükümlülükler öngörür niteliktedirler.

3.2.2.4. Otomatik Veri İşleme Sonuçlarıyla Karar Alma

95/46/EC sayılı Yönerge'nin 15/1 maddesi, ilgili kişiler (işçiler) üzerinde hukuki sonuç doğuran kararların alınma sürecinde, işyerindeki performans gibi birtakım kişisel yönlerinin değerlendirilmesinde kullanılan otomatik veri işleme yöntemi sonuçlarının tek dayanak olarak kullanılmaması gerektiğini, hükme bağlamaktadır. Yasaklanan, karar verilirken, sadece otomatik veri işleme süreciyle elde edilen sonucun esas alınmasıdır⁹⁸ (ILO DP Code para. 5.5-5.6). Nitekim, bu Yönergeye uyum amacıyla çıkarılan Birleşik Krallık Veri Koruma Yasası işyerindeki performansın değerlendirilmesinde sadece otomatik veri işleme sonuçlarının esas alınmasını yasaklamaktadır⁹⁹ [UK DPA m. 12 (1)]. Örneğin, işçilerin devamsızlığı, salt bilgisayar sisteminden alınan çıktıya bakılarak değerlendirilemez. Bilgisayardan alınan bu çıktı, işçinin devamsızlığının nedeni hakkında bilgi verir nitelikte değildir. Dolayısıyla, sadece bu veri üzerinden karar alınması yasaktır¹⁰⁰.

4. Türk Borçlar Kanunu m. 419 Hükümlerinin Anlamı

“İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.” (TBK m. 419/I); *“Özel kanun hükümleri saklıdır.”* (TBK m. 419/II) şeklinde iki fıkradan oluşan Türk Borçlar Kanunu madde 419 düzenlemesinin amacı, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, kişisel verilerin işlenmesi konusunda işçinin korunmasına yönelik sınırlamalar getirmektir¹⁰¹.

Maddede sözü geçen özel kanun, her halde, bugün itibariyle tasarısı hükümsüz durumda olsa da yenilenme olasılığını yüksek gördüğümüz Kişisel Verilerin Korunması Kanunu olsa gerekir¹⁰². Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'na da bakıldığında varılan bu kanunun hatalı olmadığı anlaşılır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 328b maddesinin TBK m. 419/II hükmünün karşılığı olan cümlesinde uygulanacak kanun, Federal Veri Koruma Kanunu olarak açık şekilde belirtilmiştir.

Bu noktada altı çizilerek belirtilmesi gereken husus, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısının yasallaşması halinde dahi TBK m. 419 düzenlemesinin işçiye ilişkin kişisel verilerin işlenmesi hususunda özel hüküm niteliğini taşıyacağıdır. Ne var ki, maddenin anlatımı bu konuda duraksama yaratacak niteliktedir. Görüleceği üzere, maddenin ilk fıkrası işçiye ilişkin kişisel verilerin işlenmesine özgü ölçütleri belirledikten sonra ikinci fıkra özel kanun hükümlerinin saklı olduğu kuralını getirmektedir. Bu anlatım, maddeyi yorumlamak konumunda olan kişi ya da mercii, kişisel verilerin korunması konusundaki çıkartılacak bir kanunun hükümlerinin TBK m. 419'a göre öncelikle uygulanacağı yanlısına düşürebilir.

Yasallaşması halinde, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun, Medeni Kanun ve Türk Borçlar Kanunu'nun kişiliği koruyan genel hükümleri (Örn.: MK m. 23-25; BK m. 49; TBK m. 58) karşısında yine kişilik değerlerinden biri olan kişisel veriler konusunda özel kanun niteliği taşıyacağı açıktır. Ancak tüm kişilerin değil işçinin kişisel verilerinin işlenmesi konusunda

düzenleme getiren TBK m. 419/I hükmü, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu karşısında dahi özel hüküm niteliğindedir. Anımsatalım: “*Bazen genel nitelikli bir kanun içindeki bir hüküm ‘özel’; özel nitelikli bir kanun içerisindeki bir hüküm ise ‘genel’ olabilir*”¹⁰³.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 328 b incelendiğinde madde metninin bu tartışmalara yer vermeyecek şekilde yazıldığı görülür. İşverenin, işçiye ait kişisel verileri, ancak söz konusu veri işçinin işine uygunluğuyla ilgili veya iş sözleşmesinin ifası için gerekli olduğu ölçüde işleyebileceğini belirten ilk cümleden sonra gelen ve TBK m. 419/II’ye denk düşen ikinci cümle “*Bundan başka*¹⁰⁴ 19 Haziran 1992 tarihli Federal Veri Koruma Kanunu hükümleri uygulanır.” şeklindedir. TBK m. 419/II hükmünün de bu şekilde anlaşılması gerekir.

TBK m. 419 düzenlemesinin özel hüküm olma niteliği bu şekilde ortaya konduktan sonra beraberinde gelen sonuç, işverenin işçiye ilişkin kişisel verileri sadece birinci fıkrada belirtilen iki ölçütten en az birinin varlığı halinde işleyebileceğidir¹⁰⁵. TBK m. 419/I hükmünün lafzı da buna işaret etmektedir: “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.” Farklı yorum, madde metnindeki “ancak” sözcüğünü göz ardı etmek anlamına gelecektir. Madde gerekçesinde “*kişisel verilerin işlenmesi konusunda işçinin korunmasına yönelik sınırlamalar getirmek*” şeklinde ortaya konan normun amacını esas alan yorum da bizi bu sonuca götürecektir.

Bu noktada birinci fıkrada sıralanan iki ölçütün içeriğinin belirlenmesi önem arz eder. Ne var ki söz konusu belirlemenin yapılması kolay değildir¹⁰⁶. Kanımızca her iki ölçütün içeriğinin belirlenmesinde dar yorumdan kaçınılması gerekir. Yukarıda üzerinde durduğumuz hukuka uygunluk nedenlerinin bazılarının, bu ölçütlerin dar yorumlanmasıyla devre dışı bırakılması iş ilişkisinde ciddi sorunlar yaşanmasına neden olacaktır. Dar yorum halinde, örneğin işçinin yerleşim yeri adresinin hizmet sözleşmesinin ifasıyla ilintisi bulunmadığı, pekala iddia edilebilir.

Söz konusu iki nedenin içeriğiyle ilgili gö-

rüşlerimizi aktarmadan önce metindeki “kullanmak” sözcüğünün sorun yaratabilecek nitelikte olduğuna işaret etmek gerekmektedir. 2005 tasarısındaki “İşveren ... işçiye ait kişisel verileri ... işleyebilir” şeklindeki anlatım, yasalaraşan metinde “İşveren, işçiye ait kişisel verileri ... kullanabilir” şeklini almıştır. Veri koruma hukukuna özgü bir deyim olan “veri işleme”, yukarıda da açıklandığı üzere verinin toplanması (elde edilmesi), kaydedilmesi, sınıflanması, depolanması, kullanılması, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, üçüncü kişilere aktarılması, bloke edilmesi, silinmesi ve yok edilmesi eylemlerinin tümünü kapsayan bir kavramdır. “Kullanmak” sözcüğü ise verinin elde edilmesi eylemini kapsayıp kapsamadığı noktadan başlayarak tartışmaya yol açacak niteliktedir ve “işlemeye” göre daha dar kapsamlı olduğu açıktır. Kanımızca bu konuda izlenmesi gereken en isabetli yol Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğü öncesinde bu noktada değişikliğe gitmektir. Bu yapılmadığı takdirde dahi madde metnindeki “kullanmak” sözcüğünün, lafza bağlı kalınmayarak “işlemek” olarak anlaşılması yerinde olur¹⁰⁷. Aksi halde iş ilişkisinin her iki tarafı için de sıkıntılı durumlar ortaya çıkabilir. Örneğin “kullanmanın” elde etme aşamasını kapsamadığı iddiasıyla verinin elde edilme aşamasında veri koruma hukuku hükümlerinden kaçmak isteyen işverenler bulunabileceği gibi; benzer bir argümanla verinin başkalarına aktarılamayacağını veya değiştirilemeyeceğini iddia etmek de pekala olası hale gelecektir.

TBK m. 419/I uyarınca işveren maddede belirtilen iki ölçütten en az birinin varlığı halinde işçiye ilişkin kişisel verileri işleyebilecektir. Bu ölçütlerden ilki işverenin işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili olduğu ölçüde işleyebilecek olmasıdır. Kanımızca “işe yatkınlıkla” kastedilen işe uygunluk, yeterlilik, işteki kapasite, yetenek ve beceridir. Dolayısıyla, işveren işçinin verimi ve performansıyla ilgili verileri işleyebilecektir¹⁰⁸. Bu yapılırken verinin ve veri işleme yönteminin taşınması gereken nitelikler ve Veri Koruma Hukukuna özgü hak, yükümlülük ve sınırlamalara uyulmak zorundadır. Örneğin işçinin performansı veya kapasitesi hakkında kanı içeren verilerin, adil ve düzgün

bir değerlendirmeye dayanması ve haklarına saldırı oluşturacak tarzda ortaya konmaması gereği [COE R (89) 2 m. 5.3] akıldan çıkartılmamalıdır. Veriye ulaşma, düzeltilmesini veya silinmesini talep hakkı kapsamında performans değerlendirme rapor sonuçları gibi kanı içeren kişisel verilerin değiştirilmesinin fiziki olarak güçlük arz ettiği durumlarda dahi işçinin söz konusu veri hakkındaki görüşünün veriye eklenmesi gerekecektir. (ILO DP Code para. 11. 12). Yukarıda açıklandığı üzere, işçiler hakkında hukuki sonuç doğuran kararların alınma sürecinde, performans değerlendirilmesinde kullanılan otomatik veri işleme yöntemi sonuçları tek dayanak olarak kullanılamaz¹⁰⁹.

İşçiye ilişkin kişisel verilerin işlenmesine olanak veren ikinci ölçüt iş sözleşmesinin ifası için zorunluluk bulunmasıdır. Bu ölçüt, yukarıda hukuka uygunluk nedenleri başlığı altında ilgili kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin kurulması, edimlerinin yerine getirilmesi ve devamı için gereklilik şeklinde açıklanan hukuka uygunluk nedeni ile özdeştir¹¹⁰. İşverenin bu sıfatla işçiye ilişkin kişisel verileri işlemesini gerektiren yasal yükümlülüklerin¹¹¹ de, iş sözleşmesinin ifası için zorunluluk ölçütü kapsamında değerlendirileceği kanımızca tartışmasızdır¹¹².

Bu ölçütün, iş ilişkisi bakımından değerlendirilmesinde, sözleşme hükümlerinin, hemen her zaman, işveren tarafından tek taraflı belirlenmekte olduğu gerçeği, göz önünde bulundurulmalıdır¹¹³. Giderek, işverenin işleyeceği verinin, doğrudan işçinin istihdamıyla ilgili olması gerektiği üzerinde durulur¹¹⁴. Bazı devletlerdeki denetim makamlarının aldığı kararlarda, iş başvurusu sırasında başvuranların sosyal güvenlik numaralarının toplanması, işlenme amacını aşan bir uygulama olarak algılanmaktadır. Bu tür veriler, ancak başvuranlar arasından başarılı olanlardan/işe alınanlardan istenebilir¹¹⁵. Veri toplanma aşamasında dayanılan istihdamla ilgili amaç dışında yine istihdamla ilgili başka bir amaç için kullanılacaksa, yanlış yorumlanmasını engelleyecek gerekli önlemler alınmalı ve orijinal amaçla bağdaşmayacak tarzda kullanılmamalıdır [COE R(89)2 m. 6.2; KVKK Tsr. m. 5 (1) b]. İşçinin kendisinden is-

tenen bilginin kapsamını yanlış anlamış ve bu nedenle, istenenden başka veriler sağlamış olması halinde, bunlar işveren tarafından kullanılmamalıdır (ILO DP Code para. 6.9).

TBK m. 419 düzenlemesi, yukarıda belirtilen hukuka uygunluk nedenlerinden üstün yarar ve işçinin rızasının iş ilişkisindeki uygulama alanını oldukça daraltmış bulunmaktadır. Bunlar ancak iş sözleşmesinin ifasıyla ilişkilendirilebildikleri oranda hukuka uygunluk nedeni olabilirler. İşveren tarafından işlenmek istenen veri, iş görme edimiyle ilişkilendirilemiyorsa, işçinin açık rızasıyla dahi işlenemez. Aksi halde, TBK m. 419 madde metnindeki “ancak” sözcüğü, anlamsızlaşır. Kaldı ki, kişilik değerlerine müdahale eden işveren uygulamalarına verdiği rıza bakımından iş ilişkilerinin büyük çoğunluğunda var olan ekonomik bağımlılık nedeniyle işçinin gerçekten özgür iradesiyle hareket edip etmediği noktasındaki kuşku¹¹⁶, yine de işlenecek veriyi tartışmalı hale getirebilir. Bu nedenle önerilen, işçinin rızasından öte, dayanılabilecek diğer hukuka uygunluk nedenlerinin öncelikle araştırılmasıdır¹¹⁷.

İşçinin işe yatkınlığıyla ilgililik veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunluluk ölçütleriyle ilişkilendirilebilen bir hukuka uygunluk nedenine dayanan veri işleme uygulamasının, ölçülülük, verinin tamlığı ve doğruluğu, depolanma süresi, veri hakkında işçinin bilgilendirilmesi, veriye ulaşma ve düzeltme hakkı ve verinin gizliliğinin korunması bağlamında ayrıca değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini önemle bir kez daha anımsatalım.

Son olarak, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun, en geç Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe gireceği 1 Temmuz 2012 itibariyle yürürlükte olmasının önemine işaret etmek isteriz. Böylece TBK m. 419 düzenlemesinin içeriğinin belirlenmesi görece kolaylaşacaktır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun söz konusu tarihte yürürlüğe girmemiş olması halinde ise, yaşanması olası kaotik durumun önlenmesi bağlamında burada ortaya koymaya çalıştığımız evrensel kural, ilke ve ölçütlerin dikkate alınarak işçiye ilişkin kişisel verilerin işlenmesi, AY m. 20/III hükmünün yatay etkisinin¹¹⁸ bir gereği olarak algılanmalıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Siebert, W., "Şahsiyet Haklarıyla İlgili Meseleler", Çev. Bilge Öztan, AÜHFHD, C. XXVI, Sayı: 1-2, 1969, s. 219; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, 78. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 138; Kaboğlu, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, 5. bs., İstanbul, Afa Yay., 1999, s. 195.
- 2 Türkiye Sözleşmeyi Konseye üye diğer devletlerle birlikte 28.1.1981 tarihinde imzalamış ancak taraf olabilmek için gerekli şartları henüz yerine getirmemiştir. Sözleşmeye imza koyan ve taraf olan devletler için Bkz.: <http://conventions.coe.int> (26.11.2011). Sözleşmenin İngilizce Metni için Bkz.: Convention for The Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> (26.11.2011).
- 3 EU, Article 29-Data Protection Working Party (Art. 29-DPWP), "Article 29 Working Party Working Document on Surveillance Of Electronic Communications In The Workplace" 5401/01/EN/Final WP 55, <http://ec.europa.eu> (26.11.2011), s. 9.
- 4 Şartın İngilizce metni için Bkz.: Official Journal, C. 364/1, 18.12.2000.
- 5 Yönergenin İngilizce metni için Bkz.: Directive On The Protection Of Individuals With Regard To The Processing Of Personal Data And On The Free Movement Of Such Data OJ, L 281, 23/11/1995.
- 6 Yönergenin önemi, veri koruma konusunda üye ülkelerin uyum yükümlülüğü altında olmaları (m. 4-5, 34) noktasında belirginleşir. Uluslararası belgelerin bir bölümü, kişisel verilerin elektronik ya da otomatik şekilde işlenmesine özgülünmüşken, 95/46/EC sayılı Yönerge, tüm formlardaki kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi konusunda uygulanabilecek hükümler içeren bir kaynak olması itibarıyla (95/46/EC m. 3/1), ayrıca öneme sahiptir. Yönerge, kapsamını belirleyen 3. madde uyarınca, tamamen ya da kısmen otomatik araçlarla kişisel veri işlemlerine ve işleme yöntemi otomatik olmamakla birlikte veri kütüğü sisteminin bir bölümünü oluşturan ya da oluşturması planlanan tüm kişisel veri işlemlerine uygulanacaktır. İşveren tarafından tutulan kayıtların çok büyük bir bölümü bu tanımlamanın kapsamı dahilindedir. Bkz.: EU, Art. 29-DPWP, "Article 29 Working Party Opinion On The Processing Of Personal Data In The Employment Context", Opinion 8/2001, 5062/01/EN/Final WP 48, <http://ec.europa.eu> (26.11.2011), s. 13; Ayr. Bkz.: Perrins, Bryn/Smith, Ian/Napier, Brian/Osman, Christopher/Thompson, Andrew E., Harvey on Industrial Relations and Employment Law: Division A Contracts of Employment, Butterworths Direct Online Service, para. 509-510; Colucci, Michele, The Impact of the Internet and New Technologies on the Workplace: A Legal Analysis from a Comparative Point of View, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2002, s. 61; Nielsen, Ruth, European Labour Law, Copenhagen, 2000, s. 410.
- 7 BM Kararının İngilizce metni için Bkz.: UN Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files, <http://www.unhcr.org> (26.11.2011); EİKÖ Kararının İngilizce metni için Bkz.: OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data [http://www.oecd.org/\(26.11.2011\)](http://www.oecd.org/(26.11.2011)).
- 8 Yabancı Hukuklarda bu konudaki yasalar ve yasama çalışmaları için Bkz.: OECD, Privacy Online: OECD Guidance on Policy and Practice, OECD 2003, s. 59 vd.; Ayr. Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part I: Protection of Personal Data, Conditions of Work Digest, Vol. 10, No. 2, Geneva, International Labour Office, 1991, s. 71 vd.; Colucci, s. 73 vd.; deBeer, Jeremy, "Employee Privacy: The Need for Comprehensive Protection", Satatchewan Law Review, Vol. 66, 2003, s. 384, 395 vd.; Aydın, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları n. 175, 2002, s. 228-237.
- 9 "... Kişisel bilgilerin, kamu makamları ya da özel kişi ve kuruluşlarda toplanması ve bilgisayar, bilgi bankası ve diğer aygıtlarda tutulması yasayla düzenlenmelidir. Kişinin özel yaşamıyla ilgili bilgilerin, bunları toplamaya, işleme ve kullanmaya hukuken yetkili kılınmamış kişilerin eline geçmemesi ve asla Sözleşmeyle uyum içinde olmayan amaçlarla kullanılmaması için, Devletler tarafından, etkili önlemler alınmalıdır..." UN, General Comments Adopted by the Human Rights Committee, Compilation Of General Comments And General Recommendations Adopted By Human Rights Treaty Bodies, International Human Rights Instruments (HRI), Distr. General, RI/GEN/1/Rev. 7, 12 May 2004, s. 143-144, para. 10.
- 10 EU, Art. 29-DPWP, "Article 29 Working Party Working Document On Surveillance Of Electronic Communications In The Workplace" 5401/01/EN/Final WP 55, <http://ec.europa.eu> (26.11.2011); EU, Art. 29-DPWP, "Article 29 Working Party Opinion on the Processing of Personal Data by means of Video Surveillance" Opinion 4/2004, 11750/02/EN WP 89, <http://ec.europa.eu> (26.11.2011).
- 11 UÇÖ İşçilerin Özel Yaşamı Hakkında Uzmanlar Komitesi Toplantısı 1-7 Ekim 1996 tarihinde yapılmıştır. Toplantıda İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu ve UÇÖ'nün bu konudaki gelecekteki eylemleri hakkında tavsiyeler kabul edilmiştir. Toplantıda Uluslararası Çalışma Ofisinde hazırlanan Uygulama Kodunun hükümlerini açıklayıcı nitelikteki metnin (şerh, commentary), kodla birlikte basılarak geniş şekilde dağıtımının yapılması da kararlaştırılmıştır. Uzmanlar Komitesi Raporunun 67-76. paragraflarında tarafların konuyla ilgili görüşlerini bulmak mümkündür (Bkz.: ILO, Report of the Meeting of Experts on Workers' Privacy, GB. 267/6, 26th Session, Geneva, International Labour Office, 1996, s. 1,12-13). Kodun bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Çıkarılma amacı, bu konudaki yasal düzenlemelerin, toplu sözleşme hükümlerinin, iş koşullarının, politikaların ve pratik önlemlerin geliştirilmesinde rehberlik etmektir (ILO DP Code para. 2). Kod, elektronik, otomatik ya da bu formda olmayan tüm veri işleme faaliyetlerini kapsar [ILO DP Code para. 4.1 (b)]. Bkz. ILO, Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, Geneva, International Labour Office, 1997, s. 1-7.
- 12 18 Ocak 1989 tarihinde AK Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen Tavsiye Kararının İngilizce metni için Bkz.: Recommendation No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the Protection of Personal Data

- Used for Employment Purposes, www.coe.int (26.11.2011).
- 13 Data Protection Act 1998, yasa metni için Bkz.: <http://www.legislation.gov.uk> (26.11.2011).
- 14 İşçi seçiminde ve alımında, işçiye ilişkin kayıtların tutulmasında, işyerindeki izleme ve gözleme uygulamalarında, kişisel verilerin korunması, Enformasyon Komiserliği tarafından ayrı ve ayrıntılı uygulama kodlarının yanı sıra, kılavuz dokümanlarla düzenlenmektedir. Bkz.: <http://www.ico.gov.uk> (26.11.2011).
- 15 Maddenin İngilizce çevirisi için Bkz.: <http://www.admin.ch> (26.11.2011).
- 16 Federal Veri Koruma Kanunu'nun İngilizce metni için Bkz.: <http://www.admin.ch> (26.11.2011).
- 17 "Anayasada kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümler bulunmakla birlikte yeterli değildir. Mukayeseli hukukta ve taraf olduğumuz uluslararası belgelerde de kişisel verilerin korunması önemle vurgulanmaktadır." 2010 Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun Teklifi Gerekçesi.
- 18 Esas Numarası: 1/576, TBMM Başkanlığına Geliş Tarihi: 24/04/2008.
- 19 Bakanlar Kurulu tasarını yenileyebilir (TBMM İçtüzüğü, m. 77).
- 20 RG 16.6.2004/25494.
- 21 RG 27.11.2010/27768.
- 22 Bkz.: İSG Hiz. Yön. m. 5 (3); İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (RG 27.11.2010/27768) m. 17 (1), 36 (1) c; İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (RG 27.11.2010/277 68) m. 26 (1) c.
- 23 Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, RG 26.12.2003/25328.
- 24 Kanserojen ve Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, RG 26.12.2003/25328.
- 25 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Sevimli, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yay., 2006, s. 145 vd.
- 26 Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesinin 8.12.2003 tarihli bir kararından (Bkz.: Durant v. Financial Services Authority, Case No. B2/2002/2636; Neutral Citation No: [2003] EWCA Civ. 1746, <http://www.courtservice.gov.uk>) kişi hakkında elle tutulan bir dosyada, bilgiler sağlık, yıllık ücretli izin gibi belirli başlıklara ayrılmaksızın saklanmaktaysa, bunun veri kütüğü sistemi oluşturmayacağı sonucu çıkmaktadır. Bu karar, işverenlerin Veri Koruma Hukuku sorumluluklarından kaçmak için işçilere ilişkin dosya içeriklerini belirli bir düzene sokmaksızın saklamalarına neden olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz.: Perrins et. al., para. 510; Ayr. Bkz.: ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 12.
- KVKK Tsr. m. 3 (1) h'de Veri kütüğü sistemi, Gerçek ve tüzel kişilere ilişkin belirli bir kritere göre kişisel verilere ulaşımı kolaylaştıracak şekilde yapılandırılmış herhangi bir kişisel veri grubu olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, sözü edilen eleştiri, Tasarı hükmü için de geçerlidir.; Ayr. Bkz.: Pla Rodriguez, Americo, "The Protection of Workers' Privacy: The Situation in the Americas", International Labour Review, Vol. 134, No. 3, 1995/3, Geneva, International Labour Office, 1995, s. 312; Tezcan, Durmuş, "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması", Anayasa Yargısı-8, Ankara 1991, s. 388.
- 27 KVKK Tsr. m. 26 vd. maddelerinde, denetim makamı niteliğindeki Kişisel Verileri Koruma Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri düzenlenmektedir. Ayr. Bkz.: Tezcan, s. 390.
- 28 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 8.
- 29 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 14.
- 30 Craig, John D.R., Privacy and Employment Law, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 1999, s. 247.
- 31 EU, Art. 29-DPWP, Document on Surveillance, s. 20.
- 32 95/46/EC sayılı AB Yönergesi ve Avrupa Konseyinin ETS 108 sayılı Sözleşmesi, Veri Koruma Hukukunun bizim ele alacağımız boyutları bakımından benzer hükümler içermekte olup; Yönerge'nin Sözleşme'ye göre daha yeni tarihli ve düzenlemelerinin de daha kapsamlı olması konunun incelenmesinde esas alınacak yasal düzenleme seçiminde Yönergeyi ön plana almamızda etkin olmuştur. Kaldı ki, 95/46/EC sayılı Yönergenin giriş bölümü 11. paragrafında, kişilerin hak ve özgürlüklerinin -özellikle de özel yaşam hakkının- korunması ilkeleri bakımından, AK Sözleşmesinin esas alındığı ve bu ilkelerin daha da ileri düzeye taşındığı anlatım bulmuş durumdadır. Bkz. ve Karş.: 95/46/EC m. 1-24 ve ETS No. 108 m. 1-9.
- 33 Ayrıntılı Bilgi için Bkz.:Sevimli, Özel Yaşam, s.64 vd.
- 34 Bkz.: yuk. 2, dn.25.
- 35 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 15.
- 36 Hendrickx, Frank, "Privacy and Employment Law: General Principles and Application to Electronic Monitoring", Bulletin of Comparative Labour Relations, 28 February 2002, s. 59.
- 37 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 21; EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s. 15; Ayr. Bkz.: Nielsen, s. 411.
- 38 Kanımızca, KVKK Tsr. m. 6 (3) d hükmünde "Veri kütüğü sistemi sahibinin kendi haklı çıkarları için, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile meşru çıkarlarına zarar vermediği sürece, veri işleminin zorunlu olması" şeklinde anlatım bulan hukuka uygunluk nedeni de, açıklamalarımız doğrultusunda değiştirilmelidir.
- 39 Bkz.: Sevimli, s. 66-68; 95 vd.
- 40 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 19; Ayr. Bkz. ve Karş.: Craig, s. 65-68.
- 41 Sevimli, s. 66, dn. 332 ve orada anılan eserler.
- 42 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 15.; Bkz.: yuk. § 7, III.
- 43 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 16; Ayr. Bkz.: yuk. § 7, II.
- 44 Bkz.: aş. 3.1.5.
- 45 Colucci, s. 105.
- 46 Craig, s. 254-255, 258.

- 47 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 11.
- 48 Yasanın Almaca ve İngilizce metni için Bkz.: <http://www.bfdi.bund.de> (26.11.2011).
- 49 Alman Fed. VKK §4a (1) uyarınca, durumun özellikleri gerektiriyorsa ya da ilgili kişi talep ederse, rıza göstermezse karşılaşacağı sonuçların da bildirilmesi gerekir.
- 50 Ayr. Bkz.: Perrins et. al., para. 486; Nielsen, s. 410; ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 11.
- 51 Craig, s. 258; Perrins et. al., para. 486; EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 23; Ayr. Bkz.: Explanatory Memorandum on R (92) 3, <https://wcd.coe.int>, para. 31.
- 52 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 23; Ayr. Bkz.: ILO, Workers' Privacy Part II, s. 45.
- 53 EU, Art. 29-DPWP, Document on Surveillance, s. 21.
- 54 Perrins et. al., para. 486.
- 55 Tezcan, s. 389.
- 56 Perrins et. al., para. 497; EU, Art. 29-DPWP, Document on Surveillance, s. 17.
- 57 Colucci, s. 33.
- 58 Bu düzenlemelere, Belçika Kişisel Verilerin İşlenmesiyle İlgili Olarak Özel Yaşamın Korunması Yasası m. 6-7 örnek oluşturmaktadır. Yasanın İngilizce metni için Bkz.: <http://www.law.kuleuven.ac.be> (26.11.2011).
- 59 Nielsen, s. 411; ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 15; EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 17.
- 60 Bu noktada, henüz toplu iş sözleşmesi bağitlanmazdan önce, işçi sendikasına toplu iş sözleşmesi ünitesindeki üyelerinin üyelik fişlerini işverene vermek yükümlülüğü getiren TİSGLK m. 13 hükmünün de Veri Koruma Hukuku kuralları bakımından tartışmaya açık olduğunu belirtelim.
- 61 Ayr. Bkz.: Tankut Centel, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler", Çimento İşveren Dergisi, C. 19, S. 5, Eylül 2005, s. 12.
- 62 ABD Kaliforniya Hukuku bakımından varılan benzer sonuç için Bkz.: Patterson Ahrens, Michele, "Liability Waiting to Strike: Violation of an Employee's Privacy through Disclosure of Records", Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 14, 1980-1981, s. 396-397.
- 63 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 17.
- 64 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 16; Ayr. Bkz.: Mignin, Robert J./Lazar, Bart A./Friedman, Josh M., "Privacy Issues in the Workplace: A Post-September 11 Perspective", Employee Relations Law Journal, Vol. 28, No. 1, Summer 2002, s. 9, 13-14 (Bu makalenin Türkçe çevirisi için Bkz.: "İşyerinde Özel Yaşama İlişkin Sorunlar: 11 Eylül Sonrası Bakış Açısı", Çev. Sevimli, K. Ahmet, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Legal Yay., 2005, s. 361-383); Pla Rodriguez, s. 308-309.
- 65 Sağlık verisi için ABD Kaliforniya Mahkemelerinin vardığı benzer sonuç için Bkz.: Patterson Ahrens, s. 390.
- 66 EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s. 17.
- 67 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 16. Perrins et. al., para. 522; DeWalt, Sue, "Employers Need to be Aware of Risks", Workforce, Vol. 78, Iss. 10, Costa Mesa, Oct 1999, s. 92-93; Ayr. Bkz.: UÇÖ 171 sayılı Mesleki Sağlık Birimleri Hakkında Tavsiye Kararı m. 14 (1), 15. Kararın İngilizce metni için Bkz.: <http://www.ilo.org/ilolex/english> (26.11.2011).
- 68 Birleşik Krallık Enformasyon Komiserliği işçilerin sağlık durumlarına ilişkin verilerin mühürlü bir zarf içinde saklanması önermektedir. Sağlığa ilişkin veriler elektronik sistemde saklanmaktaysa, bunlara ulaşımın ancak ek giriş kod ve şifreleriyle mümkün kılınması gerekir. Bkz.: Perrins et. al., para. 522.
- 69 Bkz.: ILO, Management of Alcohol- and Drug-related Issues in the Workplace, Geneva, International Labour Office, 1996, s. 19.
- 70 Ayr. Bkz.: UÇÖ İş Sağlığı ve Hizmetleri Hakkında 171 sayılı Tavsiye Kararı m. 16.
- 71 Bkz.: Manfred Rehbinder, "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar" Çev. Ömer Teoman, İÜHFİM: Doğumun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C.XLV-XLVII, s. 1-4, 1982, s. 748; Öner Eyrenci, "İşe Girişte Personel Seçimi ile İlgili Hukuki Sorunlar", İş Hukuku ve Sosyal güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul, Kamu-Sen, 1991, s. 259; ILO, Alcohol- and Drug-related, s. 19; Thomas, Cordelia, "Drug Testing in the Workplace", New Zealand Journal of Industrial Relations, Vol. 22, No. 2, August 1997, s. 161; ILO, Workers' Privacy Part III, s. 100-101; Ayr. Bkz.: Pla Rodriguez, s. 307; Mignin/Lazar/Friedman, s. 12.
- 72 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 23.
- 73 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 13-14.
- 74 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 21.
- 75 Ayrıntılı bilgi için Bkz.: Sevimli, s. 196 vd.
- 76 EU, Art. 29-DPWP, Opinion on Processing, s. 22; Ayr. Bkz.: DeWalt, s. 93-98.
- 77 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 20, 22.
- 78 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 20; Bkz.: Rehbinders. 752; Eyrenci, s. 244; Centel, Tankut, İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C. I, İstanbul, Beta yay., 1994, s. 103; Ayr. Bkz.: Jacobs, Deborah L., "Are You Guilty of Electronic Trespassing?", Management Review, Vol. 83, Iss.4, New York, April 1994, s. 25.
- 79 Örneğin İSG Hiz. Yön.m. 5(5) çalışanların, kişisel sağlık dosyalarının işten ayrılma tarihinden itibaren 10 yıl; Kanserojen Mutajen Madde Yön. m. 17 ve Asbest Yön. m. 19, bu tür maddelere maruziyete ilişkin kayıtların, maruziyetin sona ermesinden sonra en az kırk yıl boyunca saklanması emretmektedir.
- 80 Verilecek bilgi verinin gelecekteki tüm kullanım şekillerini de içermelidir. ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 13.
- 81 Sommer, s. 585.
- 82 EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s. 20; ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 12; Ayr. Bkz.: Tezcan, s. 389-390.

- 83 Hendrickx, General Principles, s. 60.
- 84 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 15.
- 85 Hendrickx, General Principles, s. 61.
- 86 Colucci, The Impact, s. 38; DeWalt, Aware of Risks, s. 95.
- 87 Söz konusu yasa, bu hakkın asla sınırlanmayacağını değil hukuki işlemle (örneğin iş sözleşmesindeki bir hükümle) sınırlanmasının mümkün olmadığı hükmünü içerir. İlgili kişinin, talebine hangi koşullarda olumlu cevap verilmeyeceği ayrıca düzenlenmiştir. Bkz.: Alman Federal Veri Koruma Yasası §19 (4),(5).
- 88 UÇÖ Uygulama Kodu, verinin işçinin anlayabileceği formda saklanması kuralını da içerir (ILO DP Code para. 8.6); Ayr. Bkz. ve Karş.: Patterson Ahrens, s. 394.
- 89 Sommer, Ueli, Switzerland, The Employment Law Review, second edition, Erika C. Collins (Ed.), Law Business Research Ltd., 2011, s. 585.
- 90 RG. 24.10.2003/25269.
- 91 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 22.
- 92 Ayr. Bkz.: General Information on the Swiss Federal Act on Data Protection, <http://www.edsb.ch/e/gesetz/schweiz/background.htm> (8 Ekim 2004).
- 93 Sommer, s. 585; Colucci, s. 37-38.
- 94 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 14.
- 95 EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s. 22; Pla Rodriguez, s. 308; Pincus, Laura B. /Trotter, Clayton: "The Disparity Between Public and Private Sector Employee Privacy Protections: A Call for Legitimate Privacy Rights for Private Sector Workers", American Business Law Journal, Vol. 33, 1995, s. 87.
- 96 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 19; Ayr. Bkz. DeWalt, s. 93-94.
- 97 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 15.
- 98 ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 14.
- 99 Craig, s. 258.
- 100 Bu yasağın istisnası ise, bu tür kararların, bir sözleşmenin kurulması ya da hükümlerinin yerine getirilmesi için alınması olarak ortaya konmuştur [95/46/EC m. 15/2(a)]. Birleşik Krallık Veri Koruma Yasasındaki benzer istisnalar [UK DPA m. 12 (6), (7), Schedule 2], iş sözleşmeleri için de geçerli olmaları bakımından eleştirilmektedir. Şöyle ki, iş sözleşmesi hükümleri, hemen her zaman, tarafların müzakeresi sonucu ortaya çıkan hükümler olmayıp; işverenin tek taraflı oluşturduğu kurallardandır (Bkz.: Sevimli, s. 95 vd.). İşverenin otomatik veri işleme konusunda sözleşmeye koyacağı bir hüküm, sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi kavramına dahil olacak ve genel kuralı oluşturan yasak, bu şekilde aşılabilecektir. Dolayısıyla, yasağa getirilen bu istisnanın, eşit müzakere gücüne sahip taraflarca oluşturulan sözleşmeler için geçerli olması gerektiği; iş sözleşmesinin ise, bu tür bir sözleşme olmadığı vurgulanmaktadır (Craig, s. 259).
- 101 Okur, Zeki, İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme, İstanbul, Legal Yay., 2011, s. 78.
- 102 "Özel kanun" deyiminin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yanı sıra İşK m. 75 başta olmak üzere iş ilişkisini düzenleyen diğer kanunları da kapsadığı görüşünde Okur, s. 77.
- 103 Yılmaz, Ejder, "Genel Kanun-Özel Kanun" İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran'11, Yıl: 6, Sayı: 22, s. 26.
- 104 Almanca metindeki "Im Übrigen" ifadesi "ayrıca", "bundan başka" ya da "buna ek olarak" şeklinde Türkçeye aktarılabilir. İsviçre Federal Hükümetinin sitesinde (<http://www.admin.ch>) yer alan resmi olmayan İngilizce metinde kullanılan "In all other respects" deyimini karşılığı ise "diğer tüm hususlarda"dır.
- 105 Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu m. 328b hükmünün işçi açısından Federal Veri Koruma Kanunu düzenlemelerinin ötesinde daha kapsamlı bir koruma öngördüğünü belirttikten aynı kanıda: Sommer, s. 585; Türk Borçlar Kanunu m. 419 düzenlemesi her ne kadar 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olsa da madde içeriğinde işçinin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin sınırlamaların mevcut iş mevzuatı değerlendirildiğinde bugün dahi Hukukumuz için geçerli olduğu görüşünde Okur, s. 77, 79-80.
- 106 İsviçre Borçlar Kanunu bakımından aynı görüşte: Wittmer, Schellenberg/Gully, Paul/Burckhardt, Hart&Peter (Ed.s), International Fraud and Asset Tracing-Switzerland, 2011, http://www.europeanlawyer.co.uk/referencebooks_16_295.html.
- 107 Aynı yönde Okur, s. 77
- 108 Ayr. Bkz.: Okur, s. 80.
- 109 Bkz. Yuk.: 3.2.2.4.
- 110 Bkz. Yuk.: 3.1.1.
- 111 Bkz. yuk.: 3.1.2.
- 112 Okur, s. 81.
- 113 Craig, s. 258-259.
- 114 Nitekim Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı da bir sözleşmenin kurulması ve ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması koşulunu aramaktadır [KVKK Tsr. m. 6 (3)]. Bkz.: Tuncay Kaplan Emine, "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", AÜSBFD: Prof.Dr. Cemal Mihçioğlu'na Armağan, C.LII, No. 1-4, Ocak-Aralık 1997, s. 380; Hendrickx, s. 49; ILO, Code of Practice on Personal Data (Commentary), s. 12; Pincus/Trotter, s. 87; Ayr. Bkz.: Ertürk, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara, Seçkin Yay., 2002, s. 129; Cranford, Michael:"Drug Testing and the Right to Privacy: Arguing the Ethics of Workplace Drug Testing", Journal of Business Ethics, Vol. 17, Kluwer Academic Publishers, 1998, s. 1807.
- 115 EU, Art.29-DPWP, Opinion on Processing, s. 18, 21.
- 116 Bkz.: 3.1.4; Ayr. Bkz.: Sevimli, s. 95 vd.
- 117 Perrins et. al., para. 487.
- 118 Anayasa hükümlerinin kişiler arası (işçi-işveren) ilişkilere etkisi konusunda bakınız Sevimli, s. 45-49.

YENİ YAYINLAR



Prof. Dr. Nuri Çelik tarafından hazırlanan “**İş Hukuku Dersleri**” adlı eserin yenilenmiş 24. basısı Ekim 2011’de yayımlanmıştır.

1968 yılında ilki yayımlanan “İş Hukuku Dersleri”, bireysel ve toplu iş hukuku mevzuatı yanında, yargı kararlarını ve bilimsel yayınları da yansıtmaktadır. Öğrencilere yarar sağlama amacının yanı sıra iş hukuku ile ilgili çevrelere de fayda sağlayacak olan bu eserde, uygulama sorunları ele alınarak değerlendirilmiştir.

Değişik alanlardaki fakülte, yüksekokul ve bölüm öğrencilerinin farklı ders programları göz önüne alınarak, bazı yerler büyük puntolu olarak gösterilmiştir.

2011 yılında iş hukukunu ilgilendiren üç temel kanun çıkarılmıştır. Bunlar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’dur. Eserde, mevcut uygulamayı henüz etkilemeyen ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 ve 6102 sayılı Kanunlarla ilgili açıklama ve yayınlara yer verilmezken, mevcut uygulamayı etkileyen ve 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilgili değişikliklere yer verilmiştir. Eserde 2010 ve 2011 yıllarında İş Kanunu’nda değişiklikler yapan 6009 ve 6111 sayılı Kanunlarla ilgili esaslar da işlenmiş bulunmaktadır.

Eserin birinci kısmında genel bilgiler, ikinci kısmında bireysel iş hukuku ve üçüncü kısmında ise toplu iş hukuku konuları birçok bölüm ve alt başlık halinde ayrıntılı şekilde incelenmiştir.



Yrd. Doç. Dr. Zeki Okur tarafından hazırlanan “**İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme**” adlı eser, Ekim 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Bu eserde, işverenin denetim hakkını kullanırken günümüzdeki teknolojik gelişmelerden faydalanmasına bağlı olarak, işveren ile işçi arasında çıkan menfaat çatışmasında, çatışan menfaatler arasında bir dengenin bulunması için çözüm önerileri bulunmaya çalışılmıştır.

Eser üç bölüm ve çalışmanın genel değerlendirmesinin yapıldığı sonuç bölümünden oluşmaktadır. Eserin ilk bölümünde genel olarak denetim, işverenin denetim hakkı kapsamında elektronik gözetleme uygulamasında ortaya çıkan hukuki sorunlar, işverenin denetim hakkının hukuki dayanakları, işverenin denetim hakkının sınırları ve elektronik gözetleme uygulamasının hukuki koşulları ele alınmıştır.

İkinci bölüm, elektronik gözetleme sistemlerinin hukuken değerlendirmesi başlığı altında elektronik biometrik giriş kontrol sistemleri, kamera ile gözetleme, işyeri dışında elektronik yer belirleme sistemleri (GPS) ve elektronik iletişimin gözetlenmesi alt başlıklarını taşımaktadır. Söz konusu sistemlerin hukuki değerlendirmesi yapılırken, sistemlerin tanımlanması, gözetleme uygulamasının işçi üzerindeki kişilik hakları ihlâlinin yoğunluğu ve söz konusu uygulama için işverenin haklı menfaatleri bakımından inceleme yapılmıştır.

Üçüncü bölüm denetim hakkının uygulanmasında hukuka aykırılıkların sonuçları başlığını taşımakta ve eser, yazarın sonuç niteliğinde değerlendirmesi ile sona ermektedir.

Utkan ARASLI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi

GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek yeni Borçlar Kanunu iş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan maddi tazminat davaları yönünden dikkate alınması gereken yeni bir düzenleme getirmiştir. Bu tür bir düzenleme; ilk bakışta, mevcut sistemi değiştirici ve bu alanda yeni boyutlar getirecek nitelikte görülebilir. Mevcut sistemin temelini oluşturan ve tazminat konusunda çok önemli bir yeri olan "hakkaniyet indirimi" kavramının kaldırıldığı izlenimini veren yeni düzenleme, bu alanda bir karmaşa oluşumuna neden olacak niteliktedir. Oysa, haksız fiilden oluşan maddi zararların giderimini amaçlayan mevcut temel yasal düzenleme ile yeni düzenleme; sözü edilen hakkaniyet indirimi dışında aynı temel esasları kabul etmiştir. Şu duruma göre; yeni düzenlemenin getirdiği bu farklılık neyi amaçlamaktadır?

Bu alanda; mevcut sistemi dışlayan farklı bir uygulama mı istenmektedir? İşte bu soru-

ların cevabını bulabilmek ve gerçek durumu belirlemek yönünden, öncelikle, iş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan maddi tazminat davalarının kavram ve kapsamını belirlemek, bu tür davaların özelliklerini ortaya koymak, mevcut ve yeni yasal sistemin temel dayanaklarını göstermek, uygulamayı belirlemek ve bu alanda bir farklılığın olup olmadığını göstermek yararlı olacaktır.

1- İŞ KAZALARI VE MESLEK HASTALIKLARINDAN DOĞAN MADDİ TAZMİNAT DAVALARI KAVRAMI

İş kazaları ve meslek hastalığı, çalışma hayatının ortaya çıkardığı en önemli risklerdendir.

Gerek iş kazası ve gerekse meslek hastalığı; yasanın belirlediği koşullarda meydana gelen ve sigortalıyı bedensel veya ruhsal zarara uğratan bir olayı belirler.

Bir olayın iş kazası sayılabilmesi, olaya uğrayanın sigortalı olması, yasanın öngördüğü

koşullarda bir olay meydana gelmesi, bu olayın yasada belirlenen türden olması ve bunun sonucu bedensel veya ruhsal zarar meydana gelmesi, görülen iş ve meydana gelen zarar arasında uygun neden sonuç bağı bulunmasına bağlıdır.

Benzer biçimde meslek hastalığı da görülen işten ve işyeri koşullarından kaynaklanan nedenlerde sigortalıda oluşan; yasanın öngördüğü tüzükte yer alan ve hastalığın mesleki olduğu yolunda yetkili sağlık kurullarınca belirlenen ve sigortalıyı zarara uğratan hastalık olarak tanımlanır.

Hukuk sistemimiz bu zararlı olaylar sonucu ortaya çıkan bedensel ve ruhsal zararların giderilmesi yönünde kimi düzenlemeler yapmış, kimi durumlarda da zararların giderimi yönünde yargı organını görevli kılmıştır.

Gerçekten, Sosyal Sigortalar Yasası, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu oluşan zararların giderilmesi ve olabildiğince sonuçlarının ortadan kaldırılması yönünden Sosyal Güvenlik Kurumlarına görev vermiş, kaza veya hastalık sonucu; sigortalının, bakım, tedavi, geçimi için gereken işlemleri belirlemiştir. Ayrıca sigortalıda oluşan geçici veya sürekli iş göremezlik durumunda; tıbbi yardımlar yanında ödenek veya gelir bağlamak suretiyle geçimini ve hayatını devam ettirme yönünden görevlendirilmiştir. 5510 sayılı Yasa 18. ve 19. maddelerinde bu tür ödenek ve gelirlere ilişkin kuralları göstermiş ayrıca sürekli iş göremezlik durumunda sigortalının mesleğinde kazanma gücünün kaybı oranında; sigortalının yasanın 17. maddesinde gösterilen aylık kazancının %70'i oranında gelir bağlanmasını öngörmüştür.

Bu kurallar dışında; sigortalının bedensel ve ruhsal yönden uğradığı zararların giderimi yönünde gerek Sosyal Sigortalar Kanunu gerekse İş Kanunu başka bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Bu durumda denilebilir ki; sosyal güvenlik sistemimiz bu tür zararların ortaya çıkması durumunda zararların tümünü değil, bir bölümünü karşılamakla yükümlü tutulmuş, geri kalan bölümü yönünden bir kural koymamıştır.

Oysa, zararlandırıcı olay bir işverene bağlı olarak sigortalının çalıştığı işyerinde meydana gelmiş ve bu olaydan dolayı hizmet akdi ve akde aykırılıktan kaynaklanan sonuçta haksız fiile bağlı sorumluluk olarak ortaya çıkmıştır. Zararın önemli bir bölümünün anayasal sosyal güvenlikten kaynaklanan ve işverenin yerine Sosyal Güvenlik Kurumu'nca yerine getirilmesi; karşılanmayan zarar yönünden işvereni sorumluluktan kurtarmamaktadır. Bunun sonucu; sigortalı, karşılanmayan zararının, başka bir anlatımla %70 olarak bağlanan bölüm dışındaki zararını işverenden talep etme hakkına sahip bulunmaktadır. İşte; iş kazası ve meslek hastalığı sonucu zararlandırıcı olaya maruz kalan sigortalı veya hak sahiplerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'nca karşılanmayan cismani veya ruhani zararlarının doğrudan işveren veya ilgililerine yönelttiği davalar, hukuk sistemimizde iş kazası veya meslek hastalığından doğan maddi tazminat davaları olarak nitelendirilmektedir.

II- MADDİ TAZMİNAT DAVALARININ YASAL DAYANAĞI

Belirtilen türden zarara uğrayan kişilerin zararlarının giderilmesi; her şeyden önce, insanı kutsayan ve korunması gereken en önemli varlık olarak gören; anayasal sistem gereğidir. Anayasamız; herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu kabul etmiş; devletin insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla görevli olduğunu belirtmiştir. Çalışma hayatı yönünden ayrıca düzenleme yaparak; çalışmanın temel hak ve ödev olduğunu, devletin çalışanları korumak yükümlü olduğunu göstermiş, 60. maddesinde de; sosyal güvenliğin herkes için hak olduğunu, devletin bu güvenliği sağlama yönünden gerekli tedbirleri alarak sosyal güvenlik kuruluşlarını oluşturacağını öngörmüştür. Bunun sonucu sosyal risk olarak iş kazası ve meslek hastalıkları, Sosyal Sigortalar yasalarında güvence altına alınmıştır. Bu risklerin korunacağı yönünde

Birer sosyal risk olan iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararların Sosyal Güvenlik Kurumlarınca karşılanması anayasal bir görev olarak ortaya çıkmaktadır.

başta Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1952 yılında kabul ettiği 102 sayılı Sözleşme kabul edilmiş, Avrupa Sosyal Şartı ile, Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu ve Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi imzalanmıştır. Böylece denilebilir ki; birer sosyal risk olan iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararların Sosyal Güvenlik Kurumlarınca karşılanması anayasal bir görev olarak ortaya çıkmaktadır.

Ne var ki, Sosyal Sigortalar sistemi yukarıda gösterildiği biçimde zararın belli bir bölümünü karşılamakta, geri kalan bölüm için özel bir düzenlemeye yer vermemektedir. Bu nedendir ki, Kurumca karşılanmayan zararların tazmini yönünden temel yasaların öngördüğü kurallardan yararlanılarak sonuca gitmek gerekmiştir.

Konu ile ilgili temel yasalar ise şu düzenlemelere yer vermiştir. İş Kanunu'nun 77., Borçlar Kanunu'nun 332. ve 41. ila 46. maddelerinde kimi kurallar yer almıştır. Buna göre İş Yasasının 77. maddesi işverenleri, çalıştırdıkları işçilerini iş sağlığı ve güvenlikleri yönünden gerekli önlemleri almakla yükümlü tutmuş, ayrıca idari ve cezai yaptırımlar uygulanacağını hüküm altına almıştır. Temel yasa niteliğindeki Borçlar Yasası da; 332. maddesinde; iş sahibinin, işçisini çalışma hayatından doğabilecek tehlikelere karşı gerekli önlemleri almakla yükümlü tutarken aynı yasanın 41-46. maddeleri haksız fiilden kaynaklanan zararların karşılanması yönünden temel esasları göstermiştir.

Şu duruma göre zararın bir bölümü karşılanmayan sigortalının bu kurallara dayanarak bir sonuca ulaşması gerekecektir.

Böylece denilebilir ki; sözü edilen türde zarara maruz kalan sigortalının bu zararlarının giderilmesi yönünde kamu ve özel hukuka dayalı karma bir sistem karşımıza çıkmakta-

dır. Zararın bir bölümü kamu hukuku kurallarına göre kamu kuruluşunca karşılanırken, diğer bir bölümü özel hukuktan kaynaklanan kurallar çerçevesinde karşılanmaktadır.

Konuyu özel hukuk sistemine taşıdığımızda ise; karşımıza bir tarafta akde dayalı sorumluluk, diğer tarafta haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk çıkmaktadır. Hakların yarışması olarak ortaya çıkan bu durumda zayıf olan işçinin korunması gerekeceğinden işçi yararına olan kurallar gözetilerek sonuca gidilecektir.

İnceleme konusu "Hakkaniyet İndirimi" kavramı, bu kurallara dayalı oluşturulan sistem içerisinde ortaya çıktığından bu alanda oluşturulan temel ilkelerin ortaya konması gerekecektir.

III-MADDİ TAZMİNATI BELİRLEYEN TEMEL İLKE VE ESASLAR

A) İŞVERENİN HUKUKSAL SORUMLULUĞU

a) Kusura Dayalı Sorumluluk:

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu; işveren aleyhine açacağı maddi tazminat davalarının hukuksal dayanağı ve sorumluluk esasları ister iş akdinden, ister haksız fiilden kaynaklanan davalar olarak kabul edilsin, işverenin sorumluluğu kusura dayalı olarak ortaya çıkar.

Gerçekten, iş ilişkisi, işvereni çalıştırdığı sigortalısına karşı kimi yükümlülükler altına sokar. Sigortalının çalışması nedeniyle bedensel veya ruhsal zarara uğraması, öncelikle sözleşmeye aykırılık oluşturur. Öte yandan İş Kanunu'nun eski 73. ve yeni 77. maddesiyle, işverenin işçilerinin sağlık ve güvenliklerini sağlama yönünden alması gereken tedbirleri gösterilmiş bu alanda işverene sorumluluk yüklenmiştir.

Uygulama baştan beri işverenin hukuksal sorumluluğunu, özel yasa niteliğinde olan İş Kanunu'nun öngördüğü ve işçi sağlığı ve iş güvenliği yönünden mevzuatta belirlenmiş

açık düzenlemeler açısından belirlemiş, giderek, mevzuatta yer almasa dahi; işin gereği alınması gereken önlemleri almama sonucu, işverenin sorumluluğunu kabul etmiştir. Bu husus şöylece dile getirilmiştir:

“İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 73. maddesinin açık buyruğudur. Öte yandan, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2. ve 3. maddelerine göre, işveren işçilere yapmakta oldukları işlerinde uymaları gerekli sağlık ve güvenlik tedbirlerini öğretmek, gerekli iş disiplinini ve düzenini kurmakla yükümlüdür.

Somut olayda, işverenin yukarıda sözü geçen İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün öngördüğü tedbirleri almadığı dosyadaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır. Başka bir anlatımla, zararlı sigorta olayında işverenin tamamen kusursuz olduğu söylenemez. 15.12.1995 günlü kusur raporunda, işverenin kusursuz olduğu belirtilmiştir. Oysa hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda; bilirkişiler, İş Kanunu'nun 73. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde, saptamadıkları anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, kusur raporunun İş Kanunu'nun 73. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği giderek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez¹.”

İşverenin sorumluluğu yolunda; işçinin eğitimi ve işyerinde düzenli kontrol sisteminin kurulmasını da gerektirmektedir².

İşverenin sorumluluğu ilke olarak iş akdinden doğan işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklandığı ve kusura dayalı sorumluluk olduğu Yargıtay İçtihatlarında açıkça belirlenmiştir^{3,4}.

b) İşverenin Kusursuz Sorumluluğu:

İşverenin kusura dayalı sorumluluğu asıl olmakla birlikte; kimi durumlarda kusura dayanılmaksızın sorumlu tutulması gerekmiştir.

Gerçekten, çalışma hayatında sık sık karşılaşıldığı üzere oluşan iş kazaları ve meslek hastalıklarında; işverenin kusuru saptanamamakta veya zararlandırıcı sonuçlar, alınan tüm tedbirlere rağmen meydana gelmektedir.

Bu gibi durumlarda; güçsüz bulunan ve emeği ile geçinmek zorunda bulunan zarar görenlerin zararlarının karşılanması yönünde yeni ilkeler ortaya çıkmış, “tehlike sorumluluğu” denilen bu sorumluluk yanında “kaçınılmazlık” durumunda da işverenlerin sorumluluğu kabul edilmiştir.

Bu konudaki temel esaslar; 27.03.1957 gün, 1/3 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunda kabul edilmiştir⁵.

Tehlike sorumluluğunun esasları bir genel kurul kararında şöylece ortaya konulmuştur:

“Yargıtay, ilk kararlarında işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiille dayandığı kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay, son uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir. Tehlike sorumluluğu en ağır bir kusursuz sorumluluk halini oluşturmaktadır⁶.”

Yargıtay, zararlandırıcı olaya, yolda bulunan bir çukurun neden olması sonucu işverenin kusuru bulunmamasından maddi tazminat talebi reddini yerinde bulmamış ve işveren sorumluluğunu daha da açarak şu görüşlere yer vermiştir:

“Sosyal ve teknik alandaki değişim ve gelişmeler işyerlerinde tehlike boyutlarını arttırmış ve salt kusura dayalı kuralların bu alanda yeterli olmadığı sonucunu ortaya çıkarmıştır. İşveren kendi alanında, her türlü tedbirleri almış olsa dahi; işyeri koşullarından kimi tehlikeli durumlar, zararlandırıcı sonuçlar meydana gelmektedir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesi, toplum ihtiyaçlarına cevap vermemiş, adaletsiz durumlar ortaya çıkarmıştır. İşte bu

nedenle kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramı kabul edilmiş, işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi, meydana gelen zararların sonuçlarından sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir⁷.”

Beden gücü ile çalışıp, topluma yararlı işler yapanların korunması ve bu işlerden yararlananların kusursuz olsa dahi sorumlu olması bir başka kararda şöylece ortaya konmuştur:

“Risk nazariyesi olarak nitelendirilen ve kabul edilen bu görüş çerçevesinde beden gücüyle, topluma yararlı işler sağlama amacıyla bulunan kişiler korunur. Burada, işverenin sorumluluğu, akdi bir sorumluluk olarak sadece kasdi veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili meydana gelen zararlara ilişkin olmayıp, tehlike nazariyesine dayalı kusursuz sorumluluğu da içerir. Zira işverenin koruma yükümü, önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları da taahhüt etmiş sayılır⁸.”

Aynı görüşler Yargıtay’ın 22.05.2007 gün 4504/8407 sayılı kararında da tekrarlanmıştır⁹.”

Öte yandan, kimi zararlandırıcı olaylar “kaçınılmazlık” olarak tanımlanan durumlarda meydana gelmektedir.

Kaçınılmazlık kavramı; mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu durumlarda dahi önlenmesi mümkün olmayan durum ve sonuçları ifade eder. Bu gibi durumlarda dahi işverenin sorumlu olduğu açıkça kabul edilmektedir¹⁰.

Yargıtay bir başka kararında kaçınılmazlığı şu şekilde belirlemiştir:

“Kaçınılmazlık”; olayın meydana geldiği tarihte, geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, zararın kısmen ya da tüm olarak meydana geldiği durumdur¹¹.

Özellikle yer altı çalışmalarında veya zehirli gazlarla radyasyona maruz kimi çalışmalarda bu türlü zararlandırıcı olaylar kaçınılmazlık sonucu meydana gelebilmektedir.

Böylece denilebilir ki; gerek tehlike sorumluluğu gerekse kaçınılmazlıktan kaynaklanan sorumluluk olarak işverenler sorumlu

tutulmaktadır.

B) MADDİ ZARAR KAPSAMI VE HESAPLANMASI

a) Maddi Zararı Oluşturan Unsurlar:

Maddi zarar ve ziyanın kapsamını temel yasa niteliğindeki Borçlar Kanunu 41-46. maddelerinde açıkça ortaya koymuştur.

Özel yasa niteliğindeki İş Kanunu ve Sosyal Güvenlik Kanunu bu yönde bir kurala yer vermediğinden temel yasaya başvurmak gerekmiştir.

Buna göre bedensel bir zarara uğrayan kimse tamamen veya kısmen çalışmamasından doğan zarar ve ziyanları ile ilerde ekonomik yönden uğrayacağı zararları isteme hakkına sahiptir.

Yasa kuralı tüm masraflar kavramı ile tedavi ve iyileştirmeye yönelik yapılan tüm harcamalar ve ortopedik araç ve gereçleri amaçlamaktadır.

Öte yandan zararı oluşturan esas unsurlar geleceğe uzanan ve sigortalının beden gücü kaybı nedeni ile uğradığı zararlardır. Gerçekten vücut bütünlüğünden kayba uğrayan sigortalının meslekte kazanma gücü azalmış veya tümüyle yitirilmiş olabilir.

İçtihat bu tür beden gücü kaybından doğan zararların fazla efor sarf edileceği gerekçesine dayalı olarak kabul etmektedir.

Sürekli iş göremezliğin söz konusu olduğu hallerde; sigortalının zararı iki dönem halinde ortaya çıkar. Bilinen dönem olarak kabul edilen bu dönemde kaza tarihi ile zarar hesabının yapıldığı tarih arasında kalan dönem hesabı söz konusu edilir. Hüküm tarihinden başlayarak çalışma dönemi ile yaşama dönemi için söz konusu süre bilinmeyen dönem olarak kabul edilir ve bu dönem için zarar hesabı yapılır.

Destekten mahrum kalanların zararı da geleceğe yönelik olarak hesaplanır.

b) Maddi Zararın Hesaplanması:

Maddi zararın hesaplanması yönünde bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Bu konu uygulamada; oluşturulan kimi ilke ve esaslarla belirlenir.

Bilinen verilerden yola çıkılarak bilinen dönem zararı bulunurken, geleceğe yönelik ve bilinmeyen dönem hesapları için bir takım varsayımlardan hareketle sonuca ulaşılır.

Uygulamada, zararın, aylık veya belli periyotlarla karşılanması yerine zorunlu olarak kapital sistemi kabul edilmiştir. Geleceğe yönelik ve kural olarak hüküm tarihi itibarıyla yapılan hesaplamada kazançlar belli oranda artırılıp diğer taraftan iskonto lama dediğimiz işlemler yapılarak sonuca ulaşılır.

Maddi zararın hesaplanmasında, hesaplama işleminden sonra olaya etki eden kusur durumu, uzmanlaşmış kişilerin görüşleri alınmak suretiyle belirlenir.

Şu duruma göre, maddi zararın saptanmasından önce zarara esas teşkil eden kimi verilerin öncelikle toplanması daha sonra uzman kişilerden görüş alarak zararın ortaya konması sağlanır.

Zararın belirlenmesinde sigortalının kazancı, iş göremezlik oranının belirlenmesi ve olayın meydana gelişine ilişkin tüm olgu ve bilgilerin toplanması zorunludur.

Bu konuda içtihat şu kurallara yer vermektedir:

“Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle maddi tazminata ilişkindir. Tazminat hesabının ise bilinen dönemdeki kazancın mevcut verilere göre tespit edildikten sonra bilinmeyen aktif dönem için ise, yıllara göre %10 artış ve %10 iskontoya tabi olarak yapılacağı Yargıtay’ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir¹².”

Aktif dönemden sonra yani çalışma yaşı sonrasında muhtemel yaşam süresi içinde uğranılacak zararların da tespiti zorunludur. İchtihat bu durumu şöylece belirtmektedir.

“Uygulamaya göre pasif dönem zararının asgari ücret üzerinden yapılması gerekir. Pasif dönem zararının hesaplanmasında, asgari ücret yerine ortalama yaşlılık aylığının esas alınarak pasif dönem zararının yüksek çıkarılması doğru değildir¹³.”

Zarar miktarının belirlenmesinden sonra iş göremezlik oranının esas alınması varsa sigortalının müterafik kusur olarak adlandırılan karşılıklı kusuru indirilir ve işverenin

belirlenmiş kusuru ve kusursuzluğu dikkate alınıp, gerektiğinde hakkaniyet indirimi de yapılarak zarar miktarına ulaşılır. Sonuçta; sigortalıya Sosyal Güvenlik kurumlarınca yapılan yardımlar indirilerek zarara esas kapital saptanır. Ve bu miktara olay tarihi itibarıyla faiz uygulanacağı gösterilerek maddi zarar belirlenir¹⁴.

c) Maddi Tazminatın Bulunması:

Mevcut sistemde, maddi zararı saptayan uzman veya hesap bilirkişisinin ortaya çıkardığı rakamsal değerler hiçbir zaman borçlunun veya haksız fiil failinin ödemekle yükümlü olduğu zarar karşılığı veya tazminat değildir.

Tazminat, ancak doğrudan hakim tarafından; Yasanın belirlediği koşullarda gerekli indirimlerin yapıldığı durumda ortaya çıkan bir değerdir.

Gerçekten Borçlar Kanunu’nun 43. ve 44. maddelerinde; tazminat miktarının tayini ve indirilmesi gereken durumlar belirlenmiş ve bu sistemde tazminatın belirlenmesi görevi hakime bırakılmıştır.

Denilebilir ki; tazminatın belirlenmesinde salt matematiksel bir tespit yerine, yasal tabir ile hal ve mevkiin icaplarına göre hakime tazminat miktarı konusunda müdahale yetkisi verilmiştir.

Tazminatın belirlenmesinde kusurun ağır veya hafif olması, kaçınılmazlık, kötü tesadüf gibi durumlar etkili olur. Ancak bu durum dahi mutlak değildir. Hakim, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını göz ederek işletmenin tümünden ekonomik yaşamdan silinmesi ve işletmede çalışan diğer işçilerin geleceğini de dikkate alarak yıkıcı bir tazminattan kaçınma yükümlüdedir.

Hakimin bu değerlendirmesi ve buna bağlı yapacağı indirim sonucu tazminat ortaya çıkacak veya tümünden ortadan kaldırılabilir. Nitekim, Yasanın 42. maddesi açıkça zararın belirlenmesinde hakime, adaletli bir sonuca ulaşması yükümlü vermiş ayrıca 44. maddesi zorunlu olarak zarurete düşme durumunda tazminatın indirilebileceğini hüküm altına almıştır. Yasanın 43. maddesinin uygu-

lanması ve tazminatın ortaya çıkarılması yönünde Yargıtay tazminat davalarına bakmakla görevli 21. Hukuk Dairesi bu konuda şu esasları belirlemiştir:

“Maddi tazminat davalarının yasal dayanaklarından birini oluşturan Borçlar Kanunu’nun 43. maddesi tazminatın belirlenmesinde, hakime, kimi görevler yanında, geniş bir takdir hakkı tanımıştır. Böylece, gerçekçi ve adil bir sonuca ulaşmak amaçlanmıştır. Uygulamada kabul edildiği üzere maddi tazminat hesapları bilinen bir takım doneler yanında, varsayımlara da yer vererek bir sonuca ulaşır. Gerçi, insan yaşamının kutsallığı, beden ve ruh sağlığının korunması ve alanda uğranılan zararların, hiçbir şekilde para ile karşılanmasının mümkün olmadığı düşünülebilirse de, hukuk sisteminin başkaca bir giderim yöntemi öngörmemiş olması karşısında zorunlu bir hesaplama yoluyla zarara uğrayanın tatmini sağlanmaya çalışılmaktadır.

İşte, hakim bu tür davalarda sonuca ulaşırken, hesaplama ile ilgili maddi unsurları, tarafların kusur durumlarını, sorumluluğa ilişkin temel hukuk ilke ve esasları yanında tarafların sosyal ve ekonomik koşullarını hep birden değerlendirmek zorundadır. Maddi tazminatın hiçbir zaman zenginleştirme aracı olmadığı ve özendirici nitelik göstermemesi gereği göz ardı edilmemeli ve bu arada, sözü edilen tazminatın bir tarafın zararını karşılarken, diğer tarafın, ekonomik veya ticari hayattan silinmesini gerektirecek boyutlara ulaşması önlenmelidir. Bu nedenle, tarafların ekonomik ve sosyal tarafları araştırılmalı, zararı ödemekle yükümlü işverenin iş hacmi, işletmesinin büyüklüğü, kaç işçi çalıştırdığı saptanmalı, tazminatın sonuçlarına katlanıp katlanmayacağı yönünde ön bilgiler toplanmalıdır. Kısaca, tazminat belirlenirken bunun toplumda yaratacağı olumsuz durumlar göz ardı edilmemeli ve toplumsal denge ve çıkarlar da korunmalıdır. Bu durumda hakim toplanacak kanıtlar sonucu gerektiğinde Borçlar Kanunu’nun 43. maddesinin kendisine verdiği yetkiyi kullanmak suretiyle, hakkaniyete uygun indirim yoluna gitmeli ve tazminat belirlenmesinin gerçekçi niteliğini ortaya koy-

malıdır.

Dava konusu olayda, davalı, işletmesinin iş hacmi, kapasitesi ve niteliği itibarıyla hükümlenilecek boyutta bir tazminatı kaldıramayacağını ileri sürmesine karşın bu yönde bir inceleme ve araştırma yapılmaksızın sonuca gidilmiştir. Bu tür bir sonucun ise, tazminat hukukunun ana ilkelerine uygun düşmeyeceği yukarıda gösterilmiştir.

Mahkemece yapılacak iş; açıklandığı biçimde, bir inceleme yapmak ve sonuçta Borçlar Kanunu’nun 43. maddesi gereği hakkaniyete uygun indirim yapıp yapılamayacağını tartışmak ve sonucuna göre karar vermek gerekirken, bu hususların göz ardı edilmesi usul ve yasaya uygun değildir¹⁵.”

Aynı durum Yargıtay’ın aşağıda gösterilen kararlarında da ortaya konmuş ve 43. ve 44. maddenin uygulanmasının gerekip gerekmeyeceğinin mahkemece ön koşul olarak karar yerinde gösterilmesi istenmiştir.

Yargıtay 21. HD. 1.2.2000 gün E. 1999/8731, K: 2489, aynı dairenin 4.4.2000 gün 1756-2573 sayılı kararlarında bu durum açıkça ortaya konmuştur^{16, 17}.

Buna karşın sözü edilen Yargıtay Dairesi’nin 13.11.1997 gün, 7402-7358 sayılı kararı ve 30.09.1997 günlü 1997/4129-5856 sayılı kimi kararlarında gösterildiği üzere koşulları oluşturmadığı durumlarda Borçlar Kanunu 43. maddesinin uygulanmasının yasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşılmış ve hakkaniyet indirimi yapılması kabul edilmemiştir.

IV-MADDİ TAZMİNAT DAVALARININ ÖZELLİĞİ

Maddi zarar hesaplanması yukarıda gösterildiği üzere geleceğe uzanması halinde bilinmeyen dönemi de içerir. Bilinen dönem hesabının kolaylıkla bulunmasına karşın bilinmeyen dönem için varsayımlara dayalı bir yöntem uygulanır. Bu yönde gerçeğin saptanabilmesi açısından esnek bir sistemin kabulü zorunludur. Gerçekten, zarara uğrayanın maddi zararına esas; kazanç kavramı, çalışma yaşı, yaşam süresi, aktif ve pasif dönem zararları, zarar başlangıç tarihi, faiz başlangıcı, eşin evlenme şansı, destek oranları gibi kav-

ramlar son derece değişkenlik gösterir.

Örneğin kazançların saptanmasında uygulanan ve ücretlerin %10 artış ve %10 iskontolanması gibi durumlar ülke ekonomik koşullarında kısa sayılabilecek dönemlerde dahi değişiklik göstermiştir. 1990'lı yıllarda, ülkedeki enflasyon oranı ile son yıllarda ki oran büyük ölçüde değişmiş, faiz hadleri aşığı miktarlara çekilmiştir. Bu tür değişkenlik ve bilinmezliğin söz konusu olduğu bir alanda zararın, önceden, bir defada kapital olarak karşılanabilmesi yerine, aylık gelir bağlanması yöntemiyle zararın giderilmesi daha cazip görülebilir. Ne var ki; zararı giderecek olan işverenin ekonomik ve ticari durumunun buna ne derece uygun olacağı bilinmemektedir. Gelecekte meydana gelebilecek çeşitli nedenlerle bu ödemelerin devamında ortaya çıkabilecek riskler bu yöntemi yeterli kılmakta, bunun yerine zararın önceden ve kapital şeklinde peşin karşılanması uygulamada kabul görmektedir.

Değerli hukukçu Prof. Dr. Süzek'in tanımlaması ile; "Maddi Tazminatın belirlenmesi; önceden yasal kriter ve ölçülere bağlanmayacak derecede bilinmezlik ve değişkenlik içeren bir alandır"¹⁸.

Yasa, maddi tazminatın bulunmasındaki bu özelliği dikkate alarak, hakime, maddi tazminata müdahale hakkı tanımış, müdahalenin alan ve sınırını da göstererek, gereğinde, tazminatı tamamen kaldırma yetkisi vermiştir. "B.K.: Md. 44/1".

V- HAKKANİYET İNDİRİMİ – KAVRAM

Maddi tazminatın belirlenmesinde, yargı organına müdahale ve takdir hakkı tanınması ve bu alanda görev verilmesi, hakkaniyet indirimi olarak adlandırılan bir kavram veya yöntemi ortaya çıkarmıştır.

Hesap bilirkişisinin belirlediği matematiksel zarar miktarından mahkemece, takdir edilen belli oranda indirim yapılması; uygulamada hakkaniyet indirimi olarak adlandırılmaktadır.

Bu yöntemle hakim, toplumsal dengeyi sağlamakta, herkese hak ve borçlarının sınırı-

nı çizmektedir.

Kısaca hakim; ancak bu yöntemle, maddi tazminata müdahale edebilmektedir.

Gerçekten, varsayımlara dayalı bulunan matematiksel sonuç çoğu kez gerçeği yansıtmadığından, bu yöntemle, bir bakıma soyut kavramlardan somut kavrama geçilmektedir.

Böylece, yasanın belirlediği hal ve mevkin gereği yerine getirilmekte olay ve taraflara ilişkin tüm durumlar dikkate alınarak sonuca gidilmektedir. Bir tarafın aşırı zenginleşmesi önlenirken, diğer tarafın yıkımına neden olabilecek bir uygulama engellenmektedir. Kısaca, zararlandırıcı olayın ortaya çıkardığı sosyal ve ekonomik sonuçlar birlikte gözetilerek adaletin sağlanmasına çalışılmaktadır.

O halde denilebilir ki, hakkaniyet indirimi, bu alanda taraflara hakkını teslim etmekte başvurulan hukuksal bir araç veya yöntemdir.

VI- UYGULAMA

Hakkaniyet indiriminin hangi hallerde uygulanacağı ve hangi hallerde uygulanmayacağı yukarıda örneklerle gösterilmiş ve Yargıtay uygulaması ortaya konulmuştur.

Gerçekten, Yargıtay uygulamasında her halde, hakkaniyet indirimine gidilmesi kabul edilmemekte, ancak, işletmenin zarurete düşeceği durumlar ile kaçınılmazlık ve tehlike sorumluluğuna dayalı durumlarda bu yöntemin zorunluluğu kabul edilmektedir. İşverenin hukuksal sorumluluğunun bulunmadığı veya kusurunun hafif olduğu hallerde, tazminatın belirlenmesinde, hakkaniyet yönteminden başka bir sistem de bulunmamaktadır.

Buna karşın; koşulların oluşmadığı, hal ve mevkiin icabı gerekmediği, işveren kusurunun baskın olduğu durumlarda hakkaniyet indirimi yukarıda bir nebze değinildiği üzere kabul edilmemektedir. Salt, tazminat miktarının azlığı ve çokluğuna dayalı bir indirim de uygulamada söz konusu edilmemektedir.

Son dönemlerdeki Yargıtay kararlarında bu durum bir kez daha ortaya konulmuştur. Buna göre:

"Somut olayda zararın meydana gelmesinde, işverenin %60, işçinin %40 oranındaki kusurlu davranışlarının etkili olmasına, tarafların

Hakkaniyet indirimi kavramı, işverenin sorumluluğunun genişletilmesi ve kusursuz sorumluluğun içtihat yoluyla sisteme getirilmesi sonucu ortaya çıkmış ve sonuçta yasal sisteme dönüşmüştür.

ekonomik durumlarına, maddi zararın miktarına ve özellikle maddi zararın tazmininin borçluyu müzayakaya maruz bırakmayacağına belirgin bulunmasına göre, dava konusu olayda Borçlar Kanunu'nun 44/2. maddesinin öngördüğü koşulların oluşmadığı gözetilmeksizin mahkemece anılan maddeye dayanılarak zarardan hakkaniyet indirimi yapılması isabetsiz olmuştur¹⁹.”

“... tarafların hal ve mevkiine, işverenin %70 oranında kusurlu bulunmasına ve tazminatın miktarına göre, dava konusu olayda Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinin öngördüğü koşulların oluşmadığı gözetilmeksizin anılan maddeye dayanılarak tazminattan indirim yapılması isabetsizdir²⁰.”

Sonuç olarak hakkaniyet indirimi kavramı, işverenin sorumluluğunun genişletilmesi ve kusursuz sorumluluğun içtihat yoluyla sisteme getirilmesi sonucu ortaya çıkmış ve sonuçta yasal sisteme dönüşmüştür.

VII- HAKKANİYET İNDİRİMİ KAVRAMININ ZORUNLULUĞU

Yukarıda belirlendiği üzere, hakkaniyet indirimi, mevcut uygulamanın ortaya çıkardığı zorunlu bir kavramdır. Başka bir anlatımla maddi tazminatın bulunmasında en son başvurulacak hukuksal bir önlemdir. Adaletin yargı organınca yerine getirilmesi anayasal bir zorunluluk olarak ortaya çıktığından; soyut kavramlara dayalı maddi tazminat davalarında son sözün Yargı organına bırakılması doğal karşılanmalıdır.

Her ne kadar bu yöntem kimi hukukçular tarafından tenkit edilmekte ise de, yerine ikame edilecek bir yöntemde gösterilememekte-

dir.

Nitekim, hakkaniyet indirimine ilişkin değerlendirilmede bulunan değerli hukukçu İyimaya; bu alanda çözüm olarak; “varsayım ıslahı”, “tazminatın irat şeklinde belirlenmesi” ve “tazminatın sosyalizasyonu” gibi yöntemleri sürmekte ise de; “zarar verenin hafif kusurlu olması ve zarurete düşmesi” bileşik şartı ile ekonomik nedene dayalı hakkaniyet indirimi kabul etmektedir²¹.

Maddi tazminat konusunu tüm yönleri ile inceleyen ve bu alanda doyurucu ve bilimsel saptamalarda bulunan Sayın Akın incelenen konuya ilişkin şu sonuca ulaşmıştır:

“...hesap yöntemi kısmen yargısal kararlarla getirilen, kısmen de uygulamanın belirlediği bir takım unsurlara dayanır. Dolayısıyla uygulanan hesap yönteminin geçerliliği, yargı makamlarının belirlediği sınırlar içinde kalıp kalmamasına bağlı olarak değişir. Söz konusu sınırı ise yargı makamının tazminatı miktarı konusundaki değerlendirmesi oluşturur. İş kazası sonrasında açılan dava üzerinde bilirkişinin yaptığı tazminat hesabı sonucunda bulunan rakam, mahkeme tarafından aşırı bulunmadığı sürece tazminat olarak kabul edilmektedir. Ancak rakam aşırı bulunursa tazminat hesabı yanlış kabul edilmeksizin indirim tabi tutulmaktadır. Hesaplanan tazminat miktarının yargıçların takdiri değerlendirmesi sonucunda iş kazası tazminatına dönüşmesine ilişkin uygulama eleştirilmekte olsa da yadırganmamalıdır. Zira yasal bir sisteme dayanmayan tazminat hesaplamasını, bir de yargıçların takdir denetiminden çıkarmak, zaten bir belirsizliğin sürdüğü hesap uygulamasını tümüyle denetimsiz bırakacaktır. Bu ise hukuk güvenliğinin ortadan kalkması nedeniyle benzer durumlarda farklı tazminatlara hükmedilmesi gibi bir sonuç doğuracaktır. O nedenle uygulamayı bu düşünce şekli ile değerlendirmek gerektiği kanısındayız²².”

Sayın İyimaya'nın öngördüğü yöntemlerin gerçekleşmediği ve tazminatın kapital olarak peşin karşılama yöntemi uygulamada kaldığı sürece; hakkaniyet indiriminin kaldırılması veya bu sistemden vazgeçilmesi mümkün değildir.

Ne var ki; bu yöntemin gelişi güzel ve keyfiliğe yol açacak biçimde de kullanılması mümkün değildir. Nitekim, uygulama bu alandaki ilkeleri göstermiş ve sistemi belirlemiştir.

VIII- YENİ BORÇLAR YASASI'NIN MADDİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDE GETİRDİĞİ SİSTEM

Maddi zarar ve tazminatın belirlenmesine esas olan mevcut yasal kurallar yeni yürürlüğe girecek yasa da aynen tekrarlanmıştır.

Gerçekten, maddi zararın tayini yönünde mevcut yasanın 42. maddesinde yer alan;

“Zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hakim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikane tayin eder” Hükmü yeni yasa da 50. madde olarak “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, hakim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını, hakkaniyete uygun olarak belirler”, biçiminde;

Tazminat miktarının tayinine ilişkin mevcut yasanın 43. maddesinde yer alan “hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eder. Zarar ve ziyan irat şeklinde tayin olduğu takdirde borçludan icap eden teminat alınır.” kuralı yeni yasanın 51. maddesinde aynen “hakim tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, güvence göstermekle yükümlüdür” biçiminde,

Tazminat miktarının tenkisine yönelik mevcut yasanın 44. maddesinde yer alan “Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tazayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hakim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.

Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmal veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hakim, hakkaniyete tevfikane zarar ve ziyanı tenkis edebilir” hükmü yeni yasa da 52. maddede aynen:

“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuru ile sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir.” biçiminde yer almıştır.

Şu duruma göre kelimelerin eski ve yeni kullanımı dışında mevcut ve yeni sistemde temel ilke ve düzenleme değiştirilmemiş hukuksal anlam ve kapsam olarak yeni sistem mevcut sistemi aynen kabul etmiştir.

Öte yandan özel durumlara ilişkin ölüm ve cismani zararlara yönelik mevcut yasanın 45. maddesi yeni Yasa’da 53. madde olarak yukarıda gösterildiği biçimde eski kelimeler yerine yenileri kullanmak suretiyle alınmış, cismani zararın kapsamı 46. madde yerine yeni Yasa’da 54. maddede aynı nitelikte kabul edilmiştir.

Yeni Yasa’da farklı düzenleme 55. maddede getirilmiştir. Bu madde ile Sosyal Güvenlik Kurumu’nca geri alınamayan ödemelerin tazminattan indirilemeyeceği ayrıca hesaplanan tazminat miktarının esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılıp veya azaltılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

İşte yeni sistemin getirdiği farklılık hakkaniyet indirime ilişkin bu ibarede yer almaktadır.

Bu konunun tartışılmasından önce yasal gerekçeye bakılmasında yarar olacaktır. Yasanın bu maddeye ilişkin gerekçesi ile ilgili şu değerlendirmeye yer verilmiştir:

“Yeni Borçlar Kanunu tasarısının 55. maddesinde hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılamayacağı veya azaltılamayacağı hükmü öngörülmüştür. Borçlar Yasası tasarısının 55. madde gerekçesinde öngörülen artırma veya azaltma yasağının sorumluluk hukukunun öngördüğü

hesaplama yöntemi ile ortaya çıkan miktarla ilgili olduğu, yöntemine göre belirlenen tazminatın çok az çıkması halinde artırılması, çok yüksek çıkması halinde azaltılmasının hakimnin bu yolla belirlenen miktara müdahale yetkisinin bulunmadığı açıklanmış, bu arada bünyevi istidat, kaçınılmazlık, hatır taşınması gibi hesaplama yöntemleri ile ilgili bulunmayan nedenlerin hakkaniyet hukukunun gerekleri içinde indirim nedeni olabileceği belirtilmiştir²³.”

IX- HAKKANİYET İNDİRİMİ KONUSUNDA YENİ DÜZENLEMENİN ESKİ DÜZENLEMİYİ DEĞİŞTİRİP DEĞİŞTİRMEDİĞİ

Yukarıda gösterildiği üzere maddi zarar ve tazminatın bulunmasına yönelik mevcut sistemin kabul ettiği temel ilkelerle yeni yasal sistem arasında bir fark bulunmamaktadır. Tazminatın belirlenmesi açısından yapılması zorunlu indirimler her iki sistemde aynen gösterilmiş ve bu alanda hakimnin takdir ve yetkisi ortaya konmuştur.

Özellikle işveren kusurunun bulunmadığı tehlike nazariyesinin söz konusu olduğu, kaçınılmazlık veya zarurete düşme durumlarında hakime, zorunlu biçimde indirim yapmak suretiyle sonuca gitme yetkisi tanınmıştır. Bu indirimden amaç açıkça hakkaniyete dayalı indirimden başka bir şey değildir. Yeni düzenleme; hakkaniyet indirimini mevcut yasadan daha ileri giderek ve hakkaniyet sözcüklerini de tekrarlamak suretiyle belirlemiştir.

Bu durumda yeni yasanın 55. maddesinde yer alan hakkaniyet indirim yasağı neyi amaçlamaktadır ve kapsamı nedir?

Gerçekten, yeni yasanın kabul ettiği sistemi bir bütün olarak ele aldığımızda; maddi tazminata ilişkin mevcut ilke ve esasların yeni sistemde aynen kabul edildiğini görmekteyiz. Farklı olarak görülen ve hakkaniyet indirim yasağına ilişkin getirilen düzenleme ise, yukarıda gösterildiği üzere uygulamada kabul edilen, dayanak ve nedenleri gösterilmeksizin yapılan hakkaniyet indirimine ilişkin uygulamanın yasal biçime dönüştürülmesinden

başka bir şey değildir.

Bu kurallar sonucu hakkaniyet indiriminin yapılamayacağı veya Borçlar Yasası sisteminde tamamen ortadan kaldırıldığını söylemek mümkün bulunmamaktadır. Aksine, salt, azlık veya çokluk esasına dayalı uygulanmıyacağı, sistemin öngördüğü diğer durumlarda ise dikkate alınabileceği gösterilmiştir.

Aksine bir düşünce veya görüş, sistemi kendi içerisinde açık çelişkiye düşürür ve uygulanamaz duruma sokar. Bir tarafta hakime tazminata müdahale ve takdir hakkı tanıyıp, diğer taraftan bunun tek kullanım yöntemi olan hakkaniyet indirim yetkisinin elinde alındığını iddia etmek sistemi ortadan kaldırır. Yasa koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği, bir tarafta kabul ettiği bir sistemi diğer taraftan ortadan kaldırmayacağı dikkate alındığında hakkaniyet indirimin yeni yasal sistemde de mevcudiyetini koruduğunu kabul etmek gerekecektir.

X- İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIKLARINDAN DOĞAN ZARARLARIN KARŞILANMASINDA UYGULANMASI GEREKEN SİSTEM

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan bakiye zararın tazminine yönelik davalar yukarıda gösterildiği üzere varsayımlara dayalı ve karmaşık hesaplama sonucu bulunan ve kapital şeklinde belirlenen parasal değeri ifade etmektedir.

Bu davalarda bulunan bedelin ne derece zararı karşıladığı bilinmedikten başka, uygulanan karmaşık yöntem nedeni ile davaların sonuçlanması da uzun süre almaktadır.

Zarara uğrayan kişi belli ölçüde tatmin edilmekte ise de; geri kalan zararını karşılama amacıyla uzun ve zahmetli bir mücadeleye girmektedir.

Yeni Borçlar Kanunu'nun getirdiği ve yukarıda irdelenen kurallar zaten karmaşık olan sistemi daha da belirsizliğe itecek niteliktedir.

Oysa; sosyal güvenlik alanında oluşan risklerden birinin gerçekleşmesi durumunda asıl

Maddi tazminat konusundaki yasal sistemin yeni baştan ele alınarak uygar ülke sistemlerine yaklaştırılması kaçınılmaz bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

olan, zararın sosyal güvenlik kurallarına göre karşılanması ve anayasal güvencenin gerçekleştirilmesidir.

Gerek anayasal sistem ve gerekse uluslararası sözleşmeler bu yönü açıklıkla ortaya koymuşlardır.

Buna karşın Sosyal Güvenlik Yasa sistemimiz anayasal koruma hakkının verdiği güvenceye aykırı biçimde, bu korumayı tam yapmamakta, zararın tamamı yerine yaklaşık %70 tutarını aylık ödemeler biçiminde karşılamakta, geri kalan bölüm için zarar gören sigortalıyı özel hukuk alanında hak aramak zorunda bırakmaktadır.

Böylece anayasal koruma sistemi yerini, irade esasına dayalı Borçlar Hukuku sistemine bırakmakta bedensel veya ruhsal zarara uğrayan kişiler içinde buldukları durum dikkate alınmaksızın haklarını bizzat arama yoluna itilmektedirler. Birbiriyle tamamen farklı iki sistemin birlikte uygulanmak istenmesinin, uygulamada istenmeyen sonuçları doğuracağı tartışmasızdır.

Oysa kimi uygar ülkeler bu sorunu çözmüş, zararın tamamına yakın veya tümünün karşılanması yolunda Sosyal Güvenlik Kurumu görevli kılınmıştır.

Bu konuda değerli hukukçu Prof. Dr. Süzek aynen şöyle demektedir:

“...Kanımıza göre, olması gereken, iş kazası veya meslek hastalıkları sonucunda işçinin veya hak sahiplerinin zararının tümünü veya tümüne yakın bir kısmının birçok yabancı ülke hukukunda olduğu gibi Sosyal Sigortalar tarafından karşılanmasıdır. Bu sistem içinde işverenin kusursuz olması halinde zararının işçi üzerinde kalması sakıncası ortadan kalkacaktır.

İş kazasına veya meslek hastalığına uğrayan işçinin ya da hak sahiplerinin zararı Sos-

yal Sigortalar tarafından karşılanınca, bunların maddi zararları için işvereni dava etmelerine ihtiyaç kalmayacaktır. Başka bir anlatımla, mevcut durumdan farklı olarak haklarını almak için iki ayrı alanda Sosyal Sigortalar ve işverene karşı hukuki uğraş vermek zorunda kalmaktan kurtulacaklar, sadece Sosyal Sigortalarla ilişkilerinde bir hukuki sorun ortaya çıkarsa bunun çözülmesi gerekecektir. Mağdur bir zümreyi oluşturan kazalanan işçi veya ölümü halinde hak sahipleri haklarını alabilme konusunda güçlüklerle karşı karşıya kalmadılar. Hakları konusunda yeterince bilgi sahibi olmamaları, iş güvencesinin yokluğu nedeniyle işlerini kaybetme endişesi ile dava açma yoluna gidememeleri, haklarının çok altında miktarlar karşılığında işverenlerle uzlaşmak zorunda kalmaları gibi nedenlerle bazı hallerde haklarını elde edememektedirler. Buna karşılık, yabancı ülkeler hukukundaki çağdaş gelişim çizgisine de uygun düşen önerdiğimiz yönde bir sistemin getirilmesi halinde ilgililer haklarını daha kolay ve güvenli bir biçimde alabileceklerdir.

Sosyal Sigortalar Kurumu işçilere veya hak sahiplerine yaptığı tüm maddi zararlarını karşılayan ödemeleri, kusur sorumluluğu ilkesi çerçevesinde işverenlere rücu edecektir²⁴.”

Aynı görüş Sayın Akın tarafından da paylaşılmakta ve aynen şöyle denilmektedir:

“Uygulamada çok sık karşılaşılan bu tür durumlar işçi - işveren arasındaki çalışma barışını bozmakta ve aslında çok farklı değerlendirilmesi gereken iş kazasını genel anlamda bir haksız fiil durumuna getirmektedir. Kanımızca tazminatların kapital olarak ödenmesinin yarattığı bu durum, işçinin içinde bulunduğu hukuksal durumdan yararlanılarak değiştirilebilir. Her şeyden önce iş kazası sonucu oluşan işçi zararlarının karşılanmasında tümüyle Sosyal Sigortalar Kurumundan yararlanılmalı, işçinin maddi zararının tamamı Kurumca karşılanmalıdır. Kurum kazalanan işçiye çalışmaması nedeniyle uğradığı zararı kaza anından itibaren irad olarak ödemeye başlamalıdır...

İşçinin kaza sonrasındaki zararının Kurumca karşılanması ve bunun yaşam boyu sürmesi ödemelerde belli bir artışı da beraberinde ge-

tirecektir. Böylece irad şeklinde ödenen tazminatların enflasyon karşısında erimesi ihtimali de ortadan kaldırılacak ve Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinde düzenlenen tazminat yöntemlerinin İş Hukuku alanında yarattığı sakıncaların çoğunu bertaraf edecektir. İşverenin büyük tazminat miktarları karşısında yok olmasını engellemesi yanı sıra, irad yönteminde aranan teminat gösterme gereğini ortadan kaldıracak, maddi tazminat davası boyunca işçinin ve ailesinin gelir yoksunluğu içine düşmesini engelleyecektir. Böylece uygulanmakta olan tazminat hesaplama yöntemleri ile oluşan karmaşa ve çifte standartlarda kaldırılmış olacaktır²⁵.”

SONUÇ

Varsayımlara dayalı değişken ve karanlık bir alanda adaletin gerçekleşmeyeceği, gerçeğin bulunup tüm tarafları tatmin edici sonucun alınamayacağı dikkate alınarak maddi tazminat konusundaki yasal sistemin yeni baştan ele alınarak uygar ülke sistemlerine yaklaştırılması kaçınılmaz bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

DİPNOTLAR

- 1 Yargıtay 21. HD.'nin 2.4.1996 gün, 1996/921-1903 sayılı kararı.
- 2 Yargıtay 21. HD.'nin 5.3.1996 gün, 1996/545-1054 sayılı kararı.
- 3 Yargıtay 21. HD.'nin 2.2.2007 gün, 2006/14176, 2007-1768 sayılı kararı.
- 4 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.9.2008 gün, 21/556-532 sayılı kararı (Ali GÜNEREN, İş Kazası veya Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Ank. 2010 sh: 603).
- 5 YİBBGK. 27.3.1957 gün 1/3 sayılı kararı.
- 6 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.1987 gün, 1986/9-723, 1987/204 sayılı kararı.
- 7 Yargıtay 21. HD.'nin 1.2.2000 gün, 2000/9269-496 sayılı kararı.
- 8 Yargıtay 21. HD.'nin 23.1.1996 gün, 1995/7235, 1996/122 sayılı kararı.
- 9 Yargıtay 21. HD.'nin 22.5.2007 günlü 4504-8407 sayılı kararı (Ali GÜNEREN, a.g.e. sh: 586).
- 10 Yargıtay 21. HD.'nin 20.4.2000 gün, 3043/3122 sayılı kararı.
- 11 Yargıtay 10. HD.'nin 6.10.1992 gün, 1991/4228-9100 sayılı kararı (Utkan ARASLI, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar c.1 sh: 557).

- 12 Yargıtay 21. HD.'nin 30.9.2002 gün, 6773-7725 sayılı kararı.
- 13 Ali GÜNEREN, a.g.e. sh: 664.
- 14 Ali GÜNEREN, a.g.e. sh: 777.
- 15 Yargıtay 21. HD.'nin 17.3.1998 gün, 1998/815-1867 sayılı kararı.
- 16 Yargıtay 21. HD.'nin 1.2.2000 gün, 1999/8731, 2000/489 sayılı kararı.
- 17 Yargıtay 21. HD.'nin 4.4.2000 gün, 2000/1756-2573 sayılı kararı.
- 18 Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, İst. 2002 sh: 358.
- 19 Yargıtay 21. HD.'nin 28.4.2009 gün, 2390- 5908 sayılı kararı (Ali GÜNEREN, a.g.e. sh: 792).
- 20 Yargıtay 21. HD.'nin 20.2.1997 gün, 832-954 sayılı kararı (Ali GÜNEREN, a.g.e. sh: 794).
- 21 Ahmet İYİMAYA; Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları II. cilt, Ank. 1995, sh: 139-142.
- 22 Doç Dr. Levent AKIN, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Davaları sh: 232.
- 23 Ali GÜNEREN, a.g.e. sh: 789 – 790.
- 24 Prof. Dr. Sarper SÜZEK, a.g.e. sh: 347 – 348.
- 25 Doç Dr. Levent AKIN, a.g.e. sh: 274 – 275.

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu - Türk Ticaret Kanunu Çelişkisi

Bilindiği gibi, işyeri devri ve işveren değişikliği halinde iş sözleşmelerinin akibeti ve devreden ve devralan işverenlerin sorumlulukları sosyal hukukun önemli konularından birini oluşturmuştur. İşyeri devri halinde iş sözleşmelerinin durumu Avrupa Birliği'nin de özel önem atfettiği konulardan biridir. Bu çerçevede, 1977'de İşletmelerin, İşyerlerinin ve İşyeri Bölümlerinin Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Hakkındaki Üye Ülke Mevzuatlarının Yakınlaştırılmasına Dair 77/187 sayılı Yönerge kabul edilmiş ve bu Yönerge'de daha sonra 1998 tarih ve 98/50 sayılı Yönerge ile bir kısım değişiklikler yapılmış, daha sonra da bu iki Yönerge birleştirilerek 2001 tarih ve 2001/23 sayılı Yönerge ile tek metin halini almıştır¹.

1475 sayılı İş Kanunu'nda işyeri devrinin iş sözleşmelerine etkisini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamasıyla birlikte öğreti ve yargı kararlarında, kıdem tazminatına ilişkin hüküm esas alınarak sonuca varılmakta idi. 4857 sayılı İş Kanunu da gerek bu ihtiyacı göz önünde bulundurarak gerekse AB müktesebatına uyum

sağlamak için konuyu açık olarak düzenlemiştir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesine göre, "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da tüzinin değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönün-

den fesih için baklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin baklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.

Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz.”

4857 sayılı Kanuna göre, işyerinin tamamının veya bir kısmının devri iş sözleşmesinin sona ermesi için bir neden değildir. Bu husus hem işçi hem de işveren için geçerlidir. Yani salt devir, iş sözleşmesinin işverence feshi için bir neden oluşturmadığı gibi, işçinin de bu devri kabul etmeme hakkı bulunmamaktadır. Devirle birlikte iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar yeni işverene geçmektedir. Bu devir işçinin kıdem süresini kesmemekte, kıdeme bağlı hakların hesaplanmasında eski işveren nezdinde geçen süre de dikkate alınmaktadır.

Öte yandan, devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden işveren devralanla birlikte iki yıl süreyle birlikte sorumlu kalmaya devam etmektedir. Maddede ayrıca birlikte sorumluluk hükmünün tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde uygulanmayacağı belirtilmiş ise de, birleşme ve katılma halinde ortada iki ayrı tüzel kişilik olmayacağından, anlamsız bir hüküm olarak nitelendirilmektedir².

Belirtelim ki; işyerinin tamamen veya kısmen devri halinde iş sözleşmelerinin devamlılığının sağlanması sadece 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri için değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, diğer iş kanunlarına ve Borçlar Kanunu'na tabi tüm iş ilişkileri için mümkün olacaktır. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun 428. maddesinde de benzer bir şekilde işyerinin tamamı veya bir kısmının hukuki bir işlemle devrinin iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği hükme bağlanmıştır. Nitekim anılan hükme göre; “İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımın-

dan, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır.

Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.”

Burada, kanun çalışması yapmak üzere oluşturulan komisyonların zaman zaman ne derece fahiş hatalar yaptıklarını gösteren bir örneğe yer vermek gerekmektedir. Gerçekten; Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ne ilk halinde ne de nihai halinde işyerinin devri halinde işçiye itiraz hakkı tanıyan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ne var ki fahiş bir hata yapılarak, Tasarının ilk halinde işyeri devrinin düzenlendiği maddeye (md. 432 idi) ilişkin gerekçede, işletmenin kısmen ya da tamamen bir üçüncü kişiye devri hâlinde, hizmet ilişkisinin **işçi itiraz etmediği sürece** bütün hakları ve borçları ile birlikte devir tarihinden itibaren devir alana geçeceği hükme bağlandığı ve benzer bir düzenlemenin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasında da bulunduğu ifade edilmiştir. Yani gerekçeyi kaleme alanlar, maddede işçinin rızasının aranmadığını ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde de işçinin rızasından söz edilmediğini görmemişlerdir³. Aslında bu hatanın maddenin (şimdi md. 428) nihai haline ilişkin gerekçesinde de tam olarak kaldırıldığından söz etmek mümkün değildir. Çünkü nihai gerekçede hâlâ Türk Borçlar Kanunu md. 428'in düzenlenmesinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesinin göz önünde tutulduğundan söz edilmektedir. Halbuki İsviçre BK md. 333'de işyerinin devri halinde işçinin rızası arandığı halde TBK md. 428'de 4857 sayılı Kanunun 6. maddesi doğrultusunda düzenleme yapılmıştır, yani işçinin rızası aranmamıştır. Bu bakımdan hâlâ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesinden söz edilmesi isabetli olmamıştır.

Tekrar konuya dönersek; Türk Borçlar Kanunu'nun da yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk iş hukukunda işyeri devrinin iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi Avrupa Birliği müktesebatına uygun hale gelmiş olacak iken, bu kez

genel yürürlük süresi 1.7.2012 olarak belirlenen (bazı maddeler için farklı yürürlük tarihleri öngörülmüştür) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda şirketlerin bölünmesi, birleşmesi ve tür değiştirmesi konusunda yer verilen hükümler birtakım tereddütlerin ortaya çıkmasına yol açacaktır⁴. Aşağıda açıklanacağı üzere, bunun nedeni herhalde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu hazırlayanların, işyeri devrinin İsviçre Borçlar Kanunu'nda farklı düzenlendiğini gözetmeksizin, İsviçre Birleşme Kanunu'nun (Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung) konuya ilişkin hükmünü çevirmek zorunda hissetmeleridir.

Konunun 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda nasıl düzenlendiğine gelince;

6102 sayılı Kanunun 159-179. maddeleri ile Türk hukukunda bölünme kavramı ilk kez yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Nitekim Kanunun 159. maddesinde tam ve kısmi bölünme kavramlarına yer verilmiştir. Buna göre; bir şirketin tam veya kısmi bölünmesi mümkündür (TTK 159/1). Belirtelim ki bölünmeye sadece sermaye şirketleri ve kooperatifler bakımından izin verilmiştir ve bölünme sadece sermaye şirketi veya kooperatif şeklinde gerçekleşebilir. Tam bölünmede, bölünen şirket tüzel kişiliğini kaybeder ve tüm malvarlığı bölümlere ayrılarak mevcut veya yeni kurulacak şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları da devralan şirketin paylarını ve haklarını kendiliğinden iktisap ederler. Tam bölünen şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir (TTK md. 159/1-a).

Kısmi bölünme halinde ise, şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü bir başka şirkete veya şirketlere devrolunur. Bunun sonucunda kısmi bölünen şirketin ortakları devralan şirketin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya kısmi bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketteki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur (TTK md. 159/1-b). Yani kısmi bölünmede ortada birden fazla şirket varken, tam bölünmede devrolunan şirket sona ermekte, ortada tek bir tüzel kişilik bulunmaktadır.

Öte yandan; yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 136. maddesinde, şirketlerin; bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “devralma şek-

linde birleşme” veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, teknik terimle “yeni kuruluş şeklinde birleşme”, yoluyla birleşebilecekleri, kabul eden şirketin “devralan”, katılan şirket “devrolunan” diye adlandırılacağı, birleşmenin, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında, bir değişim oranına göre devralan şirketin paylarının, devrolunan şirketin ortaklarınca kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşeceği, birleşmeyle, devralan şirketin devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün hâlinde devralacağı, birleşmeyle devrolunan şirketin sona ereceği ve ticaret sicilinden silineceği hükmüne yer verilmiştir. Bunun gibi 6102 sayılı Kanunun 180. maddesinde, bir şirketin hukuki şeklini değiştirebileceği, yeni türe dönüştürülen şirketin eskisinin devamı olacağı hükmüne yer verilmiştir ve devamı maddelerinde geçerli tür değiştirmelerin nasıl olacağı düzenlenmiştir.

Anlaşılacağı üzere; bölünme, birleşme ve tür değiştirme hallerinde, sadece kısmi bölünme halinde ortada birden fazla tüzel kişilik bulunmakta, tam bölünme, birleşme ve tür değiştirme durumunda ise tek bir tüzel kişilik varlığını sürdürmekte, eski tüzel kişilik sona ermektedir. Hatta kısmi bölünme halinde dahi, eğer bölünen malvarlığı bir işyeri niteliğinde değil ise, bu halde dahi, ortada işçilerin çalıştığı tek bir işverenden söz edilebilir.

6102 sayılı Kanunun 178. maddesinde bölünmenin iş ilişkilerine etkisi düzenlenmiştir. Bununla birlikte; md. 190'da yapılan atıf nedeniyle bölünmenin iş ilişkilerine etkisini düzenleyen madde birleşme ve tür değiştirme halinde de uygulama alanı bulacaktır. Nasıl bir düzenleme getirilmiştir?

Öncelikle; tam ve kısmi bölünme halinde (ve yapılan atıf nedeniyle birleşme ve tür değiştirme halinde), işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer (md. 178/1). Yani işçinin tam ve kısmi bölünme halinde iş sözleşmesinin devamını istememe hakkı bulunmaktadır. İşçi itiraz hakkını kullandığında, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür (md. 178/2).

Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur (md. 178/3).

Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez (md. 178/4).

İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler (md. 178/5).

Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler (md. 178/6).

Konuya girmeden önce, iş ilişkilerinin geçmesi başlıklı 178. maddeye birkaç temel eleştiri yöneltmek gerekir:

Öncelikle; ülkemizde iş ilişkilerini düzenleyen ayrı iş mevzuatı bulunmaktadır. Bu nedenle şirketlerin bölünmesi, birleşmesi, tür değiştirmesi halinde bunun iş ilişkilerine etkisi Türk Ticaret Kanunu'nun konusu ve görevi değildir. Tıpkı İş Kanunu'nda örneğin; şirketlerin kuruluşuna veya kıymetli evraka ilişkin hükümlere yer verilemeyeceği gibi. Nitekim, ticaret hukukçularından da isabetle md. 178 hükmüne TTK'da yer vermeye gerek olmadığı görüşünde olanlar vardır⁵.

İkincisi; iş ilişkilerinin geçmesini konu alan bir maddede “Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez” (md. 178/4) yolunda tamamen farklı bir konuyu içeren bir hükme yer verilmesinin son derece isabetsiz olduğu fark edilmemiştir. Bu hükmün bölünme, birleşme ve tür değiştirmeye ne ilgisinin bulunduğu izaha muhtaçtır⁶. İsviçre kanunkoyucusunun böyle bir tercihte bulunması, aynı hatanın Türk kanunkoyucusu tarafından da yapılmasını gerektirmez.

Üçüncüsü; md. 178/5'de “İşçiler muaccel olan ve **birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak** alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler.” hükmü bulunmaktadır. Ancak maddenin birinci fıkrasına bakıldığında, muaccel olacak bir alacağa ilişkin bir ibareye yer verilmediği görülmektedir. Kanunkoyucunun olmayan bir ibareye atıf yapması mantık kuralları içerisinde izah edilebilir bir durum değildir. Doğru atfın birinci değil üçüncü fıkraya yapılması gerekirdi.

Asıl konuya gelince; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu hazırlayanlar, hukukumuzda, işyerinin tamamen veya kısmen devri konusunun İsviçre hukukundan farklı düzenlendiğini bilinçli olarak göz ardı etmişlerdir. Zira Adalet Komisyonunda, İş Kanunu'nun 6. maddesindeki hüküm varken neden konunun TTK'da düzenlenmesine ihtiyaç duyulduğu tartışılmış ve şu gerekçelerle bu konuda özel bir hükme ihtiyaç duyulduğundan söz edilmiştir.

Rapora göre; “*Alt komisyonda Tasarının 178 inci maddesinin görüşmelerinde, 22 Mayıs 2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 6 ncı maddesinin varlığı karşısında, bu maddeye gerek olmadığı, bu maddenin gerekli olduğu sonucuna varılması durumunda iki madde arasında çelişki veya kesişme noktaları bulunup bulunmadığı sorunları tartışılmıştır.*

“1. İş Kanununun 6 ncı maddesi genel bir hüküm olup iş yerinin tam ve kısmî tüm devir hallerinde uygulanır. Bu madde, birlikte sorumluluk halleri hariç tüzel kişilerin, bu arada ticaret şirketlerinin birleşme, katılma (bölünme) veya türünün sona ermesi (değiştirilmesi) hallerinde uygulanmaz. Hüküm uyarınca devredilen, tam bölünen veya türü değiştirilen şirketin Kollektif veya komandit şirket olması halinde, Kollektif ve komandite ortaklar işçilerin alacaklarının ödenmesinden madde çerçevesinde devrolunan şirketle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır.

2. Tasarının 178 inci maddesi ise sadece bölünme, birleşme (Tasarı m. 158, f.4) ve tür değiştirme (Tasarı m. 191) hallerinde uygulanan –İş Kanununun 6 ncı maddesine nazaran özel bir hükümdür. Bu maddenin İş Kanununun 6 ncı maddesine üstün tarafı işçinin lehi-

ne olarak müteselsil sorumluluğu kabul etmiş olmasıdır. Ancak birleşme ve tam bölünmede devrolunan şirketlerin infisab etmeleri sebebiyle eski işveren bulunmadığı için 191 inci maddeden açıkça anlaşıldığı üzere bu sorumluluğu birleşmede, tam bölünmede ve tür değiştirmede şahıs şirketleri bakımından “ortakların kişisel sorumlulukları” çerçevesinde kabul etmiştir. Kısmî bölünmede ise eski ve yeni işverenler işçilerin alacakları için müteselsilen sorumlu olacaklardır. Böylece tasarı işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İş Kanununun 6 ncı maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme getirmiştir.

3. Diğer yandan 178 inci madde, işçiye itiraz hakkı tanıdığı, aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça işverenin iş sözleşmesinden doğan alacaklarını başkasına devretmesine izin vermediği, alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilmek hakkını işçiye tanıdığı için İş Kanununun 6 ncı maddesinden daha iyidir ve amaca daha uygundur.

4. Aynı yargıyı maddenin altıncı fıkrası da desteklemektedir. Bu gerekçelerle Alt Komisyonumuz 178 inci maddenin, İş Kanununun 6 ncı maddesi karşısında özel hüküm olarak korunmasında, düzenlediği alanlarda uygulanmasında, gereğinde İş Kanununun 6 ncı maddesinden boşlukların doldurulmasında istifade edilmesinde yarar görmüş, hatta bu yolda zorunluluk bulunduğu sonucuna varmıştır. Alt Komisyonumuz, iki madde arasında İş Kanununun 6 ncı maddesinin dördüncü fıkrası yönünden bile çelişki bulunmadığı görüşündedir. Aksi sonuca varılması halinde bu fıkra düzenlenecek olan Türk Ticaret Kanununun Uygulanması ve Yürürlüğü Hakkında Kanun ile kaldırılabilir.

Alt komisyonda tespit edilen yukarıdaki hususlar, Komisyonumuzca da yerinde görülerek, madde aynen kabul edilmiştir.”

Komisyon Raporundaki ifadeleri incelersek; hemen belirtelim ki, Komisyon Raporunda yer alan ifadeler son derece yanlış ve yanıltıcıdır. Bu ifadeleri kaleme alan Komisyon İş Kanunu'nun 6. maddesinde neyin düzenlendiğinin ve 6102 sayılı Kanunun 178. maddesiyle neyin getirildiğinin farkında olmamıştır. O kadar farkında olmamıştır

ki, şahıs şirketlerinin ortaklarının kişisel sorumluluklarından söz ederek, bölünme kurumunun sadece sermaye şirketleri ve kooperatlara özgü olduğunu atlamıştır⁷. Bu gafi yapan Komisyonunun İş Kanunu'nun 6. maddesini bu şekilde değerlendirmesini de doğal karşılamak gerekir. 6102 sayılı Kanununun abesle işigali bununla sınırlı değildir kuşkusuz.

İlk olarak; Raporda, İş Kanunu'nun 6. maddesinin genel bir hüküm olduğu, işyerinin tam ve kısmi tüm devir hallerinde uygulanacağı, bu maddenin, birlikte sorumluluk halleri hariç tüzel kişilerin, bu arada ticaret şirketlerinin birleşme, katılma (bölünme) veya türünün sona ermesi (değiştirilmesi) hallerinde uygulanmayacağından söz edilmiştir. Raporda esasen İşK.md.6 hükmünün işyerinin tam ve kısmi tüm devir hallerinde uygulanacağı kabul edilmekle birlikte, birleşme, katılma ve devir hallerinde uygulanamayacağı belirtilmiş ve herhalde bu nedenle md. 6'nın eksik olduğu kanaatine varılmıştır. Gerçekten, İşK. md. 6/IV. fıkrasında, tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak bunun nedeni, maddenin birleşme, katılma veya tür değiştirme halinde müteselsil sorumluluk öngörmesi değil, buna gerek olmamasıdır. Zira birleşme, katılma veya tür değiştirmede zaten ortada iki ayrı şirket bulunmamaktadır. Dolayısıyla İş Kanunu'nda dahi müteselsil sorumluluk bulunmadığından söz edilmesi abesle işigal olmuştur.

Raporda hep 178. maddenin İş Kanunu'nun 6. maddesinden daha iyi, toplumsal yönü daha güçlü, amaca daha uygun hüküm getirdiğinden ve böyle bir düzenlemenin gerekliliğinden söz edilmiştir. Devir halinde iş ilişkisinin devamlılığını sağlamayan, şirketin birleşmesi ve tür değiştirmesi halinde dahi işçiye itiraz tanıyarak çalışma hayatında yeni sorunlar yaratacak bir hükmün toplumsal yönünün nasıl olup da güçlü olduğunu anlamak mümkün olmamıştır. Bir limited şirket anonim şirkete dönüştüğünde, salt basit bir unvan değişikliği nedeniyle işçiye bu değişikliği kabul etmeme hakkı tanınmasının izah edilebilir bir yönü yoktur. Nitekim öğretilde KENDİGELEN de, tür değiştirmede sadece şirketin türünün değiştiği, tüzel kişiliğin

değişmediği, dolayısıyla infisah ve külli halefiyetin gündeme gelmeyeceği tür değiştirme bakımından şirket çalışanlarının özel olarak korunmasına ihtiyaç bulunmadığı görüşündedir⁸. Nitekim iş hukukunda belirleyici olan işverenin kimliği değil, işyeri ve diğer çalışma koşullarıdır. Birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi yapısal değişikliklerin işçinin işyeri ve çalışma koşulları bakımından esaslı bir ağırlaşma meydana getirmediyse, salt yapısal değişiklik vuku bulması sebebiyle işçiye itiraz hakkı tanınmasının hiçbir makul ve haklı açıklaması yoktur.

Hükmün bir başka eleştiriye değer yönü, işçi bu değişikliğe itiraz ettiği takdirde, hizmet sözleşmesinin kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona ereceği yolundaki düzenlemesidir. İşK. md. 6 hükmünü yetersiz bulan, işçinin daha da özel olarak korunması gerektiği görüşünde olan Adalet Komisyonu, bu düzenlemenin iş mevzuatının diğer düzenlemeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığının farkında değildir. Gerçekten bu düzenlemenin çeşitli soruları da ortaya çıkarması kaçınılmazdır. İşçi itiraz hakkını ne kadar süre içerisinde kullanacaktır? Maddede buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Birleşmeden altı ay sonra bu itiraz hakkının kullanılması mümkün müdür? Böyle bir durumda iş sözleşmesini fesheden taraf kimdir? İşçinin itirazı bir fesih iradesi yerine mi geçmektedir? Bu bir haklı fesih nedeni midir? İtiraz eden işçi örneğin kıdem tazminatına hak kazanacak mıdır? Tüm bu sorular ne kadar gereksiz bir düzenleme yapıldığını ortaya koymaktadır.

Öte yandan; maddenin gerekçesinde; hükmün ilk altı fıkrasının İsviçre Borçlar Kanunu'ndan alındığı, İsviçre Birleşme Kanunu'nun da (Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung) bu hükmü gönderme yaptığından sözedilmiştir. 6102 sayılı Kanunda bu konuda pekala aynı tarihte yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'na atıfta bulunabilirdi. Ancak bu yapılmamış, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesi 6102 sayılı Kanunda ayrı bir madde olarak düzenlenmiş ve elbette İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda İsviçre hukukundan farklı bir düzenleme olduğu atlanmıştır. Gerçekten İsviçre Borçlar Kanunu'nda (md.333) işyerinin tama-

men veya kısmen devri işçiye itiraz hakkı vermektedir. Halbuki aynı düzenleme Türk hukukunda yoktur. Hukukumuz bu konuda devir halinde iş ilişkilerinin bundan etkilenmemesi yolunda bir sistem benimsemiştir. Ortaya çıkan çelişkinin nedeni budur. Bu nedenle 6102 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce değişiklik yapılarak ya 6102 sayılı Kanunun 178. maddesi ve bağlantılı maddeler yürürlükten kaldırılması ya da 178. maddede aynı tarihte yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'na veya İş Kanunu'na atıf yapılması gerekmektedir⁹.

Bu yapılmaz ise ne olacaktır? Kanımca bu noktada 6102 sayılı Kanunun sonraki kanun olarak öncelikle uygulanacağı iddia edilemeyecektir. Zira aynı tarihte İş Kanunu'nun 6. maddesine paralel bir düzenleme içeren Türk Borçlar Kanunu'nun 429. maddesi de yürürlüğe girecektir. Sonra; kanımca 6102 sayılı Kanunun bölünme, birleşme ve tür değiştirme halinde iş ilişkilerinin akibetine ilişkin özel bir kanun olduğu da iddia edilemez. Çünkü iş ilişkilerini düzenleyen özel kanun İş Kanunu'dur ve Türk Borçlar Kanunu da iş ilişkilerine dair hükümleriyle bu konuda Ticaret Kanunu'na nazaran uygulama önceliğine sahiptir.

DİPNOTLAR

- 1 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. A. GÜZEL, İşverenin Değişmesi - İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, 185 vd.; G. ALPAGUT, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, 10 vd.; E. ÖZKARACA, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, 238 vd.
- 2 Bak. F. ŞAHLANAN, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, Yeni İş Yasası Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, 25-29 Haziran 2003 Çeşme, 33.
- 3 Bak. Ö. EKMEKÇİ; Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine, Mercek Temmuz 2005, 170-171; ayrıca ÖZKARACA, 190-191.
- 4 Aynı görüşte ÖZKARACA, 191.
- 5 A. KENDİGELEN, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, 131.
- 6 Aynı görüşte KENDİGELEN, 132 dn.41.
- 7 Bak. KENDİGELEN, 131.
- 8 KENDİGELEN, 131.
- 9 Hükmün bu haliyle kalmasının sorunlar yaratacağı yönünde ALPAGUT, 84.

İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu m. 147 f. 2-i Hükmünde Öngörülen “*Sosyal Plan*” Kavramı

1. Genel

13.01.2011 tarihinde kabul edilen ve birkaç hükmü dışında 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan (m. 1534) Yeni Türk Ticaret Kanunu¹ (yTTK) çalışma hayatı açısından önem arz eden birçok hüküm içermektedir. Birleşme, bölünme veya tür değiştirme gibi yapısal değişiklikler karşısında çalışanları etkin olarak koruma girişimi de kanun koyucunun bu yaklaşımının bir ifadesidir. Kanun koyucu, bu tür yapısal değişikliklerin olası olumsuz etkilerini asgariye indirebilecek önlemlere yTTK’da yer vermiştir. Alacakların temin edilmesi, işçilere itiraz hakkı tanınması veya tarafların müteselsil sorumluluğu gibi kurumlar kanun koyucunun öngördüğü başlıca koruma önlemleridir². Bu çalışmanın konusu olan sosyal plan da özünde bu felsefeye hizmet edebilecek niteliktedir. Ama yine de bu kavram anılan koruyucu hükümlerden farklı bir bakış açısıyla ele alınmalıdır. Şöyle ki, yukarıda sayılan koruma önlemleri, bir-

leşme olgusu karşısında çalışanların haklarını ve birleşmenin taraflarının çalışanlara karşı yükümlülüklerini somut olarak düzenleyen sorumluluk hukuku kurumlarıdır. Oysa bu çalışmanın konusunu oluşturan sosyal plan, dar anlamda hukuki korumadan ziyade işletme iktisadi ekseninde ele alınabilecek bir kurumdur ve koruyucu boyutu daha ziyade raporun planlama fonksiyonu dolayısıyladır.

Sosyal plan kurumu, yTTK m. 147 f. 2-i hükmünde düzenlenmiştir. Birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organlarının ayrı ayrı ya da birlikte bir birleşme raporu hazırlamalarını öngören birinci fıkrayı takiben ikinci fıkrada raporun içeriği sayılmıştır. Buna göre “*Raporda (...) birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği (...) hukuki ve ekonomik yönden açıklanır ve gerekçeleri belirtilir*” (m. 147 f. 2-i). Bu hüküm doğrudan işçileri zikretmesi sebebiyle önemlidir. Zira benzer şekilde bölünme halinde de katılan şirketlerin bölünme raporu

Sosyal plan, dar anlamda hukuki korumadan ziyade işletme iktisadi ekseninde ele alınabilecek bir kurumdur ve koruyucu boyutu daha ziyade raporun planlama fonksiyonu dolayısıyladır.

hazırlaması öngörülmüştür (m. 169). Ancak birleşmenin aksine bölünme raporunun içeriği sayılırken “işçiler”den değil genel anlamda “alacaklılar”dan söz edilmiş ve öte yandan bölünme raporunda sosyal plan kurumuna açıkça yer verilmemiştir. Tür değiştirme raporunda ise bu konuya rapor içeriğinde haklı olarak yer verilmemiştir (m. 186). Keza tür değiştirmede sadece şirketin türü değişmektedir ve yeni tür eskisinin devamıdır.

yTTK m. 147 f. 2-i hükmü incelendiğinde birleşmenin sonuçları hakkında raporda konuyla ilgili olarak yer verilmesi gereken içeriğin ikili bir ayrımla düzenlendiği görülmektedir. İlk olarak birleşmenin “işçileri üzerindeki etkileri” raporda konu edinilmek durumundadır. Hükmün lafzı dikkate alındığında bunun asgari zorunlu içeriğe dahil olduğu söylenebilir. İkinci olarak ise bir “sosyal planın içeriği” öngörülmüştür ki, hükümde bu plana “mümkünse” yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla konunun iki unsurdan oluştuğu göz önüne alınarak ama aynı zamanda bu iki unsurun birbirini tamamladığına da dikkat edilerek bir analiz yapılmalıdır.

Çalışma hayatımız açısından önemli bir yenilik arz eden bu hüküm, konuyla ilgili diğer hükümler gibi, doğrudan İsviçre’nin Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanunu’ndan³ (FusG) alınmıştır. Bu nedenle kavramın analizinde İsviçre hukukunun da özellikle göz önüne alınması gerekmektedir. İçerik ve amaç olarak aynı olmamakla birlikte Alman hukukundaki sosyal plan kurumuna da konunun gerektirdiği kapsamda da olsa değinmek, Türk çalışma hayatı açısından yeni olan bu kavramın ortaya konabilmesi açısından önem arz etmektedir.

II. İsviçre Hukukunda Sosyal Plan

Bu çalışmanın konusu olan yTTK m. 147 f. 2-i hükmü, yukarıda da değinildiği üzere, FusG m. 14 f. 3-i’nin birebir tekrarıdır⁴. Ancak yTTK’nın aksine sosyal plana FusG’de sadece birleşme raporu bağlamında değil aynı zamanda bölünme raporu açısından da yer verilmiştir (FusG m. 39). Yine de gerek hizmet ettiği amaçlar gerekse diğer boyutları dolayısıyla iki hüküm arasında bir fark olmamasından ötürü kavram sadece birleşme açısından (FusG m. 14 f. 3-i) ele alınacaktır.

İsviçre öğretisi, FusG m. 14 f. 3-i hükmünün yorumlanmasında, ihtiyari⁵ içerik olarak öngörülen sosyal plandan ziyade “birleşmenin çalışanlar üzerindeki etkilerine raporda yer verilmesi” konusundaki zorunlu içeriğe daha çok önem vermekte ve hatta çalışanların bu bağlamda korunması çoğunlukla sadece bu boyutuyla ele alınmakta ve hükmün yorumunda sosyal plana oldukça dar olarak yer verilmektedir⁶. Bunun nedeni ise kanaatimizce hem sosyal plan hazırlamanın zorunlu olmaması hem de İsviçre hukuku açısından sosyal plan kavramına, hükümde zorunlu içerik olarak öngörülen ekonomik sonuçlara yer verme yükümlülüğünden daha öte bir anlam yüklenmemiş olmasıdır.

FusG m. 14 f. 3-i hükmünün yorumlanması bu hükmün amacının ortaya konması ile mümkün olacaktır. İsviçre hukukundaki hakim görüş⁷ FusG m. 14 f. 3-i hükmünün çalışanları değil bizzat birleşen şirketlerin ortaklarını koruma amacına hizmet ettiği kanaatindedir. Keza birleşmenin ticaret siciline tescilinden önce çalışanların söz konusu birleşme raporunu görmeleri zaten olanaksızdır. Hüküm, esasen ortakların gerçekleştirmeyi düşündükleri yapısal değişikliğin işçiler üzerinde ne gibi sonuçlar doğuracağını önceden görmelerini sağlama amacına odaklanmaktadır⁸. Çalışanlara hizmet etmediği sonucuna varılması bu çıkar grubunun korunmasız kaldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira yukarıda da değinilen sorumluluk hukuku kurumları⁹ dışında özellikle varsa işçi temsilcisinin yoksa bizzat işçilerin bilgilendirilmesi yükümlülüğünü ve hatta bilgilendirme ve

danışmanın gerçekleşmemesi durumunda işçi temsilcisinin mahkemeye başvurarak birleşmenin ticaret siciline tescilini engelleyebileceğini öngören FusG m. 28 ile İsviçre Borçlar Kanunu¹⁰ (OR) m. 333 a hükümleri çalışanların çıkarlarına yeterince hizmet etmektedir¹¹. Buna rağmen azınlıkta kalan bir görüş¹² ise bu hükmün dolaylı olsa da çalışanları koruma amacıyla öngörüldüğü kanaatinde dir.

Yukarıda da değinildiği gibi İsviçre öğretisi sosyal planda ele alınması gereken konuları ayrıca ele almamaktadır. Genel eğilim, birleşmenin çalışanlar üzerindeki ekonomik sonuçlarına raporda yer verilmesi yönündedir. Raporun esasen birleşmenin stratejik sebeplerine, öngörülen kazanım ve risklere ve sürecin ekonomik sonuçlarına yer vermesi beklenmektedir¹³. Birleşme çalışanlar üzerin-

si, aynı zamanda çalışanların iş hukukundan kaynaklanan haklarını etkin şekilde kullanmalarını sağlayacak bilgilere de yer verilmesi önerilmektedir¹⁶.

Tıpkı yTTK m. 147 f. 2-i hükmünde olduğu gibi FusG m. 14 f. 3-i hükmü de ileriye dönük bir değerlendirme yapılması gereğini öngörmektedir. Buna göre birleşmenin çalışanlar üzerindeki ekonomik sonuçları, raporu düzenleme anındaki şartlar çerçevesinde ve makul bir değerlendirme ile belirlenecektir¹⁷. Her ne kadar hükmün lafzı ayrıntılı bir açıklamayı gerektirir şekilde¹⁸ kaleme alınmışsa da pratik nedenlerden dolayı bunun olanaklı olmadığı kabul edilmektedir¹⁹. Ama sonuçta, çalışanların haklarını etkin olarak kullanabilmelerini sağlamak adına şartların elverdiği ölçüde somut bilgilere yer verilmelidir²⁰.

İsviçre öğretisi, FusG m. 14 f. 3-i hükmünün yorumlanmasında, ihtiyari içerik olarak öngörülen sosyal plandan ziyade “birleşmenin çalışanlar üzerindeki etkilerine raporda yer verilmesi” konusundaki zorunlu içeriğe daha çok önem vermekte ve hatta çalışanların bu bağlamda korunması çoğunlukla sadece bu boyutuyla ele alınmakta ve hükmün yorumunda sosyal plana oldukça dar olarak yer verilmektedir.

de farklı şekillerde ekonomik sonuçlar doğurabilir¹⁴. Sürecin sonunda işyerlerinin kapatılması, işin görüleceği yerlerin bir yerden başka bir yere taşınması, işten çıkarmalar, ücretlerde azalma veya çalışma saatlerinin değişmesi gibi olgular gerçekleşebilir. Tam tersine süreç sonunda yeni iş alanlarının oluşması ve dolayısıyla bazı pozisyonların sağlanması da söz konusu olabilir. Öğreti, tüm bu sonuçlara birleşme raporunda yer verilmesi gereğini ifade etmektedir. Söz konusu ekonomik sonuçlar mümkün mertebe FusG m. 28 ve OR m. 333a uyarınca gerçekleştirilen bilgilendirme ve danışma yükümlülüğü ekseninde planlanmalıdır. Dolayısıyla raporda söz konusu yükümlülük neticesinde varılan sonuçlara da yer verilmelidir¹⁵. Ayrıca sadece birleşmenin fiili sonuçlarına yer verilmesiyle yetinilmeme-

III. Alman Hukukunda Sosyal Plan

Mehaz İsviçre hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da işletme bünyesinde gerçekleşen yapısal değişikliklerin çalışanlar üzerinde olumsuz etkiler doğurabileceği göz önüne alınmış ve çalışanları koruyucu önlemler öngörülmüştür. Alman Tür Değişirme Kanunu²¹ (UmwG), birleşme için § 5 (1) b. 9; bölünme ile devralma için ise § 126 (1) b. 11 hükmünde söz konusu yapısal değişikliğin çalışanlar üzerindeki sonuçlarına ve öngörülmüş olması halinde alınan önlemlere yer verilmesi gereğini düzenlemektedir. § 176 vd. hükümlerinde yapılan atıfla, malvarlığının devredilmesi sözleşmesinde de bu hükümlerin nitelikleri uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı belirtilmiştir. İsviçre ve Türk sisteminden farklı olarak Alman hukukunda söz konusu sonuçlara veya ön-

Mehaz İsviçre hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da işletme bünyesinde gerçekleşen yapısal değişikliklerin çalışanlar üzerinde olumsuz etkiler doğurabileceği göz önüne alınmış ve çalışanları koruyucu önlemler öngörülmüştür.

görülen önlemlere birleşme raporunda değil doğrudan birleşme sözleşmesinde yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yine kavramsal olarak “sosyal plan” ibaresini içermemesi Alman sisteminin diğer bir farkıdır.

UmwG’de yapısal değişiklik yapılması halinde herhangi bir sosyal plan hazırlanması yükümlülüğü öngörülmemiş olması Alman hukukunun sosyal plana yer vermediği şeklinde ele alınmamalıdır²². Zira İşyeri Teşkilat Yasası²³ (BetrVG) bu konuda detaylı hükümler içermektedir. BetrVG § 111 hükmü uyarınca işletmenin tamamının ya da önemli bir kısmının kapatılması, başka işletmelerle birleştirilmesi veya işletmenin bölünmesi ya da işletme organizasyonunda esaslı değişiklikler öngörülmesi gibi durumlar işletme değişiklikleri (*Betriebsänderungen*) olarak nitelendirilmektedir. Planlanan işletme değişikliği hususunda İşletme sahibi (*Unternehmer*) ile İşyeri Kurulu (*Betriebsrat*) arasında bir çıkar denkleştirilmesi gerçekleşmiş ise bunun yazılı olarak yapılması ve taraflarca imzalanması gerekir. Kanun koyucu aynı şeyin, planlanan değişikliğin çalışanlar üzerindeki ekonomik sakıncalarını azaltan veya denkleştiren bir mutabakat hakkında da geçerli olduğunu belirterek söz konusu mutabakatı “sosyal plan” (*Sozialplan*) olarak adlandırmakta ve bu sosyal planın işyeri sözleşmesi²⁴ (*Betriebsvereinbarung*) etkisinde olduğunu belirtmektedir (§ 122 BetrVG). Böylelikle sosyal plan kavramı Alman hukuku açısından yasal olarak açıkça tanımlanmış olmaktadır. Böylece Alman hukukunda sosyal planın temel olarak ve klasik anlamda bu hükümde düzenlendiği kabul edilmektedir²⁵.

Sosyal plan hazırlamanın koşulu ise § 111 BetrVG anlamında bir işletme değişikliğinin olmasının yanı sıra işletmenin belirli bir büyüklükte olması ve işletmede bir İşyeri Kurulunun bulunması şartına bağlanmıştır. Aranılan büyüklük ise, söz konusu iş yerinde İşyeri Kurulu’nun seçiminde oy hakkına sahip (§ 7 BetrVG) en az 20 çalışanın bulunması koşuludur.

Sosyal plan hazırlanmamasının sonuçları ise §112 BetrVG hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, kanunun aradığı şartlar gerçekleşmesine rağmen bir sosyal plan hazırlanmaz ise taraflardan her biri Federal Çalışma Temsilciliği’ni (*Bundesagentur für Arbeit*) arabuluculuk yapması için davet edebilir. Davet gerçekleşmez ise veya arabuluculuğa rağmen bir sonuç alınamaz ise taraflar Uzlaştırma Kurulu’na (*Einigungsstelle*) başvurabilirler. Üyeleri işveren ve İşyeri Kurulu tarafından eşit sayıda belirlenen ve ayrıca tarafsız bir üyesinin de taraflarca müştereken belirlendiği Uzlaştırma Kurulu’nun müdahalesine rağmen sosyal plan üzerinde yine de bir mutabakat sağlanamaz ise bu durumda sosyal planın hazırlanması hususunda bizzat Uzlaştırma Kurulu’nun kendisi karar verir [§ 112 (2) BetrVG]. Kararında hem çalışanların sosyal çıkarlarını hem de işletme sahibinin ticari ve iktisadi saiklerini göz önünde bulundurması gerekir. Kanun koyucu, gelirin azalması, varsa özel bazı edimlerin ortadan kalkması, kıdeme ilişkin beklentilerin kaybolması, taşınma veya yol giderleri, karardan etkilenen işçilerin iş piyasasındaki durumları gibi bazı hususların ve ayrıca mevzuatta öngörülen işsizlikle mücadele önlemlerinin kararda özellikle göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir [§ 112 (5) BetrVG]. Bunu yaparken kanun koyucu, sosyal planda öngörülen tutarın toplam miktarının, işletmenin devamını engellemeyecek veya işlem sonrasında iş imkânlarını tehlikeye düşürmeyecek nitelikte olmasını da aramıştır.

Temel olarak denkleştirme ile önleme fonksiyonlarına sahip olduğu kabul edilen²⁶ sosyal plan Alman hukukunda farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmanın ko-

yTTK m. 147 f. 2-i hükmünde öngörülen “birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği” ifadesi, birleşmenin çalışanlar üzerindeki etkilerini düzenleme amacı gütmektedir.

nusunu oluşturduğu boyutuyla sosyal plan, Alman hukukunda “işleme özgü sosyal plan” (*Einzelsozialplan*) olarak adlandırılmaktadır²⁷. Zira bu sosyal plan, bir işletme değişikliğinin planlanması halinde ve sadece bu değişiklik için hazırlanmaktadır. Bunun dışında ileride olası işletme değişikliklerinde hazırlanacak olan işleme özgü sosyal planların temel esaslarını ortaya koymayı amaçlayan ve “sürekli sosyal plan” (*Dauersozialplan*), “çerçeve sosyal plan” (*Rahmensozialplan*) ya da “önleyici sosyal plan” (*vorsorglicher Sozialplan*) olarak adlandırılan sosyal plan türleri de bulunmaktadır²⁸. İşleme özgü sosyal plandan farklı olarak zorunlu olmayan bu sözleşmeler de işyeri sözleşmesi niteliğindedir²⁹.

IV. Sosyal Plan Kavramı ve Sosyal Seçim Ölçütleri

A. Genel Olarak

yTTK m. 147 f. 2-i hükmünde öngörülen ve yukarıda değinilen “birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği” ifadesi, birleşmenin çalışanlar üzerindeki etkilerini düzenleme amacı gütmektedir. Birleşme ile daha önce iki ayrı işverene bağlı olarak çalışmakta olan işçiler, birleşmenin tamamlanması ile tek bir işverene bağlı olarak çalışmalarını devam ettireceklerdir. Bu çerçevede daha önce iki ayrı şirket bünyesinde faaliyet gösteren birçok departman artık tek bir şirket bünyesinde faaliyet gösterecek olduğundan, birleşme ile genellikle işgücü fazlalığı da ortaya çıkmaktadır. Örneğin, A şirketinin muhasebe

departmanında çalışan 20 işçinin ve B şirketinin muhasebe departmanında da çalışan 30 işçinin bulunduğu varsayıldığında iki şirketin birleşmesi halinde muhasebe departmanında çalışan işçi sayısı 50 olacaktır. Bu durum çoğunlukla işgücü fazlalığı yaratmakta ve bazı işçilerin iş sözleşmelerinin sonlandırılması ihtiyacını doğurmaktadır. İşte bu noktada birleşme raporunun “birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği”ni de ihtiva etmesi büyük önem taşımaktadır. Şüphesiz ki, birleşmenin işçiler üzerindeki etkileri sadece iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinden ibaret değildir. Bu bağlamda birleşme, işçilere daha önce sağlanan sosyal yardımların devam edip etmeyeceği, haftalık çalışma süreleri ve çalışma koşulları açısından da bir takım değişiklikleri gündeme getirebilir. Ancak işgücü fazlalığı ortaya çıkması ve bu çerçevede bazı işçilerin sözleşmelerinin sona erdirilmesi zorunluluğu işçileri çok daha önemli ölçüde etkileyebilecek niteliktedir. Çünkü tek geçim kaynakları aldıkları ücret olan işçilerin, sözleşmelerinin sona erdirilmesi olasılığı gerek işçi gerekse bakmakla yükümlü olduğu kişiler açısından önemli olumsuzluklar yaratabilecek niteliktedir.

4857 sayılı İş Kanunu³⁰ (İŞK) m. 17 vd. düzenlemelerinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından “geçerli bir neden” belirtmek ve ihbar süresine uyulmak koşuluyla feshedilebileceği öngörülmektedir. Nitekim İŞK m. 18 f. 1’de; “Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemli olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.” hükmü yer almaktadır. Kanun hükmünde yer alan “geçerli neden”ler iki başlık altında toplanabilmektedir: Birincisi işçiden kaynaklanan nedenler olup, bunlar kanunda işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenler olarak ifade edilmektedir. İkincisi ise işyeri/işletmeden kaynaklanan nedenler olup kanunda işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri

olarak ifade edilmektedir³¹.

Birleşme sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlalığı nedeniyle bazı iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi gereğinin ortaya çıkması şüphesiz işletme, işyeri veya işin gereğinden kaynaklanan bir nedendir. Zira işverenin, işletmesel kararlar alması ve bu kararlar sonucunda bazı iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi gereğinin doğması tamamen işverenin karar alma özgürlüğü içindedir³².

Ancak ortaya çıkan işgücü fazlalığı nedeniyle bazı işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi zorunluluğu karşısında, hangi işçilerin sözleşmelerinin sona erdirileceği önem taşımaktadır. Başka bir deyişle işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden ötürü sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin nasıl belirle-

B. Sosyal Seçim Ölçütleri

Sosyal seçim ölçütleri işletme, işyeri veya işin gereklerinden ötürü yapılacak fesihlerde uygulanmakta ve sözleşmesi sona erdirilecek işçilerin belirlenmesini sağlamakta olup, sosyal açıdan korunması gerekli kişilerin iş sözleşmelerinin devam etmesini sağlama amacı gütmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki, işletme, işyeri veya işin gerekleri nedeniyle işyerinde bir pozisyon ortadan kalkıyorsa ve o pozisyonda çalışan yalnızca bir işçi varsa sosyal seçim ölçütlerinin uygulanması gereği doğmayacaktır. Zira ortadan kalkan pozisyonla birlikte hangi işçinin sözleşmesinin sona ereceği de bellidir.

Bu bağlamda Alman, Fransız ve Hollanda hukuklarında sosyal seçim ölçütleri yasal te-

Birleşme sonucunda ortaya çıkan işgücü fazlalığı nedeniyle bazı iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi gereğinin ortaya çıkması şüphesiz işletme, işyeri veya işin gereğinden kaynaklanan bir nedendir. Zira işverenin, işletmesel kararlar alması ve bu kararlar sonucunda bazı iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi gereğinin doğması tamamen işverenin karar alma özgürlüğü içindedir.

neceği oldukça tartışmalı sorunlar yaratmaktadır.

Zira yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, birleşme ile 50 işçinin çalışacağı muhasebe departmanında 10 kişilik işgücü fazlalığı ortaya çıkması halinde, sözleşmesi sonlandırılacak 10 işçi ne şekilde ve hangi ölçütlere göre belirlenecektir? Bireysel bir fesih, yani işçinin yeterliliği veya davranışlarından kaynaklanan fesihlerde sözleşmesi sona erdirilecek işçi zaten belirlidir. Ancak işletme, işyeri veya işin gereğinden ötürü yapılacak tüm fesihlerde hangi işçi veya işçilerin sözleşmelerinin feshedileceğinin belirlenmesi güçlükler yaratabilecek niteliktedir. Bu güçlüklerin aşılması için “sosyal seçim ölçütleri” olarak adlandırılan bazı ölçütler gerek yargı kararları ile gerekse de öğreti tarafından ortaya konulmaktadır.

mele sahip bulunmaktadır. Alman hukukunda yaş, kıdem, bakım yükümlülükleri ve ağır engellilik³³; Hollanda hukukunda işçilerin yaş gruplarına ayrılarak kıdem süresinin her bir gruba ayrı ayrı uygulandığı ve sadece kıdeme dayanan bir ölçüt; Fransız hukukunda ise kıdem, ailevi bakım yükümlülükleri, işçinin çalışma yaşamına dönmesini güçleştiren yaş ve engellilik ile işçinin verim ve performansına dayanan mesleki ölçüt, sosyal seçim ölçütleri olarak uygulanmaktadır³⁴.

Türk hukukunda sosyal seçim ölçütleri ile ilgili, yukarıda değinilen ülkelerin aksine açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu ölçütler gerek yargı kararları gerekse de öğreti tarafından geliştirilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın sosyal seçim ölçütlerine değinen ilk kararlarında işgücü fazlalığı nedeniyle iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin seçiminde

objektif davranılıp davranılmadığı ve sosyal seçim ölçütlerinin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiş, ancak sosyal seçim ölçütlerinden nelerin anlaşılması gerektiğine değinilmemiştir³⁵. Yargıtay'ın daha sonra verdiği kararlarda ise, sosyal seçim ölçütlerinin nelerden ibaret olduğuna şu şekilde değinilmiştir: “işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken; işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi olma veya genç olma gibi kriterler göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır”³⁶. Kararda belirtilen ölçütlerden “verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş görme borcunu yerine getirmede özen gösterme” işçinin performansı ve verimiyle ilgili ölçütler olup, bunların sosyal ölçütler ile ilgisi bulunmamaktadır³⁷.

Yargıtay'ın kısa süre sonra verdiği kararlarda ise “sosyal seçim ölçütleri” yerine “objektif kriterler” ifadesi kullanılmış, ancak objektif kriterlerden anlaşılması gerekenin ne olduğuna ise değinilmemiştir³⁸. Yargıtay'ın bir başka kararında ise, işverenin iş sözleşmesi sona erdirilecek olan işçileri emekliliğe hak kazanmış olanlar arasından seçmesi hukuka uygun bulunmuştur³⁹. Yargıtay'ın sonraki bir kararında ise, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece, işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde “işverenin bir kritere tabi tutulmasının yasal olmayacağı” belirtilmektedir⁴⁰. Yargıtay'ın 2009 yılında verdiği bir kararda ise şu ifade yer almaktadır: “davalı işveren işten çıkarılacakları belirlerken, öncelikle evli olan işçiler arasında eşlerden birini seçtiğini savunduğundan, bu kritere uyup uymadığının denetlenmesi gerekir”⁴¹. 2010 yılında verilen bir Yargıtay kararında ise şu ifadeler yer almaktadır: “Diğer taraftan, istihdam fazlası olarak işten çıkarılan işçilerin boşa çıkan tezgahlarda çalışıp çalışmadıkları, bu tezgahlarda çalışanlardan diğer bölüme nakledilen işçi olup olmadığı,

çıkarılan işçilerin belirlenmesinde işverenin aldığı, önce gönüllü olanlar, sonra emekliliğe hak kazananlar ve daha sonra askerliğini yapmamış olanların seçilmesi kriterlerine uyulup uyulmadığı, işverenin daha önceki sendikal süreçte dikkate alınarak sendika üyesi ile diğer sendika üyesi işçiler ve üye olmayan işçiler arasında işten çıkarmada dolaylı ayrımcılık yapıp yapmadığı somut olarak incelenip saptanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir”⁴². Başka bir kararda da toplu iş sözleşmesinde, “önce deneme süresi dolmamış olanların, daha sonra sırası ile emeklilik hakkını kazanmış olanlar, verimi az ve sivil bozuk olanlar ve diğer işçiler için kıdem durumuna göre ilk giren son çıkar usulünün uygulanacağı, sendika yöneticileri ile temsilcilerinin işyeri tamamen kapatılmadığı sürece çıkartılmayacağı” kuralına yer verilmesinden ötürü, işten çıkarmada ölçüt getiren kurala uyulmamasının feshi geçersiz kılacağı belirtilmektedir⁴³.

Yargıtay'ın yukarıda yer verilen kararlarına bakıldığında, başlangıçta açıkça sosyal seçim ölçütlerine yer verdiği ancak bu ölçütlerin nelerden ibaret olduğunu açıklamadığı, kısa süre sonra verdiği kararlarda ise sosyal seçim ölçütlerinin neler olabileceğini örnekler vererek açıkladığı; ancak daha sonraki kararlarında ise sosyal seçim ölçütlerine hiç değinmeksizin objektif ölçütlerden söz ettiği görülmektedir. Bu durum sosyal seçim ölçütlerinin işverenlerce uyulması zorunlu olan ölçütler olup olmadığı konusunda Yüksek Mahkemenin net bir tavır sergileyemediğini göstermektedir. Yüksek Mahkemenin kararlarındaki bu değişikliğin yalnızca kullanılan kavramın tercihi ile ilgili bir değişiklik olmayıp, içeriğini ve kapsamını da etkilediği belirtilmektedir⁴⁴.

Yargı kararlarında olduğu gibi öğretilerde de sosyal seçim ölçütlerine uyulmasının zorunlu olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Öğretilerde baskın görüş, açık bir yasal düzenleme bulunmamasından ötürü işverenin işyeri gerekleri nedeniyle sözleşmelerini sona erdireceği işçileri seçerken sosyal bir seçim yapma yükümlülüğü bulunmadığını ifade etmektedir⁴⁵. Ancak bu görüşte olan ya-

“Sosyal plan” kavramı, sözleşmeleri sona erdirilecek işçilerin hangi ölçütlere göre seçileceği yani sosyal seçim ölçütlerinden daha geniş bir kavramdır.

zarlar da; işverenin seçim özgürlüğünün İşK m. 5’te öngörülen eşit işlem yükümlülüğü ve bunun bir uzantısı olan Sendikalar Kanunu⁴⁶ m. 31 ile sınırlandırılmışını, ayrıca fesih hakkının kötüye kullanımının da işverene tanınan özgürlüğün bir sınırını oluşturduğunu ifade etmekte olup; iş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimine ilişkin işverenin takdir hakkının toplu iş sözleşmeleri ile veya İşK m. 29’da toplu işçi çıkarma ile ilgili olarak öngörülen işverenle sendika işyeri temsilcisi arasında yapılacak olan görüşmelerde⁴⁷ kabul edilecek sosyal seçim ölçütleri aracılığıyla sınırlandırılabilirliğini belirtmektedirler. Azınlıkta kalan diğer görüş ise, işyeri gerekleriyle yapılacak fesihlerde sosyal seçim ölçütlerinin uygulanmasına ilişkin açık bir yasal hüküm bulunmamasının sosyal seçim ölçütlerinin dışlandığı şeklinde yorumlanamayacağını; iş hukukunun zayıf olan işçinin korunması şeklindeki amacının, işverenin işyeri gerekleriyle iş sözleşmesi feshedilecek işçiler arasında sosyal bir seçim yapması yükümlülüğünü de beraberinde getirdiğini, bu yükümlülüğün kaynağının işverenin işçiyi gözetim borcu olduğunu, kanundaki boşluğun Medeni Kanun m. 1’de yer alan “hakimin hukuk yaratması” ile doldurulması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁸. Bu çerçevede öğretide işyeri gereklerinden ötürü yapılacak fesihlerde, kıdem⁴⁹, bakım yükümlülükleri⁵⁰, ağır engellilik ve yaşlılık aylığına hak kazanmış olma şeklinde dört sosyal ölçütün uygulanması gerektiği, işverenin bu ölçütlerden birine diğerlerine göre daha fazla değer atfedebileceği, ancak dört ölçütün tamamını da göz önünde bulundurmakla yükümlü olduğu, bu doğrultuda işverenin her bir sosyal ölçüte farklı değer verilen puanlama tablolarından yararlanabileceği, toplu iş sözleşmesi veya toplu işçi çıkarmanın bir parçası olan işyeri sendika

temsilcileri ile işveren arasında yapılan görüşmede sosyal ölçütlerin nasıl uygulanacağına ilişkin ayrıntıların belirlenebileceği, ancak toplu iş sözleşmesiyle dahi bu dört ölçütten birinin dışlanamayacağı ifade edilmektedir⁵¹. Sosyal seçim ölçütlerinin hatalı uygulanması halinde feshin geçersizliğine karar verilerek sözleşmesi feshedilen işçinin işe iadesine karar verileceği belirtilmektedir⁵².

Özetlenecek olursa, gerek yargı kararlarında gerekse de öğretide işverenin işyeri gerekleriyle yapılacak fesihlerde, sözleşmesi feshedilecek işçileri belirlerken sosyal seçim ölçütleri ile bağlı olup olmadığı konusunda bir birliklilik bulunmamaktadır. Bu nedenle, yasa koyucunun bu konuda yasal düzenleme yapması sorunun çözüme kavuşturulması açısından büyük önem taşımaktadır. Bu yönde bir düzenleme ile sosyal seçim ölçütlerinin neler olduğu ve ne şekilde dikkate alınmaları gerektiği konusundaki belirsizlikler giderilmiş olacaktır.

Bu noktada yTTK m. 147 f. 2-i hükmünde öngörülen ve yukarıda değinilen “birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği” ifadesi özel bir önem taşımaktadır. Yukarıda da değindiğimiz gibi “sosyal plan” kavramı, sözleşmeleri sona erdirilecek işçilerin hangi ölçütlere göre seçileceği yani sosyal seçim ölçütlerinden daha geniş bir kavramdır. Hükümden, “birleşmenin birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri”nin birleşme raporunda yer alması zorunlu bir husus olduğu anlaşılmaktadır. Birleşmenin işçiler üzerindeki en önemli etkisi iş sözleşmelerinin sona erdirilip erdirilmeyeceği ve hangi ölçütlere göre buna karar verileceğidir. Bu açıdan söz konusu hükümün “sosyal seçim ölçütlerine” pozitif bir dayanak oluşturabilip oluşturamayacağı tartışmaya açılması gereken bir konudur. Kanaatimizce bu hüküm Türk hukukunda ‘sosyal plan’ kavramına atıf yapan ilk yasal düzenleme olması açısından önemlidir ve konuyla ilgili gerek Yargıtay uygulamasına gerekse öğretideki görüşlere yeni bir boyut kazandırabilecek niteliktedir. Yukarıda da değinildiği üzere, hükümden, birleşme raporunda sosyal planın içeriğine “mümkünse” yer verilmesi gerektiği belirtil-

mektedir. Dolayısıyla birleşme raporunda sosyal plana yer verilmesinin kural olduğunu; göz ardı edilmesinin ise istisna teşkil edeceğini belirtmek mümkündür. Bu sebeptir ki, söz konusu hükmün sosyal seçim ölçütlerine yasal bir dayanak oluşturduğu sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Öte yandan, kanaatimizce sosyal planın birleşme raporunda yer almasının neden “mümkün” olmadığına uygulamada bir sorun olarak karşımıza çıkması olasıdır. Bu nedenle, birleşme raporunda sosyal plana yer verilmemesinin gerekçeleri açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya konmalıdır.

V. Sonuç

13.01.2011 tarihinde kabul edilen ve birkaç hükmü dışında 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan yTTK, çalışma hayatına yön veren hükümleri içermesi açısından ayrı bir bakış açısı ile ele alınmalıdır. Bu bağlamda birleşme kurumunun etkilerinin farklı bir yaklaşımla analizi gerekmektedir.

Birleşme çoğunlukla işgücü fazlalığı yaratmakta ve bazı işçilerin iş sözleşmelerinin sonlandırılması ihtiyacını doğurmaktadır. Bu noktada birleşme raporunun “birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği”ni de ihtiva etmesi büyük önem taşımaktadır. Ortaya çıkan işgücü fazlalığı nedeniyle bazı işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi zorunluluğu karşısında, hangi işçilerin sözleşmelerinin sona erdirileceği önem taşımaktadır. Türk hukukunda sosyal seçim ölçütleri ile ilgili, açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu ölçütler gerek yargı kararları gerekse de öğretinin tarafından geliştirilmektedir. Yasa koyucunun bu konuda yasal düzenleme yapması, sorunun yeni bir bakış açısı ile ele alınmasını gerektirmektedir. Bu noktada yTTK m. 147 f. 2-i hükmünde öngörülen ve yukarıda değinilen “birleşmenin, birleşmeye katılan şirketlerin işçileri üzerindeki etkileri ile mümkünse bir sosyal planın içeriği” ifadesi özel bir önem taşımaktadır. Kanaatimizce, söz konusu hüküm, “sosyal seçim ölçütlerine” pozitif bir dayanak oluşturabilecek niteliktedir.

DİPNOTLAR

- 1 14.02.2011 tarihli ve 27846 tarihli Resmi Gazete.
- 2 Konunun bu boyutu daha önceki bir çalışmamızda ele alındığından dolayı burada kapsam dışında tutulmuştur. Söz konusu hukuki koruma için bkz. Gökmen Gündoğdu/Hasan Ali Kaplan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Bölünmenin İş İlişkilerine Etkisi, İş Dünyası ve Hukuk-Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 1015 vd. Ayrıca bkz. Ünal Tekinalp, Türk Ticaret Kanununa Göre Sosyal Plan, İş Dünyası ve Hukuk-Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 1082 vd.
- 3 Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003.
- 4 “Im Bericht sind rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen: (i) die Auswirkungen der Fusion auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der an der Fusion beteiligten Gesellschaften sowie Hinweise auf den Inhalt eines allfälligen Sozialplans”.
- 5 Oliver Triebold, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG (Art. 2-8) und PauRG, Amstutz (Hrsg.), Zürich-Basel-Genf 2010, s. 147; Rudolf Tschäni, in: Basler Kommentar -Fusionsgesetz, Watter [et. al] (Hrsg.), Basel 2005, Art. 14, N. 61; Thomas Gelzer, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Vischer (Hrsg.), Zürich 2004, s. 174. Hüküm, sadece öngörülmesi halinde sosyal plana ilişkin içeriğe yer verilmesi gerektiğini düzenlediğinden, sosyal planın öngörülmemiş olması halinde birleşme raporunda buna da yer vermeye gerek yoktur. Aksi görüş, Gelzer, s. 174.
- 6 Örneğin bkz. Gelzer, s. 174.
- 7 Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch, Fusionsgesetz, Zürich 2005, s. 229; Peter V. Kunz, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, Jörg/Arter (Hrsg.), Bern 2006, s. 242; Triebold, s. 147; Tschäni, Art. 14, N. 59.
- 8 Tschäni, Art. 14, N. 60.
- 9 Gündoğdu/Kaplan, s. 1016 vd.
- 10 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911.
- 11 Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch, s. 229; Triebold, s. 147.
- 12 Gelzer, s. 173. Raporun dolaylı etkisini vurgulaması dolayısıyla aynı yönde Marc Amstutz/Ramon Mabillard, Fusionsgesetz-Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Basel 2008, S. 317.
- 13 Hans Caspar von der Crone [et. al], Das Fusionsgesetz, Zürich 2004, s. 76.
- 14 Bkz. Gelzer, s. 173 vd; Tschäni, Art. 14, N. 60.
- 15 Alexander Vogel/Christoph Heiz/Urs Behnisch, s. 229. Aksi görüş, Peter R. Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht-Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich-Basel-Genf 2004, s. 38.

- 16 Tschäni, Art. 14, N. 60.
- 17 Tschäni, Art. 14, N. 60; Gelzer, s. 174
- 18 Krş. Tschäni, Art. 14, N. 60.
- 19 Gelzer, s. 174.
- 20 Gelzer, s. 174. Raporun bu boyutunun yazar tarafından gerekli görülmesinin sebebi yazarın bu hükmün amacına atfettiği çalışanları koruma anlamıdır.
- 21 Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994.
- 22 Krş. Tekinalp, S. 1084.
- 23 Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001. "Betriebsverfassungsgesetz" ibaresinin Türkçe karşılığı olarak iş hukuku öğretisinde "İşyeri Teşkilat Yasası" terimi kabul edildiğinden dolayı çalışmada genel kabul görmüş bu terminolojiye sadık kalınmıştır. Bkz. Alpay Hekimler, "2001 Yılı Reformu İşığında Federal Almanya'da İşyeri Seviyesinde Yönetime Katılım Sisteminin Temel Esasları", Çalışma ve Toplum, S. 2005/1, S. 93 vd.
- 24 İşyeri sözleşmesi, iş ilişkisinin içeriğini ve çerçevesini düzenlemek amacıyla işveren ile işletme kurulu arasında akdedilen ve o işyerindeki tüm iş ilişkileri üzerinde etkisi olan bir sözleşmedir. Ayrıntı için Bkz. Lutz Michalski, Arbeitsrecht, 7. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Berlin 2008, S. 260 vd.
- 25 Andreas Wolff, Die Gestaltungsformen des Sozialplans, Schriften zum Sozial und Arbeitsrecht, Bd. 211, Berlin 2003, S. 23 vd.
- 26 Thomas Nick, Konzernbetriebsrat und Sozialplan im Konzern, Schriften zum Sozial und Arbeitsrecht, Bd. 113, Berlin 1992; Wolff, S. 71 vd.
- 27 Wolff, S. 23.
- 28 Wolff, S. 45 vd.
- 29 Gerhard Knorr, Der Sozialplan im Widerstreit der Interessen, München 1995, S. 64.
- 30 10.06.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete.
- 31 "İşletme gerekleriyle fesih" olarak da adlandırılan bu kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleriyle Feshi, İstanbul 2003, s. 35 vd; Ali Güzel, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, İstanbul Barosu Yayını, Eylül 2004, s. 62-68.
- 32 Nitekim bu husus yargı kararlarında da şu şekilde ifade edilmektedir: "İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. Başka bir anlatımla işverenin fesih konusunda keyfi kararları yargı denetimine tabidir." (Yargıtay 9. HD.'nin 23.1.2006 tarih ve 2005/39145 E., 2006/943 K. sayılı kararı. Karar metni için bkz. Corpus İctihat ve Mevzuat Programı, www.corpus.com.tr, Erişim tarihi: 18.12.2011)
- 33 Ayrıntılı bilgi için bkz. Erhan Birben, İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2006, C: 8, S: 2, s. 8 vd.
- 34 Ancak Alman ve Hollanda hukuklarında sahip olduğu bilgi, beceri ve yetenekleri nedeniyle işletme için vazgeçilmez nitelikte olan işçinin sosyal seçime dahil edilmemesi mümkündür. Alman, Hollanda ve Fransız hukuklarında yer alan sosyal seçim ölçütleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Güzel/Emre Ertan, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul 2007, S: 16, s. 1223 vd.
- 35 Yargıtay 9. HD.'nin 23.1.2006 tarih ve 2005/39145 E., 2006/943 K. sayılı; Yargıtay 9. HD.'nin 6.2.2006 tarih ve 2005/37490 E., 2006/2317 K. sayılı ve Yargıtay 9. HD.'nin 27.2.2006 tarih ve 1229/4726 sayılı kararları. Karar metinleri için bkz. Corpus İctihat ve Mevzuat Programı, www.corpus.com.tr, Erişim tarihi: 18.12.2011.
- 36 Yargıtay 9. HD.'nin 13.3.2006 tarih ve 2894/6224 sayılı kararı (Karar metni için bkz. Çalışma ve Toplum, 2006/3, s. 258.) Yargıtay 9. HD.'nin 3.4.2006 tarih ve 4878/8253 sayılı kararı (Karar metni için bkz. Çalışma ve Toplum, 2006/3, s. 180.)
- 37 Güzel/Ertan, s. 1279; Birben, s. 15.
- 38 Yargıtay 9. HD.'nin 22.5.2006 tarih ve 10732/15164 sayılı kararı (Karar metni için bkz. Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 270.) Yargıtay 9. HD.'nin 11.12.2006 tarih ve 25610/32373 sayılı kararı (Karar metni için bkz. Çalışma ve Toplum, 2007/2, s. 191.) Yargıtay 9. HD.'nin 11.12.2006 tarih ve 24963/32630 sayılı kararının konuyla ilgili bölümü ise şöyledir: "öncelikle yapılması gereken iş; birleşme nedeni ile iş gücü fazlalığının doğup doğmadığının belirlenmesi, daha sonra iş sözleşmesi feshedilen işçilerin seçiminde dikkate alınan kriterin objektif ve genel olarak uygulanıp uygulanmadığının tespiti. İş gücü fazlalığı durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçinin seçiminde işverence bir kriter dikkate alınmış ise, ölçütün hukuken korunabilir olması, objektif ve genel olarak uygulanması yeterlidir. Bu durumda, işverence başka kriterlerin dikkate alınmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine karar verilmesi doğru olmaz" (Karar metni için bkz. Çalışma ve Toplum, 2007/2, s. 199.) Yargıtay 9. HD.'nin 19.2.2007 tarih ve 2006/32546 E., 2007/4329 K. sayılı kararı da aynı yöndedir (Karar metni için bkz. Corpus İctihat ve Mevzuat Programı, www.corpus.com.tr, Erişim tarihi: 18.12.2011.) Yargıtay'ın ilk kararlarında sosyal seçim ölçütlerinden açıkça söz edilmesine karşın, sonraki kararlarında bu ölçütlerden söz etmemesi, öğretide Yüksek Mahkeme'nin ilk kararlarındaki görüşünden ayrılarak işverene iş sözleşmesinin feshinde büyük bir hareket özgürlüğü tanıdığı şeklinde yorumlanmakta ve bu anlayışın çağdaş iş hukukunun benimsediği iş güvencesinin ayrılmaz bir parçası olan sosyal ölçütlere dayanan seçim sistemiyle uyumlu olmadığı; "hukuken korunabilir ölçüt" kavramının işçilerin sadece performans ve verimlerine göre değerlendirilmesinin kapısını aralayacağı ifade edilmektedir (Bkz. Güzel/Ertan, s. 1281, 1282.)
- 39 Yargıtay 9. HD.'nin 27.11.2006 tarih ve 22889/31255 sayılı kararı (Karar metni için bkz. Çalışma ve Toplum, 2007/3, s. 286.) Yargıtay 9. HD.'nin 22.12.2008 tarih ve 34693/34830 sayılı kararı da aynı yöndedir (Karar metni için bkz. Çalışma ve Toplum, 2009/3, s. 426). İşyeri gerekleri nedeniyle işten çıkarmalarda; işten çıkarılacakların belirlenmesinde

bir sosyal seçim ölçütü olarak öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin seçilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Şeyda Aktekin, İş Sözleşmeleri ya da Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2000/78/EC Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık-2010, s. 276; Süleyman Başterzi, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, 2005, C: 54, S: 3, s. 58. Ayrıca bkz. Erol Akı, İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C: 9, Özel Sayı, s. 3 vd.

- 40 Yargıtay 9. HD.'nin 30.6.2008 tarih ve 1816/17979 K. sayılı kararı (Karar metni için bkz. Corpus İçtihat ve Mevzuat Programı, www.corpus.com.tr, Erişim tarihi: 18.12.2011.)
- 41 Yargıtay 9. HD.'nin 20.7.2009 tarih ve 27271/27272 sayılı kararı (Karar metni için bkz. Corpus İçtihat ve Mevzuat Programı, www.corpus.com.tr, Erişim tarihi: 18.12.2011.)
- 42 Yargıtay 9. HD.'nin 19.4.2010 tarih ve 9831/11115 sayılı kararı (Karar metni için bkz. Corpus İçtihat ve Mevzuat Programı, www.corpus.com.tr, Erişim tarihi: 18.12.2011.)
- 43 Yargıtay 9. HD.'nin 1.3.2010 tarih ve 6243/5349 sayılı kararı (Karar metni için bkz. Corpus İçtihat ve Mevzuat Programı, www.corpus.com.tr, Erişim tarihi: 18.12.2011.) Toplu iş sözleşmesinde öngörülen ölçütlere aykırılık halinde yapılan feshin geçersiz olacağı yönünde bkz. İstar Cengiz (Urhanoglu), Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülmiş Olan Tenkiset Kuralına Uyulmaması, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar (Karar İncelemesi), Kamu-İş, Yıl: 2008, C: 9, S: 4, s. 76.
- 44 Bektaş Kar, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklilerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum, 2008/2, s. 126.
- 45 Gülsevil Alpagut, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut mudur? Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık-2006, s. 99-105; Kar, s. 127; Engin, s. 112; Cengiz (Urhanoglu), Tenkiset Kuralı, s. 74; Birben, s. 17-18; Cevdet İlhan Günay, İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 167; Nuri Çelik, İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gereklileri Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık-2006, s. 5-12; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2011, 24. Bası, s. 233 ve aynı yer dn. 235'te belirtilen eserler.
- 46 07.05.1983 tarih ve 18040 sayılı Resmi Gazete.
- 47 Nitekim işyeri sendika temsilcisi ile işveren arasında yapılacak görüşmelerde, toplu işçi çıkarmanın önlenmesi, çıkarılacak işçi sayısının azaltılması veya çıkarmanın işçiler açısından olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi konularının ele alınacağı; örneğin, işçilerden bir kısmının aynı işyerinde başka bir bölüme yerleştirilmesi veya aynı işverene ait olan ve işçi ihtiyacı bulunan başka bir işyerine nakli ya da işçi grupları arasında hangi işçilerin çıkarılacağına tespitinde göz önünde bulundurulacak yaş veya emeklilik gibi hususların görüşmelerde ele alınacak konuları oluşturduğu belirtilmektedir. Ayrıca Avrupa Birliği üyesi ülke hukuklarında, toplu işçi çıkarmada işçi temsilcilerine bilgi

verme ve görüşmeye özel bir önem verildiği, işverenin bir "sosyal plan" hazırlamasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Murat Şen, Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılık, E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Nisan 2005, S: 38, parç. 23 ve 28. İşK m. 29'da öngörülen toplu işçi çıkarma ile ilgili usul kurallarına uyulmamasının sonuçları ile ilgili olarak ayrıca bkz. İstar Cengiz (Urhanoglu), Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılığın Yaptırımını (Karar İncelemesi), TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 21, S: 2-3, s. 135 vd.

- 48 Güzel/Ertan, s. 1283 vd. Yazarlar sosyal seçim ölçütlerinin uygulanmasında ilk adımın karşılaştırılabilir işçilerin belirlenmesi olduğunu ifade etmekte ve karşılaştırılabilir işçilerin kimler olduğu belirlenirken işyerinden kaynaklanan nedenlerle ortadan kalkan işlerle eşdeğer veya benzer olan işlerin esas alınacağını, işçilerin birbirlerinin iş görme borçlarını karşılıklı olarak ifa edip edemeyeceklerinin de belirlenmesi gerektiğini, ortadan kalkan pozisyonda çalışan işçinin diğer işçinin işini ifa edebilecek durumda olmaması halinde karşılıklılığın söz konusu olmayacağını, karşılaştırılabilir işçiler grubu belirlenirken alt işveren işçilerinin, geçici olarak devralınan işçilerin, iş güvencesinin kapsamı dışında bulunan altı aydan az kıdemli işçiler ile belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ve işyeri gerekleriyle fesih ihtiyacının ortaya çıktığı anda başka bir işverenin yanında geçici işçi olarak işgörmeye borcunu yerine getiren işçilerin bu gruba dahil edilemeyeceklerini belirtmektedir (s. 1293-1294.)
- 49 Kıdem ölçütünün belirlenecek her bir yaş grubu içerisinde ayrı ayrı uygulanabileceği de ifade edilmektedir. Bkz. Güzel/Ertan, s. 1297.
- 50 Yasadan kaynaklanmayan bakım yükümlülüklerinin sosyal seçimde dikkate alınmayacağı haklı olarak belirtilmektedir. Bkz. Güzel/Ertan, s. 1298.
- 51 Güzel/Ertan, s. 1295. Yazarlar sahip olduğu bilgi, beceri ve yetenekleri nedeniyle karşılaştırılabilir diğer işçilere göre işletme için vazgeçilmez nitelikteki işçilerin sosyal seçimin dışında bırakılabileceğini ifade etmektedirler. İşverenin işçinin bu özel bilgi, beceri ve yeteneklerinden sosyal seçimin yapıldığı sırada yararlanıyor olması mutlak bir koşul olarak kabul edilmemekte, işçinin bu niteliklerinden gelecekte yararlanacağına ilişkin makul bir beklentinin işverene bu işçiyle iş ilişkisini sürdürme hakkı vereceği belirtilmektedir. Sosyal seçimin dışında bırakılacak işçinin mutlaka tek bir işçi olmasının gerekmediği, işverenin işletmesinin varlığı için gerekli gördüğü birden fazla işçiyi sosyal seçimin dışında bırakabileceği, ancak işverence vazgeçilmez işçi olarak nitelendirilen işçilerin sayısı çoğaldıkça, sosyal seçimin hatalı yapıldığına dair kuşkuyla da artacağı ifade edilmektedir (s. 1301.) Bu istisnanın amacı işverenin sosyal seçime tabi tutularak iş sözleşmesi feshedilebilecek özel nitelikteki işçilerin işgücünden mahrum kalması halinde uğrayabileceği zararları önlemektir.
- 52 Güzel/Ertan, s. 1302.

KAYNAKLAR

- Akı Erol, İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Der-

- gisi, Yıl: 2007, C: 9, Özel Sayı, s. 3-16.
- Alpagut Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut mudur? Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık-2006, s. 95-105.
 - Altenburger Peter R./Calderan Massimo/Lederer Werner, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht-Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich-Basel-Genf 2004.
 - Amstutz Marc/Mabillard Ramon, Fusionsgesetz-Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung von 3. Oktober 2003, Basel 2008.
 - Aktekin Şeyda, İş Sözleşmeleri ya da Toplu İş Sözleşmelerinin belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2000/78/EC Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık-2010, s. 269-277.
 - Başterzi Süleyman, Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, Yıl: 2005, C: 54, S: 3, s. 53-94.
 - Birben Erhan, İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2006, C: 8, S: 2, s. 7-25.
 - Cengiz (Urhanoglu) İştari, Toplu İş Sözleşmesinde Öngörülmesi Olan Tenkizat Kuralına Uyulmaması, Toplu İşçi Çıkarma Kapsamında Gerçekleştirilen Münferit Fesihleri Geçersiz Kılar (Karar İncelemesi), (Tenkizat Kuralı), Kamu-İş, Yıl: 2008, C: 9, S: 4, s. 69-79.
 - Cengiz (Urhanoglu) İştari, Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılığın Yaptırımı (Karar İncelemesi), TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C: 21, S: 2-3, s. 133-141.
 - von der Crone Hans Caspar [et. al], Das Fusionsgesetz, Zürich 2004.
 - Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul-2011, 24. Bası.
 - Çelik Nuri, İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2006, s. 5-12.
 - Engin Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleriyle Feshi, İstanbul 2003.
 - Gelzer Thomas, in: Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Vischer (Hrsg.), Zürich 2004.
 - Günay Cevdet İlhan, İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 153-179.
 - Gündoğdu Gökmen/Kaplan Hasan Ali, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Bölünmenin İş İlişkilerine Etkisi, İş Dünyası ve Hukuk-Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011.
 - Güzel Ali, İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, İstanbul Barosu Yayını, Eylül-2004, s. 15-146.
 - Güzel Ali/Ertan Emre, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, İstanbul 2007, S: 16, s. 1219-1305.
 - Hekimler Alpay, "2001 Yılı Reformu Işığında Federal Almanya'da İşyeri Seviyesinde Yönetime Katılım Sisteminin Temel Esasları", Çalışma ve Toplum, S. 2005/1.
 - Kar Bektaş, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum, 2008/2, s. 101-129.
 - Knorr Gerhard, Der Sozialplan im Widerstreit der Interessen, München 1995.
 - Kunz Peter V., Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, Jörg/Arter (Hrsg.), Bern 2006.
 - Michalski Lutz, Arbeitsrecht, 7. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Berlin 2008.
 - Nick Thomas, Konzernbetriebsrat und Sozialplan im Konzern, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 113, Berlin 1992.
 - Şen Murat, Toplu İşçi Çıkarma Prosedürüne Aykırılık, E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Nisan 2005, S: 38
 - Tekinalp Ünal, Türk Ticaret Kanununa Göre Sosyal Plan, İş Dünyası ve Hukuk-Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011.
 - Triebold Oliver, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG (Art. 2-8) und PauRG, Amstutz (Hrsg.), Zürich-Basel-Genf 2010.
 - Tschäni Rudolf, in: Basler Kommentar-Fusionsgesetz, Watter [et. al] (Hrsg.), Basel 2005.
 - Vogel Alexander/Heiz Christoph/Behnisch Urs, Fusionsgesetz, Zürich 2005.
 - Wolff Andreas, Die Gestaltungsformen des Sozialplans, Schriften zum Sozial und Arbeitsrecht, Bd. 211, Berlin 2003.

Sendikalar Kanunu Madde 32/3'e Göre Açılan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. Maddesinde Düzenlenen Topluluk Davaları Bağlamında Değerlendirilmesi

GİRİŞ

Küreselleşme günümüzde yadsınamaz bir olgu olarak mevcuttur. Hukuku da etkilemekte ve bir dönüşüm, değişiklik gereksinmesi yaratmaktadır. Hukukun diğer branşlarında olduğu gibi çalışma konusu olarak seçilen başlığı ilgilendiren medeni yargılama hukuku ve iş hukukunu da etkileyen bir olgudur. Dünyadaki sosyo-ekonomik ve endüstriyel ilişkilerin de kalıp değiştirmesine ve klasik medeni yargılama hukukunda esas olan bireysel hukuki menfaatin yanında kolektif hukuki menfaatlerin korunmasının da bir ihtiyaca dönüşmesine sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla medeni yargılama hukuku bireyüstü birtakım değerlerin de korunmasında işleve sahip olmalıdır. Liberal anlayış yerini sosyal usul hukuku teorisine bırakınca, medeni yargılama hukukunun bu tür bir görevi olduğu kanaati de kuvvetlenmiş, artık klasik medeni yargılama hukukunun hukuki menfaat kavramı yeterli olmaktan çıkarak, yerini kolektif hukuki menfaat kavramına bırakmıştır.

Kolektif hukuki menfaatin hukuken korunması bakımından topluluk (grup¹) davaları dünyada giderek artan biçimde yaygınlaşmaktadır. Usul ekonomisine de uygun olan ve etkin hukuksal koruma bakımından işlevi bulunan topluluk davalarının iş hukuku bakımından irdelenmeye çalışıldığı bu çalışma Sendikalar Kanunu m. 32/3'ü ele alacaktır.

A) MEDENİ YARGILAMA HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKİ MENFAAT

Klasik medeni yargılama hukukuna göre dava şartı olan hukuki menfaat, bireyseldir. Kişinin kendi adına doğrudan ve kişisel menfaati çerçevesinde dava açabileceği kabul edilmektedir. Amaç kural olarak maddi hukuka ilişkin hakların tanınmasını sağlamak ve korumaktır. Bu bağlamda medeni yargılama hukukunda üç ana öğeden söz edilir. İlki kişinin kendisinin hukuki menfaatini korumak için dava açabileceği yani başkasının menfaatini korumak için dava

açamayacağıdır. Diğerleri ise, açılmış davanın ancak davacının bu davada doğrudan ve kişisel bir menfaati varsa, kabul şayan olduğu ve davada verilen kesin hükmün etkisinin de sadece davanın tarafları için olduğu hususlarıdır. Bu anlayış, bir tüzel kişinin, üyelerinin menfaatlerini korumak için dava açabilmesine olanak tanımaz. Öte taraftan 19. yüzyıl sonlarında ortaya çıkan sosyal ve hukuki gelişmeler, medeni yargılama hukukunun bu klasik yapıdan uzaklaşması gerektiği yönünde olmuştur².

Giderek önemli hale gelmiş olan sosyal haklar³ ve dördüncü kuşak anayasal hakların, geniş kitlelere ait haklar olduğu, teker teker hak aramanın işçiler ve tüketiciler gibi zayıf konumda olanlar bakımından sıkıntılı olduğu anlaşılmıştır. Kolektif hukuki himayenin sağlanmasının gerekli olduğu, bunun yolunun açılmasının değişen ekonomik ve sosyal yapının bir sonucu olduğu görülmüştür. Hukukumuzda da HMK. m. 113 ile topluluk davalarının bir çerçeve içinde düzenlemeye kavuşturulmuş olması da bunun sonucudur.

1. Bireysel Hukuki Menfaat

Medeni yargılama hukukunda davada hukuki menfaat denildiğinde genelde anlaşılan bireysel hukuki menfaattir. Her kişi kendisinin bireysel ve doğrudan menfaatini temin için dava açar. Tabii ki hiç kimse hukuki menfaati bulursa da dava açmaya da zorlanamaz. Bu kavramın baz alındığı yargılama sisteminde kesin hüküm de davayı açan ile aleyhine dava açılan bakımından etkisini gösterir.

Topluluk davaları, davada hukuki menfaat konusundaki bilinenlerin değişmesini gerektirmiştir. Hukuki menfaat, önceleri Türk hukuk öğretisinde sonraları da HMK. m. 114 ile yasal olarak dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Kolektif Menfaat

Birçok kişiden oluşan topluluğa ait menfaati ifade eder. Bunun kişisel menfaati aşan kişisel menfaatten üstün bir niteliği bulunur. Kolektif menfaatlerin bir tüzel kişi tarafından temsil edildiği hallerde, söz konusu olan bu tüzel kişinin kişisel menfaatinin korunması değildir. Kolektif menfaat, bu tüzel kişiliğin üyesi olsun ya da olmasın bir grup insanın menfaatlerine ilişkindir⁴.

Kolektif menfaati kamu menfaatinden farklı kılan yan, kamu menfaatinin, kamu hukuku kişisi tarafından yürürlüğe konulmasıdır. Oysa kolektif menfaat, özel hukuk kişisi tarafından temsil olunur⁵. Topluluk davaları, kolektif menfaatleri korumaya yönelik olup; bu suretle topluluk üyeleri, tek tek hak aramanın sıkıntısını yaşamaktan kurtarılmaktadır. Bu, hem usul ekonomisine uygun olarak ortaya çıkmakta; hem de hakların yaşama geçişi çok daha geniş kapsamlı olarak gerçekleşmektedir. Bu suretle, hukuksal dolaşısıyla toplumsal barışa da hizmet edilmiş olur. Etkin hukuksal korumadan yararlanabilen kişilerin, hukuka duydukları güven, hukukun üstünlüğüne olan inançları pekiştirilmiş olur. Bu da, demokratik hukuk devletinin güç kazanması anlamına gelir.

Tüketiciler, işçiler, çevreciler, tek tek dava açarak hukuki korunma talebinde bulunmaktansa; dernek ya da diğer bir tüzel kişiliğin kendi adına açtığı topluluk davası ile, kolektif menfaati bulunan bu kişilerin, hukuken korunması sağlanır. Türk hukukunda inceleme konumuz olan Sendikalar Kanunu'nun yanı sıra, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da da topluluk davasına ilişkin düzenlemeler mevcut bulunmaktaydı.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesi ile mevcut bu durum pekiştirilmiş ve genel bir çerçeve ile topluluk davaları düzenlenmiştir. Bu bakımdan olumlu bir gelişme niteliğindedir. Başta ABD olmak üzere birçok ülkede grup davalarının uygulaması vardır. İsviçre ve Almanya'da ise, kitlelere yönelik haksız fiiller yönünden daha başka usuli araçlar geliştirilmiştir⁶.

Uygulamamızda ABD örneği üzerinden bu dava türünün geliştirilmesi mümkündür. HMK. m. 113 ile topluluk davalarının hukukumuzda dağınık şekilde değişik kanunlarda düzenlenmiş olması yanında genel bir çerçeve çizilerek uygulamamızın konuya ilişkin zenginleştirilmesinin de uygun zemini oluşturulmuştur.

B) TOPLULUK DAVASI VE TÜRLERİ

1. Genel Olarak

Adalet erişim hakkı, çağımızın en önem-

li insan haklarındandır. Bu düzlemdeki adalet reform hareketlerinin en önemli ayaklarından birini topluluk davaları teşkil eder⁷. Genellikle bireysel davacılardan daha güçlü durumda bulunan hükümetler, topluluklar, şirketler vb. davacılar tarafından işlenen hukuka aykırı fiillerden ötürü bireyler zarara uğrayabilmekte ve bunun giderilmesi gerekebilmektedir. Tazminat isteme ya da hukuka aykırılıkların giderilmesini talep bakımından, buna yönelik olarak kolektif menfaatlerin, bir dernek ya da diğer tüzel kişi tarafından kendi adına açtığı tek bir topluluk davası ile elde edilebilmesine olanak sağlar. Bu dava türü, yargılama masrafları yönünden avantaj sağlar. Ayrıca ferdi yargılama, söz konusu şirket ya da hükümet karşısında zayıf konumda olan kişiler bakımından menfaatine yürürlük kazandırmanın zor olacağı düşüncesiyle caydırıcı olabileceken topluluk davası ile bu da aşılmış olur. Dava sonunda verilen hükümden tüm grup üyelerinin yararlanması,⁸ bir diğer avantajdır.

2. Topluluk Davası Türleri

a- Genel Olarak

Hukukumuzda HMK. m. 113 ile istenen hukuki korumaya göre üç türlü topluluk davasının düzenlendiği görülmektedir.

Kaçınma biçimindeki davalar⁹; hukuka aykırılığın giderilmesi, ref şeklinde olabileceği gibi yanıltıcı beyanların düzeltilmesi şeklinde de olabilir¹⁰. İkinci türü ise HMK.'da da açıkça düzenlenmiş olan tespit davası biçimindeki topluluk davalarıdır. Üçüncü türü, tazminat davalarıdır. Üçüncü tür ABD'de gittikçe yayılmaktadır. Avrupa'da tazminat davası biçiminde olan topluluk davaları, sınırlı olarak kabul görmektedir.

Ülkemizde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile mesleki kuruluşlara ve birliklerine üyelerinin ortak menfaatlerini korumak bağlamında tespit, men ve ref davası açmak konusunda yetki verilmişken; tazminat davası açma konusunda bu imkân sadece zarar görenlere sunulmuş olduğundan mesleki birlikler bu davayı şu anki mevzuat çerçevesinde üyelerinin menfaatlerini temin amacıyla açmamaktadır. Gelecekte bu imkânın verileceği umut edilmektedir¹¹.

Özellikle rekabet davalarında, çevrenin ko-

runması, tüketicinin korunması, iş hukuku ve genel işlem şartlarının kötüye kullanılmasının denetlenmesi hususlarında tazminat davası biçimindeki topluluk davalarına yer verilmesi, gelecekte bu yönde bir gelişmenin sağlanması isabetli olacaktır.

HMK. m. 113 düzenlemesi, ülkemizde bu yönde bir uygulamanın gerçekleşmesine uygun yorumlanabilmelidir.

Bir diğer ayırım, davacı grup davası - davalı grup davası ayırımıdır. HMK. m. 113, davacı (aktif) topluluk davasını düzenlemiştir.

b- Sendikaların Sendikalar Kanunu Çerçevesinde Açtığı Davalar

2821 sayılı Sendikalar Kanunu, işçi ve işveren sendikalarına, üyelerinin ekonomik ve sosyal hakları konusunda dava açma yetkisi vermiştir. Sendikaların çalışma hayatına ilişkin faaliyetlerinin düzenlendiği 32. maddesi 3. bendinde konu düzenlemiştir¹². Bir başka deyişle, HMK. m. 113 düzenlemesi öncesinde de, sendikalar hukuku bağlamında topluluk davaları mevcuttu ve söz konusu yasal düzenleme getirilmiş olmasaydı da mevcut olacaktı.

Sendikalar, ya “mensuplarının kolektif menfaatlerini korumak amacıyla” çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmeleri ya da örf ve adetten doğan uyuşmazlıklardan ötürü temsilen dava açabilmekte ya da “üyelerinin kişisel ve doğrudan menfaatlerini korumak amacıyla” yazılı başvuruları üzerine dava açabilmektedir.

İlk olarak ifade edilen davalarda, sendikaların, üyelerinin yazılı başvurularını alması gerekmektedir. Bu davalara TİS'e yönelik yorum ve eda davaları ile sendika üyelerini yakından ilgilendiren bir düzenleyici işlemin iptali amaçlı idari yargıda açılan davalar dahildir¹³. Kanunda (m. 32/b.3) geçen “temsilen” sözcüğünü, işçilerin davada temsili şeklinde değerlendirmemekteyiz. Kesim olarak işçileri ifade edip onların kolektif menfaatlerinin korunması anlamında kullanılmıştır¹⁴.

Bu davalarda, taraf olan sendikadır. Ancak dava işçi hakkı için açıldığından ortaya çıkan kesin hüküm, aynı zamanda işçi hakkında da kesin hüküm teşkil eder¹⁵.

Burada sendikaların üyelerinin çalışma haya-

tı, mevzuat ve TİS'den kaynaklanan kolektif nitelikli haklarının sendikaca savunulması ile ilgili düzenleme getirilmiştir¹⁶.

Özellikle mesleki hastalık ve meslek riski çerçevesinde sendika üyesi işçilerin mesleklerinden ötürü uğradıkları zararın giderimi amaçlı davanın sendikaca açılıp açılmayacağıdır.

HMK. 113. madde “tüzel kişinin.....kendi adına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için...” ifadesini kullanmıştır. “Maddi olsun manevi olsun tazminat, hakkı ihlal olunan hak sahibince talep olunur” şeklinde düşünüldüğünde, bu tür talepler bakımından topluluk davası açılmasını kabul etmek güçtür. Bir işkolunun özellikleri ve çalışma şartları itibarıyla belli bir hastalık bakımından risk oluşturduğu durumlarda, sendikanın bu kesimin haklarını korumak bağlamında tespit ve ref davaları açabileceği kabul edilmektedir. Sendikaca, mesleğin vücutta sebebiyet verdiği yıpranma ya da hastalık veyahut da hastalık riski gerekçesiyle tazminat istenebilmesi de bir sonraki aşama olarak gelecekte mümkün olabilmelidir. Tespit, men ve ref davaları açabilen tüzel kişinin bir ileri hamle ile tazminat talebinde de bulunabileceği düşüncesinde olduğumuzu ifade etmek isteriz. Bu yönde bir uygulama, insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devletinde beklenir.

Bu uygulama oluşuncaya kadar, Sendikalar K. m. 32/3'ün ikinci cümlesi çerçevesinde yazılı başvuruda bulunan sendika üyesi ya da ölmüşse mirasçısını temsilen hizmet akdinden doğan meslek hastalığı sebebiyle tazminat istenmesi vs. yoluna gidilebilir.

b'-de ifade edilen hallerde ise, “.....yazılı başvuruda bulunan¹⁷ sendika üyesi olanlar ve ölmüş olmaları halinde mirasçılarını temsilen nakliye, yayım veya adi şirket sözleşmeleri ile hizmet sözleşmesinden doğan hakları ile sigorta hakları bakımından temsilen dava açmaya ve bu suretle açtığı davada husumete ehildir” cümlesinden söz konusu düzenlemede belirtilen alanlarda üyelerinin ve ölümleri halinde mirasçılarının¹⁸ kişisel ve doğrudan menfaatlerini temsilen dava açmaya ve yürütmeye yetkilidir. Burada sendika ile ilişkisinin devam edip etmediğinin de saptana-

rak temsilen dava açılıp açılmayacağının karara bağlanması gerekir. İşyerinden ayrılan işçi adına sendika tarafından dava açılması Yargıtay'a göre mümkündür¹⁹. Bu halde, yürürlüğe konmak istenen kolektif menfaat olmayıp, üyenin ya da ölmüşü halinde mirasçısının bireysel ve doğrudan menfaati olduğu için konumuz içinde yer almaz. Burada amaçlanan, sendikaların üyelerine etkili hizmet götürebilmesinin sağlanmasıdır²⁰. Zira işçilerin yargıya başvuru konusunda gerek parasal gerekse zamansal sebeplerden ve zaman zaman da idare ile karşı karşıya kalmaktan çekinmesi sebebiyle hak aramaktan kaçınabilecekleri düşünülerek üyesi olduğu sendikaya yazılı başvurusu üzerine kendisi adına dava açıp takip etmesi için sendikasını görevlendirebilmesi imkânı²¹ verilmiştir. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 3.3.2006 tarihli kararıyla, kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşlarının, üyeleri hakkında tesis edilen bireysel işlemlerle ilgili olarak üyelerini temsilen dava açabileceği kabul edilmiştir²².

SONUÇ

Sendikaların, özel hukuk tüzel kişisi olduklarından, Sendikalar K. m. 32/3 çerçevesinde, “çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten kaynaklanan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen” dava açacağı düzenlenmiştir. Topluluk davalarının düzenlendiği bu maddenin yanında HMK. m. 113 düzenlemesi bir çerçeve düzenleme olarak Sendikalar Kanunu'ndaki hükmü destekler ve daha genel bir düzenleme getirmiştir. Gerek mensuplarının, üyelerinin gerekse temsil ettikleri kesimin kolektif menfaatlerini korumak amacıyla HMK. m. 113'ten önce de sendikalar dava açabilmekteydi. 113. madde getirilmiş olmasaydı da sendikalar topluluk davası açar konumda olacaktı.

113. maddeden konuya ilişkin beklentimiz, maddenin uygulanmasında Anglo-Sakson kökenli bu davanın, ABD'deki anlayışın takibi suretiyle kitlelere yönelik haksız fiillere de yönelik algılanmasıdır. Uygulamanın bu yönde gelişmesi umut edilmektedir.

DİPNOTLAR

1 ABD hukukundan hukukumuzda grup davası olarak akta-

- rılmış dava hk. Bkz. DEREN-YILDIRIM, N. "Kolektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu?" YD 1997/1, s. 137 vd.
- 2 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBAY, İ. Grup Davaları, Ankara 2009, s. 31 vd.; ayrıca bkz. HANAĞASI, E. Davada Menfaat, 2009.
- 3 Sosyal Hakların neler olduğu için bkz. BULUT, N. Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2009, s. 131 vd.
- 4 HANAĞASI, E., "Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları", Haluk Konuralp Anısına Armağan C.I, s. 366 vd.
- 5 "Sayısal ayırım kriteri değil de menfaatlerin niteliğinden hareket edilmelidir. Çevreye ilişkin menfaatlerde olduğu gibi özelleştirilmiş bir menfaat türüdür. Kamu menfaati ise, insana ilişkin tüm menfaatlerdir.": HANAĞASI, s. 367.
- 6 Çin de ABD deneyimini tercih etmiştir (ÖZBAY, s. 66-67). Çeşitli ülke düzenlemeleri hakkında bkz. ÖZBAY, s. 44-68.
- 7 Diğer ikisinin ise, adli yardım olanaklarının geliştirilmesi ve alternatif uyumsuzluk çözüm yolları olduğu belirtilmiştir (ÖZBAY, s. 69).
- 8 ÖZBAY, s. 69-77.
- 9 HMK. düzenlemesinden önce de, örneğin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda m. 23-24.
- 10 ÖZBAY, s. 86.
- 11 ÖZBAY, s. 251.
- 12 "Çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten kaynaklanan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen ya da yazılı başvuruları üzerine nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta hakları yönünden üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak."
- 13 KUTAL, M., "Sendikaların mesleğin ortak çıkarlarını koruma işlevi", Kenan Tunçomağ'a Armağan İstanbul 1997, s. 278 vd. NARMANLIOĞLU, Ü., İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001, s. 233. 274 sayılı eski Sendikalar Kanunu'nda bulunduğu halde 2821 sayılı Kanun'da yer verilmemiş olan "mesleğin ortak çıkarları" kavramı yasada lafız olarak yer almış olmasa da m. 32'yi geniş yorumlamak gerektiği de belirtilmiştir (KUTAL, s. 281, 282). Sendikaların özelleştirme işlemlerine karşı açtıkları davalar da çalışma hayatı içinde yer alır (KAYA, C. "Danıştay Kararları Işığında İptal Davaları Açısından Sendikaların Sübjektif Dava Ehliyeti", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, s. 1221, ayrıca bkz. 1225 vd.).
- 14 Benzer görüş için örneğin ERİŞİR, E. Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti İzmir 2007, s. 209; HANAĞASI, Davada Menfaat, s. 200.
- 15 HANAĞASI, s. 200-201; ayrıca ERİŞİR, s. 208-209.
- 16 ÖZBAY, s. 257.
- 17 Yazılı başvuruda bulunulması üzerine otomatikman bu davayı açmak durumunda olmadığı görüşü için bkz. KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü C.I, İstanbul 2001, s.1179, dn. 789; KAYA, s. 1237 vd.
- 18 Sendika üyesi olmayan ya da olamayanlar bakımından bu şekilde bir imkan bulunmamaktadır.
- 19 9. HD. 12.3.1997, 2785/4860 (www.kazanci.com.tr). Yargıtay bir başka kararında, işçinin iş sözleşmesinin sona ermiş olmasının sendika üyeliği devam etmekte olması halinde, 32/b.3, c.2 çerçevesinde sendikanın dava açabilmesine engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir (16.6.1997, 9938/11805; www.kazanci.com.tr).
- 20 KUTAL, s. 277, benzer ifade için bkz. KAYA, s. 1233; ÖZBAY, s. 259.
- 21 "temsilen" sözcüğünün anlamlandırılması konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Burada kanuni temsil görüşü (ÇELİK, N. İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, 2007, s. 472; ŞAHLANAN, F. Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s. 229) TUNÇOMAĞ (İş Hukuku C. II, İstanbul 1985, s. 152) ise buradaki temsilen sözcüğünün temsil olmayıp sıfat meselesi olduğuna değinmiştir. KAYA ise, kanuna dayalı iradi temsil olduğunu belirtmektedir (s. 1234). İradi temsil olduğunu savunan yazarlar da vardır (TUNCAY, C. Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999, s. 85; AKYİĞİT, E. İş Hukuku Ankara 2007, s. 399). İradi yetkinlikle açıklayan görüş için bkz. DEREN-YILDIRIM, N. Türk-İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hükmün Sübjektif Unsurları, İstanbul 1996, s. 35. Sendikaya devir temsil konusunda değil, davayı takip yetkisi bakımındandır (DEREN-YILDIRIM, N. s. 35; ERŞİR, s. 209).
- 22 RG 20.6.2006, S. 26204.

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, E.: İş Hukuku, Ankara 2007.
- BULUT, N.: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul 2009.
- ÇELİK, N.: İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, 2007.
- DEREN-YILDIRIM, N.: Türk-İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hükmün Sübjektif Unsurları, İstanbul 1996.
- DEREN-YILDIRIM, N.: "Kolektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu?" YD 1997/1.
- ERİŞİR, E.: Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- HANAĞASI, E.: "Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları", Haluk Konuralp Anısına Armağan C.I.
- HANAĞASI, E.: Davada Menfaat, Ankara 2009.
- KAYA, C.: "Danıştay Kararları Işığında İptal Davaları Açısından Sendikaların Sübjektif Dava Ehliyeti", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan.
- KURU, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü C.I, İstanbul 2001.
- KUTAL, M.: "Sendikaların Mesleğin Ortak Çıkarlarını Koruma İşlevi", Kenan Tunçomağ'a Armağan İstanbul 1997, s. 277-282.
- NARMANLIOĞLU, Ü.: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İzmir 2001.
- ÖZBAY, İ.: Grup Davaları, Ankara 2009.
- ŞAHLANAN, F.: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995.
- TUNCAY, C.: Toplu İş Hukuku, İstanbul 1999.
- TUNÇOMAĞ, K.: İş Hukuku C. II, İstanbul 1985.

Nurten FİDAN

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Belirsiz Alacak Davasındaki Belirsizlikler

GİRİŞ

1927 yılından bu yana yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yerini, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu almıştır. Medeni Usul Hukukumuzda daha önce uygulaması olmayan bazı hükümler içeren HMK'nın, bu türden yenilik getiren bir hükmü de "belirsiz alacak davası"na ilişkindir.

HMK'nın 105-113. maddeleri arasında sayılan dava çeşitleri arasında 107. maddede düzenlenen belirsiz alacak davası hukukumuzda, uygulama ve öğretide daha önce değerlendirilmiş bir dava çeşidi değildir.

Bu çalışma, iş kazaları veya meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat davaları bakımından büyük bir yenilik getirdiği kesin olan belirsiz alacak davasının, uygulamasının nasıl olacağı ve özellikle manevi tazminat davalarını da kapsayan bir dava çeşidi olup olmadığı konusunda HMK yürürlüğe girer gir-

mez başlayan tartışmalara küçük de olsa bir katkı sağlamak amacıyla yapılmıştır.

1- GENEL OLARAK

Talep sonucu, dava dilekçesinin zorunlu unsurlarındandır (HMK 119), bu unsur eksikse, mahkeme, bu eksikliğin giderilmesi için davacıya bir haftalık süre verir. Bu bir haftalık süre içinde davacı talep sonucunu belirtmezse dava, açılmamış sayılır (HMK 119/2). Talep sonucu çok açık bir şekilde yazılmalıdır; açık değilse, mahkeme, davacıya talep sonucunu açıklattırmalıdır. Öte yandan mahkeme, davacının talebiyle bağlı olup, talepten fazlasına hükmedemez (HMK 26)¹ Dava konusu, derdestlik, iddianın genişletilmesi ya da değiştirilmesi ya sağ, kesin hüküm, görevli mahkeme, kanun yollarına başvurma, harç ve yargılama giderleri, hukuki yarar gibi temel konular da hep talep sonucuna göre değerlendirilir.

Ancak maddi hukukta alacaklının, davasını açarken, alacağının miktarını tam olarak belirleyemediği davalar vardır. Haksız fiilden, iş

kazaları veya meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat davaları bu türden davalardır. Talep sonucunun belirlenebilir olmadığı bu davalarda davacı, HMK'nın yürürlüğünden önce, ilk olarak kısmi bir dava açmaktaydı. Yargılama sonucu alacağı belirli hale geldikten sonra, alacağının bakiye kısmı için ek dava açabileceği gibi, karşı tarafın muvafakati, bu olmadığı takdirde ıslah yoluyla aynı davada talepte bulunmakta idi. Islah, masraflı bir yoldur. Islah isteyen davacı, ıslah masraflarını da yatırmak gibi ek bir külfete katlanmak zorundadır. Ayrıca, daha önce ıslah etmişse, talep sonucunu ıslahla ikinci defa arttıramayacağından saklı tuttuğu kısım için ek bir dava açmak zorunda kalmaktaydı. Bu da davaların birleştirilmesini, birleştirilmemişse, çelişkili kararlar çıkması ihtimalini doğurmakta; kısmi dava açan davacı, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamışsa, bakiye alacağından feragat etmiş sayılmaktaydı. Yine alacağını belirleyemeyen davacı, kısmi davada, talep sonucunu yüksek tutar ve mahkemece talepten daha az bir miktara hükmedilirse, reddedilen kısım için yüksek bir yargılama giderinden sorumlu tutulması ve kısmi davadan sonra, ıslah veya ek dava ile istenen talep sonucunun zamanaşımına uğraması riski ile karşı karşıya kalmaktaydı.

İşte kanun koyucu, davacının, davasını açarken, alacağını tam olarak belirleyemediği bu tür davalardaki sakıncaları bertaraf etmek için, yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak davasını HMK'nın 107.maddesinde düzenlemiştir.

II- BELİRSİZ ALACAK DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KOŞULLARI

A- Belirsiz Alacak Davasının Hukuki Niteliği:

Belirsiz alacak ve tespit davası başlığını taşıyan HMK m. 107'ye göre²:“Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukukî ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belir-

siz alacak davası açabilir (fıkra 1). Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir (fıkra 2). Ayrıca, kısmî eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukukî yararın var olduğu kabul edilir (fıkra 3).”

Belirsiz alacak davası, dava dilekçesinin talep sonucunda, istenilen alacak miktarının tam olarak belirtilemediği bir tür eda davasıdır. Dava açılırken belirsiz olan alacak delillerin toplanması veya bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da hakimin taktiri ile belirlenebilir hale geldikten sonra belirsiz alacak davası, eda davasına dönüşmüş olmaktadır.

B- Belirsiz Alacak Davasının Koşulları:

a- Dava açılırken talep sonucunun miktarının belirlenmesinin imkansız veya davacıdan beklenemeyecek olması gerekir. Aksi halde belirsiz alacak davası açılmaz. Açılmış ise, dava dilekçesinde zorunlu unsurlardan biri eksik olduğundan bu eksikliğin giderilmesi gerekir.

HMK 107. maddesine göre davacı, dava dilekçesinde hukuki ilişkiyi ve hükmedilmesini talep ettiği en az miktarı göstermelidir. Başlangıçta belirtilen bu en az miktar, “geçici talep sonucu”dur. Daha sonra ispat aşamasında belirlenebilir hale geldikten sonra geçici talep sonucu, “kesin talep sonucu”na dönüştürülebilecek ve arttırılabilecektir. Mahkeme, geçici talep sonucundaki miktarın altında bir miktara karar verebileceği gibi, bu miktardan fazlasına da hükmedebilir. Talep sonucunun miktarının belirlenmesinin imkansız veya davacıdan beklenemeyecek olması halleri zaman içerisinde öğreti ve uygulamayla açıklık kazanacaktır.

aa- Talep sonucunun belirlenmesinin imkânsız olması, davacının, talep sonucunu hiç bir şekilde belirleyemeyeceği şu durumlarda³ söz konusudur:

- Biyolojik nedenler: Zarar gören kişinin dava açtığı sırada zararın sonuçlarını tam olarak belirlemesi mümkün değildir. Örneğin, ağır

yaralanmıştır ve tedavisi sürdüğü için tedavinin sonuçlarını tam olarak belirlemesi imkansızdır.

- Hukuki nedenler: Talep sonucunun kesin olarak belirlenebilmesine ilişkin bilgiler üçüncü kişi veya davalının elinde olduğu için ya da dava sonucunda hükmedilecek miktar, tamamen hakimin takdirinde ise talep sonucunun dava açılırken tam olarak belirlenmesi mümkün olmayabilir. Pekcanitez'e göre, örneğin davalının kusur oranına ilişkin bilgiler olmadan talep sonucunu tam olarak belirlemek imkansız olduğu gibi "manevi tazminat talebinde tazminat miktarının belirlenmesi hakimin takdirine ait olması sebebiyle" yine talep sonucunu tam olarak belirlemek imkansızdır.

- Sübjektif nedenler: Duruma göre değerlendirilmesi gereken nedenlerdir. Örneğin yeni bir aracın tamamen zarar görmüş olması halinde tazmin edilecek zararın miktarını belirlemek mümkün ise de, kullanılmış bir aracın kısmen zarar görmesi halinde tazmin edilecek zararın miktarını dava açarken tam olarak belirlemek mümkün değildir.

bb- Talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması, davacının talep sonucunu belirlemesi halinde yüksek bir yargılama gideri tehlikesi ile karşı karşıya olduğu hallerde söz konusudur. Mahkemece hükmedilecek miktar, davacı tarafından, kendisi o konunun uzmanı olmadığı için hesaplanamayacak, belirlenemeyecek niteliktedir ve yüksek bir miktar talep edilirse, yargılama sonucunda reddedilecek kısım için davacı aleyhine yüksek bir yargılama giderine hükmedilebilir. Böyle hallerde davacı, dava dilekçesi düzenlerken, masraflarını karşılamak suretiyle bir uzman görüşü almak gibi ek bir külfete katlanmak zorunda bırakılmamalıdır.

Pekcanitez'e göre İş Hukukundaki işçilik alacaklarına ilişkin talepler yönünden, ne kısmi dava, ne de belirsiz alacak davası açılmaz. Çünkü bu tür davalarda işçinin ücreti, çalışma süresi, fazla mesai süresi, kullanmadığı yıllık ücretli izin vs. davacı tarafından belirlenebilir niteliktedir ve dava dilekçesinde belirtilmiş olmalıdır. Bu veriler olmadan hesaplama da yapılamayacağından bu davalar ne belirsiz alacak davası, ne de (HMK md. 109/2 gereği)

kısmi dava olarak açılmaz. İşçilik alacakları ancak eda davasına konu olabilir⁴. Yargıtay 9. HD.'nin ise işçilik alacaklarıyla ilgili olarak yapılmış genel haciz yoluyla ilamsız icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında alacağın esas yargılama üzerine belirlendiğinden, hakkın özü tartışmalı olduğundan, diğer bir anlatımla alacak likit olmadığından icra inkar tazminatına karar verilemeyeceğine ilişkin bir çok kararı vardır.⁵ İş hukukundaki işçilik alacaklarına ilişkin davaların belirsiz alacak davasına veya (HMK. md. 109/2'de dikkate alındığında) kısmi davaya konu edilip edilemeyeceği HMK'nın henüz yürürlüğe girdiği şu günlerde bir hayli tartışmalı olmakla birlikte uygulamasının nasıl olacağı zaman içinde netlik kazanacaktır. Ancak işçilik alacaklarının dava açarken belirlenebilir olup olmadığıyla ilgili olarak bir kaç noktaya kısaca dikkat çekmenin yararlı olacağı düşüncesindeyiz: Uygulamada işçilik alacaklarının dayanağı olan veriler, özellikle işçinin ücreti ve çalışma süresi çoğu kez kayıt dışı olduğundan ya da işverendeki kayıtlar gerçeği yansıtmadığından ispat aşamasında belirli hale gelmektedir. Öte yandan işçilik alacaklarının hesaplanmasının bir uzmanlık gerektirdiği düşünülürse -ki mahkemeler bu hesabı şimdiye kadar bilirkişilere yaptırmaktaydı- işveren karşısında ekonomik olarak güçsüz durumda olan işçiyi dava açarken masrafını ödeyerek uzman görüşü almak zorunda bırakmak hakkaniyetle örtüşmeyecektir. Yine Yargıtay 9. HD.'nin kararlılık gösteren içtihatlarında fazla çalışma ücreti kayıtlara dayanmıyorsa, hakkaniyet indirimi adı altında bir indirim uygulandığı görülmektedir.⁶ Yazılı belgelere, işveren kayıtlarına dayanmayan fazla mesai alacağından hakkaniyet indirimi yapılması da işçinin böyle bir alacağı için dava açarken talep sonucunu belirlemesinin kendisinden beklenemeyecek olmasını gerektiren hallerden biridir. Ayrıca işçilik alacaklarına ilişkin davalarda talep sonucunun "tarafklar arasında tartışmasız veya açıkça belirli" olduğu kabul edildiğinde HMK md. 109/2 gereğince kısmi dava da açılmayacak ve eda davası açmak zorunda bırakılan işçi, ispat aşamasında, alacağı daha düşük çıkarsa yüksek bir yargılama gideri ödemek tehlikesiyle karşı karşıya

kalacaktır. İşçilik alacaklarına ilişkin davaların belirsiz alacak davası veya kısmi dava olarak açılıp açılmayacağı tartışılırken bu hususları gözden kaçırmamak gerekir.

b- Hukukumuzda belirsiz alacak davası açan davacının, dava dilekçesinde talep sonucu olarak asgari bir tutar (geçici talep sonucu) belirtmesi yeterlidir. Talep edebileceği en yüksek miktarı da göstermesi gerekmez. İspat aşamasında talep sonucu kesin olarak belirlenebilir hale geldikten sonra davacı, kesin talep sonucunu belirleyerek mahkemeye bildirecektir. Davacı tahkikat aşamasının sonuna kadar kesin talep sonucunu bildirmese, mahkeme, geçici talep sonucuna göre karar verecektir.⁷

Pekcanitez'e göre belirsiz alacak davasındaki asgari miktar, davacının dava açtığı sırada asgari olarak belirleyebildiği miktardır. Davacı dava açarken, zararının tereddütsüz olarak asgari düzeyde ne kadar olduğunu belirleyebiliyorsa bu miktarı asgari miktar olarak göstermelidir. Yasada asgari miktar için belirlenmiş bir sınırın öngörülmediği ve talep sonucu ispat aşaması ile kesin olarak belirlenebilir düzeye geldiğinde, kesin talep sonucunu mahkemeye bildiren davacının, dava açarken eksik ödediği harcı tamamlayacağı düşünüldüğünde, asgari miktar için böyle bir sınır getirmenin belirsiz alacak davasının amacına da uygun düşmediği görüşündeyiz.

Belirsiz alacak davasında davacı, talep sonucunu tam olarak belirleyemediği için geçici talep sonucunu bildirirken, bu talep sonucunun dayandığı tüm vakıaları eksiksiz olarak bildirmelidir. Tahkikat aşamasında yeni vakıalar ileri sürmeye kalkışırca, bu durum, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında değerlendirilir.⁸

c- Belirsiz alacak davasında talep sonucunun kesin olarak belirlenmesi. Talep sonucunu kesin olarak belirlemek, davalı tarafta bulunan bilgilerin mahkemeye verilmesinden sonra olabileceği gibi, ispat aşamasının sonunda, davalının da delillerini sunmasından ve bilirkişi incelemesi sonunda zararın tam olarak belirlenmesinden sonra da olabilir. Alacak miktarının hakim taktirine bırakılmış olduğu

davalarda ise, kesin talep sonucu en geç tahkikat aşamasının sonunda mahkemeye bildirilmelidir. Bu kesin talep sonucunun belirlenmesi (çoğu kez artırılması) iddianın genişletilmesi yasağına tabi değildir. Ancak burada da mahkeme, talepten fazlasına hükmedemez. Ayrıca kesin talep sonucunun belirlenmesi bir kez yapılabilir. Kesin talep sonucu bildirildikten sonra azaltılması mümkün ise de, artırılması artık iddianın genişletilmesi yasağına tabidir.⁹

III-TALEP SONUCUNU TAM OLARAK BELİRLEYEMİYEN DAVACININ AÇABİLECEĞİ DİĞER DAVA TÜRLERİ

A- Eda Davası:

Belirsiz alacak davasının, dava dilekçesinin talep sonucunda, istenilen alacak miktarının tam olarak belirtilemediği bir tür eda davası olduğuna yukarıda değinmiştik. Eda davası HMK'nın 105. maddesinde düzenlenmiştir: "Eda davası yoluyla mahkemedeki, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir." Dava açarken talep sonucunu tam olarak belirleyemeyen davacı eda davasında, kendisine göre bir talep sonucu belirtecek, bu talep sonucu hükmedilenden yüksek ise yüksek yargılama giderinden sorumlu tutulması riski ile karşı karşıya kalacaktır. Talep sonucunu düşük tutması halinde ise, daha sonra bunu artırmak için karşı tarafın muvafakatine ihtiyaç duyacak, karşı taraf muvafakat etmezse masraflı bir yol olan ıslah yoluna başvuracaktır. Talep sonucunu dava açarken tam olarak belirleyemeyen davacı için eda davasının, avantajlı bir dava türü olmadığı açıktır.

B- Kısmi Dava:

HMK'nın 109. maddesinde düzenlenmiştir: "1) Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir.

2) Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz.

3) Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.”

HMK'dan önce talep sonucunu belirleyemeyen davacının, bu dava türü ile talep sonucunun belirleyebildiği kısmı için kısmi dava açtıktan sonra talep sonucu belirlenebilir hale geldiğinde alacağının bakiye kısmı için ayrı bir eda davası açabileceğini ya da aynı davada talep sonucunu artırabileceğini yukarıda açıklamıştık. Karşı tarafın açık muvafakati yoksa talep sonucunu ıslah ile artırmak zorunda kalan davacı, ıslah yoluyla geçersiz kalan işlemler için yapılan yargılama giderleri ile karşı tarafın uğradığı zararlara karşılık olmak üzere hakimın takdir edeceği bir teminatı bir hafta içinde mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Aksi halde ıslah yapılmamış sayılır (HMK m.178). Davacı yargılama sonunda haklı bile çıksa, ıslah nedeniyle yaptığı masraflara kendisi katlanacaktır.

Öte yandan kısmi davada, bakiye alacağı talep etme hakkı saklı tutulmuş olsa bile, zaman aşımı, sadece dava edilen kısım için kesilecek, dava edilmeyen kısmın zaman aşımına uğraması tehlikesi söz konusu olacaktır.¹⁰

Karşı taraf daha önce temerrüde düşürülmemişse, kısmi davada ıslah edilen kısım için ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülebileceği uygulaması Yargıtay tarafından da kabul edilen bir uygulama olmuştur.¹¹

Bu yönlerden dava açarken talep sonucunu kesin olarak belirleyemeyen davacının belirsiz alacak davası yerine kısmi dava açması avantajlı görünmemektedir.

HUMK döneminde fazlaya ilişkin haklarını açtığı kısmi davada açıkça saklı tutmayan davacı, bakiye alacağından feragat etmiş sayılıyordu. Ancak HMK'ya göre kısmi dava açarken davacı, alacağının bakiye kısmını saklı tuttuğunu belirtmek zorunda değildir (HMK. m. 109/3). Açıkça feragat etmedikçe bakiye kısmından feragat etmiş sayılmaz.¹² Pekcanitez'e göre alacağını talep ederken, açtığı davanın kısmi dava olduğunu açıkça belirtmeyen davacı, bu imkandan yararlanamaz. Kanımızca, açıkça be-

lirtmemiş olsa bile dava dilekçesinin içeriğinden, açılan davanın kısmi dava olduğu anlaşılabiliriyorsa, davacı HMK m. 109/3 hükmündeki imkandan yararlandırılmalıdır.

C- Tespit Davası:

HMK'nın 106. maddesi uyarınca, “Tespit davası yoluyla, mahkemedен, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. (2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. (3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.” Öte yandan HMK'nın 107/3 maddesine göre “...kısmî eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukukî yararın var olduğu kabul edilir.”¹³ Hukukumuzda HMK'dan önce eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davasının açılmayacağı, böyle bir dava açmakta davacının hukuki yararının bulunmadığı görüşü egemendi. Ancak yeni düzenleme karşısında, talep sonucunu tam olarak belirleyemeyen davacı, tüm alacağı için tespit davası açabileceği¹⁴ gibi, alacağının belirleyebildiği kısmı için kısmi dava açıp bakiye kısmı için tespit davası da açabilir. HMK gerekçesinde bu imkan şöyle açıklanmaktadır: “Miktarı belirsiz alacaklarda zaman aşımının dolmasına çok kısa sürenin var olduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmi edâ ile birlikte tespit davasının açılabilirdiği genel olarak kabul edilmektedir.” Ancak böyle bir durumda, davacı, talep sonucunu kesin olarak belirledikten sonra, mahkeme, kısmi eda talebi hakkında edaya, tespiti talep edilen bakiye kısım için ise tespite karar verecektir. Bu şekilde dava açan davacı, daha sonra davasını belirsiz alacak davasına dönüştürmek isterse, bu talep sonucunu değiştirmesi anlamına gelir ve bunu ancak karşı tarafın muvafakati veya ıslah yoluyla gerçekleştirebilir.¹⁵

Tespit davasının, belirsiz alacak davasıyla karşılaştırıldığında zayıf tarafı, davacının ilamlı takip yapamamasıdır. Ancak tespit davası acil hallerde, zaman aşımını kesecek, davadan elde edilen tespit hükmü ile ilamsız icra takibi yapı-

labilecek, itiraz halinde borçlunun göze alamayabileceği icra-inkar tazminatı yaptırımını devreye girebilecektir.

IV- BELİRSİZ ALACAK DAVASININ HUKUKSAL SONUÇLARI

- Kesin talep sonucu en geç tahkikat aşamasının sonunda bildirilebilir.
- Davacı, kesin talep sonucu belirlenebilir olduğunda karşı tarafın muvafakatine veya ıslaha gerek kalmadan talep sonucunu artırabilir.
- Tahkikat sonunda davacı talep sonucunu kesin olarak belirlemezse, mahkeme, geçici talep sonucuna göre karar verir. Bu halde mahkeme, davacının talebiyle bağlıdır ve talepten fazlasına hükmedemez.
- Talep sonucu, kesin olarak belirlendikten sonra davacı, ikinci defa talep sonucunu belirlemek isterse, bu defa iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır. Diğer bir deyişle ikinci defa talep sonucunun belirlenmesi ancak karşı tarafın muvafakati veya talep sonucunun ıslah edilmesi ile mümkündür.
- Dava açılırken ödenmesi gereken harç da geçici talep sonucu üzerinden hesaplanacak, kesin talep sonucu bildirildiğinde ise, ek harç bunun üzerinden tamamlanarak tahsil edilecektir.¹⁶
- Belirsiz alacak davasında davacı, tümünü dava etmek istediği halde alacağının tam olarak ne kadar olacağını bilemediğinden, asgari bir miktar belirterek geçici bir talep sonucu ile dava açmaktadır. Böyle bir davanın sonuçlarının da amacına uygun olması gerekir. Bu nedenle geçici talep sonucunu içeren belirsiz alacak davasının açılması ile tahkikat sonuna kadar belirlenebilir hale gelecek olan alacağın tümü (kesin talep sonucu) için de zamanaşımının kesildiğini kabul etmek gerekir.¹⁷
- Geçici talep sonucu ile açılan belirsiz alacak davasında faiz talep edilmişse, belirlenebilir hale gelen alacağın tümü (kesin talep sonucu) için de, dava tarihinden itibaren faiz yürütülmelidir.
- Yargılama giderlerine de daha sonra kesinleştirilen talep sonucu üzerinden hükmedilir.
- Belirsiz alacak davası sonucunda verilen

hüküm, kesinleştikten sonra bir eda davasındaki kesin hüküm gibi etki edecektir. Geçici talep sonucu ile dava açan davacı, talebini kesinleştirdikten sonra mahkemece, geçici talebe göre karar verilir ve bu karar kesinleşirse aynı alacak için kesin hüküm nedeniyle ikinci bir dava açılmayacaktır.¹⁸

- 6100 sayılı Yasa 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Belirsiz alacak davası olarak açılacak nitelikte olup da 01.10.2011 tarihinden önce kısmi dava olarak açılmış olan davaların, ıslah talebiyle talep sonucu değiştirilmek suretiyle belirsiz alacak davasına dönüşürülmesinde hiç bir yasal engel yoktur.

V- SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILABİLECEK DAVALAR

İş hukukunun doğması ve gelişmesinin temelinde işçi ve işveren ilişkisinde ekonomik olarak daha güçsüz durumda olan işçinin korunması, aralarındaki ilişkinin dengelenmesi kaygısı yer almıştır.¹⁹ Bu bakımdan iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle maddi veya manevi zarara uğrayan korumasız işçinin anılan zararlarının tazmini önemlidir.

Belirsiz alacak davası sadece konusu para olan eda talepleri için açılabilir.

6100 sayılı HMK'nın İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda getirdiği en önemli yenilik, manevi tazminat ve işçilik alacaklarına ilişkin davalarda tartışmalı olsa da, iş kazaları ve meslek hastalıkları nedeniyle işverene karşı açılan maddi tazminat davalarının bundan sonra belirsiz alacak davası olarak açılabilir olmasıdır.

A- Maddi Tazminat Davası:

Sosyal güvenlik hukukunda maddi tazminat davalarının belirsiz alacak davası olarak açılabilirliği yönünde öğreti ve uygulamada görüş birliği olduğu, 6100 sayılı Yasa'nın henüz yürürlüğe girdiği şu günlerde dahi göze çarpmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 46/I. maddesine göre: "Cismani bir zarara düçar olan kimse, külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasın-

dan ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir.”

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca “zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hakim, halin mutat cereyanını ve mutazzarın olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikane tayin eder.” Bu hükme göre, zararın ne kadar olduğunu davacı, tam olarak ispat edemezse, zarar miktarını hakim takdir eder. Hakimin takdirine bırakılmış zarar miktarını dava dilekçesinde tam olarak göstermesini davacıdan beklemek ise hakkaniyetli olmayacaktır.²⁰

Sosyal güvenlik hukukunda iş kazası veya meslek hastalığı sonucu bedenen zarar gören işçi veya ölümle sonuçlanan iş kazaları veya meslek hastalıklarında ise işçinin desteğinden mahrum kalan hak sahipleri işveren aleyhine maddi tazminat davası açma hakkına sahiptir. Bu tür davalarda tazminatın miktarının saptanması, işçinin net geliri, bakiye ömrü, işgörebilirlik çağı, işgöremezlik ve karşılıklı kusur oranları, destek görenlerin gelirden alacakları pay oranları, eşin evlenme olasılığı, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi bir çok verinin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ile mümkün olabilmektedir.²¹

Dava açarken tüm bu verilerin hepsine sahip olmadığı için talep sonucunu dava açarken belirlemesi kendisinden beklenemeyen işçi, HMK'dan önce, tazminat davasını kısmi dava olarak açabilirken, bizim de görüşüne katıldığımız Pekcanitez'e göre,²² bundan sonra belirsiz alacak davası olarak da açabilecek ve ispat aşaması ile talep sonucu belirlenebilir olduğunda, karşı tarafın muvafakatı veya ıslah yoluna başvurusu gerekmeden talebini arttırabilecektir. Böylece belirsiz alacak davasının yukarıda belirtilen avantajları iş kazaları veya meslek hastalıklarından kaynaklanan maddi tazminat davaları için de geçerli olacaktır.

Diğer bir anlatımla, kısmi dava olarak açtıkları maddi tazminat davalarının ispat aşamasında zarar miktarı belirli hale gelen işçiler veya hak sahipleri, artık zararlarının dava edilmeyen

kısımının zamanaşımına uğraması tehlikesi, ıslah nedeniyle katlanmak zorunda oldukları ek külfet ve yukarıda sayılan daha bir çok olumsuz durum ile karşı karşıya olmayacaklardır.

Maddi tazminat davasını kısmi dava olarak açmışsa HMK 107/3. maddesi gereği, işçinin, bakiye kısım için tespit davası da açabileceğini hatırlatalım.

B- Manevi Tazminat Davası:

Manevi zarar, işçinin iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ruhsal ve sinirsel olarak kişilik değerlerinde meydana gelen azalmadır. İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle işçinin manevi tazminat talep etme hakkının yasal dayanakları BK'nın 49 ve 47. maddeleridir. BK'nın 49. maddesine göre “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.” Aynı Yasa'nın 47. maddesine göre de “Hakim, özel durumları gözeterek, bedensel zarara uğrayan kimseye veya ölüm durumunda ölenin yakınlarına manevi zarar adıyla adalete uygun bir tazminat ödenmesine karar verebilir.”

Uğradığı iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle işverenden manevi tazminat isteyebilmek için iş kazası veya meslek hastalığının bedensel zarara veya ölüme neden olması, zarar ile iş kazası veya meslek hastalığı arasında nedensellik bağı kurulabilmesi, işverenin, az çok kusurlu olması ya da sorumluluğu gerektiren koşulların oluşması, maddi tazminattan farklı olarak, zarar görenin, bedensel zarara uğramasa bile, fiziksel kişilik değerlerinin etkilenmiş; eylem veya olayın, ruhsal sarsıntı ve sinir bozukluğu yaratmış olması gerekir.

İş hukuku bakımından manevi tazminat, işçinin çekmiş olduğu bedensel veya onursal acının, elem ve ıstırapın bir ölçüde hafiflemesini, dengelemesini ve manevi açıdan tatmin edilmesini sağlar.²³ Aslında manevi tazminat tam anlamıyla bir tazminat değildir. Çünkü bir kimsenin hukuka aykırı bir eylem sonucu duyduğu acı ve üzüntünün tam anlamıyla ortadan kaldırılması mümkün değildir. Manevi tazminat ile amaçlanan aslında bir “gönül alma”dır.²⁴

Manevi tazminatın bölünüp bölünemeyece-

ği, ek dava veya ıslah konusu yapılip yapılamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu sorun manevi tazminatın belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağını da belirleyecek bir sorundur. Çünkü manevi tazminat niteliği gereği bir bütün ve bölünemez ise, belirsiz alacak davası olarak da açılmayacak, dava açılırken tek seferde belirlenip daha sonra da yeni durumlar ortaya çıkmadıkça (maluliyetin artması gibi²⁵) ek dava ya da ıslah yoluyla arttırılamayacaktır.

Manevi tazminatın bölünebileceği görüşüne göre manevi tazminatın kısmi davayla istenebilmesi, daha sonra da ek dava veya ıslah yoluyla arttırılabilmesi hakkaniyet gereğidir.²⁶ Yargıtay, öğretideki diğer görüşü²⁷ benimseyerek manevi tazminatın bir bütün olduğunu ve bölünemeyeceğini, dolayısıyla duyulan acı ve üzüntünün karşılığı olan talep sonucunun, bir defa belirlendikten sonra ek dava ya da ıslah yoluyla arttırılamayacağını içtihatlarında vurgulamıştır.²⁸

Nomer'e göre, manevi tazminat alacağı da, bir para alacağına ilişkin edimi içeren maddi tazminat alacağı gibi bölünebilir. Bir edimin bölünebilir nitelikte olması, o edimin niteliklerinde ve değerinde bir azalma olmaksızın kısmen ifa edilebilir olmasını ifade eder. Para alacaklarındaki edim bölünebilir bir edimdir. Fakat para borcunun tutarı, maddi ve manevi tazminat davalarında olduğu gibi önceden belirlenebilir nitelikte değildir. Maddi tazminat davalarında olduğu gibi manevi tazminat davasında da davaya konu edilen borcun amacı bellidir ama tutarı bu amaca göre yargılama sırasında ortaya çıkacaktır.²⁹

Bizim de görüşüne katıldığımız Pekcanitez'e³⁰ göre manevi tazminat miktarını hakim takdir edeceğinden³¹, davacının dava açarken talep sonucunu tam olarak belirlemesi kendisinden beklenemez. Manevi tazminat davası belirsiz alacak davası olarak açılabilir. Manevi tazminat davasının konusu para alacağı ise ve ispat aşamasında elde edilecek deliller sonucunda (somut olaydaki özel durumlar³² kusur dağılımı vs.) hakim tarafından takdir edilecekse, dava açarken davacıdan talep sonucunu tam olarak belirlemesini istemek hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Gerçekten dava açarken iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle

işçinin duyduğu acı ve üzüntünün derecesi işçi bakımından belli ise de, bu acı ve üzüntü için ödenecek manevi tazminat miktarı, diğer bir anlatımla bu üzüntü ve acının tatmini için hükmedilecek parasal değer belirli değildir. Çünkü acı ve üzüntü para ile ölçülemez. Bu nedenle manevi tazminat duyulan acı ve üzüntünün tam karşılığı olamaz. Manevi tazminat ancak belirli ölçüde bir tatmin duygusu sağlayabilir, bir "gönül alma" mahiyetindedir. Bunun miktarını (tazminat miktarını) ise ispat aşamasında toplanan delilleri dikkate alarak hakim takdir edecektir.

SONUÇ

Hukukumuzda daha önce değerlendirilmiş bir dava türü olmadığı için belirsiz alacak davası ile ilgili belirsizlikler, uygulamayla birlikte kendisini daha da çok gösterecek, ancak zaman içinde netlik kazanacaktır.

İş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları yönünden 6100 sayılı HMK'nın getirdiği en büyük yeniliktir belirsiz alacak davası... İş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davalarında talep sonucunun belirlenmesi imkansız veya davacıdan beklenemeyecek türdendir. Bu nedenle manevi tazminat davalarında tartışmalı da olsa, işçinin iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerini belirsiz alacak davasıyla talep edebileceği görüşündeyiz. Belirsiz alacak davasında davacı, tümünü dava etmek istediği halde alacağının tam olarak ne kadar olacağını bilemediğinden, asgari bir miktar belirterek geçici bir talep sonucu ile dava açabilir; kesin talep sonucu belirlenebilir olduğunda artık karşı tarafın muvafakatine veya ıslaha gerek kalmadan talep sonucunu arttırabilir. Geçici talep sonucunu içeren belirsiz alacak davasının açılması ile kesin talep sonucu için de zamanaşımı kesilecek, geçici talep sonucu ile faiz talep edilmişse, belirlenebilir hale gelen alacağın tümü (kesin talep sonucu) için de faiz yürütülecektir.

6100 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi olan 01.10.2011 tarihinden önce kısmi dava olarak açılmış olan iş kazası veya meslek hastalığının

dan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davasının, ıslah talebiyle talep sonucu değiştirilmek suretiyle belirsiz alacak davasına dönüştürülmesinde yasal bir engelin olmadığını da belirtelim.

DİPNOTLAR

- 1 “...Çekişmeli yargılamada tasarruf ilkesinin doğal bir sonucu olarak hakim, tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olup, talepten fazlaya veya başka bir şeye hüküm veremez (H.U.M.K. m74). Eş söyleyişle hakim, davacının talep sonucu ile bağlı olduğundan, bu talepten fazlasına karar veremez. Bilirkişi incelemesi yaptırılan davalarda, bilirkişi raporunda davacının alacağının dava dilekçesinde talep edilen miktardan daha fazla tespit edilmiş olması halinde, dava dilekçesinde istenilmiş olan miktara hükmedilmesi gerektiği; aksi halin, talepten fazlaya hüküm verme yasağına aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur.” (Yargıtay HGK 2006/17-7 E., 2006/141 K., 05.04.2006) “...Dava dilekçesinde açık bir şekilde iddianın ve dava konusunun yazılması gerekliliği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 179, 2, 5. maddesinde belirtilmiştir. Talep sonucu, mahkeme davayı kabul ettiğinde, talep sonucunu aynen hüküm fıkrası (HUMK, 388/4) olarak kararına alabileceği şekilde açık olmalıdır... Mahkemece öncelikle yapılacak iş, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 75/2. ve 213. maddeleri gereği, davacı tarafa davanın konusu ile talep sonucunu açıklattırma...” (Yargıtay 10. HD, E.: 2010/9742, K.: 2010/11978, 21.09.2010).
- 2 HMK'nın 107. maddesinin gerekçesi özetle şöyledir: “... Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile aşarî bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. ...Kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez. ... Belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi be-nimsenmiştir...”
- 3 Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, sf. 43 vd.
- 4 Pekcanitez, sf. 45.
- 5 Yargıtay 9. HD, 2010/16171 E., 2010/11720 Karar, T: 21.04.2010; 2010/21373 E., 2010/39396 Karar, T: 21.12.2010; 2011/7820 E., 2011/5901 Karar, T: 03.03.2011; 2010/18408 Esas, 2010/22705 Karar, T: 12.07.2010; “... İtirazın iptali davasında borçlunun haksızlığına karar verilmesi halinde ve alacaklının talep etmiş olması şartıyla, borç miktarının

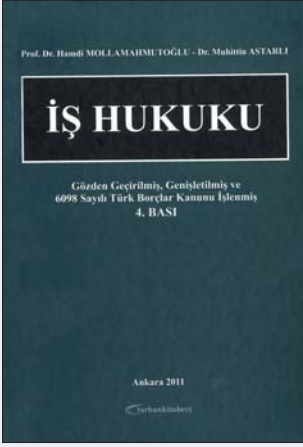
Yasa'da gösterilen orandan az olmamak kaydıyla icra inkar tazminatına hükmedilir. İcra inkar tazminatına karar verilebilmesi için alacağın belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Özellikle, işçinin kıdemi, ücreti gibi hesap unsurları, işverence bilinen ya da belirlenebilecek hususlardır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 ve 28. maddelerinin işverene bu gibi konularda belge düzenleme yükümü yüklediği de gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak, hak tartışmalı ise icra inkâr tazminatına hükmedilemez... Somut olayda alacağın esası yargılama üzerine belirlendiğinden ve bu nedenle de alacak likit olmadığından icra inkar tazminatı talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır...” (Yargıtay 9. HD, 2011/24862 Esas, 2011/18940 Karar: 27.06.2011).

- 6 “...Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay, 9. HD. 18.7.2008 gün 2007/25857 E., 2008/20636 K., Yargıtay 9. HD. 28.4.2005 gün 2004/24398 E., 2005/14779 K. ve Yargıtay 9. HD. 9.12.2004 gün 2004/11620 E., 2004/27020 K.). Gerçekten bir işçinin uzun süre ve her gün aynı şekilde günlük çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Fazla çalışma ücretinden indirim taktiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir...” (Yargıtay 9. HD, 2007/25857 E. ve 2008/20636 K., 18.07.2008).
- 7 Pekcanitez, sf. 48.
- 8 Pekcanitez, sf. 50.
- 9 Pekcanitez, sf. 52.
- 10 “...Sürekli iş göremezlik nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi amacıyla açılan maddi ve manevi tazminat davalarında; zamanaşımı süresi Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi gereğince haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıldır. Davacının ise eldeki davayı 05.03.2007 tarihinde açtığı, 24.11.2009 tarihli dilekçesi ile maddi tazminat talebini 87.949,00 TL olarak ıslah ettiği davalı vekilinin süresi içinde zamanaşımı definde bulunduğu anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, 5.3.2007 tarihli kısmi dava süresinde açılmakla birlikte (Davacıdaki arazın niteliğine göre) zararın ortaya çıktığı tarihten 24.11.2009 ıslah tarihine kadar davada yukarıda sözü geçen maddenin öngördüğü 10 yıllık zaman aşımı süresinin gerçekleştiği açıktır. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın ıslahla artırılan 86.949,00 TL bakımından davacının talebinin zamanaşımı nedeniyle reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” (Yargıtay 21. HD, 08.03.2011, 2010/2193 Esas-2011/2027 Karar).
- 11 “...Davacı davalı işvereni davadan önce temerrüde düşürmemiştir. Bu durumda hüküm altına alınan ilave tediye alacağının dava ile istenen miktarına dava tarihinden, iş-

- lah ile artırılan miktara ise ıslah tarihinden faiz yürütülmesi gerekirken hak ediş tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmesi hatalı olup, bozma sebebi ise de bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün HUMK'nın 436/2. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir..." (Yargıtay 9. HD. 01.03.2011, 2011/7152 Esas-2011/5234 Karar).
- 12 Bu hükmün gerekçesine göre: "Dava açılırken fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmamasına ilişkin bir kayda yer verilmemiş olması, dava dışı tutulan kısım bakımından feragat anlamına gelmez ve bu konudaki suskunluk, ileride ek dava açılması imkânını ortadan kaldırmaz; buna karşılık, dava dilekçesinde talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmişse, ek dava açma imkânı kullanılamaz."
- 13 Bu hükmün gerekçesine göre: "Edâ davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası açılmaz yolu önermenin hak arama özgürlüğünün ulaştığı kapasite ve hukuki yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerliliği yoktur. Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin var olduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmi edâ ile birlikte tespit davasının açılabilirdiği genel olarak kabul edilmektedir. Davacı, söz gelimi bir tazminatın tahsili yerine alacağın miktarının ve borçlunun sorumlu olduğunun tespitini hedefleyen bir dava açabilir, açabilmelidir. Bu dava, zamanaşımını kesecek, davada istihsal olunan ilâm genel haciz yoluyla takibe konabilecek, itiraz halinde borçlunun göze alamayabileceği icra-inkar tazminatı yaptırımını devreye girebilecektir. Öte yandan tespit davası, dava ekonomisi yönünden edâ davasına nazaran taraflar için daha avantajlıdır. Tespit davasının taraf barışını kolaylaştıran bir karakteri de vardır. -Alacaklı, yalnızca edâ davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi edâ ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahiptir. Hak arama özgürlüğünün (Any. m. 36, İHAS m. 6) özünde var olan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamaz. Model, belirtilen seçenekleri alacaklıya usulî bir hak olarak tanımlamaktadır. ...Tasarıda öngörülen modelde, tespit davasının hukuki ilişkilerin tespiti yanında hakkın tespitinin de istenebilmesi, edâ davasının açılabilirdiği hallerde hukuki menfaat koşulunun gerçekleşmiş sayılması kabulü çözümünü (paradigmayı) güçlendirmektedir. Bir davanın açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuk sonuçlarının (zaman aşımının kesilmesi ve diğerleri) tespit davalarında aynen geçerli olacağı kuşkusuzdur. Önerge ile var olması gereken bir usulî imkân hukukumuzda kazandırılmış olacaktır".
- 14 Böyle bir tespit davası açması halinde davacının, tespit hükmü ile ilamsız icra takibi başlatması ve bu takibe itiraz halinde açacağı itirazın kaldırılması veya itirazın iptali davası sonunda, borçlunun alacağın yüzde kırkı oranında icra inkar tazminatına mahkum edilmesini temin etmesi mümkündür. Ancak Pekcanitez'e göre aynı alacak için tek bir belirsiz alacak davasında hüküm verilerek bu hükmün ilamlı icraya konması mümkün iken, bu şekilde tespit davası, ilamsız icra takibi yapılması ve itiraz üzerine tekrar bir dava açılması gibi çok aşamalı bir yola başvurulması usul ekonomisine aykırıdır.
- 15 Pekcanitez, sf. 79.
- 16 Pekcanitez, sf. 42.
- 17 Pekcanitez, sf. 59.
- 18 Pekcanitez, sf. 66.
- 19 Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2006, Beta Yayınevi, sf. 8; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2007, sf. 4 vd.
- 20 "...Bu giderlerle ilgili iddia kanıtlanamasa bile, yaralanmanın derecesi ve doktor raporları ile hastane kayıtları incelenerek, yaralanma nedeniyle yapılması zorunlu tedavi giderlerinin ne kadar olabileceği konusunda hekim bilirkişiden görüş alınmalıdır. Buna karşın zararın miktarı tam olarak belirlenemezse, BK. 42/2. maddesi gereğince, yargıç tarafından somut olayın özelliği ve kapsamı da gözetilerek tedavi gideri yönünden uygun bir tazminata hükmedilecektir. Yerel mahkemece bu yönler gözetilmeden tedavi giderine ilişkin dava bölümünün reddedilmesi bozma nedenidir..." (Yargıtay 4. HD. 11.02.2002, 2001/10735-2002/1543) "...Haksız eylemde zararı ispat etmek bu zarar ileri sürene düşer ise de, BK. 42 maddesine göre, zararın gerçek miktarının ispatı mümkün olmadığı takdirde, hakim, halin olağan gelişimini ve zarara uğrayan tarafın aldığı tedbirleri nazara alarak, onu adalete uygun bir şekilde tayin etmek zorundadır. Mağdurun iki ameliyatla iyileşmemiş olması, üçüncü ameliyata gerek duyulması, bu süre içerisinde yeni ve artan masrafların yapılmasının olağan olması karşısında, davanın ispat edilmediği görüşü ile reddedilmesi isabetsizdir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır..." (HGK. 26.04.1995, E. 1995/11-122, K. 1995/430 (YKD. 1995/10-1520).
- 21 "...Uyuşmazlık, tazminatın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Tazminatın saptanmasında ise, zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, işgörebilirlik çağı, işgöremezlik ve karşılık kusur oranları, destek görenlerin gelirden alacakları pay oranları, eşin evlenme olasılığı, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Öte yandan, tazminat miktarı, işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez. Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise, yıllık olarak %10 artırılıp %10 iskonto tabii tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir. Ömür olarak tanımlanan yaşama sınırı ile bu sınır içinde çalışabilme, kazanç sağlayabilme gücü ayrı şeylerdir. İş görebilirlik çağı, yani işçinin olağan olarak işinde çalışabilme gücünün devam süresi doğal olarak ömür uzunluğundan daha kısadır. İş görebilirlik çağı kural olarak 60 yaşına kadar sürer. Hiç şüphesiz, iş görebilirlik çağının 60 yaş esasını aşması ya da onun altında kalması olanak dışı değildir. Ne var ki, böyle durumlar, anılan kuralın ayrığıdır ve kabulü içinde dayanaklarının saptanması ve nedenlerinin gösterilmesi gerekir..." (Yargıtay 21. HD., 10.02.2011, 2010/160 Esas, 2011/871 Karar).
- 22 Pekcanitez, sf. 83.
- 23 Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2005, Beta Yayınevi, sf.

- 350; H. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, sf. 333 vd.; Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986 sf. 1024; Ali Güneren, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2011, sf. 1286; Levent Akın, III. Yılında İş Yasası, Seminer Notları, İş Sağlığı ve Güvenliği, 21 -25 Eylül 2005, Bodrum, sf. 341.
- 24 Haluk N. Nomer, Manevi Tazminatta Kısmi Dava, www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmeczua/article/view/.../
- 25 İş kazası ve meslek hastalığı sonucu ortaya çıkan iş göremezlik oranı zaman içinde artmışsa, daha önce manevi tazminata hükmedilmiş olsa bile, ek dava ile istenen fark iş göremezlik oranı için ek bir manevi tazminata karar verilebilmektedir. (Yargıtay 21. HD., E: 5557/6420 sayılı, 02.07.2002).
- 26 Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, sf.1023; Nomer, Manevi Tazminatta Kısmi Dava, www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmeczua/article/view/.../ Prof.Dr. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2011 basım, sf. 308 ve 309.
- 27 Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1979, cilt I, s. 972.; S. Tekinay; S. Akman; H. Burcuoğlu; A. Altop; (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, sf. 692.
- 28 "...BK. 47. maddesi ise özel nitelikte bir hüküm olup, fizik (maddi) kişilik değerlerinin, yani yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlalden doğan hallerde manevi zararların tazminini düzenlemiştir. Zarar görene tanınmış olan manevi tazminat hakkı kişinin sosyal, fiziksel ve duygusal kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda öngörülen bir tazminat türüdür. Amacı ise kişinin, hukuka aykırı olan eylemden dolayı bozulan manevi dengesinin eski haline dönüştürülmesi, kişinin duygusal olarak tatmin edilmesini, zarar verenini bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkoymasını gibi olguları karşıladığı bir gerçektir. Manevi tazminat, kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevi acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlar. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemnin karşılığıdır. Bu tazminat türü, kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemnin giderilmesini amaçladığı için, zarar gören kişi, öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir. Maddi zararda olduğu gibi manevi tazminatta kesin bir hesabın yapılması olanaksızdır. Bunun için miktarı, somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak M.K.'nin 4. maddesi uyarınca hakim tarafından takdir ve tayin edilir. Hakim, manevi tazminatın miktarını belirlemede geniş bir yetkiye sahiptir. Zarar gören, uğradığı haksız eylemden kaynaklanan maddi tazminatın miktarını tayin edip, talep edebilir. Hatta zarar gören, maddi zararını kısmi dava olarak bir defada değil, zamanaşımı, süresi içinde, birden fazla talepler halinde isteyebilir. Oysa manevi zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler halinde istenemez. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemnin karşılığı olduğu için, haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemnin bölünerek bir kısmının açılacak kısmi dava ile, kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesi, manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşer. Ödemenin uzatılması, para değerindeki düşüşler, enflasyon nedeniyle alım gücünün azalması gibi nedenlerle hükmedilecek miktarın faizi ile birlikte tahsili zararı karşılamaktan uzak olması, manevi tazminatın bölünerek istenmesini haklı göstermez. Olayın özelliği itibariyle, davacının isteminin, ıslahla ve bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin Resmi Gazete'nin 04.11.2000 gün ve 24220 sayısında yayımlanan 20.07.1999 gün E. 1999/1, K:1999/33 sayılı kararı ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. İstemin değiştirilmesi ve artırılması için, istekte bulunanın daha önceki isteminin dışında ve ondan daha fazla alacağı bulunması gerekir. Manevi zararda, zarar gören daha önce belirttiği istemi ile zararını açıkladığı ve belirttiği, artık geriye bir alacağı kalmadığı için, gerek ayrı bir dava ve gerekse ıslah yoluyla başka bir istemde bulunamaz. Öğretide ve kararlılık gösteren yargısal inançlarda da manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılamayacağı, ıslah yolu ile de istemin arttırılmıyacağı benimsenmektedir. Buna gerekçe olarak da, manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra arttırılması veya yeni bir dava açılarak istenmesi mümkün değildir. Çünkü manevi tazminatın takdirinde hakime çok geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hakimin takdir yetkisi bölünemez" (Yargıtay HGK, 01.03.2006, 2/14-26).
- 29 Nomer, Manevi Tazminatta Kısmi Dava, www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmeczua/article/view/.../; Hatta bazen tazminat davalarında bu borç tutarına karşılık gelecek zarar miktarı yargılama sırasında tam olarak ispatlanamayabilir bile... Bu taktirde BK'nun 42.maddesi uyarınca Hakimin zarar miktarını olayların olağan akışına, zarar görenin aldığı tedbirlere göre taktir edeceği öngörülmüştür. Tazminat davalarında zarar miktarının belli olması halinde bile tazminat miktarı, diğer bir anlatımla zararın ne kadarından zarar verenin sorumlu olacağı belli değildir. Hakimin BK m. 44'teki durumları, örneğin somut olayın özelliğini, kusur dağılımını vs. gözönünde bulundurarak BK m. 43/2 gereği indirim yapma yetkisi vardır.
- 30 Pekcantez, sf. 82.
- 31 "...B.K.'nin 47.maddesinde, bedensel bütünlüğün bozulması halinde, Hakimin, olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak zarar görene adalete uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar vereceği öngörülmüştür. Bedensel bütünlük, eş deyişle vücut bütünlüğü kavramının fiziksel bütünlük yanında ruhsal bütünlüğü ve sağlığı da kapsadığı tartışmasızdır. Olayın özelliklerinin neler olduğu 22.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda açıklanmıştır. Bunlar her olayda değişebildiğinden Hakimin, kararında bu özellikleri, objektif ölçülere göre göstermesi gerekir. Öte yandan manevi tazminatın tutarını belirleme görevi, Hakimin taktirine bırakılmış ise de, hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararlar orantılı ve duyulan üzüntüyü hafifletecek nitelikte olması gerekir. Hakimin bu konudaki taktir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumu, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, işçinin sürekli iş göremezlik oranı, yaşı ve olay tarihi gibi durumları göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yaratması yanında caydırıcı nitelikte de olması gerektiği söz götürmez..." (Yargıtay 21. HD, 2009-12968 Esas, 2010- 11568 Karar, T: 25.11.2010).
- 32 22.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda "özel durumlar"la nelerin kast edildiği belirtilmiştir.

YENİ YAYINLAR

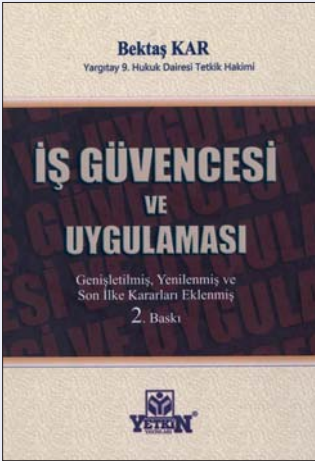


Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoglu ve Dr. Muhittin Astarlı tarafından hazırlanan “**İş Hukuku**” adlı eserin gözden geçirilmiş, genişletilmiş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu işlenmiş 4. basısı, Ekim 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

İki kısımdan oluşan eserin, ilk kısmında iş hukukuna giriş anlatılmaktadır. Bu kısım iş hukukuna ilişkin genel bilgiler, iş hukukunun temel kavramları ve iş kanunlarının uygulama kapsamı bölümleri içerisinde alt başlıkları ile birlikte incelenmiştir. İkinci kısım olan bireysel iş hukuku ise; iş sözleşmesi ve işin düzenlenmesi bölümleri içerisinde alt başlıklarıyla birlikte ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Kitabın 4. basısı, 3. basıdan bu yana iş hukukuna ilişkin tüm mevzuat değişiklikleri, bu bağlamda başta 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu olmak üzere, öğreti görüşleri, genel eserler, monografiler, tez ve makaleler, yargısal prensip kararları sistematik olarak taranarak, incelenerek ve tüketilerek yayıma hazırlanmış ve iş hukuku alanında problem oluşturan tüm konularda görüş bildirme gayreti içinde olunmuştur.

Özellikle 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri yanında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin de kitapta yer alması, hem iki kanun arasında bir karşılaştırma yapma imkanı sunmakta, hem de yeni hükümlerin incelenerek değerlendirilmesi ve 1 Temmuz 2012 sonrası uygulamanın yönelimi hakkında ipuçları vermektedir.



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Bektas KAR tarafından hazırlanan “**İş Güvencesi ve Uygulaması**” adlı eserin genişletilmiş, yenilenmiş ve son ilke kararları eklenmiş 2. baskısı Haziran 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

2009 yılında ilk baskısı yayımlanan bu eser, uyuşmazlıkların çözümü için uygulayıcıya sunulmuştur. Yaklaşık 8 yıldır uygulanan iş güvencesi, iş uyuşmazlıklarının daha çok artmasına neden olmuştur. Uyuşmazlıkların artması ve yeterli adli donanım olmaması, bir an önce sonuçlanması gereken bu davaların yargılama sürecini uzatmıştır. İlk baskıdan bu yana uyuşmazlıkların artması ve yeni kararların da ortaya çıkmasıyla, eserin ikinci baskısında öğreti yanında yeni kararlara ve Yargıtay uygulamasına da yer verilmesini zorunlu kılmıştır.

Genişletilmiş, yenilenmiş, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri dikkate alınmış ve de yeni kararlar eklenmiş bu ikinci baskının, uyuşmazlıkların çözümünde uygulamacılara faydalı olması amaçlanmıştır.

Eserde iş güvencesi kavramı, iş güvencesi kapsamı, iş sözleşmesinin feshinde usul, fesih nedenleri, iş güvencesinde yargılama hukuku ve feshin geçersizliğinin sonuçları konularına yer verilmiş ve bu konular hakkında Yargıtay kararları da eklenmiştir.

Dr. Halil YILMAZ

Ankara 6. İş Mahkemesi Hakimi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İş Yargılamasında Ne Değişti?

I. Giriş

İş mahkemeleri, işçi ve işveren arasında hizmet sözleşmesinden ve sosyal güvenlik kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların çözümü için özel olarak kurulmuş mahkemelerdir. Devlet iş ilişkilerini düzenlerken işçiyi koruma amacıyla özel nitelikte maddi hukuk kuralları ihdas etmiştir. Bu bağlamda iş uyuşmazlıklarının çözümünü de genel yargıdan ayırarak basit, kolay, hızlı ve ekonomik olan yargılama kurallarına bağlamıştır¹. İşçilik alacaklarına ilişkin hukuki korumanın gecikmesinden² kaynaklanacak riskin önüne geçmek için iş mahkemelerinde genel yargılama kuralları dışında özel yargılama kuralları uygulanmaktadır. Yakın geçmişte yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile, iş yargılamasında; gider avansı yatırılması zorunluluğu, ön inceleme yapılması, avukata tanık ve taraflara doğrudan soru sorma yetkisi tanınması, bilirkişiliğin yeniden düzenlenmesi ve uzman görüşü kurumu ihdas edilmesi, cevap sürelerinin kısaltılması gibi önemli değişiklikler

yapılmıştır. Bu değişiklikler iş mahkemelerinde uygulanan yargılama usulünde de değişikliklere yol açmıştır.

II. İş Mahkemelerinde Uygulanan Yargılama Usulü

A. Genel Olarak

Anayasa'nın 142. maddesi gereği yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu iki tür yargılama usulü belirlemiştir. Bunlar yazılı ve basit yargılama usulleridir. İş mahkemelerinde uygulanan yargılama usulünü belirleyen temel kaynak 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'dur. Bu kanunda açıklık bulunmayan hallerde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır (m. 15). İş Mahkemeleri Kanunu, 6100 sayılı yasa ile yürürlükten kaldırılmamış, hükümleri saklı tutulmuştur (m. 3). Diğer kanunlarda, yazılı yargılama usulü dışındaki yargılama usullerinin uygulanacağı belirtilen dava ve işler, basit yar-

gılama usulüne tabi olacaktır (m. 316/g). Ayrıca HMK'da hizmet ilişkisinden doğan davaların basit yargılama usulüne tabi olduğu belirtilmekle (m. 316/d), 01.10.2011 tarihinden itibaren iş mahkemelerinde uygulanması gereken yargılama usulü basit yargılama usulü olacaktır. Basit yargılama usulü açısından açıklık bulunmayan hallerde genel yargılama usulü yani yazılı yargılama usulü uygulanacaktır (m. 322). Medeni yargılama hukukuna egemen olan tasarruf (m. 24), taraflarca getirilme (m. 25), taleple bağlılık (m. 26), aleniyet (m. 28), dürüst davranma ve doğruyu söyleme (m. 29), hukuki dinlenilme (m. 27), usul ekonomisi (m. 30) gibi kural ve ilkeler basit usul yargılama usulünde de geçerlidir.

İş mahkemelerinin bakmakta olduğu dava ve işlerde uygulanan yargılama usulünde daha önce bir yeknesaklık yoktu. Örneğin; İşe iade davaları (İş K. m. 18-21; Sen. K. m. 30), Sendikalar Kanunu'nun 17/3. maddesindeki sendika ve konfederasyonların toplantıya çağırılması ile ilgili davalar ve 2822 sayılı yasada düzenlenen resmi arabulucu atamasına ilişkin yargılama usulü genel kuralın (sözlü yargılamanın) dışındaydı. HMK'nın 316/g maddesindeki hüküm yoluyla, iş mahkemelerinde birden fazla yargılama usulünün uygulanması işlemine son verilmiştir.

B. Basit Yargılama Usulü

Basit yargılama usulü, adından da anlaşılacağı üzere dava malzemesinin sınırlandırılması suretiyle yargılamanın basitleştirilmiş, kısaltılmış ve hızlandırılmış olan şeklindedir. Yasada bunu sağlayacak hükümlere yer verilmiştir. Örneğin, şekilcilik azaltılmış ve süreler kısaltılmıştır. Cevap süresi ilk duruşmaya kadar olmaktan çıkarılıp, iki haftaya düşürülmüştür. Bu kısaltmaya karşın ek cevap verme süresi tanınabileceğine ilişkin hüküm getirilmiştir. Cevap süresinin uzatılmasını talep etmemiş olan davalı, ilk duruşmada mazeret bildirerek kendisine ek süre verilmesini talep edemeyecektir. Sözlü dava açma imkanı ortadan kaldırılmıştır. Adli tatil hükümlerinin uygulanmaması kuralı korunmuştur (m. 320/d). Ön inceleme ve tahkikatın kısa sürede tamamlanması öngörü-

müştür. Bunu sağlamak için, usuli olarak bazı sınırlamaların getirildiği görülmektedir. Duruşma sayısı ikiyi geçmeyecek (m. 320/2) şekilde sınırlandırılmış; duruşma aralarının bir aydan fazla olmaması istenmiş (m. 320/3), dosyanın ancak bir kez yenilenmesine izin verilmiş (m. 320/4), dava şartları, ilk itiraz, hak düşürücü süre, zamanaşımı savunmalarının ivedilikle incelenmesi; ön inceleme ve tahkikat safhaları birbiri ile bağlantılı kabul edilerek tahkikat aşaması ile birlikte düzenlenmiş ve ara vermeden ve keskin bir şekilde birbirinden ayrılmadan tamamlanmasına imkan sağlanmış; mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden (ön inceleme ve tahkikat yapmadan) dosya üzerinden karar verilmesi (m. 320/1) yolu açık bırakılmıştır³. Ön incelemenin tamamlanmasıyla birlikte aynı duruşmada tahkikat aşamasına geçilebilecektir. Bu çabukluğu pekiştirmek için taraflara beyanda bulunabilmeleri için ayrıca süre verilmesine izin verilmemiştir. Öte yandan hakime yönelik olarak da yargılamanın en kısa sürede bitirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir (m. 320/3). Yargılamanın hızlandırılmasına önem verildiği içindir ki, dilekçelerin teatisi safhası dolayısıyla, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verilmesi söz konusu değildir (m. 317/3). Bazı süreler yazılı yargılama usulüne göre daha kısadır (Örneğin ek cevap süresi verilmesi m. 317/2). Böylece hakim, maddi hukuka ilişkin talep hakkının haklı gösterilmesi için gerekli olan dava malzemesine dayanarak, kapsamı daraltılmış şekilde, basit bir inceleme ile uyuşmazlığı aydınlatıp karar verebilecektir⁴.

C. Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Taraflar dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayacak bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadırlar (m. 318/1). Belirtilen hüküm yoluyla ilgili ilgisiz her türlü hususun delil olarak gösterilmesi ve getirilmesi önlenmek istenmiş olmakla birlikte⁵, iddia edilen vakıanın hangi delille ispat edileceğini tespit etmek taraflar açısından hiç de kolay bir

iş değildir. Getirilen delillerden hangilerinin olayları ispat edip etmeyeceği hakim delilleri serbestçe takdiri sonucunda ortaya çıkacaktır⁶. Yargılamayı hızlandırmak amacıyla getirilen bu hükmün uygulanmasında adaletsizlikler ortaya çıkabilecektir⁷. Avukat tutamayacak kişilerin usul hükümlerini anlaması ve buna uygun davranış göstermesi ülke gerçekleri ile bağdaşmamaktadır. Davacının avukat tutma imkanı bulunmadığı takdirde bunu başarması çok güçtür. Özellikle anayasal olarak hüküm altına alınmış olan sosyal güvenlik hakkının aranmasına ilişkin davalarda bu hükmün uygulanmasında zorluklar ortaya çıkacaktır. Bu durum iş yargılamasının basitlik hedefini göz ardı etmek anlamına gelmektedir.

III. Dava Açılması

A. Genel Olarak

Dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçeyle olur (m. 321). Dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılacaktır (m.118). İş mahkemesinde sözlü başvuru yoluyla dava açılması artık mümkün değildir. Dolayısıyla, dava açılması neticede yazılı usule dayanmaktadır. İş yargılamasında dava açılması bakımından ortaya çıkan özellik, sendikaların üyelerinin yazılı başvurusu üzerine üyeleri veya onların mirasçılarını temsilen dava açabilecek olmalarıdır (Sen. K. m. 32/b.3). Bunu tamamlayacak şekilde HMK'nın 113. maddesi, dernekler ve diğer tüzel kişilere, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için topluluk davası açma hakkı tanımaktadır. Sendikalar da bu imkandan yararlanabilecektir. Söz konusu hüküm, kesin hükmün üçüncü kişilere etkisini içermekte ve hükmün icra kabiliyetinden yararlanma imkanı öngörmemektedir⁸.

B. Talep Miktarı

Dava dilekçesinde hangi talebin ne miktarda olduğunun açık olması gerekir. Hakim bu miktar ve türlerle ayrı ayrı bağlıdır. Dava açıl-

makla yazılı usulde olduğu gibi, açılan miktar kadar zamanaşımı kesilmiş; iyiniyet kötünüyete dönüşmüş; hak düşürücü süre korunmuş olur. Daha önceden bir ihtar yoksa davalı taraf dava dilekçesinin tebliği ile temerrüde düşürülmüş olur. Getirilen yenilik ise, belirsiz alacak ve tespit davaları bakımından ıslah yoluna başvurmaya ihtiyaç kalmaksızın ve iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davacının, talebini sonradan belirlenen miktara yükseltebilecek olmasıdır (m. 107). Açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, belirsiz alacak davası açılmasıyla, zamanaşımı alacağın tamamı için kesilmiş olacaktır⁹. Bu yol hukukumuzda yabancı değildir. İtirazın iptali davaları aynı işlevi yerine getirmektedir. İcra takip talebinde belirlenen miktarın yargılama sonucunda ortaya çıkmaması nedeniyle işçilik alacakları bakımından nispeten az başvuru olan bir yoldur. Ayrıca 109. maddenin "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise, kısmi dava açılmaz" şeklindedir. Bu hüküm daha çok kredi sözleşmesi, kira sözleşmesi veya fatura gibi belgelere bağlı dolayısıyla, miktarı önceden belirli veya belirlenebilen alacak davaları bakımından kısmi dava açılmasını dolayısıyla, dava açma hakkının kötüye kullanılmasını önlemeye yöneliktir. Ancak bu hükmün işçilik alacaklarına ilişkin davalar bakımından uygulanması oldukça zor olacaktır. Çünkü en basit haliyle kıdem tazminatı alacağında dahi hizmetin süresi, ücret ve ücrete dahil unsurların varlığı ve miktarı tartışmalıdır. Belirtilen hususlar tahkikat yoluyla belirlenebilmektedir. Özellikle hiçbir şekilde düzenli olarak kayıt altına alınmayan fazla çalışma ve sürelerinin tespiti tamamen tanık beyanları ile ortaya çıkmaktadır. Taraflardan hiçbiri önceden fazla çalışmanın varlığı ve ücreti ile ilgili bir belirlemede bulunamamaktadır. Yargılamaya muhtaç olan bu alacakları önceden belirli saymaya imkan yoktur. Bu alacakların belirli sayılması halinde, iş mahkemelerinde alışıl-gelen bilirkişi raporu aldırma uygulamasına karşı, davacı tarafın bu alacakların miktarlarını dava dilekçesinde belirli hale getirmesi ve hakim rapor aldırılmadan vereceği karar taraflar için sürprizlere açık olacaktır. Hizmet ilişkisin-

den ve hizmet sözleşmesinin feshinden kaynaklanan alacaklar önceden belirli olmamakla birlikte kimi zaman belirlenebilir nitelikte olabilir. Önceden belirlenebilir olması kısmi dava açılmasına engel olmamalıdır.

C. Dava Yığılması (Birden Fazla Talepte Bulunulması)

Davacı aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir (m. 110). Bunun için davaya konu edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır. Bu durumda işe iade davası ile birlikte feshe bağlı olmayan işçilik alacaklarının veya işçilik alacakları ile iş kazasından kaynaklanan tazminat alacaklarının ya da hizmet tespiti ile işçilik alacaklarının birlikte talep edilmesine bir engel bulunmamaktadır. Yasanın "taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması" şartı, Yargıtay incelemesi bakımından geçerli olmamalıdır. Yasa, dava açılırken, sadece "ortak yetkili mahkeme" şartı aramaktadır. Temyiz incelemesi bir dava olmadığına göre, ortak dilekçeyle davaya konu edilen talepler hakkında verilen karardaki her talebin ayrı Yargıtay dairesince incelenecek olması buna engel değildir.

D. Dava Dilekçesinde Bulunması Gerekli Unsurlar

HMK dava dilekçesinde bulunması gerekli unsurlar bakımından yeni hükümler getirmiştir. Dilekçedeki bazı unsurların yokluğu usuli yaptırıma bağlanmıştır. Dava dilekçesinde; davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri (m. 119/1-b), davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası (m. 119/1-c); varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri (m. 119/1-ç); açık bir şekilde talep sonucu (m. 119/1-ğ) ve davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzasının (m. 119/1-h) bulunması ve gösterilmesi gerekir. Bunlar dava dilekçesinde bulunması zorunlu unsurlardır. Hakime belirtilen unsurların varlığını re'sen dikkate alma ödevi yüklenmiştir.

Hakim dilekçede tespit ettiği eksikliklerin giderilmesi için davacıya bir haftalık kesin süre verecek, giderilmemesi halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir (m. 119/2).

Hakimin hukuku bilmesi ve bunu kendiliğinden uygulaması ilkesi gereğince (m. 33), kanunda sayılan diğer bazı unsurlara da dilekçede yer verilmesi gerekir. Mahkemenin adı, davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değeri, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özeti, iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği ve davalının hukuki sebebe dava dilekçesinde yer verilmelidir¹⁰. Belirtilen bu hususların dava dilekçesinde noksansız bulunması gerekli ise de, eksiklik bulunması ve bunun giderilmemesinin yaptırımı, davanın açılmamış sayılması değildir.

IV. Davaya Cevap ve Karşılık Dava

A. Genel Olarak

Basit yargılama usulünde cevap süresi, dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki haftadır (m. 317/2). Davalı bu süre içinde cevaplarını yazılı olarak açıklayabilir. Cevap dilekçesinin bu süre içerisinde hazırlanmasının çok zor yahut imkansız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya bir defaya mahsus ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verilebilir. Bu süre yazılı yargılama usulünde bir aydır (m. 127). Ek cevap süresi hakkındaki karar taraflara derhal bildirilir (m. 317/2). Bildirim taraflar hazırsa sözlü olarak ya da elden tebliğ yoluyla yapılabilir. Sözlü olarak bildirildiğinin tutanağa yazılması gerekir. Amaç yargılamayı uzatmadan bunun yerine getirilmesini sağlamaktır. Tebligatta bir usulsüzlük varsa, elbette davalı taraf sonraki duruşmalara katıldığında davaya cevap verebilir ve savunma yapabilir. Davalı taraftan en az birisinin kamu olması halinde, kamu avukatının müvekkili kurumdan savunma yapma imkanı sağlayacak delillerini bildirecek belge ve bilgileri bürokratik prosedür içinde tamamlaması ve dilekçeye eklemesi bu süre içinde mümkün olmayacak ve kamu avukatı her davaya karşı ek cevap süresi isteyecektir. Ek süre vermek hakimin takdirin-

de olmasına rağmen böyle bir süreyi hakim her defasında vermek zorunda kalacaktır. Yargılamayı uzatacak olan bu durum basit yargılamanın çabukluk ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

B. Cevap Dilekçesinde Bulunması Gerekli Unsurlar

Yasa koyucu, dava dilekçesinde bulunmasını gerekli gördüğü unsurlara ilişkin düzenlemesine paralel olarak cevap dilekçesinde de, inkar dışındaki savunma sebepleri bakımından aynı esası benimsemiştir. Mahkemenin adı, davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri; davalı yurt dışında ise açılan dava ile ilgili işlemlere esas olmak üzere yurt içinde göstereceği bir adresi, davalının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri ve davalının veya varsa kanuni temsilcisinin yahut vekilinin imzasının bulunması aranmıştır. Bulunmaması halinde hakim bu eksikliklerin giderilmesi için bir hafta süre verecek, eksikliğin bu süre zarfında da giderilmemesi hâlinde cevap dilekçesi verilmemiş sayılacaktır (m. 130). Ayrıca cevap dilekçesinde; davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri, savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği, dayanılan hukuki sebepler ve açık bir şekilde talep sonucuna yer verilmelidir (m. 129). Bunun getirdiği zorluk ve sıkıntılardan olsa gerek, basılı formun doldurulması suretiyle dava ve cevap dilekçesi vermek mümkün hale getirilmiştir.

C. Karşılık Dava Açılması

HMK m. 133/1'de karşılık davanın cevap süresi içerisinde açılması gerektiği belirtilmektedir. Bu süre iş mahkemelerinde iki haftadır. İş mahkemeleri özel mahkemelerdir. Görevin belirlenmesi bakımından dava değerinin bir önemi yoktur. Bu nedenle, genel mahkemelerin görevine giren karşılık davalara da bakabilir¹¹. Genel mahkemedeki bir davaya karşılık açılan dava, iş mahkemesinin görevine giriyor ise, buna genel mahkeme bakamaz. Ancak iş mahkemesindeki bir davaya karşılık açılan da-

vaya genel mahkemenin görevine girse dahi iş mahkemesi bakabilir¹².

V. Ön İnceleme

A. Genel Olarak

Dava ve cevap dilekçelerinin tebliğ işlemlerinin tamamlanması ile birlikte hakim tensip zaptı düzenleyip ön inceleme için duruşma günü belirleyecektir (m. 139). Ön inceleme duruşması günü verilmesine ilişkin düzenleme emredicidir. Bu nedenle, ön inceleme duruşması yapılması zorunludur. Uygulamada tensip zaptı dava dilekçesi ile birlikte davalı tarafa tebliğ edilmekte ise de yasada böyle bir koşul yoktur.

Ön inceleme duruşması, dava ve cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, tahkikata geçilmeden önce yapılan bir duruşmadır¹³. Hakim ön inceleme duruşmasında dava şartlarını (m. 114) ve ilk itirazları (m. 116) inceler; zamanaşımı ve hak düşürücü süreler hakkında karar verir; uyuşmazlık konularını tam olarak belirler; hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar (ancak delil incelemesi yapmaz); tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir (m. 137). Tarafların anlaşamadıkları noktaları ortaya çıkarır (m. 140). Bu tutanak taraflar veya vekillerince imzalanır ve yargılama bu tutanakta belirlenen uyuşmazlık konuları esas alınarak sürdürülür. Tutanakta yer almayan hususlar incelemenin ve yargılamanın kapsamı dışında kalır. Tutanak taraflar için bağlayıcıdır. Ön inceleme safhası tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilmez. Bundan amaç, hakime davaya hazırlanması yani dosyayı okuması ve tahkikatı ona göre belirlemesi için bir fırsat vermek, uyuşmazlığın çözümü için yol haritası çizmesini sağlamaktır. Böylece yargılamayı gereksiz yere uzatan işlemlerin sonradan ortaya çıkması önlenmiş olacaktır¹⁴.

Ön inceleme duruşmasında geçici hukuki koruma tedbirlerine, usul ekonomisi gereği davaların birleştirilmesi veya ayrılmasına karar verilebilir¹⁵. Her iki tarafında ön inceleme duruş-

masına gelmemesi veya gelip de davayı takip etmemesi halinde dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilecektir. Hakimin cevap dilekçesinden sonra ön inceleme günü tayin etmek zorunda bırakılması, basit yargılama usulünün amacı ve özelliklerine uygun değildir. Ön inceleme safhası uygulamada yargılamayı hızlandırmak yerine hakimin uyuşmazlığa müdahalesini geciktirecektir¹⁶.

B. Dava Şartlarının İncelenmesi

Dava şartları 114. maddede sayılmıştır. Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması, yargı yolunun caiz olması, mahkemenin görevli olması, mahkemenin yetkili bulunması, davacının dava takip yetkisine sahip olması (m. 53), vekilin davaya vekalet ehliyetine sahip olması, davacının gerekli avansı yatırmış olması, teminat hakkındaki karar gereğinin yerine getirilmiş olması, dava açmakta hukuki yararın bulunması, davanın derdest olmaması, kesin hükme bağlanmamış olması gerekir. Kamu düzeninden olması nedeniyle dava şartlarının bulunup bulunmadığını mahkeme kendiliğinden davanın her aşamasında araştırır ve gerekirse duruşma yapmadan da karar verebilir (m. 115). Dava şartları hakkında ön inceleme aşamasında karar verilmemiş olması daha sonraki aşamalarda karar verilmesine engel değildir. Dava şartının yokluğu halinde davanın usulden reddine karar verilir. Davanın usulden reddi nedeniyle davacının yeniden aynı konuda dava açmasına bir engel yoktur. Usul kurallarının zaman bakımından uygulanmasında derhal uygulanırlık ilkesinin geçerli olması nedeniyle, 114. maddede belirtilen koşullar devam eden davalarda da aranacaktır¹⁷. Belirtilen koşullar içinde dikkati çeken husus, devam eden davalarda da avans yatırılacak olmasıdır. Verilen süre içerisinde avans yatırılmadığı takdirde dava usulden reddedilecektir. Bu koşul, pek çok kişinin adli yardım talebinde bulunmasına yol açacaktır.

1. Mahkemenin Görevli Olması

a. Genel Olarak

Medeni yargılamada ilk derece mahkemeleri genel mahkemeler ve özel mahkemeler olarak

ayrılmışlardır. Özel mahkeme olan iş mahkemeleri, iş davaları ve sosyal güvenlikten kaynaklanan davalara bakarlar. İş davalarının neler olduğu 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde ve diğer bazı özel yasalarda gösterilmiştir (5510 sayılı Kanun m. 101 ve Sendikalar Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, 5953 sayılı Basın Çalışanlarına İlişkin Kanun, Deniz İş Kanunu, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunları gibi). İş mahkemeleri yasası iş mahkemelerinin görev alanını belirlerken iki unsuru göz önüne almıştır. Bunlar davanın tarafları ve davanın konusudur. Davanın tarafları işçi ile işveren veya işveren vekili, davanın konusu ise iş sözleşmesinden veya iş kanununa dayanan bir hak iddiasından doğmuş bulunmasıdır¹⁸. İş Mahkemesinin görevli olması için, kural olarak tarafların işçi, işveren ve aralarında iş ilişkisi olması gerekir. HMK görev hususunu belirlerken "hizmet akdinden doğma" yerine, daha kapsayıcı olan "hizmet ilişkisinden doğma" ölçüsünü esas almıştır (317/d). Genel mahkeme ile özel mahkeme arasındaki ilişki bir görev ilişkisidir. Özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerin görevinden önce gelir. Açık kanun hükmü ile özel mahkemelerde görüleceği belirtilmemiş olan bütün davalar genel mahkemelerin görevine girer¹⁹.

b. Diğer Mahkemelerle Görev İlişkisi

İş mahkemelerinin görev kuralları da diğer mahkemelerin görev kuralları gibi kamu düzenine ilişkin ve emredici niteliktedir. Mahkeme görev hususunu ileri sürülmesine gerek kalmaksızın kendiliğinden yargılamanın her aşamasında inceleyebilir. Görev kurallarının kamu düzeni ile ilgili olmasının doğal sonucu olarak genel mahkemelerin görevine giren bir uyuşmazlık özel mahkemelerde görülemeyeceği gibi, özel mahkemelerin görevine giren bir uyuşmazlık da genel mahkemelerde görülemez. Ancak birbiri ile bağlantısı nedeniyle birleştirilmesi gereken davalarda, uyuşmazlığın bir kısmı için genel mahkemelerin, bir kısmı için özel mahkemelerin görevli olması halinde davaya hangi mahkemede bakılacağı konusunda sorun çıkabilir. Bu noktada yargılamanın daha çabuk ve daha az giderle sonuçlanmasını sağlamak için, iş mahkemelerinin görev alanı dı-

şında kalan uyuşmazlıkların, bu mahkemelerde görülen iş uyuşmazlıkları ile bağlantısı olduğu takdirde, davaların birleşmesi yoluyla iş mahkemesinde bakılması gerektiği düşünülebilir. Çünkü bağlantı kapsamındaki davalarda davalı veya davacı genelde işçidir. İşçinin İş Mahkemeleri Kanunundan yararlanması lehinedir. Esasen yasanın izlediği amaç da budur. Böyle bir davada iş mahkemesi görevsizlik kararı veremez²⁰.

c. Sosyal Güvenlikten Kaynaklanan Davalar

Sosyal güvenlik açısından baktığımızda iş mahkemelerinin görevli olabilmesi için her şeyden önce uyuşmazlığın yanlarının Sosyal Güvenlik Kurumu ile sigortalılar veya yerine geçenler olması gerekir (5521 1/B). Kısaca uyuşmazlık sigortalılık ilişkisinden doğmalıdır. Bu konuda 5510 sayılı yasanın 101. maddesinde, bu kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. HMK iş mahkemelerinin görevine giren dava ve işler bakımından bir değişiklik getirmemiştir.

2. Mahkemenin Yetkili Olması

a. Genel Olarak

Yetki, davaya hangi yer mahkemesinin bakacağı ile ilgili bir husustur. Yetkiye ilişkin genel kurallar HMK 5-16. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda da yetkiye ilişkin özel düzenleme bulunmaktadır. Anılan yasanın özel bir yasa olması itibarıyla iş mahkemelerinin yetki sorununun çözümünde öncelikle uygulanması gerekmektedir. Kaldı ki HMK'nın 5. maddesi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. 5521 sayılı yasanın 5. maddesine göre; "İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunanın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz." Bu özel yetki kuralı uyarınca davacı (işçi veya işveren) seçimlik hakka sahip bulunmaktadır. Davacı davayı dilerse davalının yerleşim yerinde,

dilerse işçinin işini yaptığı işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde açabilecektir²¹. Davalının ikametgahı mahkemesi ifadesi HMK'daki genel yetki kuralına da uygundur. İşçinin işini yaptığı işyeri mahkemesini ise, taraflar arasında uyuşmazlığın kaynağı ve davanın açılmasına neden olan iş ilişkisinin geçtiği işyeri olarak anlamak gerekir²². HMK'nın 14/1. maddesi uyarınca, dava bir şubenin işlemlerinden doğuyorsa, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Özellikle sosyal güvenlikten kaynaklanan davalarda, dava konusu işlemin SGK'nın şubesi tarafından yapılması halinde o şubenin bulunduğu yerde de dava açılabilir. Birden fazla davalı bulunması halinde HMK 7. ve 14. maddeleri uyarınca, bunlardan birisinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilir²³.

b. Mahkemenin Yetkisini Kendiliğinden Gözönüne Alması

İş mahkemeleri açısından belirlenen yetki kurallarına aykırı sözleşme muteber sayılmamıştır. Kaldı ki, HMK 17. madde gereğince yetki sözleşmesi işçinin taraf olduğu davalar bakımından olanaksız hale gelmiştir. O nedenle iş mahkemeleri açısından yetki kamu düzenine ilişkindir. Yetkinin kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, taraflarca ileri sürülmesi dahi mahkeme bunu yargılamanın her aşamasında göz önüne alıp yetkisizlik kararı verebilir (m. 19)²⁴.

c. Yetki İtirazında Bulunulması

Yetki itirazı sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlığın iş mahkemelerinin yetkisini düzenleyen 5521 sayılı yasanın 5. maddesine göre çözümlenmesi gerekir. Anılan maddeye göre yetki, kamu düzeninden sayılmakla birlikte, kesin değildir. Burada iki yetki kuralı getirilmiştir. Davacının, yetkili mahkeme açısından, seçimlik hakkı bulunmaktadır. Seçilen yetkili mahkemenin açıklamasıyla, yetkili mahkeme belirlenerek yetkisizlik kararı verilebilecektir²⁵. Ayrıca bu konuda 5510 sayılı yasanın 101. maddesinin "uyuşmazlıkların çözüm yeri" başlıklı; "Bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" hükmü gereği iş mahkemelerinin yetki hususu 5521 sayılı yasada düzenlenmiş bulun-

duğundan, sorunun 5. madde hükmü çerçevesinde çözülmesi gerekir.

3. İlk İtirazlar

İlk itirazlar HMK'nın 116. maddesinde yetki, tahkim ve iş bölümü itirazı olarak belirtilmiştir. İlk itirazlar cevap dilekçesi ile birlikte ileri sürülebilir (m. 131). Cevap süresi içinde bildirilmeyen ilk itirazları bildirmek üzere hakim taraflara süre veremez²⁶. Davalının cevap dilekçesi vermemiş olması ona sonraki aşamalarda ilk itirazları ileri sürme hakkı vermez. İlk itirazların ileri sürülebileceği zaman kesiti yasa ile belirlendiği için daha sonra ıslah yoluyla ilk itirazlar ileri sürülemez. İlk itirazların süresinde ileri sürülüp sürülmediği mahkemece re'sen araştırılır. İş mahkemelerinde tahkimin uygulanmasının sınırlı ve sıkı koşullara bağlanması, yetkinin kamu düzeninden olması ve görev bakımından iş bölümünün söz konusu olmaması nedeniyle ilk itirazların iş mahkemelerinde uygulanırlığı fiilen yoktur.

4. Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesi

Genel usul yasasının yanında ayrı ve özel bir usul yasasının uygulanıyor olması, iş mahkemelerini, yargılama usulü bakımından diğer mahkemelerden farklı hale getirmektedir. Bu farklılığı ortaya çıkaran en önemli hususlardan birisi hakim tarafları sulhe teşvik etmesidir (5521 sayılı Kanun m. 7). Ayrıca HMK'nın 320/2. maddesinde de hakim tarafları sulhe teşvik edeceği belirtilmiştir. Sulhe teşvik hakim için bir yükümlülük olarak getirilmiştir. Hakim sulh yolunu denediğini zapta geçecektir. Ön inceleme aşaması geçtikten sonra hakim sulhe teşvik zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak sulh konusunda sonuç alınacağı kanaati hasıl olursa bir defaya mahsus yeni bir duruşma günü belirlenebilir²⁷. Sulh yoluna başvurmak taraflarla diyalogu, açıklama yapmayı, bilgilendirmeyi, belki ikna çabasını gerektirmektedir. Mahkemelerin aşırı iş yükü nedeniyle hakim zamanının yetersizliği, sulh yaptırma konusundaki eğitim ve deneyim eksiklikleri ile sulhe teşvik halinde tarafsızlığını yitirme endişesi²⁸, yasanın sulhe ilişkin hükümlerinin uygulanmasını bir formalitenin yerine getirilmesi ve

ön hatırlatmadan ibaret kalmasına yol açacak, sonuç doğurmayacaktır. Ayrıca sosyal güvenlik hakkına ilişkin davalar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalardan olmadığı için tarafların sulhe teşvik edilmesi söz konusu olmayacaktır. Feragat ve kabul mahkeme-yi bağlamadığı gibi tarafların sulh olmaları da mahkemeyi bağlamayacaktır (m. 137).

VI. Tahkikat

Tahkikat, çekişmeli hususta hüküm verilebilmesi amacına dönük olarak, uyuşmazlığın aydınlığa kavuşturulması için yapılan işlemlerdir²⁹. Bu işlemler duruşmalar yoluyla yapılır. HUMK'nın duruşma yapılmasına ilişkin "Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez." (m. 73) kuralına HMK'da yer verilmemiştir. Buna karşılık HMK'da (duruşma yapılması kuralına açıkça yer verilmemekle birlikte), hukuki dinlenilme hakkı düzenlenmiştir (m. 27). Bunun HMK açısından bir eksiklik olduğu söylenebilir³⁰. Bu nedenle mahkemenin, mümkün olduğu halde tarafları duruşmaya çağırılmadan dosya üzerinden karar verebilmesi öngörülmüştür (m. 320/1).

Tahkikat safhasında tarafların ileri sürdükleri vakıaların doğru olup olmadığı araştırılır. Sonra iddia ve savunmalar gözden geçirilir, bunların ispatı için gösterilen deliller incelenir. Taraflar isticvap edilebilir. Ön inceleme aşamasında da ihtiyaç duyulması halinde isticvap yoluna başvurulabilir³¹. Delillerin incelenmesi bitince, davanın yeterince aydınlandığı kanaatinde olan hakim, tahkikat safhasını tamamlamış olur (HMK m. 146, 184, 321). Her iki tarafa da tahkikatın tümü hakkında söz hakkı verip yargılamayı sona erdirir (m. 321)³².

A. İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı

1. Genel Olarak

Basit yargılamada iddia ve savunmanın bildi-

rilmesi zamanı, yazılı yargılamaya göre farklılık gösterir. Davacı davanın açılması ile davalı ise cevap dilekçesi vermek suretiyle iddia ve savunmalarını ileri sürüp açıklayabilirler. Savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının başlangıç anı (HUMK'daki düzenlemeden farklı olarak) değiştirilmiş ve öne çekilmiştir. Dolayısıyla, savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlayacaktır (HMK m. 319). Bu aşamadan sonra yasadaki istisnalar dışında (ıslah, taraf değişikliği (m. 124), feragat, karşı tarafın rızası, dava konusunun temliki³³) dava ve cevap dilekçesindeki iddia ve savunmalar değiştirilip genişletilemez. Bir kısım savunma sebeplerinin saklı tutularak sonradan ileri sürülmesi genişletme ve değiştirme yasağına girer³⁴. Taraflardan birisinin ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, diğer taraf, iddia ve savunmasını karşı tarafın rızası olmaksızın genişletebilir veya değiştirebilir (m. 141). Buna karşılık hakimden kendiliğinden araştırması gereken konularda yasak söz konusu olmaz. Çünkü hakim, söz konusu olan hususu, taraflarca ileri sürülmesine gerek kalmaksızın dava kapsamına sokmak zorundadır³⁵. Bu nedenle, kamu düzenini ilgilendiren hizmet tespiti davalarında hakimden delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir.

Bir hakkı ortadan kaldırmaya yönelik itirazlar (ifa ve ibra gibi) her zaman ileri sürülebilir ve hakim tarafından kendiliğinden göz önüne alınır. Bir savunma olarak def'ilerin taraflarca ileri sürülmesi gerekir. Bunlardan en önemlisi zamanaşımı def'i olup cevap süresi içinde ileri sürülebilir. Cevap süresinin geçirilmesinden sonra zamanaşımı savunmasının ileri sürülmesi savunmanın genişletilmesi yasağı ile karşılaşacaktır³⁶. Zamanaşımı savunmasının ilk itiraz olmaması nedeniyle, karşı tarafın rıza göstermesi halinde cevap süresinden sonra da ileri sürülebilir. Davalı tarafa cevap dilekçesini hazırlaması için ek süre verilmesi halinde, uzayan cevap süresi içinde (m. 317/2) zamanaşımı def'i ileri sürülebilir. Basitlik esasına dayalı olan iş yargılamasında yazılı olarak verilen ıslah dilekçesinin (ıslah sözlü olarak da yapılabilir

(m. 177/2)) karşı tarafa tebliğini (sözlü yapıldığı takdirde tutanağın) izleyen iki haftalık süre içerisinde ıslaha konu alacaklar bakımından zamanaşımı savunmasında bulunulabilir. İşçilikten kaynaklanan alacak davalarında, genellikle hizmetin süresi ve ücretin miktarı taraflar arasında uyuşmazlık konusu olup, gerçek süre ve miktar yargılama sırasında delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile ortaya çıktığından hakim henüz tahkikat başlamadan önce ön inceleme aşamasında zamanaşımı savunmasını karara bağlaması mümkün değildir³⁷. Kaldı ki dosyaya usulü dairesinde giren belgelerde, hak düşürücü sürenin geçtiği veya zamanaşımının gerçekleştiği görülemiyor, tahkikata girildikten sonra anlaşılabilir veya itiraza uğramayan zamanaşımı savunması sonraki aşamalarda ileri sürülüyorsa hakim bu zamanı beklemek zorunda kalacağından, ön inceleme aşamasında zamanaşımı hakkında karar vermek mümkün olmayabilecektir.

2. Muvafakat

İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı, emredici nitelikte bir hüküm değildir. Bu nedenle, hakim tarafından kendiliğinden göz önüne alınmaz. Karşı tarafça bunun ileri sürülmesi gerekir. Karşı taraf muvafakat ettiği takdirde iddia ve savunmalar değiştirilip genişletilebilir. Savunmanın genişletilmesi yasağının istisnalarından biri olan muvafakat (m. 141), açık olmalıdır. Bu nedenle, savunmanın genişletilmesine muvafakat edilmediğine dair beyanın bildirilmesine (bu yönde itirazda bulunulmasına) gerek yoktur. Açık muvafakat edilmediği durumlarda, karşı taraf yararına, genişletilen savunma çerçevesinde, mahkemece dikkate alınmasını gerektiren usuli kazanılmış hak doğmaz. Bu durumda karşı taraf açısından ıslah yoluna başvurmadan başka çıkar yol yoktur.

3. Fazlaya İlişkin Hakların Saklı Tutulması

Uygulamada, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak suretiyle açılan ilk kısmi davada (yaptırılan bilirkişi incelemesiyle) gerçek alacak miktarı belirlendikten sonra, saklı tutulan alacak bakiyesi için ek dava, ıslah ya da ek dilekçe ile

tespit edilen gerçek alacak miktarı talep edilmektedir. Artık ne ilk ne ek davada veya ıslah dilekçesinde fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması zorunluluğu bulunmamaktadır. O nedenle, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olmadıkça, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması suretiyle talep konusunun geri kalan kısmından davacının zımni feragati söz konusu olmayacaktır (HMK 109). Davacı talebini ek davada veya aynı dava içinde ıslah yoluyla hatta ıslaha gerek kalmaksızın artırabilecektir. Aynı dava içinde talebin artırılmasında iddianın genişletilmesi yasağı işlemeyecektir (m. 107).

B. Ön Sorun

İş yargılamasında bazı ön sorunlar çıkabilir (m. 165). İlgili taraf, dilekçe vermek suretiyle yahut duruşma sırasında sözlü olarak bunu ileri sürebilir (m. 163). Örneğin taraflar bordrolardaki veya diğer belgelerdeki imzalara itiraz edebilirler. Bu sorunların yazılı usulde olduğu gibi giderilmesi gerekir (m. 208-224). Hâkim, taraflardan birinin ileri sürdüğü ön sorunu incelemeye değer bulursa, belirleyeceği süre içinde, varsa delilleriyle birlikte cevabını bildirmesini diğer tarafa tefhim veya tebliğ eder. Gerekli gördüğü takdirde tarafları davet edip dinledikten sonra bu konudaki kararını verir (m. 164).

İş yargılamasında en önemli sorun, hüküm verilebilmesi için idari makamın tespitinin veya diğer bir dava sonucunun beklenmesidir. Ön inceleme aşamasında, idari makama başvuru veya diğer bir davanın sonuçlanmasının bekletici sorun yapılmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir (m. 165). Özellikle işçilik alacakları için açılan davada, hizmet ilişkisinin ya da süresinin açıklık göstermediği ve taraflardan birisinin hizmet tespiti davası açması durumunda, bu davanın sonucu beklenmektedir. Ayrıca feshe bağlı olan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacakları için açılan davada iş söz-

leşmesinin feshinin geçersizliğinin tespiti; İş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında ise, iş kazası tespit davasının sonucunun beklenmesi gerekir.

C. Delillerin Bildirilmesi

Basit yargılama usulünde getirilen hükümler, doğrudan olmasa da dolaylı olarak delillerin bildirilmesi zamanı, ispat ölçüsü ve taraflarca ileri sürülecek iddia ve savunma vasıtalarını sınırlandırmaktadır. Basit yargılama usulünde delilleri taraflar getirir. Amacına aykırı düşmedikçe bütün ispat vasıtalarından yararlanılabilir³⁸. Hizmet tespiti davaları dışında hakim kendiliğinden delil araştırmaz³⁹. Dava dilekçesinde davacı, cevap dilekçesinde ise davalı, iddia ve savunmalarını hangi delillerle ispat edeceğini belirtecektir (m. 119/1-f; 129/1-e). Belgelerin dilekçeler ile birlikte eklenerek verilmesi zorunludur (m.318). Eklenmemesi ihtimali göz önüne alınarak, ön inceleme aşamasında da yazılı delillerin sunulması için kesin süre verilmesi öngörülmüştür (m. 140/5).

1. Delillerin Bildirilmesi Zamanı

Kural olarak basit yargılamada deliller dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte somut olarak bildirilir. Usulün 318. maddesi: “taraflar dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır” hükmünü içermektedir. Dolayısıyla, davacı açısından dava dilekçesi, davalı açısından ise cevap dilekçesinin verilmesinin delil ikamesi için son usuli işlem olarak kabul edilmiş⁴⁰ olması tarafların iddia ve savunma vasıtalarını sınırlandırmaktadır. Ayrıca delillerin dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte derhal ikamesi zorunluluğu, taraflarca derhal ispat edilmesi imkanı olmayan iddiaların⁴¹ ileri sürülmesi ve hakim tarafından tahkiki imkanını ortadan kaldırmaktadır⁴². Buna karşılık, dava dilekçesinde delil türlerinin adlarını saymak ya da “bütün yasal deliller” gibi genel geçer ifadeler yerine somut bir şekilde davanın başında ileri sürül-

mesini sağlaması nedeniyle ayrıca zaman kaybedilmesini önleyecektir⁴³. Anılan madde, taraflara delillerini dava ve cevap dilekçeleri ile bildirmelerini öngörmekte iken, 140/5. madde ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık süre verileceğini belirtmekle, sonradan delil gösterilmesine izin verilebileceğini öngörmektedir. Tahkikatın başlamış olmasına rağmen sonradan delil gösterilebilecek olması (145. madde uyarınca); yargılamayı geciktirme amacı taşımaması veya süresinde ileri sürülememesinin ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmamasına bağlıdır. Sonradan delil ikamesi hakim takdirindedir. Hakim bu yetkisini basit yargılama usulünün amaç ve ilkelerine uygun kullanmak durumundadır. Belli koşullar altında sonradan delil bildirilebilecek olması, ikinci bir tanık listesi verme imkanı vermez (m. 240/2). Bunun ıslah yoluyla veya karşı tarafın onayıyla aşılması da mümkün değildir. İkinci tanık listesi verilmesi yasağı re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu hizmet tespiti davaları bakımından uygulanmaz. Taraflara tüm delillerini dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte bildirmeleri öngörülmüş (m. 318) iken, 243. madde, tanık listesi için kesin süre verilmesi, liste verilmemiş olmasına rağmen kesin süre verilen duruşmada hazır edilen tanıkların dinlenmesi gerektiği kuralını getirmektedir. Söz konusu hüküm, 318. maddedeki kuralı fazlasıyla esnetmektedir.

Yargılamanın kötü niyetle uzatılmasını önlemek amacıyla, daha sonraki oturumlara gelen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ilkesi benimsenmiştir (m. 147/2). Davaya süresinde cevap vermemiş olan taraf davayı inkar etmiş sayılır. İnkâr sınırları içinde kalmak ve savunmanın genişletilmesi/değiştirilmesi yasağına uymak koşuluyla yukarıda belirtilen hükümler (m. 140/5 ve m. 145) gözönüne alındığında, davalının delil göstermesi engellenmiş değildir. Duruşmaya hangi aşamada katılmışsa, dava dilekçesindeki olayları inkar etmiş sayılma kapsamında ve savunmanın genişletilmesi yasağı içinde kalmak koşuluyla

delillerini bildirebilir⁴⁴.

2. Delillerin İncelenmesi

a. Genel Olarak

Basit usulde delillerin incelenmesi yazılı usulde olduğu gibidir. Deliller dava ve cevap dilekçeleri ile somutlaştırılacak, elde bulunan belgelerin karşı taraf sayısından bir fazla örneğinin dilekçeye eklenecek (m. 121) ve bu dilekçeler karşı tarafa tebliğ edilmiş olacağından ayrıca delil dilekçesinin karşı tarafa tebliğine gerek yoktur. Delillerin takdiri mahkemeye aittir. Tarafların tüm delillerinin kabul edilmesi gibi bir hakları yoktur⁴⁵.

b. Tanık Delili

Hakim, yargılamayı dürüstlük kuralı (m. 29/1) ve usul ekonomisine (m. 30) uygun olarak yürütebilmek için, tarafların usul hukukuna ilişkin kuralları dolayısıyla tanık gösterme taleplerini kötüye kullanmalarına izin vermemelidir. Hakim başlangıçta bildirilecek tanıkların sayısını kısıtlayamaz ise de, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile, ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edildiği takdirde, geri kalanların dinlenmemesine karar verebilir (m. 241)⁴⁶.

Uygulamada kimi kez yapıldığı üzere "tanıkların taraflarca duruşmada hazır bulundurulması" şeklindeki ara kararları ve buna ilişkin kesin süre verilmesi usule uygun değildir. Verilen kesin sürenin hukuksal bir değeri yoktur. Çünkü kesin süre ancak tarafın yapabileceği bir iş veya işlem için verilebilir. Tarafın tanığı hazır etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁷. Ancak tanık listesinde adresi gösterilmeyen veya gösterilen adreste bulunamayan tanığın adresinin gösterilmesi için verilen kesin süre içinde adres gösterilmeyen veya gösterilen adresi doğru çıkmayan tanık taraflarca hazır bulundurulur ise dinlenir (m. 243/1)⁴⁸. Davetiye tebliğine rağmen gelmeyen tanığın zorla getirilmesine karar verilebilir (HMK m. 245). Tanık bildirilen adreste bulunamaz ise dinlenmesinden vazgeçilmiş sayılır (240/3).

c. Diğer Deliller

İş yargılamasında kural olarak delillerin ta-

raflarca hazırlanması ilkesi kabul edilmiş ise de, keşif ve bilirkişi incelemesine mahkeme kendiliğinden karar verebilir, tarafları isticvap edebilir. Mahkeme tarafından re'sen başvurulabilecek deliller (örneğin keşif ve bilirkişi incelemesi gibi) yönünden, yatırılan avansın yeterli olmaması ve verilen süre içerisinde gider karşılanmaması durumunda, ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere, bu giderin devlet hazinesinden karşılanmasına karar verilebilir (m. 325)⁴⁹. Ayrıca sosyal güvenlik hakkından kaynaklanan davalarda hakim kendiliğinden delil araştırıp, bunlara başvurabilir.

3. Kesin Süre Verilmesi

Uygulamada öne çıkan en önemli sorunlardan birisi kesin süre verilmesi sorunudur. Medeni usul hukukunda süreler genel olarak taraflar için öngörülen süreler ve mahkemeler için öngörülen süreler olarak ikiye ayrılmaktadır. Taraflar için öngörülen süreler tarafları belli zaman kesitleri içerisinde belli işlemlerde bulunma durumunda bırakan sürelerdir. Tarafın öngörülen süre içerisinde yapması gereken işlemi yapmaması halinde, kural olarak taraf o hususla ilgili olan hakkından vazgeçmiş sayılacağı için bu durum genellikle o taraf aleyhine bazı sonuçlar doğurur⁵⁰. Süreler kanunda belirtilir veya hakim tarafından tespit edilir (m. 90). Taraflar için kanun tarafından konulan süreler (genel olarak haftalık veya iki haftalık olarak belirlenmiştir) kural olarak kesindir (m. 94/1). Öngörülen sürelerde yapılması gereken işlem yapılmaz ise o hak düşer. Buna karşılık hakim verdiği süreler kural olarak kesin değildir. Hakim kendi belirlediği kesin olmayan süreleri makul sebeplere dayanarak azaltıp çoğaltabilir (m. 90). Çünkü hakim bir işlemin yapılmasını öngören süreye ilişkin kararı bir ara karardır. Bilindiği üzere hakim ara kararlarından dönebilir. Belirlenen süreyi kaçıran taraf yenisini isteyebilir. Bu suretle verilecek ikinci süre kesindir ve bir daha verilmez (m. 94/2).

Verilen kesin süre içerisinde öngörülen işlem yapılmadığı takdirde, sürenin verildiği taraf aleyhine sonuçlar ortaya çıkar. Kaldı ki, kesin süre diğer taraf için usuli kazanılmış hak doğurur. Bu nedenle hakim, kesin süreye ilişkin ara

kararından dönemez ve bu süreyi uzatamaz⁵¹. Mahkemece getirtilmesi gereken resmi kurumlara ilişkin bilgi ve belgelerin taraflarca ibrazı için kesin süre verilemez. Bunların tarafların bildireceği kurum veya kuruluşlardan, olmadığı takdirde re'sen ilgili kurum ve kuruluşlardan tahkik edilmesi gerekir⁵². Ayrıca re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı hizmet tespiti davalarında kesin süre verilemez⁵³.

D. Davanın İhbarı

1. İş Uyuşmazlıklarında

İş mahkemelerinde açılan davalarda, asıl/alt işveren ilişkilerinin bulunması ve üçüncü kişilerin sorumluluklarının doğması ihtimali karşısında, davanın ihbarına özellikle davalı kamu kurumunun işi ihale etmesi nedeniyle sıkça başvurulmaktadır. Davanın ihbarı, devam eden bir davada taraflardan birisinin davaya müdahale suretiyle üçüncü kişinin kendisine savunma ve doğacak sorumluluk bakımından yardım etmesini sağlamasıdır⁵⁴. Tahkikat sonuçlanıncaya kadar dava ihbar edilebilir. Davanın ihbarı, davanın taraflarına ait tek taraflı bir usul işlemi olup, mahkeme işlemi değildir⁵⁵.

Davanın ihbar edilmesi husumet yöneltme niteliğinde değildir. Husumet kamu düzeniyle ilgili olup, res'en gözetilmelidir. HMK'nın 61. maddesinde düzenlenen, "Taraflardan bir davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir" hükmü gereğince, davanın ihbarı üzerine, davaya katılan üçüncü kişi, fer'i müdahil konumundadır⁵⁶. Davada ancak taraf olanlar hakkında hüküm kurulabileceğinden (m. 69), fer'i müdahile davanın ihbarı suretiyle husumet yöneltilemez ve hakkında hüküm kurulamaz. Ancak müdahil olan kişi bu sıfatı ile hüküm başlığında yer alır (m. 297). Fer'i müdahil, ancak katıldığı tarafla birlikte ve onun adına hükmü temyiz edebilir. Bununla beraber aleyhine hüküm kurulmuş olması halinde ise, fer'i müdahilin de kendi adına hükmü temyiz etme hakkı bulunmaktadır.

Mahkemece ihbarda bulunan tarafa sırf ihbar yüzünden ayrıca bir süre verilmez ve bu nedenle

yargılama başka güne bırakılmaz. İhbarda bulunmak isteyen taraf, ihbarda bulunduğu kişiye, ihbar sebebini ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğunu belirtmelidir (m. 62).

2. Sosyal Güvenlikten Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda

Hizmet tespiti davalarında, Sosyal Güvenlik Kurumu, elde edilecek hükmün sigortalılık hakları yönünden uygulayıcısı olması nedeniyle yasal hasım konumundadır. Sosyal Güvenlik Kurumu yanında, tespiti istenen sürede işyerinde işveren olarak bulunanların tümü, zorunlu dava arkadaşıdır. Zira alınacak ilam, sonuçta SGK tarafından infaza ve böylece sigortalının bu hakkının tesciliyle sigorta primlerinin işverenden tahsiline yol açacağından, sigortalıyı çalıştıran gerçek veya tüzel kişilere karşı da dava açılması gerekir⁵⁷.

E. Uzman Raporu Aldırılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, tarafların, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilecek olmalarıdır (m. 293). İşçi işveren arasındaki ilişkilerin gittikçe kompleks hale gelmesi, uyuşmazlıkların bilinen çözüm şekillerinin dışına taşması nedeniyle olayın aydınlatılması, özel bilgi ve incelemeleri gerekli kılabilir. Kaldı ki taraflar her konuda bilgi sahibi olamayabilirler. Uzman raporuna başvurmak ve uzmanın seçimi hakim tarafından değil, tarafların takdirindedir. Bu nedenle, yargılama gideri sayılarak uzman raporu aldırılmasına ilişkin herhangi bir gider talebinde bulunulamaz. Uzman raporu bir delil olarak kabul edilmemektedir⁵⁸. Uzman raporu mahkemeyi bağlamaz. Mahkeme isterse ayrıca bilirkişiden rapor aldırabilir. Uzman raporu ile bilirkişi raporu arasında çelişki çıkması halinde hangisine itibar edileceği hususu hakim tarafından takdirine kalmıştır. Uzman raporu aldırılması, bilirkişi deliline sıkça başvurulmuş iş mahkemeleri açısından özelliği olan bir uygulama haline gelebilir. Mahkemelerin ve tarafların yıllarca yapılagelen bilirkişi raporu aldırılması uygulamasından vazgeçmeleri kolay olmayacaktır. Uzman raporu aldırılması buna bir alternatif gibi ortaya çıkmıştır. Bilirkişi raporu aldırılması

yoluna başvuramayan taraflar uzman raporu sunacaklardır. Bu yola başvurulması, yeterli para bulamaması veya iyi uzman bulamaması nedeniyle, taraflardan zayıf konumda olan işçi aleyhine işleyecektir. Uzman raporu aldırılması yoluna başvurulması kamu açısından da kayıp olacaktır. Bilirkişi ücretleri kaynakta vergilendirilir iken uzman ile bundan rapor aldırılan kişi arasındaki ücret ilişkisi gizli kalacaktır.

VII. Hüküm

Tahkikat bittikten sonra artık delil ibraz edilmez. Evrak üzerinde hüküm verilmesi gerekmediği takdirde, 321. maddeye göre hakim iki tarafın son sözlerini dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Kararın tefhimi, en az 297. maddede belirtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. Gerekçeli kararın, tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir (m. 294/4). Kararın başına “Türk milleti adına” ibaresinin eklenmesi ve gerekçeli kararın yazıldığı tarihin kararda belirtilmesi gerekir. “Ekli karar okundu”, “davanın kabulüne” veya “davanın kısmen kabulüne” gibi soyut nitelikli hüküm verilmemesi gerekir. Böyle bir karar şeklinde esasen hüküm bildirilmiş olmamaktadır⁵⁹. Burada temyiz süresinin başlangıcı bakımından değişiklik meydana gelmiştir. HMK 366 hükmü gereği, temyiz süresi iş mahkemeleri açısından, tebliğden itibaren başlayacaktır. Temyiz süresi yüze karşı verilen hükmün tebliğini izleyen günden başlar. Ancak yasanın geçici 1. maddesi hükmü gereği 01.10.2011 tarihinden önce açılmış davalar bakımından temyiz süresi önceden olduğu gibi tefhimden itibaren başlayacaktır.

A. Dosya Üzerinden Karar Verilmesi

Esas olan, mahkemenin duruşma açıp, tarafları dinleyip karar vermesidir (m. 294/2). Dosya üzerinden karar verilmesi istisnai bir durum olmakla birlikte mahkeme, mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (m. 320/1). Dolayısıyla, ön inceleme ve tahkikat aşamalarına hiç girilmeyebilir. Kamu düzeninden olması ve dava şartı olması nedeniyle görevsizlik ve yetkisizlik

kararları duruşma yapılmadan verilebilir. Dava şartlarının yokluğu ve verilen süre içerisinde tamamlanmaması, dava dilekçesindeki zorunlu unsurlara ilişkin eksikliğin verilen süreye rağmen giderilmemesi halinde dosya üzerinden karar verilebilir. Birleştirme kararları da duruşma yapılmadan verilebilmektedir⁶⁰.

Dosya üzerinden karar verilmesine imkan sağlayan bir hüküm de 2821 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde bulunmaktadır. Söz konusu maddede, TİS yapma yetkisi bakımından tarafların başvurusu üzerine "İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata iddiasıyla süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar" denilmektedir.

B. Davaların Birleştirilmesi Kararı Verilmesi

Davaların birleştirilmesi iş mahkemelerinde sıkça verilen bir karar türüdür. Aynı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davaların, davanın her aşamasında istek üzerine veya re'sen, ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilmesine karar verilebilir. Birleştirme için duruşma gününün beklenmesi gerekmez⁶¹. İlk davanın açıldığı mahkeme, birleştirme kararı veren ikinci davanın açıldığı mahkemenin kararı ile bağlıdır (m. 166/1). Birleştirme kararının bağlayıcı olması, ilgisiz ve sorunlu dosyaların birleştirilmesi bakımından sakıncalıdır. Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır (m. 166/4). Ancak işçilik alacakları bakımından taraflardan yalnızca birisinin (işçi ya da işverenin) aynı olması tek başına birleştirme için yeterli sebep değildir. Yargıtay, bir futbolcunun çeşitli kulüplerdeki hizmetinin tespiti için bu kulüplere karşı tek bir dilekçe ile açılan davanın ayrılması gerektiğine karar vermiştir⁶².

C. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri

Hiç kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi açmış olduğu bir davayı da sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz. Dolayısıyla, taraflar yargılamanın her

aşamasında davadan feragat edebilir (m. 307), davayı kabul edebilir (m. 308), sulh olabilirler (m. 313). Feragat ve kabul kesin hükmün sonuçlarını doğurur.

Sosyal güvenlik hakkı, anayasal olarak tanınmış ve vazgeçilemez temel bir hak olup, hiç kimse bu hakkından feragat edemez. Dolayısıyla, hizmet tespitine ilişkin davalarda feragat olmaz⁶³. Ancak feragatın geçersizliği açılmış bir davayı takip etme zorunluluğunu göstermez. Feragat da olduğu gibi kabul de, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğuracağından, sosyal güvenlik hakkına ilişkin olarak açılan davalarda karşı tarafın davayı kabul etmiş olması, davanın kabulü sonuçlanmasını gerektirmez. Bu hakka ilişkin uyuşmazlıklarda sulh yoluna da gidilemez. O nedenle, tarafların sulhe teşvik edilmesi gerekmez.

VIII. Kanun Yolları

A. Genel Olarak

HMK geçici 1. maddesi, bu kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümlerinin kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte (01.10.2011) açılmış olan davalara uygulanmayacağını belirtmektedir. O nedenle, 01.10.2011 tarihinden önce açılan davalar bakımından kanun yoluna başvuru koşullarında bir değişiklik olmamıştır. Getirilen yenilik belirtilen tarihten sonra açılan davalar bakımındandır. İstinaf yoluna başvuru ile ilgili 5521 sayılı Yasa'daki düzenleme, istinaf yoluna başvuru süresini nihai kararın yüze karşı tefhiminden itibaren başlatmaktadır (5521/m. 8). Ayrıca kararın tebliğ edilmesi süreyi yeniden başlatmaz. Tarafın yokluğunda karar verilmiş ise süre, kararın tebliğinden itibaren başlar. HMK ise bu süreyi tebliğden itibaren başlatmakla birlikte, istinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümlerini saklı tutmuştur (m. 345). Henüz istinaf yolunun işlerlik kazanmamış olması karşısında temyiz yoluna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Özel yasa (5521 sayılı Yasa) da; "Bölge adliye mahkemesinin para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararları ile miktar veya değeri beşbin lirayı geçen davalar hakkındaki nihaî kararlara karşı tebliğ tarihinden başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna

başvurulabilir” hükmü yer almaktadır (m. 8/3). Buradaki temyiz yolu bölge adliye mahkemelelerinin kararlarına karşı öngörülmüş, iş mahkemelerinin kararlarına karşı temyiz yoluna ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Temyiz yoluna başvuru açısından HMK hükümleri uygulanacaktır. HMK 366. madde, bu kanunun istinaf yolu ile ilgili 343 ila 349 ve 352. maddeleri hükümlerinin temyizde de kıyas yoluyla uygulanacağını belirtmektedir. Bu hükümlerin temyizde kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Kıyas yoluyla uygulanacağına ilişkin göndermede bulunulan 343-349 arası maddelere baktığımızda; başvuru dilekçesinin verilme usulü (m. 343), harç ve giderlerin ödenmesi (m. 344), başvuru süresi (m. 345), dilekçenin reddi (m. 346), dilekçeye karşı tarafın cevap vermesi (m. 347), kanun yoluna katılma yoluyla başvuru (m. 348) ve başvuru hakkından feragat (m. 349) düzenlenmiştir. Burada önemli hale gelen yenilik, kanun yoluna başvuru süresi bakımından ortaya çıkmaktadır. Başvuru süresi tebliğden itibaren iki hafta olarak gösterilmiştir (m. 345). Temyiz dilekçesi (kıyas yoluyla uygulanan m. 347/1 gereği) karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı tarafın temyiz dilekçesinin kendisine tebliği üzerine daha önce hükmü temyiz etmeyen tarafın temyiz talebinde bulunması şeklinde adlandırılan katılma yoluyla temyiz yoluna başvurulabilir (kıyas yoluyla uygulanan m. 348). İş mahkemelerince verilen kararlar ve buna bağlı olarak Yargıtay ilamına karşı karar düzeltme yolu bulunmamaktadır (5521 m. 8/3). Ne var ki, Yargıtay onama veya bozma kararlarında açıkça maddi yanılmanın bulunması hallerinde dosyanın yeniden incelenmesi mümkün bulunmaktadır.

B. Kesin Kararlar

Süresinde temyiz yapılmaması veya temyiz üzerine Yargıtay’ın verdiği onama kararıyla birlikte iş mahkemesinin kararı şeklen kesinleşmiş olmaktadır. İş mahkemelerince verilen kararların bir kısmı kesindir. Örneğin, sendika üyelik başvurusunun reddi üzerine açılan davalar nedeniyle verilen kararlar kesindir (Sen. K. 22/3). Üyenin sendikadan veya konfederasyondan çıkarılma kararına karşı alınan kararlar (25/3); sendika tüzük ve belgelerinde kanuna aykırılık bulunması sebebiyle açılan davaları (54/1-2);

maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme kesin olarak karara bağlar (TİSGLK, 15/2). Grev oylaması sonucuna itiraz, greve katılmayacak işçilerin tespitine itiraz ve işin durdurulması, işyerinin kapatılması kararına karşı itiraz üzerine verilen kararlar, işverenler arasında asıl/alt işveren ilişkisindeki muvazaanın varlığını tespit eden müfettiş raporlarına karşı açılan davalarda verilen kararlar kesindir. Ayrıca HMK’deki miktar yönünden temyiz sınırına ilişkin hükümler iş yargılamasında da geçerlidir.

IX. Sonuç

Günümüzde yasaların hazırlanması ve uygulanması süreci dinamik, karmaşık ve içinden çıkılması zor bir nitelik taşımaktadır. Bu durum yalnızca maddi hukuka ilişkin yasalar için değil, usul hukukuna ilişkin yasalar için de geçerlidir. Hızla çoğalan öngörülmemiş değişiklikler ve toplumsal işlevler, karşılığında bir takım maliyetler doğurmaktadır. Keza yenilik ve değişikliklerin uygulanması bazı avantajlarla birlikte, bilinmeyen ve tahmini güç potansiyel riskleri de beraberinde getirmektedir. Yasa koyucunun görevi iyi bir yasa çıkarmaktır. Ancak hukuk sistemi yalnızca yasaların çıkarılması ile oluşmamaktadır. Hukuk sistemi, hukuk dışında ortaya çıkan değişikliklerin etkisiyle de biçimlenmektedir. Bu durum hakime yeni görev ve yükümlülükler getirmektedir. En fazla iki oturumda karar verilmesi, bir aydan fazla duruşma günü verilmemesi, hukuki konularda bilirkişiye başvuramaması gibi hükümler, hakimi elini çabuk tutmak zorunda bırakmaktadır. En basit uyuşmazlıklarda dahi bilirkişiye başvurulması ve bunun alışkanlık haline getirilmesi kötü bir uygulamadır. Buna karşılık iş mahkemesi hakiminden, bilirkişinin üç-beş gün uğraşıp içinden çıkamadığı dosyanın hemen içinden çıkması beklenmemelidir. Hakim, çok yeni ve gelişen, kendisinin inceleyemediği hukuki konularda bilirkişiden yararlanabilmelidir. Mahkemelerdeki iş yükü göz önüne alındığında iyi yetişmiş, zamanı bol, çok çalışkan, dosya sayısı az hakimler için HMK hükümleri yararlıdır.

DİPNOTLAR

- 1 Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008, s. 123;

- Yılmaz Ejder, "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/8, s. 5.
- 2 Sunar Gülcan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Basit Yargılama Usulüne İlişkin Hükümleri Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 258.
- 3 Sunar, agm, s. 276.
- 4 Sunar, agm, s. 258-260.
- 5 Alangoya Yavuz, "Medeni Usulün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, TBB Yayını, Ankara 2006, s. 46.
- 6 Sunar, agm, s. 273 ve dipnot 59.
- 7 Alangoya, agm, s. 47.
- 8 Kuru Baki/Budak Ali Cem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S:5, 2011, s. 14.
- 9 Kuru/Budak, agm, s. 13; Pekcanitez Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 59.
- 10 Dava dilekçesindeki delil bildirmeye ilişkin unsurları tanımlayan bir hükme 194. madde de yer verilmiştir. Bu hükme göre taraflar, dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmalı (m. 194/1); dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur (m. 194/2).
- 11 Ürcan Gülümcan, Sözlü Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2003, s. 74.
- 12 Şahlanan Fevzi, "İş Yargılaması", İÜHF 1976, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 383.
- 13 Ermenek İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak Mayıs 2011, C. 2, Sayı: 1, s. 146 ve 154.
- 14 Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, agm, s. 236-237; Ermenek, agm, s. 145.
- 15 Ermenek, agm, s. 171-172.
- 16 Sunar, agm, s. 270.
- 17 Yılmaz Halil, "Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması", Terazi Haziran 2011, s. 64 vd.
- 18 Mollamahmutoğlu, age, s. 126; Günay C. İlhan, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000, s. 35 vd.; Bozkurt H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2003, s. 75 vd.
- 19 Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 1, Ankara 2001, s. 164.
- 20 YHGK'nın 22.3.2002 tarih, 2000/2-1 sayılı (Meşe Yazılım Programı) ve Y. 9. HD'nin 09.11.2004 tarih, 2004/2036-25201 sayılı kararı (özel arşiv); Günay, age, s. 65.
- 21 Yılmaz Ejder, İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/8, s. 7; Y. 21. HD'nin 27.10.2008 tarih, 2007/23615-16624 sayılı kararı (Akin Levent, "İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009 s. 44); Deniz İş Kanunu'nda yetki konusunda özel bir hüküm bulunmaktadır. Yasanın "görevli ve yetkili mahkeme" başlıklı 46. maddesindeki düzenlemeye göre geminin bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır.
- 22 Şahlanan'a göre davacı işçinin dava tarihinde çalışmakta olduğu işyerinin gözönünde bulundurulması gerekir (Şahlanan, agm, s. 120).
- 23 "Davalı SSK Genel Müdürlüğü ikametgâhının Ankara ve hizmetin geçtiği yerin de Tosya ilçesi kabul edilerek davaya bakmaya Ankara ve Tosya İş Mahkemesi'nin yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiş ise de, HUMK'nın 17.maddesi uyarınca Genel Müdürlük aleyhine açılan işbu davanın Genel Müdürlük işlemlerini yürüten şubenin bulunduğu Kastamonu'da dahi açılmasının mümkün bulunmasına göre işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir". 10. HD. 13.4.1999 T., 2501-2486 (Günay, İş Mahkemeleri, s. 217); "...Yetkili mahkeme yönünden ise işveren seçimlik hakka sahiptir. Dilerse davalı Kurum'un merkezinde dilerse prim borcunu tahakkuk ettiren kurum şubesinin bulunduğu yerde...davasını açabilir" Y. 9. HD'nin 10. 4. 1990 tarih, 924/4734 sayılı kararı (Bozkurt, age, s. 254-255).
- 24 Yılmaz, İş Mahkemeleri Kanunu, agm, s. 7; Ürcan, agt, s. 69.
- 25 Y. 21. HD'nin 10.3.2008 tarih, 2007/16068-804 sayılı kararı (özel arşiv).
- 26 Y. 10. HD'nin 08.5.2003 tarih, 2003/1389-4062 sayılı kararı (Meşe içtihat programı).
- 27 Ermenek, agm, s. 163-164.
- 28 Yılmaz, İş Mahkemeleri Kanunu, agm, s. 7.
- 29 Ürcan, agt, s. 84 vd.
- 30 Yılmaz Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri", Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s. 225.
- 31 Ermenek, agm, s. 173.
- 32 Y. 7. HD'nin 13.6.1978 tarih, 1978/9396-8792 sayılı kararı (YKD 1979/2, s. 208).
- 33 Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007, s. 326.
- 34 Günay, age, s. 235.
- 35 Yılmaz Ejder, "İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı", ABD 1983/3-4, s. 12.
- 36 Yılmaz, agm, s. 12; Y. 9. HD nin 04.12.2000 tarih, 2000/18836-18033 sayılı kararı (Meşe Yazılım Programı).
- 37 Kuru/Budak, agm, s. 15.
- 38 Sunar, agm, s. 260-261.
- 39 Birben Erhan/Öktem Sezgi, "İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", Nuri Çelik Armağanı, Ankara 2001, s. 1098 vd.
- 40 Sunar, agm, s. 273.
- 41 Özellikle işçilikten kaynaklanan hizmet ilişkisinin olup olmadığı, hizmet süresi, ücretin miktarı, fazla çalışma, hafta sonu, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yapıp yapılmadığı taraflar arasında baştan sona uyumsuzluk konusu olması nedeniyle, davanın açılması ile ispat vasıtaları tespit edilebilen uyumsuzluklar olmayıp, bunların tespiti

işyeri uygulamaları gibi iş hukukuna özgü hususların tespiti zorunlu kılmaktadır.

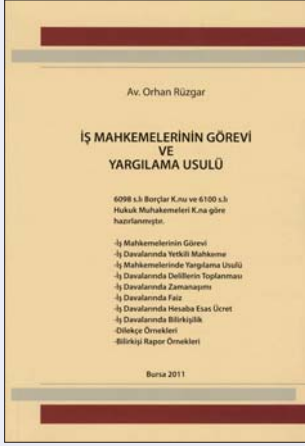
- 42 Sunar, agm, s. 260.
- 43 Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, agm, s. 242.
- 44 YHGK'nın 25.9.2002 tarih, 2002/9-616-646 sayılı kararı (özel arşiv).
- 45 Günay, age, s. 237.
- 46 Ertanhan Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 206 vd.
- 47 Ertanhan, age, s. 179; Y. 9. HD'nin 07.02.2006 tarih, 2005/31199-2546 sayılı kararı (legal, 2006 sayı: 10, s. 713).
- 48 Nitekim Yargıtay'a göre de, "... kesin sürede çıkartılacak davetiyede belirtilecek duruşma gününde tanıklar hazır edilmiş olduğunda artık kesin süreye uyulmadığı gerekçeyle tanıkların dinlenilmemesi hatalı olur" (Y. 9. HD'nin 24.1.2007 tarih, 2006/16589-722 sayılı kararı).
- 49 Y. 9. HD'nin 18.10.2007 tarih, 2007/5161-30857 sayılı kararı; "İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili düzenlemeler nitelikçe kural olarak kamu düzeniyle ilgilidir. Bu bakımdan, kusur ve hesap raporlarının alınması ve sair hususların incelenmesi davanın niteliği gözönünde tutularak, gerçeğin saptanması yönünden tarafların istemlerine bakılmaksızın hakim görevi gereğince re'sen yerine getirmesi gereken hususlardandır. Bu nedenle somut olayda; HUMK'nın 415. maddenin öngördüğü prosedür işletilmek suretiyle sonuca gidilmesi gerektiği açık seçiktir.
- 50 Yılmaz Ejder, "Hukuk Davasında Hakimin Verdiği Kesin Mehilin Hakkı Kısıtlaması", Ankara Barosu Dergisi, 1987/1, s. 45.
- 51 Yılmaz, Kesin Mehil, agm, s. 44.
- 52 Y. 9. HD'nin 29.12.1988 tarih, 1988/13229-13002 sayılı kararı (YKD 1989/8, s. 1117).
- 53 Y. 21. HD'nin 23.6.2008 tarih, 2007/22436-9609 sayılı kararı (YKD Ekim 2009).
- 54 Atalı Murat, Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007, s. 41 vd.
- 55 Y. 10. HD'nin 21. 11.2005 tarih, 2005/7867-11916 sayılı kararı (Meşe içtihat programı).
- 56 Atalı, age, s. 112.
- 57 Y. 10. HD'nin 21. 11.2005 tarih, 2005/7867-11916 sayılı kararı (Meşe içtihat programı).
- 58 Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri, agm, s. 246; Akil Cenk, "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayırımı", Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s. 174.
- 59 YHGK'nın 18.03.1987 tarih, 1987/216-209 sayılı kararı (YKD 1988/5, s. 603).
- 60 YHGK'nın 24.12.2008 tarih, 2008/9-768-784 sayılı kararı (özel arşiv).
- 61 YHGK'nın 24.12.2008 tarih, 2008/9-768-784 sayılı kararı (özel arşiv).
- 62 YHGK'nın 24.12.2008 tarih, 2008/9-768-784 sayılı kararı (özel arşiv).

- 63 Y.10. HD'nin 02.3.2009 tarih, 2007/24470-2358 sayılı kararı (özel arşiv).

KAYNAKLAR

- Akın Levent, "İş Yargısında Yetki İtirazı ve Kamu Düzeni", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009.
- Akil Cenk, "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayırımı", Ankara Barosu Dergisi, 2011/2.
- Alangoya Yavuz, "Medeni Usulün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, TBB Yayını, Ankara 2006.
- Atalı Murat, Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara 2007.
- Birben Erhan/Öktem Sezgi, "İş Yargılamasının Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", Nuri Çelik Armağanı, Ankara 2001.
- Bozkurt H. Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 2003.
- Ermenek İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak Mayıs 2011, C. 2, Sayı: 1.
- Ertanhan Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005.
- Günay C. İlhan, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000.
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt 1, Ankara 2001
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007.
- Kuru Baki/Budak Ali Cem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S:5, 2011.
- Mollamahmutoglu Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008.
- Pekcanitez Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011.
- Sunar Gülcan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Basit Yargılama Usulüne İlişkin Hükümleri Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.
- Şahlanan Fevzi, "İş Yargılaması", İÜHF 1976, S. 1-4, İstanbul 1977.
- Ürcan Gülümcan, Sözlü Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2003.
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Davasında Hakimin Verdiği Kesin Mehilin Hakkı Kısıtlaması", Ankara Barosu Dergisi, 1987/1.
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri", Ankara Barosu Dergisi, 2011/2.
- Yılmaz Ejder, "İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi/Değiştirilmesi Yasağı", ABD 1983/3-4.
- Yılmaz Ejder, "İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/8.
- Yılmaz Halil, "İş Yargılamasının Gösterdiği Özellikler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010.
- Yılmaz Halil, "Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması", Terazi Haziran 2011.

YENİ YAYINLAR



Av. Orhan Rüzgar tarafından hazırlanan **“İş Mahkemelerinin Görevi ve Yargılama Usulü”** adlı eser 2011 yılında yayımlanmıştır.

Bu eser, İş Hukuku yargılamasına katkıda bulunmak amacıyla hazırlanmıştır. Eserde özellikle iş mahkemelerinin görevi, iş mahkemelerinde görülen dava türleri ve yargılama usulüne yer verilmiştir. Okuyucunun dikkatinin dağılması ve akıcılığın bozulmaması için, ilke kararı niteliğinde olan Yargıtay kararlarının geniş özetlerine metin içinde yer verilmiş, kaynakları dip notlarında gösterilmiştir.

Eserde; tarifler, iş mahkemelerinin görevi, iş davalarında yetkili mahkeme, iş mahkemelerinde yargılama usulü, iş mahkemelerinde dava açılması, iş davalarında zamanaşımı, iş davalarında faiz, iş davalarında hesaplama esas alınacak ücret, iş davalarında bilirkişilik, cezai şart ve ibraname, iş davalarında istinaf ve temyiz olmak üzere onbir bölüm bulunmaktadır. Eserde, dilekçe örnekleri ve bilirkişi rapor örnekleri kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Ayrıca, iş davalarında sık sık başvurulması gereken İş Mahkemeleri Kanunu, Hafta Tatili Hakkında Kanun, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun basit yargılama usulü ve bilirkişilik ile ilgili maddeleri, kıdem tazminatı tavanı, asgari ücret tablosu, dini bayram günleri, yıllık yasal faiz oranları da esere eklenmiştir.



Dr. Ulaş Baysal tarafından hazırlanan **“İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep ile İş Sözleşmesinin Feshi”** adlı eser, Kasım 2011 tarihinde yayımlanmıştır.

Kitapta işçinin kişiliğinden kaynaklanan geçerli sebebin bir türü olan işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebep ele alınmaktadır.

Çalışmada öncelikle işçinin yetersizliği ve yetersizlikten kaynaklanan geçerli sebep kavramlarının esasları ve sınırları belirlenmeye çalışılmış, sonrasında işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebeplerin neler olabileceği tartışılmış, son olarak da işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesihlerin nasıl uygulanacağı ve ne şekilde yargısal denetime tabi tutulacağı incelenmiştir. Konu sadece Türk hukuku açısından değil, Alman hukuku açısından da yargı kararları ve öğretinin görüşlerine de değinilerek karşılaştırmalı olarak aktarılmıştır.

Söz konusu eser, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi konusunu monografik bir şekilde ele alması yönüyle, konuya ilişkin araştırmalara ışık tutabilecek bir kaynak niteliğindedir.

Av. Orhan RÜZGAR

Bursa Barosu

Belirsiz Alacak Davası, Kısmi Dava ve Tespit Davaları

1. BELİRSİZ ALACAK DAVASI

A- Belirsiz Alacak Davasının Amacı

Belirsiz alacak davası 6100 sayılı HMK m.107'de düzenlenmiştir. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında:

“Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yabut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

Karşı tarafın verdiği bilgi veya tabkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi ya sağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.”

hükmü bulunmaktadır.

Maddenin gerekçesinde de:

“Hak arama durumunda olan kişi, talepte

bulunacağı hukuki ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir. Özellikle zararın baştan belirlenemediği, ancak bir incelemeden sonra tam olarak tespiti mümkün olan tazminat taleplerinde böyle bir durumla karşılaşılabilmesi söz konusudur. Hukuk sistemimiz içinde, böyle bir durumla karşılaşan kişinin hak araması bakımından bir çok güçlük söz konusudur (...) Böyle bir durumda, gerçekten bilinmeyen bir alacak için dava açmaya zorlamak gibi, hak aramanın özüyle izah edilemeyecek bir yol ve aslında tarafın kendi ihmali ya da kusuru olmadığı halde bir yasakla karşılaşması gibi de bir engel söz konusuydu (...) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yabut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklının, hukuki ilişki ile asgari bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir (...)

ifadelerine yer verilmiştir.

Hem madde metni ve hem de gerekçe birlikte değerlendirildiğinde; belirsiz alacak davasının amacının; alacağını ya da zararının miktarını, dava açarken tam olarak belirleme imkanı olmayan veya dava konusu miktarın belirlenmesinin imkansız olduğu durumlarda, asgari bir miktar gösterilerek, gereksiz yere yargılama masrafına mahkum olmadan, dava açma hakkı tanınması olduğu sonucuna varılmaktadır. Her ne kadar madde metninde yazılmamışsa da, düzenlemenin diğer bir amacı, alacağın tamamı için zamanaşımının dava tarihinde kesilmesini ve faizin de bu tarihte başlamasını sağlamaktır.

B- Belirsiz Alacak Davası Açma Koşulları

Yukarıda açıklandığı gibi, belirsiz alacak davası iki halde açılabilmektedir. Bunlardan birisi davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak tespitinin alacaklının kendisinden beklenemeyecek olması, diğeri ise bunun belirlenmesinin imkânsız olmasıdır. Yani birinci durum davacının kendisinden, ikincisi ise dava konusu olaydan kaynaklanmaktadır.

1- Davacıdan kaynaklanan imkânsızlık

Davacı, gerek dava konusu hakkındaki bilgisi ve gerekse eğitim düzeyi gereği, dava konusu alacak veya zarar miktarını tam ve kesin olarak hesaplayabilecek daha doğrusu belirleyebilecek durumda değil ve bu belirleme ve hesaplama kendisinden beklenemeyecek durumda ise, belirsiz alacak davası açabilecektir.

6100 sayılı HMK'nın 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra özellikle işçiler tarafından iş mahkemelerinde açılacak olan kıdem, ihbar tazminatları ve diğer işçilik alacaklarında belirsiz alacak davası (veya kısmi dava) açılmayacağı ve bu istekler hakkında sadece tam alacak davası açılabileceği gibi görüşleri sürülmektedir. Ancak, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti ve diğer işçilik alacaklarının hesaplanması, daha doğrusu yasanın deyişiyle "tam ve kesin

olarak belirlenmesi" uzmanlık isteyen bir konudur. Bu hesaplamaları 25-30 yıllık meslek deneyimi olan hakim ve avukatlar bile zaman zaman yapamamaktadır. Böyle bir hesaplamanın yapılmasını ve tazminat ve alacağının belirlenmesini bu konuda hiçbir eğitim ve bilgisi olmayan bir işçiden nasıl bekleyebiliriz? İşçi kıdem ve ihbar tazminatının hesabında son ücretinin ve çalışma süresinin esas alınacağını bilebilir. Bu genel ve asgari bir bilgidir. Bu bilgilerle ancak asgari bir miktarın tespiti mümkün olabilir. Madde gerekçesinde bile "...Talep edeceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen..." denilerek bu durum açıklanmıştır. Ancak, bu ücrete eklenmesi gereken sosyal yardımların neler olduğu ve bunlardan hangilerinin asıl ücrete nasıl yansıtılacağını bilmesini beklememiz mümkün değildir. Bu konularda Yargıtay içtihatları bile sık sık değişmekte ve hatta bu konularla ilgilenen avukat, hakim ve bilirkişiler bile bu değişiklikleri zorlukla takip edebilmektedirler. Eğer bu hesaplamalar bu kadar kolay olsaydı bu tür dava dosyalarının hiç birinin tazminat ve alacakların hesaplanması için bilirkişilere gönderilmemesi gerekirdi. Halbuki, hepimizin bildiği gibi bu davalarda ancak bilirkişi hesaplamasından sonra gerçek miktar veya değer ortaya çıkmakta ve bundan sonra karar verilebilmektedir. İşçi, bu konularda uzman bir avukat tutması için zorlanamaz ya da tazminat ve alacaklarının uzman bir kişiye hesaplattırılması ve özel bir rapor alması istenemez. Zira, bu hesaplama da ücret karşılığı yapılacak ve üstelik bu ücret yargılama gideri olarak değerlendirilemeyecektir. Böyle bir özel rapor alınsa bile, bu raporu düzenleyen bilirkişi ya da uzman kişi de, işçinin vereceği bilgilere göre hesaplama yapacağından tam olarak gerçeği yansıtması da mümkün değildir. Esasen, alacaklının alacağını belirlemek için bilirkişi ya da uzmana başvurması, alacağın tam ve kesin miktarını belirleyemediğinin en güzel göstergesidir. Hele ülkemizde işyerlerinin büyük çoğunluğunda düzenli kayıt tutulmadığı da dikkate alındığında, işçiden böyle bir hesaplama beklemenin ne kadar yanlış olacağı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda önce şu örneği verelim; diyelim

ki işten çıkarılan bir işçi kıdem ve ihbar tazminatlarının tahsili için dava açacaktır. İşyerinde kayıtların yasalara uygun olarak tutulduğunu ve toplu iş sözleşmesi uygulandığını da varsayalım. Yani işçinin işe giriş ve çıkış tarihleri ile ücreti ve sosyal hakları bellidir. Bu durumda bu işçi işyerindeki çalışma süresini, son ücretini ve TİS ile kendisine sağlanan sosyal hakları bilebilir. Ancak, TİS'de işçiye sağlanan bazı sosyal haklar tazminat hesabında dikkate alınmamaktadır. Dikkate alınanların miktarında da tartışma olabilmektedir. Gerek bu konuda ve gerekse dikkate alınması gereken sosyal hakların ücrete yansıtılması şeklinde bile öğretide ve Yargıtay uygulamasında görüş ayrılıkları vardır. Bu durumda, bu konulardaki alacak miktarının tam ve kesin olarak belirlenmesinin bir işçiden beklenemeyeceği gerçeği açıkça ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi ülkemizde işyerlerinin büyük çoğunluğunda tutulan kayıtlar gerçeği yansıtmamaktadır. Hatta, bunların bazılarında hiç kayıt tutulmamakta ya da işçilerin bir kısmının kaydı tutulmakta, bir kısmı ise hiç kayıt edilmemektedir. Böyle durumlarda bir kere, işçinin işe giriş tarihi belli değildir. Bazı işyerlerinde işçinin fiilen çalışmaya başladığı tarihten çok daha sonraki bir tarih işe girişi tarihi olarak SGK'ya bildirilmektedir. İşçinin ücreti daha yüksek olduğu halde gerek işyerindeki ücret bordrolarında ve gerekse SGK'ya yapılan bildirimlerde ücreti düşük gösterilmektedir. Öyle ki, bu tür işyerlerinde düzenlenen ücret bordrolarında işyerinin müdürü de, çaycısı da asgari ücretle çalışmış gibi gösterilmektedir. Hatta işçinin haberi olmadan, devamlı aynı işyerinde çalıştığı halde çok değişik işyerlerinde çalıştığı ve hatta birkaç kere çıktı girdi yapıldığı SGK'ya bildirilmektedir. Hele inşaat işyerlerinde çalışan işçilerin ne zaman nerede, nasıl ve hangi ücretle çalıştıklarını tespit etmek çok zordur. Böyle bir işyerinde çalışan işçiler işsiz kalma korkusu ile çalıştıkları sırada haberleri olsa bile bu yanlışlıklara itiraz edememektedirler. Ancak, işten çıktıktan ya da çıkarıldıktan sonra bu haklarını arayabilmektedirler. Zaten, iş mahkemelerinde görülen davaların çok büyük kısmını bu

tür işyerlerine açılan davalar oluşturmaktadır. Bu tür işyerlerinde çalışanların işçilik alacaklarının ve tazminatlarının hesaplanması bu işte uzmanlaşmış kişiler tarafından bile zorlukla yapılabilmektedir. Bu durumdaki işçiyi belirsiz alacak davası veya kısmi dava açamazsın, illa ki tam dava açacaksın diye zorlamak, her şeyden önce onun hak arama özgürlüğünü kısıtlamaktır (Anayasa m. 36).

Konuyla ilgili değişik bir örnek daha verelim. Yukarıda değindiğimiz gibi, çalışırken tespit edilen yanlışlıklara işçiler, işsiz kalma korkusu ile itiraz edememektedirler. Uzun yıllar çalışıp işten çıkarıldıktan sonra dava açma yoluna başvurumaktadırlar. Böyle bir işçinin 10 yıl süre ile çalıştığı işyerinden çıkarıldığını ve 10 yıl boyunca fazla çalışma yaptığı, hafta tatillerinde çalıştığını ve karşılıklarının ödenmediğini varsayalım. Bilindiği gibi bu gibi alacaklar, hakkın doğumu tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Yine bilindiği gibi, zamanaşımında hak ortadan kalkmamaktadır. Hak mevcuttur. Ancak, kanunun tayin ettiği süre geçtiğinden istenememektedir. Bu durumda olan bir işçi, 10 yıllık fazla çalışma ve hafta tatili ücretlerini tam dava açarak talep ederse ve davalı taraf da zamanaşımı definde bulunursa, bu alacakların 5 yıllık bölümü zamanaşımına uğradığı için ret edileceğinden, bu yüzden yüksek miktarda yargılama giderlerine mahkum olacaktır. Böyle olunca da, belirsiz alacak davasının yüksek yargılama gideri ödenmesini önleme amacının bir anlamı kalmamaktadır. Üstelik, işçinin bu alacakları hesaplaması da zaten mümkün değildir.

Bu örnekler istisnai değildir. İş mahkemelerinde açılan alacak davalarının hemen hepsi bu türden davalardır. HUMK döneminde bu konularda önce kısmi dava açılarak mahkeme tarafından yapılan inceleme sonucu alacağın tamamı belli olduktan sonra ıslah yolu ile alacağın geri kalan kısmı tamamlanmakta ve davacının gereksiz yargılama giderlerine mahkum olması önlenmekteydi. Sadece zamanaşımının hesaplanmasında ve eğer temerrüt yoksa faiz başlangıcının belirlenmesinde ıslah tarihi esas alınmaktaydı. HUMK döneminde iş mahkemelerinde açılan kısmi davalar, bugün

belirsiz alacak davası ile sağlanmak istenen gereksiz yere yargılama gideri ödenmemesi için açılmaktaydı.

Eğer, yukarıda verdiğimiz örneklerde olduğu gibi, bu tür davalarda işçi tam dava açmaya zorlandığı takdirde, davanın sonunda yüksek yargılama giderlerine mahkum olması kaçınılmaz olacaktır.

Görüldüğü gibi, iş mahkemelerinde işçiler tarafından açılacak kıdem ve ihbar tazminatları ile diğer alacak isteklerinde belirsiz alacak davası açabilecekleri, zira bu tür davalarda, dava açarken davacıdan talep sonucunu tam ve kesin olarak belirlemesinin istenmesi halinde, yüksek yargılama giderlerine mahkum olma tehlikesinin olduğuna ilişkin görüşümüze tekrarlırsak, HMK 107. maddedeki düzenlemenin bu tür davaları engellemediği açıkça anlaşılmaktadır. Ancak, bazı hallerde diyelim ki, ücretin taraflar arasında tartışmasız olduğu durumlarda, ücret alacağı için tam dava açılabilir. Örneğin; 3 aylık ücret alacağı olan davacının 1.000.00 TL. aylık ücretle çalıştığı konusunda uyuşmazlık yoksa, 3 aylık ücret toplamı olan (3 x 1.000.00) 3.000.00 TL.'nin tamamı için dava açılacaktır.

Ayrıca, kira alacağı ya da alım satım işlemlerinden kaynaklanan bazı alacak davalarında belirsiz alacak davası açılmaz. Zira, aylık ya da yıllık kira miktarını hem mal sahibi ve hem de kiracı bilmektedir. Sadece yazılı kira sözleşmesi olmayan hallerde uyuşmazlık çıkabilir. Alım satım işlemlerinde de satan ve satın alan da satılan şeyin değerini bilmekte veya bilebilecek durumdadırlar.

2- Dava konusundan kaynaklanan imkânsızlık

Bazı hallerde dava açılacağı sırada alacak ya da tazminat miktarının belirlenmesinin güçlüğü dava konusundan kaynaklanabilir. Bu imkânsızlık, özellikle iş kazasından veya trafik kazasından doğan maddi ve manevi tazminat davalarında ortaya çıkmaktadır. Çünkü, böyle bir kazada cismani zarara uğrayan kişinin iş gücü kayıp (maluliyet) derecesi, tedavi sonucunda belli olacağından ancak kazadan bir süre sonra tespit edilebilir. Ayrıca, zararın

tam olarak belirlenebilmesi için taraf kusurlarının da bilinmesi gerekmektedir. Zira, davalı taraf zararın kendi kusuruna isabet edecek miktarından sorumlu olacaktır. Kusur oranları da ancak dava açıldıktan sonra yapılacak keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu belli olacaktır. Trafik veya iş kazası sonucu ölüm halinde ölenin yakınları tarafından açılacak destekten yoksunluk ve manevi tazminat davalarında da durum aynıdır. Burada da, davalı tarafın sorumlu olacağı destek zararının belirlenebilmesi için davalı kusurunun bilinmesi gerekmektedir.

İşte böyle bir dava açılacağı zaman da, maddi tazminat ya da destek tazminatı miktarının tamamının dava tarihinde belirlenebilmesi imkansız olduğundan belirsiz alacak davası açılabilecektir.

Manevi tazminatın takdiri zaten hakime aittir (BK m. 47, YBK m. 56). Bu tazminatın miktarı dava belli bir aşamaya geldikten sonra ortaya çıkacaktır.

C- Belirsiz Alacak Davası Açılırken Belirtilecek Dava Değeri

1- Maddi tazminat ve alacak davalarında

HMK'nın 107. maddesinin birinci fıkrasında, dava açılırken asgari bir miktar ya da değer belirtileceği öngörülmüştür.

Asgari miktar ya da değer, dava açan kişinin bildireceği herhangi bir miktar ya da değer değildir. Asgari bir miktar ya da değer ne kadar olacağı madde gerekçesinden anlaşılmaktadır. Zira gerekçede hak arama durumunda olan kişinin "...talep edeceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen..." denilmiştir. Hal böyle olunca, davacı dava açarken kendisinin belirleyebildiği bir miktar ya da değeri dava değeri olarak dilekçesinde belirtecektir. Örneğin; daha önce açıkladığımız gibi, tazminat ve alacak davası açacak olan bir işçi çalışma süresini, ücretini ve bazı sosyal haklarını bilebilir ve bu bilgileri ile alabileceği kıdem ve ihbar tazminatlarının asgari miktarını belirleyebilir. İşte belirleyebildiği bu miktarları dava dilekçesinde

bildirecektir. HMK m. 119/ğ de dava dilekçesinde “talep sonucu”nun açık bir şekilde yazılacağı öngörülmüştür. Buna göre, bir belirsiz alacak davası açıldığında, dava dilekçesinde açıkça, dava açarken davacının belirleyebildiği örneğin kıdem tazminatı olarak 2.000.00 TL., ihbar tazminatı olarak 1.500.00 TL., hafta tatili ücreti alacağı olarak 3.000.00 TL.’nin tahsili istenecektir. Bu miktarlar açık olarak yazılacaktır. Dava harcı bu miktarlar üzerinden yatırılacaktır.

2- Manevi tazminat davalarında

Bilindiği gibi, manevi tazminatın takdiri tamamen hakime aittir (BK m. 47, YBK m. 56). Bu bakımdan, bu konuda açılacak tüm davalar belirsiz alacak davası olarak açılabilir. HUMK döneminde, davanın uzaması ve bu arada ekonomik nedenlerle para değerinin düşebileceği göz önüne alınarak bu konuda açılan davalarda manevi tazminat olarak istenen miktar genellikle yüksek yazılmakta idi. Davanın karar aşamasına gelindiğinde, hakim tarafından takdir edilen miktara karar verilmekteydi. Bu durumda ret edilen miktar için davacı aleyhine yargılama gideri yüklenmekteydi. HMK’nın yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra açılacak manevi tazminat davalarında manevi tazminat miktarının yüksek yazılmasına gerek yoktur. Zira, dava açılırken bu tazminatın miktarının belirlenebilmesi koşullarının hiç birisi belli değildir. Tazminat miktarını hakim tayin edeceğinden davacı belirleyemez. Bu bakımdan, dava dilekçesinde bu konuda talep sonucu olarak düşük bir miktar yazılabilecek ve alınması gereken dava harcı da bu miktar üzerinden alınacaktır.

D- Belirsiz Alacak Davasında Tam ve Kesin Miktarın Belirlenme Zamanı

1- Maddi tazminat ve alacak davalarında

Tam ve kesin alacak miktarının belirlenme zamanı HMK 107. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre:

“Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve

kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi ya da sağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.”

Bu hükme göre, belirsiz alacak davasında dava konusu alacak, iki durumun gerçekleşmesi halinde tam ve kesin olarak belirlenecektir:

- Karşı tarafın verdiği bilgi veya,
- Tahkikat sonunda.

Karşı tarafın verdiği bilgi, cevap dilekçesi ve dilekçesine eklediği belgeler ve diğer delillerdir. Eğer bu deliller ve bilgilerden dava miktarı veya değeri tam ve kesin olarak tespit edilebiliyorsa, bu miktar veya değer davacı tarafından mahkemeye beyan edilebilir. Bu durumda hakim, harcın tamamlanması için davacı tarafa süre verecektir.

Dava değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesi tahkikat sonunda da yapılabilir. Aslında bu belirlemenin tahkikat sonunda yapılması daha uygun olacaktır. Zira, bu durumda bilirkişi incelemesi sonucu dava değeri daha net olarak ortaya çıkacağından, hem alacağın bir bölümünün reddi önleneyecek, hem de ıslah yapılmasına gerek kalmayacaktır. Çünkü, ilk belirlemeden sonra yapılacak işlemlerle dava değerinin daha yüksek olduğu anlaşılırsa, ikinci bir belirleme yapılamayacağından ıslah yoluna başvurulması gerekecektir.

Bu konuda şunu belirtmekte yarar vardır. Alacak tam ve kesin olarak belirtilebilecek hale geldiğinde, bu belirleme davacı tarafından yapılacaktır. Hakim, bu konuda geri kalan miktara isabet eden dava harcının yatırılması için davacı tarafa süre verecektir.

2- Manevi tazminat davalarında

Manevi tazminat miktarının belirlenmesi ile ilgili düzenleme yoktur. Bu tazminatın miktarını hakim tayin edeceğine göre, ne zaman ve nasıl tayin edeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Manevi tazminat, genel olarak trafik ve iş kazalarında istendiğinden, taraf kusurlarının, tarafların mali ve sosyal durumlarının ve manevi tazminat miktarını etkileyecek diğer unsurların belli olduğu zaman hakim tarafından belirlenerek tutanağa yazılmalıdır. Belirsiz alacak davasının özelliği, uygulamanın bu şekilde

de yapılmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde, bu belirlemeyi davacı taraf yaparsa yüksek bir miktar belirleyebilir. Çünkü, manevi tazminat miktarı, hesaplama sonucu ortaya çıkan bir sonuç değildir. Tazminatın hakim tarafından belirlenmesi, tahkikat sonucu yani tüm delillerin toplanması sonucu yapılacağından, hakimin görüşünü önceden açıklaması (ihsası rey) sayılmayacaktır. Aksi takdirde bu belirleme HMK m. 36 gereği hakimin reddini gerektirir. Çünkü; bir davada tahkikatın bitmesi demek, davanın karar aşamasına gelmesi yani karar verilecek demektir. Hakim, 22.06.1996 t. ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki ilkelere ve davada toplanan delillere göre manevi tazminat miktarını belirleyecektir. Bundan sonra da harcın yatırılması için davacı tarafa süre verilecektir. Davacı ya da davalı taraf miktarın azlığını ya da çokluğunu temyiz konusu yapabilirler. Eğer, bunun miktarının belirlenmesi davacı taraftan istenirse, her şeyden önce bu durum, hakimin takdir yetkisinin elinden alınması demektir (BK m. 47, YBK m. 56). Ayrıca, belirlenen miktarın tamamının mahkeme tarafından kabul edilmemesi ve bir kısmının reddi halinde, davacı taraf aleyhine yargılama giderine de hüküm verileceğinden, bu sonuç belirsiz alacak davasının amacına da aykırı olacaktır.

E- Dava Değeri veya Miktarının Belirlenecek Hale Gelmesine Rağmen Belirlenmemesi

Alacağın tam ve kesin miktarının belirlenebilecek hale gelmesi durumunda, davacı taraf, tam ve kesin miktarı ya da değeri belirlemek ve mahkemeye bildirmek zorunda değildir. Alacağın tam ve kesin miktarı belli olduğunda davacı taraf, miktarı ya da değeri belirlemeyebilir, veya belirledikten sonra kendisine verilen süre içinde harcı yatırmayabilir.

Tam ve kesin miktarın yani kesin talep sonucunun belirlenebilir hale gelmesi ve davacı tarafından belirlenmemesi durumunda, mahkeme, eğer davanın kabulü gerektiği kanısına varmışsa dilekçede ilk belirtilen miktarlara karar verecektir. Böyle olunca, geri kalan miktar veya değer ne olacak sorunu ortaya çıkmak-

tadır. Geri kalan miktarlar ek dava ile istenebilecek midir? Bu konuda yasada düzenleme yoktur. Bu sorunun cevabı olumlu olmalıdır. Geri kalan miktar ya da değer zamanaşımına uğramadığı sürece, ek dava ile istenebilecektir. Hiç kimse hakkından vazgeçmeye zorlanamayacağı gibi, bunu engelleyen bir düzenlemede yoktur. Ancak aşağıda görüleceği gibi, bu durumda zamanaşımı ve faiz başlangıçları farklı uygulanacaktır.

Eğer, davacı tarafından tam ve kesin talep sonucu belirlenmişse (ilk isteğin artırılması), mahkeme tarafından harcın tamamlanması için süre verilecektir. Bu süre içinde harç yatırılmazsa dosya işleminden kaldırılacaktır (Harçlar Kanunu m. 30).

Manevi tazminat isteğinde de, tazminat miktarı hakim tarafından takdir edildiği, yani belirlendiği ve davacı tarafa harcın tamamlanması için süre verildiği halde harç yatırılmazsa dosya işleminden kaldırılacaktır. Maddi ve manevi tazminat isteklerinin bir arada olduğu davada da durum aynıdır. Çünkü, aynı dosya için harç yatırılacaktır.

Bu konuda şunu da belirtelim ki, belirsiz alacak davasında davanın, mahkeme tarafından mutlaka kabulüne karar verilecek değildir. Yapılan tahkikat sonunda mahkeme davanın reddine de karar verebilecektir.

F- Belirsiz Alacak Davasında Zamanaşımı

Bilindiği gibi, HUMK döneminde açılan kısmi davalarda, dava miktarının ıslah yolu ile artırılması halinde zamanaşımı, ıslah tarihinden veya geri kalan miktar için ek dava açıldığında ek dava tarihinden başlamaktaydı.

Belirsiz alacak davası 6100 sayılı HMK'da düzenlenmiş olup HUMK döneminde böyle bir dava türü yoktu. Fakat, belirsiz alacak davasının öncelikli amacının, gereksiz yere hak kayıplarını ve gereksiz yargılama gideri ödenmesini önlemek olduğu göz önüne alındığında, dava açıldığı tarihte, ileride belirlenecek miktar da dahil tüm alacak miktarı için zamanaşımının kesildiği sonucuna varılmaktadır.

Ancak, biraz önce değindiğimiz gibi, talep sonucu tam ve kesin olarak belirlenecek hale

gelmiş ve davacı tarafından belirlenmemişse, ilk istenen talep sonucuna karar verilecektir. Belirlenen tam ve kesin miktarın geri kalan kısmı için ek dava açıldığında, zamanaşımı, ek davada istenen miktarlar için ek davanın açıldığı tarihte kesilmiş sayılacaktır. Belirsiz alacak davasının amacı ve davacıya bu konuda tanıdığı kolaylıklardan zamanında yararlanmaması dikkate alındığında bu sonuca varılmaktadır.

G- Belirsiz Alacak Davasında Faiz Başlangıcı

Zamanaşımı bölümünde belirttiğimiz gibi, HUMK döneminde açılan kısmi davalarda, faiz başlangıcı, dava konusu miktarın artırılması halinde ıslah tarihi veya ek dava açılması halinde ise ek dava tarihi idi.

Bu konuda da yine HMK 107. maddesinin amacı dikkate alındığında, ileride belirlenecek tam ve kesin miktar da dahil tüm alacak değeri için faiz başlangıcı belirsiz alacak davasının açıldığı tarihtir.

Ancak, yine daha evvel verdiğimiz örneklerde olduğu gibi, alacak belirli hale geldiği halde belirlenmemesi durumunda, ilk talep sonucuna karar verildikten sonra açılacak ek davada faiz başlangıcı, ek dava tarihi olacaktır. Zira, davacı bu konuda kanunun kendisine sağladığı kolaylıktan yararlanmamıştır.

Fakat, borçlu yani davalı taraf dava açılmadan evvel temerrüde düşürülmüşse faiz başlangıcı temerrüt tarihidir. İş mahkemelerinde görülen kıdem tazminatının tahsili davasında, kıdem tazminatı için faiz başlangıcı işten çıkış tarihidir (1475 sayılı İş K.nu m. 14).

H- Tam Dava Açılması Gerektiği Halde Belirsiz Alacak Davası Açılması

Davacı taraf, alacağın miktarını belirleyebilecek durumda ya da zaten tartışmasız veya belirli olduğu halde, tam dava yerine belirsiz alacak davası açtığında ve mahkeme tarafından bu durum tespit edildiğinde, davacı tarafa, tam ve kesin talep sonucunu belirlemesi ve harcını tamamlaması için süre verilecektir. Verilen süre içinde davacı, tam ve kesin talep sonucunu be-

lirlemezse, hukuki yarar olmadığından dolayı dava, usulden ret edilecektir.

I- Belirsiz Alacak Davasında Feragat ve Kabul

1- Feragat

Her davada olduğu gibi, belirsiz alacak davasında da davacı davasından feragat edebilir. Feragat, karşı tarafın ve mahkemenin iznine bağlı olmadığından (HMK m. 309/2), bu durumda feragat nedeni ile davanın reddine karar verilecektir. Feragat, kısmi de yapılabilir (309/3).

2- Kabul

Feragatta olduğu gibi, davanın kabulü de davacının ve mahkemenin iznine bağlı değildir (m.309/2). Davalı taraf, davaya verdiği cevap dilekçesinde ya da tahkikat sırasında mahkeme huzurunda davayı kabul ettiğini beyan edebilir.

Belirsiz alacak davasında, henüz tam ve kesin alacak miktarı belirlenmeden davanın kabulü halinde, ilk talep sonucu olarak bildirilen miktarlar kesinleşecektir. Fakat, dava sonuçlandırılmayıp devam edilecek ve alacağın tamamı belirlenebilir hale gelip de belirlendiğinde, belirlenen tam ve kesin talep sonucuna göre karar verilecektir. Diyelim ki, trafik kazası veya iş kazası sonucu cismani zarara uğrayan davacı açtığı belirsiz alacak davasında ilk talep sonucu olarak 5.000.00 TL. maddi tazminat ve 5.000.00 TL.'de manevi tazminat isteğinde bulunsun. Davalı taraf cevap dilekçesinde ya da mahkeme huzurunda davayı kabul ettiğini beyan ettiğinde, bu miktarlar kesinleşecektir. Bu durumda kısmi kabul vardır (m. 309/3). Bundan sonra yapılacak keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu maddi ve manevi tazminatın tam ve kesin olarak belirlenmesi halinde belirlenen miktarların tamamına karar verilecektir. Bu örnekle devam edersek; tahkikat sonunda maddi tazminat 25.000.00 TL. olarak ve manevi tazminat da 50.000.00 TL. olarak belirlenmişse, bunların tamamına karar verilecektir.

Ancak, tahkikat sonucunda yani bilirkişi incelemesi ile maddi tazminat miktarı daha düşük hesaplanabilir. Hatta bu tür davaların özelliği gereği sigorta yardımları gibi bazı yardımların

indirilmesi sonucu maddi tazminat hiç çıkmayabilir. Bu durumda eğer dava kabul edilmiş olsaydı, maddi tazminat isteği ret edilecekti. Fakat, davalı 5.000.00 TL. maddi tazminat miktarını kabul ettiğinden istek ret edilmeyip bu miktara karar verilecektir. Manevi tazminat olarak da, belki hakim tarafından daha az bir miktar takdir edilebilirdi. Ancak, davalı ilk talep sonucunu kabul ettiğinden kabul edilen bu miktara karar verilecektir.

II. KISMİ DAVA

A- Tanımı

Bu dava türü HMK'nın 109. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmının dava yolu ile istenebileceği öngörülmüştür. İşte talep konusunun şimdilik sadece bir kısmının dava edilebilmesi halinde açılan bu davaya kısmi dava denilir.

B- Kısmi Dava Açma Koşulları

HMK madde 109/1 belirtildiği gibi, talep konusunun bölünebilir olduğu durumlarda kısmi dava açılabilir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, aşağıdaki iki halde kısmi dava açılmaz. Bu haller;

-Talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız olması,

-Talep konusunun miktarı açıkça belirli olmasıdır.

Esasen HUMK döneminde de, ülkemizde davaların çok uzun sürede sonuçlanması yüzünden, yukarıda sayılan iki koşul gerçekleşmişse kısmi dava açılmamaktaydı. Zaten insanın doğası gereği, alacaklı olduğuna inanan her insan alacağına bir an evvel kavuşmak ister. Bu nedenle de kısmi dava açmakta yararı yoktur. Ancak, belirsiz alacak davası bölümünde de söz ettiğimiz gibi, özellikle iş mahkemelerinde açılan tazminat ve alacak davalarında, tazminat ve alacağın miktarını dava açarken tespit etmek çok güçtür. Ayrıca, açılan davada, işçi tarafından delil bulma zorluğu da olduğundan, talep konusunun ispatı güçlüğü de vardır. Bu durumda, davanın red-

di halinde yüksek yargılama gideri ödemek zorunda kalınacağı da bellidir. İşte bu güçlüklerden dolayı HUMK döneminde bu tür tazminat ve alacak davalarının büyük bir bölümü kısmi dava şeklinde açılmaktaydı. Bununla amaçlanan da, biraz önce belirttiğimiz gibi, bugün belirsiz alacak davası ile sağlanmak istenen gereksiz yere yargılama giderine mahkum olunmamasıydı. Doğaldır ki, her konuda olduğu gibi, kısmi dava açılmasında da hakkın kötüye kullanıldığı durumlar olmuştur. Ancak, bu durum kısmi davanın bütünü ile dışlanmasını gerektirmemelidir.

HMK'nın 109. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, dava açılırken talep konusunun geri kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olmadıkça, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez. Davaya konu talebin alacak miktarından daha az olması halinde, HUMK döneminde olduğu gibi "fazlayı istek hakkım saklıdır" denilmesine gerek yoktur. Ancak, dava dilekçesinde yapılan açıklamalardan bu davanın kısmi dava olduğu anlaşılmalıdır. Dava dilekçesindeki açıklamalar buna göre yapılmalıdır. Bu bakımdan, böyle bir dava açıldığında, bunun kısmi dava olduğu açık şekilde belirtilmelidir. Aksi takdirde dava, tam dava olarak kabul edilir ve karar da bu şekilde verileceğinden böyle basit bir hata yüzünden büyük miktarda hak kaybı olabilir. Zira bu durumda, alacağın geri kalan kısmı ıslah yolu ile artırılmayacağı gibi, ek dava ile de istenemeyecektir.

Kısmi davalarda, faiz başlangıcı da, dava tarihi ya da ıslah veya ek dava tarihidir. Ancak, borçlu daha evvel temerrüde düşürülmüşse, faiz başlangıcı temerrüt tarihidir.

C- Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Farklar

Yukarıdaki kısa açıklamalardan anlaşıldığı gibi aslında, belirsiz alacak davası da kısmi davadır. Çünkü, bu davada da alacağın bir kısmı istenmektedir. Bunun dışında iki dava türü arasındaki farklar şunlardır:

-Belirsiz alacak davasında zamanaşımı alacağın tümü için dava tarihinde kesildiği hal-

de, kısmi davada sadece dava edilen miktar için kesilmektedir. Alacağın geri kalan bölümü için zamanaşımı, ıslah halinde ıslah tarihinde ek dava açılması halinde ise ek dava tarihinde kesilmektedir.

-Belirsiz alacak davasında faiz başlangıcı, alacağın tümü için dava tarihi olduğu halde, kısmi davada ilk dava tarihi olup, ıslah ya da ek dava konusu yapılan miktarlar için ıslah veya ek dava tarihidir. Ancak her iki davada da, daha evvel temerrüt olayı gerçekleşmişse, temerrüt tarihidir.

-Belirsiz alacak davası ile manevi tazminatın bir bölümü istenebildiği halde, kısmi dava ile tamamı istenecektir. Daha sonra ıslah ya da ek dava yolu ile ek bir miktar istenemeyecektir.

-Ancak belirsiz alacak davasında, daha önce belirttiğimiz gibi, tahkikat sonunda alacağın geri kalan kısmı belirlenmezse, ilk talep sonucuna karar verileceğinden, daha sonra geri kalan miktar için ek dava açıldığında, zamanaşımı ve faiz başlangıcı ek dava tarihi olacaktır.

III. KISMİ EDA VE TESPİT DAVASI

Burada söz konusu olan tespit davası HMK 106. madde de düzenlenen genel tespit davasından farklıdır. 107. maddenin 3'üncü fıkrasında kısmi eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilirdiği ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilmiştir. Bu tür davalar da, belirsiz alacak davası ve kısmi davaların açılma koşulları olan alacak miktarının dava açarken belirsiz olması hallerinde açılabilir. İşte alacak miktarının veya değerinin baştan belirlenme olanağı bulunmadığı hallerde iki tür tespit davası açılabilir. Bunlar:

-Alacağın tümü için açılan tespit davası.

-Alacağın bir kısmı için açılacak kısmi dava ile birlikte geri kalan kısmı için tespit davası.

A- Alacağın Tümü İçin Tespit Davası

Burada davacı, dava açarken alacak miktarının tam ve kesin olarak belli olmadığı durumlarda, eda davası yerine alacağının tamamının tespitini isteyebilir. Bu davayı açarken yine talep sonucu olarak belirleyebildiği bir

miktar gösterecektir. Belirsiz alacak davasında olduğu gibi, bu dava açıldığında da zamanaşımı, alacağın tamamı için dava tarihinde kesilecektir. Yapılan tahkikat sonunda, davacının alacak miktarının tamamı belirlendiğinde, davacı taraf bu miktar için tespit hükmü verilmesini isteyecektir. Mahkeme kararı bir tespit kararı olduğundan, bu kararda belirtilen miktar ya da miktarlar için ilamlı icra takibi yapılamayacaktır. Ancak, ayrıca alacak davası açılabilir veya ilamsız icra yoluna başvurulabilir. Örneğin; böyle bir dava sonunda davacının alacak miktarının 50.000.00 TL olduğu tespit edildiğinde, bu miktar ilamsız icra yolu ile istenebilir. Borçlu bu takibe itiraz ederse, alacak miktarı belli (likit) olduğundan, itirazın iptali davasında ayrıca icra inkar tazminatı ödemesine de karar verilir.

B- Kısmi Eda Davası ile Birlikte Tespit Davası

Bu dava ile, alacağın bir kısmının tahsili ve geri kalan kısmının da tespiti istenebilir. Örneğin, davacı davalıdan olan alacağının tamamını belirlemesinin mümkün olmadığını, bu nedenle şimdilik 5.000.00 TL.'nin tahsili ile geri kalan kısmının tespitine karar verilmesini isteyebilir. Bu durumda, davacının gerçek alacağının fazla olduğu belirlendiğinde, hem alacak ve hem de tespit istenen kısım için tespit hükmü verilecektir. Dava sonunda, eğer davacının toplam alacağının 20.000.00 TL. olduğu tespit edilirse geri kalan 15.000.00 TL. için ya ek dava açılacak veya ilamsız icra yoluna başvurulacaktır. Bu davada da zamanaşımı, alacağın tümü için dava tarihinde kesilecektir.

IV. UYGULANACAK USUL HÜKÜMLERİ

Her davada olduğu gibi, bu davalara da uygulanacak usul hükümleri HMK'da düzenlenen Yazılı Yargılama ve Basit Yargılama hükümleridir. Yani, dava açılması cevap verilmesi, delillerin bildirilmesi ve toplanması ve yargılama süreci bu üç dava türünde de aynen uygulanacaktır.

Bilindiği gibi iş mahkemelerinde basit yar-

gılama usulü uygulandığından, belirsiz alacak, kısmi dava veya tespit davası açıldığında, tüm deliller dava dilekçesi ile ve cevap dilekçesi ile bildirilecektir. Taraflar ellerinde bulunan delilleri dilekçelerine ekleyeceklerdir. Başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için gerekli bilgiler dilekçelerde belirtilecektir (HMK m. 318). Aksi takdirde daha sonra yani, dava sürecinde delil bildirilemeyecektir.

İddia ve savunmanın genişletilmesi de yine diğer davalarda olduğu gibidir. İş mahkemesinde görülen davalar için bu konu 318'inci maddede düzenlenmiştir. İddianın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasağı davanın açılması ile ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı da cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlayacaktır.

İstinaf mahkemeleri henüz göreve başlamadığından, iş mahkemesi tarafından verilen kararların temyiz süresi 01.10.2011 tarihinden öncesi gibidir. Yani kararın tefhim veya tebliği tarihinden itibaren sekiz gündür.

V. SONUÇ

Buraya kadar yazılanlardan anlaşıldığı gibi, HMK madde 107 ile yeni bir dava türü olarak uygulamaya konulan belirsiz alacak davasının ve tespit davasının getirdiği yenilikler şunlardır:

-Dava açıldığı tarihte, ileride belirlenecek alacak miktarı dahil, alacağın tamamı için zamanaşımı kesilecek ve alacağın tamamı için faiz başlangıç tarihi dava tarihi olacaktır.

-Manevi tazminat alacağında, tazminat miktarı olarak ilk talep sonucu düşük gösterilip, ileride hakim tarafından belirleneğinden ret edilen miktar olmayacak ve dolayısı ile davacı aleyhine yargılama giderleri yükletilmeyecektir.

Fakat, bu yararların sağlanması için yeni bir dava türü getirilmesine gerek olmayıp, HMK 109. maddede düzenlenen kısmi davada yapılacak düzenleme ile de yine aynı sonuca ulaşılabilirdi. HUMK döneminde bile, içtihat yolu ile aynı sonuçlar elde edilebilirdi. Eğer, bugün belirsiz alacak davası ile amaçlanan, davacıyı yüksek yargılama giderlerinden korumak ise, bu koruma HUMK dö-

neminde kısmi dava ile çok daha iyi sağlanmaktaydı. Hatta özellikle işçi davalarında, dava açarken davacı tarafı haklı gösterecek delillerin bulunması güçlüğünden dolayı, davanın kabulünün şüpheli olması halinde, davanın kesinleşmesi sonucu açılan ek dava ile geri kalan bölüm istenerek davacı taraf hiç yargılama giderine mahkum olmamaktaydı. Bu bakımdan, kısmi davanın, belirsiz alacak davası ile sağlanmak istenen yararları eklenerek düzenlenmesi çok daha olumlu sonuçlar verecekti.

Belirsiz alacak davası, özellikle iş davaları ile ilgili olarak daha şimdiden tartışmalar yaratmaya başlamıştır. Bu tartışmalar ve belirsizliklerden dolayı, davaların daha da uzayacağı ve zaten biriken dava dosyalarına yenilerinin ekleneceğini söylemek kötümserlik sayılmamalıdır.

KAYNAKLAR

- Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü. Üçüncü Baskı. Ankara: 1974.
- Kuru, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü. 6 Cilt İstanbul: 2001.
- Kuru, Baki ve Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz. Medeni Usul Hukuku. 22. Bası. Yetkin Yayınları. Ankara: 2011.
- Pekcanitez, Hakan. Belirsiz Alacak Davası. Yetkin Yayınları. Ankara: 2011.
- Pekcanitez, Hakan ve Oğuz Atalay, Muhammet Özkes. Medeni Usul Hukuku. Yetkin Yayınları. 12. Bası. Ankara: 2011.
- Postacıoğlu, İlhan E. Medeni Usul Hukuku Dersleri. 3. Bası. İstanbul: 1966.

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 yayınıımız, 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

Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/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.)



“SİCİL” / “MERCEK” Abonelik Formu

Ad/Soyad :

Adres :

Tel. :

e-posta :

İmza :

SİCİL / MERCEK dergisine abone olmak istiyorum.

2012 yılı abonelik bedeli olan 66 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
Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2 34381 Şişli/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.)

REFA Bir Dünya Markası

2004 yılında imzalanan "MESS-REFA Eğitim İşbirliği Sözleşmesi" kapsamında İş Düzenleme, İşletme Organizasyonu ve İş Geliştirme Birliği (REFA)'nin eğitim hizmetlerini MESS ve MESS Eğitim Vakfı (MEV) vermektedir. Maliyet Muhasebesi eğitimleri de 2011 yılında hayata geçirilmiştir.

REFA'nın hedefleri; üretim ve hizmet sektörlerinde faaliyette bulunan işletmelerin verimliliğini artırarak;

- ▶ Rekabet edebilirliklerini yükseltmek,
- ▶ Süreç performanslarını geliştirmek,
- ▶ İşletme organizasyonlarını ve süreçlerini iyileştirmek,
- ▶ Maliyetlerini düşürmektir.

Çeşitli ülkelerde 2.500 REFA katılımcısını kapsayan anket sonuçlarına göre ankete katılanların;

- ▶ %90'ı seminerleri kariyerleri için önemli gördüklerini,
- ▶ %96'sı seminerlerin içeriklerinden ve sunum tekniklerinden çok memnun olduklarını,
- ▶ %88'i seminer konularını güncel bulduklarını,
- ▶ %98'i tekrar REFA seminerlerine katılmak istediklerini belirtmişlerdir.

REFA'nın Türkiye'de sunulan eğitim programları:

REFA Sertifika ve Diploma Programları

Temel Düzey İş Organizasyonu Diploması

- ▶ İş Sistemi ve Süreç Düzenleme
 - ▶ Süreç Veri Yönetimi
- Sertifika programları 80 saat (9 gün) olup sınavda başarılı olan katılımcılara Almanya'dan "REFA Sertifikası ve Diploması" verilmektedir.

REFA Modüler Eğitim Programları

- ▶ Zaman Ölçümü ve Tempo Belirleme (3 gün)
 - ▶ Süreç Veri Yönetimi (5 gün)
 - ▶ Süreç Düzenleme ve İyileştirme (2 gün)
- Eğitim sonunda, sınavda başarılı olan katılımcılara Almanya'dan "REFA Katılım Belgesi" verilmektedir.

YENİ

REFA Maliyet Muhasebesi

40 saat (5 gün) olup sınavda başarılı olan adaylara "REFA Sertifikası" verilmektedir.

Belgeler başta AB olmak üzere tüm dünyada geçerlidir.

MESS-REFA eğitim dokümanları uluslararası REFA standartlarında hazırlanmıştır.



Hedef Kitlemiz

Eğitimlerimiz süreçlerini analiz ederek daha iyi yönetmek isteyen üst ve orta kademe yöneticilere, mühendislere, teknik personele ve diğer nitelikli işgücüne yöneliktir.

İletişim: MESS Eğitim Vakfı Esentepe Mahallesi Ali Kaya Sokak
Polat Plaza B-Blok Kat 3 D.74 Şişli-İSTANBUL
Tel: 0212 280 66 72 Fax: 0212 280 39 45
messegitim@messegitim.com.tr / www.messegitim.com.tr

REFA



TÜRKİYE
METAL SANAYİCİLERİ
SENDİKASI

MERKEZ

Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2
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
Via Tower No: 7B/6 D: 10
06330 Yeni Mahalle / 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 Mahallesi Çekirge Caddesi
İntam İş Merkezi No: 101/4 D: 401
16265 Osmangazi / 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
Heris Tower No: 55/6 D: 61
35210 Konak / İZMİR
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