



Sicil

İŞ HUKUKU DERGİSİ

MESS

MERKEZ

Merkez Mahallesi Geçit Sokak No: 2
34381 Şişli/İSTANBUL
Tel: (212) 232 01 04 (pbx) Faks: (212) 241 76 19
e-posta: mess@mess.org.tr - www.mess.org.tr

ANKARA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Beştepeler Mahallesi Nergis Sokak
Via Tower No: 7B/6 D: 10
06330 Yenimahalle/ANKARA
Tel: (312) 219 10 80 (pbx) Faks: (312) 219 18 50
e-posta: ankara@mess.org.tr - www.mess.org.tr

BURSA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Oduluk Mahallesi Akpınar Caddesi
No: 21 R Plaza D: 14
16110 Nilüfer/BURSA
Tel: (224) 236 38 62 - 236 38 86 Faks: (224) 236 98 94
e-posta: 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 (pbx) Faks: (232) 484 45 80
e-posta: izmir@mess.org.tr - www.mess.org.tr

ISSN 1306-6153

SICIL İŞ HUKUKU DERGİSİ

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

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

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2016 Sayı/Issue: 36 ISSN 1306-6153

Hakemli Dergi/Peer Reviewed Journal

MESS adına Sahibi/Publisher On Behalf of Turkish Employers'

Association of Metal Industries (MESS): Kudret ÖNEN,

MESS Yönetim Kurulu Başkanı/Chairman of MESS Management Board

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Responsible Manager:

Av. Hakan YILDIRIMOĞLU, MESS Genel Sekreteri/Secretary General of MESS

Yayın Yönetmeni/Editorial Director:

Av. Erten CILGA, MESS Baş Hukuk Müşaviri/ Chief Legal Advisor of MESS

Yayın Kurulu/Editorial Board:

Av. Mesut ULUSOY, Av. Vahap ÜNLÜ, Av. Nihat ZİNCİRLİOĞLU, Av. Şeyda AKTEKİN,

Av. Nağme HOZAR, Av. Uygur BOSTANCI, Av. Burak TÜRKMEN, Av. Selçuk ULUTAŞ,

Av. Kadir GÜNAY, Av. Emre BÜYÜKKARABOSTANOĞLU

Baskı/Published by:

Elma Basım Yayın ve İletişim Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. Tefrikbey Mah. Halkalı Cad.

No: 162/7 Sefaköy-Küçükçekmece/İSTANBUL

Yayın Türü/Type of Publication:

Yerel, Süreli, Hakemli Yayın/Peer reviewed, local, periodical publication

Yayın Tarihi/Date of Publication:

Altı ayda bir (Haziran-Aralık) olarak yılda iki kez yayımlanır/

Issued every six months (June-December)

Baskı Tarihi/Print Date:

Ocak 2017/January 2017

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası/Turkish Employers' Association of Metal Industries

Merkez Mah. Geçit Sok. No: 2 34381 Şişli/İSTANBUL

Telefon/Telephone: +90 212 232 01 04 (pbx)

Faks/Fax: +90 212 241 76 19

E-posta/E-mail: mess@mess.org.tr

www.mess.org.tr

Bu dergi (TÜBİTAK Ulakbim) TR Dizin Hukuk veri tabanında yer almaktadır.

This journal is scanned in the TR Law Index of TUBITAK Ulakbim databases.

Bu dergide yayımlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlara aittir.

Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

Articles published in this in this journal represent the views of the authors.

Quotations may be used by reference.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Levent AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY - İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ercan AKYİŐİT - Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Kadir ARICI - Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ufuk AYDIN - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR - Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOŐLU - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Tankut CENTEL - Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Fevzi DEMİR - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Murat DEMİRCİŐLU - Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Toker DERELİ - Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Münir EKONOMİ - İstanbul Teknik Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Nüvit GEREK - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Hakan KESER - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Metin KUTAL - Gedik Üniversitesi İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOŐLU - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Serkan ODAMAN - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Polat SOYER - Yakın Doęu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Sarper SÜZEK - Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN - Okan Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR - Marmara Üniversitesi İktisat Fakóltesi

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ - Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. A. Can TUNCAY - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ HAKKINDA

2006 yılında yayım hayatına başlayan ve hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ile çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutarak tartışma platformu yaratan SİCİL İş Hukuku dergisinin, 2014 yılından itibaren altı ayda bir (yılda iki defa) ve hakemli olarak yayımlanmasına Sendikamız Yönetim Kurulu'nca karar verilmiştir.

Bu çerçevede, çalışma barışı ve ülkemizin rekabet edebilirliği bakımından son derece önemli olan iş mevzuatındaki düzenlemelerin ve ilgili uygulamaların doğru temellere oturtulması ile mevzuatta yapılması düşünülen değişikliklerin incelenmesi konusunda önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız ve ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören SİCİL İş Hukuku dergisindeki makaleler/karar incelemeleri, en az iki hakem tarafından değerlendirilecektir.

ABOUT SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Aiming to create a platform of debate for shedding light to various subjects on labour legislation and being a guide to academics, members of the court, lawyers, social partners, human resources and personal managers of our members and all the actors of industrial relations; SİCİL Labour Law Journal is being published since March 2006 with a content including scientific articles and assessments of important court verdicts.

As from 2014, SİCİL Labour Law Journal is being published regularly every six months (2 issues per year) as a peer reviewed journal by the decision of our Organization's Management Board. In this context, the articles and court verdict assessments in SİCİL Labour Law Journal, which we believe is an important source of reference in the field of current and draft labour legislation, shall be evaluated by at least two academics.

SUNUŞ

Değerli Okurlarımız,

Hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ve çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutması ve tartışma platformu oluşturması amacıyla Mart 2006 tarihinde yayın hayatına başlayan ve üç ayda bir yayımlanan SİCİL İş Hukuku dergisi, 2014 yılındaki ilk sayısı olan 31. sayıdan itibaren hakemli dergi olarak yayımlanmaktadır. Dergimizin yayın ilkeleri, s. 5'te; yazarlara duyurumuz ise s. 172 ve s. 173'de yer almaktadır.

Sicil İş Hukuku dergimizin 36. sayısında 9 makale bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 36. sayısında; Prof. Dr. Tankut Centel'in "Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar"; Prof. Dr. E. Tuncay Senyen Kaplan'ın "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları"; Prof. Dr. Şükran Ertürk'ün "İş Sözleşmesinin E-Posta veya Kısa Mesaj (SMS) ile Feshi"; Prof. Dr. Serkan Odaman'ın "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması"; Doç. Dr. İştahar Cengiz, Yrd. Doç. Dr. Uğur

Ersoy ve Psk. Alper Küçükay'ın "Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing"; Doç. Dr. Mahmut Kabakcı ve Ar. Gör. Arzu Hacıoğlu'nun "Asıl İşverenle Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi"; Doç. Dr. Hediye Ergin'in "Uluslararası İşgücü Kanunu ile Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Getirilen Yenilikler"; Yrd. Doç. Dr. Mert Namlı'nın "İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf"; Dr. Dilek Dulay Yangın'ın "6715 sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi" başlıklı makaleleri yer almaktadır.

MESS olarak, ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören ve önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız SİCİL İş Hukuku dergisinin 36. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar, yazarlarımıza, makaleleri büyük bir titizlikle inceleyen hakemlerimize ve Danışma Kurulumuza teşekkür ederiz.

Dergimizin iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku camiasına yararlı olmasını diler; katkı ve eleştirilerinizi beklediğimiz hususunu bilgilerinize sunarız.

Saygılarımızla,
Yayın Yönetmeni/Editorial Director

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1 | SİCİL İş Hukuku dergisi altı ayda bir (yılda bir kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.
- 2 | Dergide yayımlanabilecek yazılar, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanını ilgilendiren içerikte yazılardır. (Makale, karar incelemesi ve çeviri). Yazıların dili Türkçedir.
- 3 | Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- 4 | Dergiye gönderilen yazılar Türkçe ve İngilizce başlık ve hem Türkçe hem de İngilizce özet kısmı içermelidir.
- 5 | Dergiye gönderilen yazılarda ilgili yazıdaki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun anahtar sözcükler kullanılmalıdır.
- 6 | Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak gönderildiği kabul edilir.
- 7 | Yayımlanan yazıların her türlü sorumluluğu yazar(lar)ına aittir. Dergide yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz. Dergide yayımlanan yazıların yayın hakkı MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'na aittir.
- 8 | Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu'nca yapılır ve şekil ile içerik bakımından uygun bulunan yazılar bilimsel inceleme için en az iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine veya yayımlanmamasına karar verilir. Tamamlanmamış veya düzeltilmiş yazı Yayın Kurulu'nca tekrar hakeme gönderilebilir. Hakemlerin ve yazarların isimleri gizli tutulur.
- 9 | Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kurulu'na aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

İçindekiler

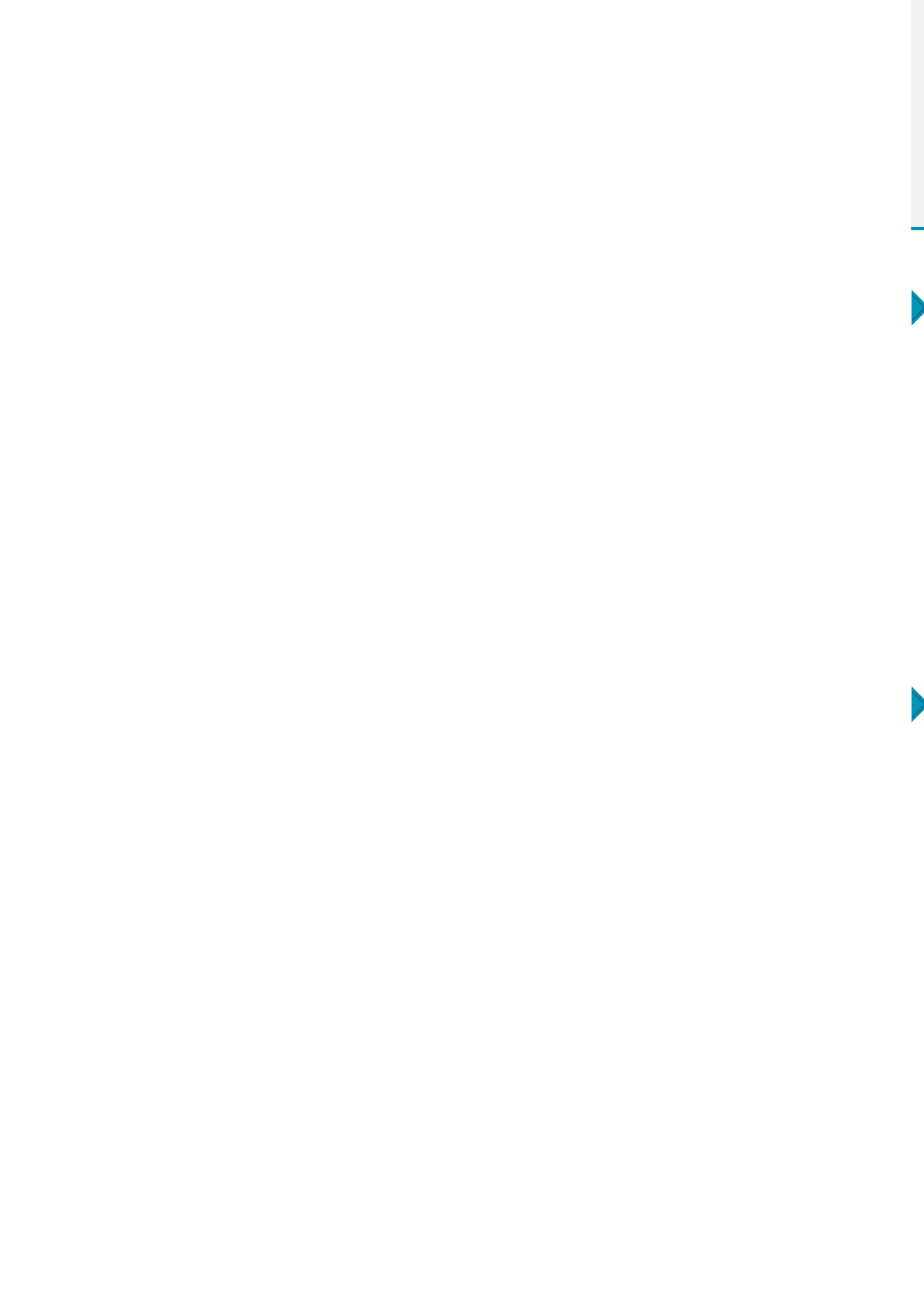
Makaleler

- 9** Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar
Prof. Dr. Tankut CENTEL
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 17** Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları
Prof. Dr. E. Tuncay Senyen KAPLAN
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 33** İş Sözleşmesinin E-Posta veya Kısa Mesaj (SMS) ile Feshi
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 41** Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması
Prof. Dr. Serkan ODAMAN
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 62** Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing
Doç. Dr. İştar CENGİZ*, **Yrd. Doç. Dr. Uğur ERSOY****, **Psk. Alper KÜÇÜKAY*****
*Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
**Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
***ODTÜ Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı
- 91** Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi
Doç. Dr. Mahmut KABAKCI, Ar. Gör. Arzu HACIOĞLU
İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
- 107** Uluslararası İşgücü Kanunu ile Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Getirilen Yenilikler
Doç. Dr. Hediye ERGİN
Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü
İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 119** İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf
Yrd. Doç. Dr. Mert NAMLI
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı
- 148** 6715 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi
Dr. Dilek Dulay YANGIN

Contents

Articles

- 9** Recent Dismissals Due to the Cessation Of Work In the Metal Industry
Prof. Dr. Tankut CENTEL
Koç University, Faculty of Law
- 17** Unfair Termination of Fixed Term Contract's Provisions and Consequences
Prof. Dr. E. Tuncay Senyen KAPLAN
Başkent University, Faculty of Law
- 33** Termination of Employment Contract with E-Mail or Mobile Phone Message (Text)
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK
University of Dokuz Eylül Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 41** Temporary Employment Relationship In Turkish Labour Law According To New Regulations
Prof. Dr. Serkan ODAMAN
University of Dokuz Eylül Faculty of Economic and Administrative Sciences, Labour and Social Security Law
- 62** Mobbing Within The Context of Psychological, Civil and Criminal Perspective
Doç. Dr. İştah CENGİZ*, Yrd. Doç. Dr. Uğur ERSOY, Psk. Alper KÜÇÜKAY*****
*University of Kırıkkale Faculty of Law, Labour and Social Security Law
**University of Kırıkkale Faculty of Law, Criminal and Criminal Procedure Law
***METU Directorate of Health, Culture and Sports
- 91** Recourse Between Principal Employer and Subcontractors
Doç. Dr. Mahmut KABAKCI, Ar. Gör. Arzu HACIOĞLU
İstanbul Technical University Faculty of Administration, Labour and Social Security Law
- 107** New Provisions Brought By International Workforce Act to Work Permit Issues of Non-Citizen Workers
Doç. Dr. Hediye ERGİN
University of Marmara, Faculty of Economy Labour Economy and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law
- 119** Labour Conflicts and Appeal
Yrd. Doç. Dr. Mert NAMLI
İstanbul University Faculty of Law Civil Procedure and Execution and Bankruptcy Law
- 148** The Provisions of Code 6715 with Regards to Remote Work and Evaluation
Dr. Dilek Dulay YANGIN



Makale Gönderim Tarihi: 29 Aralık 2016

Makale Kabul Tarihi: 30 Aralık 2016

Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar

Öz

Metal sektöründeki son iş bırakma eylemleri, Türk hukuk sistemi bakımından, yasa dışı eylemler olarak nitelendirilmektedir. Gerçekten, geçerli bir toplu iş sözleşmesine rağmen işin bırakılması, işçilerin yanısıra, sanayi ile şirket sahiplerine zarar vermektedir. Bu eylemlere katılan ve bir süre iş bırakan işçiler, işe iade davası açmışlardır. Anılan işçilerden bazılarının tekrardan işe alınmayıp

işten çıkarılmaları, Yargıtay kararları tarafından işverenin eşit davranma borcuna aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, bu konudaki bireysel başvuruda, başvurucular tarafından eşitlik ilkesine aykırı bir davranışın kanıtlanmamış olduğunu belirtmiştir. Yine, bu kararda, çalışma ve grev haklarının ihlal edilmediği kabul edilmektedir.

Anahtar Sözcükler:

İş bırakma, yasa dışı eylem, sendika hakkı, sendikal nedenle fesih, işverenin eşit davranma borcu.

Recent Dismissals Due to the Cessation of Work In the Metal Industry

Abstract

Latest protests in the metal industry are considered as unlawful acts by the Turkish justice system. In fact, interruption of a smooth working system and refusing to work, even though the workers are under a valid collective labour agreement, harm the industry, company owners and besides the workers themselves. The workers who were attended any of those protests and quit their job for a while, had filed a lawsuit on reinstatement. Some of the workers' acceptance

to get back to their work, while not giving some others' the same chance or opportunity, is been considered against equal treatment orders of the Court of Cassation. However, the Constitutional Court claimed by an individual application that there was no act conflicting with the principle of equality regarding the cases. Similarly, it is considered as there is no infringement to work and strike rights of the worker.

Keywords:

Cessation of work, unlawful act, union right, termination due to union activities, employer's obligation of equal treatment.

*Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
tcentel@ku.edu.tr

I. Giriş

2016 yılının Mayıs ayı, Türkiye otomotiv sanayiinin önde gelen şirketleri olarak, Renault ile Tofaş ve Ford Otomotiv şirketlerine bağlı işyerlerinde çalışan işçilerin yoğun iş bırakma eylemlerine sahne olmuştur. Söz konusu eylemlere yol açan iç ve dış dinamikler biryana bırakılacak olduğunda, esas olarak işçi sendikaları arasında yaşanan yoğun rekabet ortamının ön plana çıktığı görülmektedir.

Gerçekten, 2014 yılının Aralık ayında Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası (MESS), önce Türk Metal ve sonra da Çelik-İş sendikalarıyla aynı koşulları içeren ama ayrı birer grup toplu iş sözleşmesi bağtılamıştır. Birleşik Metal-İş'le yapılan görüşmelerde ise, taraflar arasında anlaşma sağlanamamış ve söz konusu işyerleri için greve başvurulmuştur. Ancak, bu işyerleri için alınan grev kararları, Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmiş ve bunlar için Yüksek Hakem Kurulu, diğer iki grup toplu iş sözleşmesinde yeralan aynı koşulları taşıyan bir toplu iş sözleşmesini 2015 yılının Mayıs ayında bağtılamıştır.

Diğer yandan, Bosch A.Ş.'ne bağlı işyerlerinde çalışan işçiler, Türk Metal ile Birleşik Metal İşçileri Sendikası (Birleşik Metal-İş) arasında yaşanan yetki uyuşmazlığının uzun süre yargıda çözüme kavuşturulamayışı nedeniyle, üstüste iki toplu pazarlık dönemi boyunca (yaklaşık 38 aylık dönemde) bağtılanan grup toplu iş sözleşmelerinden yararlanma olanağını bulamamıştır. Nitekim, Bosch A.Ş.'ne ait işyerlerinde çalışan işçiler; ancak bu işyerlerindeki yetki uyuşmazlığı Türk Metal lehine sonuçlandıktan sonra, grup dışında geçtiğimiz yılın Nisan ayında bağtılanan toplu iş sözleşmesiyle getirilen ücret artışlarından yararlanmaya başlamıştır.

Bu kez, daha önceki grup toplu iş sözleşmeleriyle kendilerine daha az artış sağlandığı savıyla, özellikle Renault ile Tofaş ve Ford şirketlerine bağlı işyerlerinde hareketlilik görülmeye başlanmıştır. Girişilen iş bırakma eylemleri sonucunda ise, işverenler tarafından bazı işçilerin işlerine son verilmiştir. Bunun üzerine, sendikal fesih iddialarıyla işe iade davaları açılmış ve verilen kararlar karşısında tatmin olunmaması üzerine de, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulmuştur.

Tüm bu gelişmelerin ışığında, aşağıda ilkin, metal sektöründeki son iş bırakma eylemlerinin hukuki değerlendirilmesi yapılacak ve daha sonra da, iş bırakma eylemlerine katılmalarına karşın işten çıkarılmayan işçilerin varlığı, eşitlik ilkesi açısından ele alınacaktır.

II. Metal Sektöründeki İş Bırakma Eylemlerinin Değerlendirmesi

1. Çalışma Barışını Sağlama Borcu Açısından

Bağtılanacak toplu iş sözleşmesiyle tarafların yükleneyeceği en önemli borçlardan biri, *'çalışma barışını sağlama (dirlik) borcu'*dur. Bu anlamda, çalışma barışını sağlama borcu, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde grev ve lokavt gibi iş mücadelesi araçlarına başvurulmamasını içerir. Böylelikle, bağtılanmış toplu iş sözleşmesiyle düzenlenmiş ilişkiler açısından, yeni isteklerin grev ve lokavt yoluyla kabul ettirilmemesinden vazgeçilmektedir. Buna göre, toplu iş sözleşmesi, bir anlamda, *'barış sözleşmesi'*dir¹.

Bu bağlamda, bağtılanmış bir toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken, söz konusu toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde grev ve lokavt yapılamaması esası, toplu iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Nitekim, yasal grev ve lokavt kavramları, ancak *'toplular iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde'* sözkonusudur (STİSK. m. 58/II, 59/II). Bunun gibi, bağtılanmış toplu iş sözleşmesinin hükümleri daha sonra değiştirilebilirken, süresine dokunulamamaktadır (STİSK. m. 35/II c. 2).

Diğer yandan, çalışma barışını sağlama borcu, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu bölümü içinde yer almakta ve sadece toplu iş sözleşmesinin tarafları (işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi bulunmayan münferit işveren) arasında ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, taraf sendikaya üye olan veya olmayan işçiler bakımından, çalışma barışını sağlama borcunun söz konusu olup olmayacağı akla gelebilir. Ancak, toplu iş sözleşmesini bağtılayan sendikalar, karşılıklı olarak *'toplular iş sözleşmesinin uygulanması ve*

1 Bkz. Tunçomağ ve Centel, 2016, s. 344.

denetimi borcu'nu da yüklenmiştir. Buna göre, toplu iş sözleşmesini yapan sendikalar, üyelerine sözcüsel bilgi verme, uyarma ve aykırı davrandıkları takdirde üyelikten çıkarma yaptırımını uygulamak suretiyle anılan borçlarını yerine getireceklerdir².

Ayrıca, toplu iş sözleşmesi ile grev haklarının kullanılabilmesi, münhasıran işçi sendikalarına tanınmış birer haklardır. Bu anlamda, fiili işçi topluluklarının anılan hakları kullanabilmeleri, söz konusu değildir.

Tüm bu düzenlemeler karşısında, Türk hukuk sisteminin, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde mutlak bir çalışma barışı dönemini öngördüğü söylenilmektedir.

Metal sektöründeki son eylemler ise, öngörülen bu mutlak çalışma barışı ortamına ters düşmektedir. Gerçekten, söz konusu eylemlerde bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken, Türk Metal'in bağitlanmış bulunduğu toplu iş sözleşmelerindeki ücret artışları beğenilmeyip, yeni hak (çıkarma) sağlama arayışı içine girilmektedir. Bunun mevcut hukuki sistemle bağdaştığı söylenemez.

Nitekim, Türk hukuk sistemi; 1980 sonrasında günümüze dek uzanan dönem içinde, toplu hak uyuşmazlığı çıkarma olanağını tanınamakta ve toplu hak uyuşmazlıklarında iş mücadelesi araçlarının kullanılmasını kabul etmemektedir. Buna göre, metal sektöründeki son eylemlerin, çalışma barışı açısından yasaya (hukuka) uygun düşmediği söylenmelidir.

2. Kısa Süreli Protesto Eylemleri Açısından

Grev ve giderek yasal grev kavramlarının ortaya çıkabilmesi bakımından, iş bırakmaların süresinin ne olacağı konusunda STİSK'nda herhangi bir açıklık yoktur. Bu bağlamda, çok kısa süreli ve bir kez topluca işi bırakma eylemleri, barışçı biçimde gerçekleştirilmeleri kaydıyla, yasa dışı grev yerine 'toplulu protesto eylemi' olarak nitelendirilmekte³ ve ILO Sendikal Özgürlükler Komitesi kararlarında, söz konusu eylemlere hukuken meşruluk tanınmaktadır.

Buna karşılık, ILO Sendikal Özgürlükler Komite-

si'nce benimsenen barışçı toplu eylem hakkının, Türkiye'nin taraf olduğu ILO sözleşmeleriyle güvence altına alınmış bir temel hak olduğundan söz edilmek suretiyle, geçmişte Türk kamuoyu yanıltılmıştır. Çünkü, konuya ilişkin ne 87 ve ne de 98 sayılı ILO Sözleşmesi, bu tür eylemleri bir hak olarak tanıyan bir metne sahiptir. Tam aksine, her iki sözleşme metninin, hiçbir yerinde 'grev' sözcüğünden dahi söz edildiği görülmez⁴. Kaldı ki; barışçı toplu eylem hakkını kabul eden ILO denetim organları, söz konusu hakkın bazı hallerde sınırlanabileceğini de kabul etmektedir. Getirilebilecek sınırlamalardan biri de, toplu iş sözleşmesi varken toplu eylem hakkından söz edilemeyeceğine ilişkindir (*sosyal barış yükümü*)⁵.

Bu bağlamda, Yargıtay, toplu eylem hakkının varlığını kabul etmekte; ancak, bu hakkın barışçı olmasını ve ölçülü bulunmasını aramaktadır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Ford Otomotiv ile Arçelik LG Klima işyerlerindeki eylemlere yönelik kararlarında, aynen:

“.. bireysel veya toplu iş hukukuna dair bazı hakların savunulması için işçilerin demokratik ve barışçıl toplu eylem haklarının olabileceği 87 ve 98 sayılı İLO Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı ile Anayasanın 51.,54. ve 90. maddelerinin bir gereği olsa da, eylemin işverene özel olarak zarar verme kastı içermemesi ve ölçülü olması gereklidir ..” denilmektedir⁶.

Metal sektöründeki son eylemlere bakılacak olduğunda; yukarıda belirtilenler ışığında, bunların barışçı toplu eylem hakkı kapsamında görülmeleri, söz konusu değildir. Nitekim, Yargıtay tarafından da, Ford Otomotiv ile Arçelik LG Klima işyerleriyle ilgili olarak, aynen:

“.. işyerinde gerçekleşen ve 13 gün süreyle devam eden toplu iş bırakma eyleminin zamanlaması, katılımcı sayısı ve süresi değerlendirildiğinde ölçülü olmaktan uzak olduğu görülmektedir ..”, şeklinde durum değerlendirilmektedir.

Bunun gibi, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nce gerekçesiz olarak onanan ve Ford Otomotiv İnönü/Eskişehir

2 Çelik ve diğerleri, 2016, s. 734-735; Tunçomağ ve Centel, 2016, s. 346.

3 Tunçomağ ve Centel, s. 449.

4 Ayrıca bkz. ILO, 2006, para. 581.

5 Bkz. Servais, para. 279.

6 Yarg. 9. HD., 11.3.2016, E. 2016/5562, K. 2016/5737; Yarg. 9. HD., 29.6.2016, E. 2016/17291, K. 2016/15580.

hir işyeriyle ilgili alt mahkeme (Bozüyük 1. Asliye Hukuk Mahkemesi) kararında da, 9 günlük eylemin süre açısından ölçülülük ilkesini ihlal ettiği kabul edilmiştir⁷.

Diğer yandan, toplu eylem hakkı; sendikal özgürlüklerin korunması amacıyla, işçi sendikalarına ve giderek sendika üyelerine tanınmaktadır. Nitekim, Ford Otomotiv işyeri işçilerinin bireysel başvurusuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararında, aynen:

“.. AİHM, Belçika Ulusal Polis Sendikası'nın Belçika'ya karşı yaptığı başvuruya ilgili olarak verdiği 27/10/1975 tarihli kararında, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 11. maddesinin 1. paragrafının; sendika üyelerine çıkarlarını koruyabilmek amacıyla seslerini duyurmalarına imkan tanıdığını, bununla birlikte bu amaca ulaşabilmek amacıyla uygulanacak olan yöntemleri belirleme takdirinin devlete ait olduğunu, AİHS'nin 11. maddesinde yer alan "çıkartlarını korumak için" ifadesinin önemli olduğunu ve AİHS'in sendikaların yapacağı toplu eylem yoluyla, sendika üyelerinin mesleki çıkarlarını savunma özgürlüğünü güvence altına aldığını (altını ben çizdim)' vurgulamıştır ..”⁸

anlatımına yer verilmek suretiyle, toplu eylem hakkının işçi sendikasını ve üyelerini ilgilendiren bir hak olarak belirdiği açıklanmaktadır.

Metal sektöründeki son eylemler ise, tam aksine, işçilerin kendi sendikasına karşı giriştikleri eylemler olarak ortaya çıkmakta ve işin bırakılması sonucunda, işverene zarar verilmektedir. Gerçekten, Türk Metal Sendikası'nca haklarının yeterince savunulmadığından söz edilmek suretiyle, toplu eyleme girililmekte ve yeni bir sendikal örgütlenmeye gidilmesine çalışılmaktadır. Nitekim, somut olayda iş bırakma eylemlerinin, işçi sendikası üyelerinin çıkarlarını korumak amacıyla düzenlenmediği ve eylem sırasında bir grup eylemcinin, üyesi oldukları sendikadan istifa edip bir başka sendikaya üye oldukları görülmektedir.

Bu nedenle, artık buradaki toplu eylemlerin, uluslararası alanda sendikal özgürlüklerin korunması amacıyla tanınan toplu eylem hakkıyla bir ilgisinin bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Buna göre, üyesi bulunduğu işçi sendikasıyla hoşnut olmayan iş-

çinin, mevcut hukuki düzen içerisinde, işi bırakmak yerine, sendikasını değiştirmekten başka başvurabileceği bir yol görünmemektedir.

3. Sendikal Nedenle Fesih Açısından

Sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, iş güvencesi hükümlerine göre feshin geçersizliğinin tespiti davası açma hakkına sahiptir. Ancak, işçinin İş K. m. 20 ve 21 hükümlerine göre böyle bir davayı açmamış bulunması, ayrıca sendikal tazminat talebinde bulunmasını engellememektedir (STİSK. m. 25/V c. 1 ve 4).

Bu bağlamda, sendikal nedenle fesih, işçinin sendikaya üye olması veya olmaması ya da sendikal faaliyeti, yani sendikal hakların kullanılması nedeniyle yapılan fesihtir. Buna göre, yapılacak feshin temel nedeni, işçinin sendikal haklarını kullanmasını engellemektir⁹. Böylece, sendikal nedenle feshin, esas olarak işverenden (işyerinden veya işletmeden) kaynaklanacak engelleme sonucunda ortaya çıkacağı söylenmelidir.

Metal sektöründeki son eylemlerde ise, işveren kesiminden kaynaklanan bir engellenmenin ortaya çıktığı kanıtlanmış değildir. Nitekim, söz konusu olaylarda, mevcut sendikalara üye olmama veya yeni bir işçi sendikası kurmama ya da mevcut sendikalardan belli birine üye olma yönünde işverenden kaynaklanan bir baskıya ve de buna tepki olarak ortaya konulduğu kanıtlanmış bir tepkiye rastlanmamaktadır. Bu anlamda, sendikal örgütlenme kapsamında bir eyleme kalkışılması, söz konusu değildir. Aksine, sendikalar arası rekabet ortamı içinde ve Türk Metal yönetimine karşı duyulan tepki üzerine, işyerinde iş bırakılmaktadır.

Diğer yandan, Çelik-İş üyesi olup eylemlerde öncü olan kişiler oldukları ve bu yüzden iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshedildiğine ilişkin bazı Tofaş çalışanlarının iddiaları, Bursa 4. İş Mahkemesi tarafından yerinde görülmemiş ve alt mahkemenin söz konusu kararı, açık bir gerekçeye yer verilmeksizin Yargıtay 7. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır¹⁰. Bu bağlamda, Bursa 4. İş Mahkemesi'nin söz konusu kararında aynen:

“.. Mesele iki sendika arasında yaşanan bu gerilimi

7 Bkz. Yarg. 22. HD., 19.4.2016, E. 2016/8279, K. 2016/11459.

8 AyM., 27.7.2016, 2016/8793 sayılı Başvuru, para. 11-İşveren 54, 5 (Eylül-Ekim 2016), Yargıtay Kararları Özel Eki, 5.

9 Baskan, 2013, s. 80.

10 Bkz. Yarg. 7. HD., 13.6.2016-18402/13110.

süreçte işverenin tutumundadır .. Yapılan eylemler de esasen sendikal örgütlenme özgürlüğüne karşı işverenin eylem ve işlemlerine dayanmamaktadır... Somut olayda istifa eden işçiler ile görüşme yapan Türk Metal Sendikası yetkilisinin bu görüşmeyi işverenin insiyatifi ile yaptığına dair herhangi bir delil bulunmamaktadır. Yetkili Türk Metal Sendikası ile örgütlenme sürecini yaşayan Çelik-İş Sendikası arasındaki rekabetin davalı işvereni ilgilendiren bir tarafı bulunmamaktadır. Somut olayda feshin sendikal nedenler ile yapıldığına dair iddialara itibar edilmemiştir.."11

denilmek suretiyle, sendikal nedenle fesih iddiası yerinde bulunmamıştır. Aksine, alt mahkeme kararında, davacı işçinin toplamış olduğu sayıları 50 kişiyi bulan işçilere hitaben işyeri içerisinde konuşma yaptığı, bu konuşmada '.. Yarın takım liderleri sizin yerinizi değiştirirse bize gelin, kral biziz, padişah biziz ..' şeklinde sözler söylemek suretiyle işverenin işyeri içerisindeki otoritesini zedelediği ve çalışanları olumsuz yönde etkileyerek işyerindeki işleyişi zaafiyete uğratma çabasında bulunduğu belirtilip, feshin İş K. m. 25/II bent b kapsamında haklı nedenle fesih olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşüne yer verilmiştir.

Bunun gibi, aynı alt mahkemenin yine aynı iddia ile ilgili bir başka kararında, sendikal nedenle feshin söz konusu olmadığı belirtilmiş ve davacı işçinin aralarında Tofaş İnsan Kaynakları Direktörü'nün de bulunduğu yöneticilere hitaben 'kelle avcılar' şeklinde söylemlerde bulunması, İş K. m. 25/II bent b çerçevesinde haklı nedenle fesih olarak değerlendirilmiştir¹².

Sendikal nedenle fesih iddialarını yerinde görme- yen diğer bir mahkeme kararı da, Ford Otosan (İnönü/Eskişehir) işyerindeki eylemlere ilişkin olandır. Bu bağlamda, gerekçesiz olarak Yargıtay incelemesinden geçip onanmış bulunan Bozüyük 1. Asliye Hukuk Mahkemesi kararında:

".. eylemin sendikanın 3 yıllığına toplu iş sözleşmesi imzalamış olması, ücret zamlarının istenildiği miktarda olmaması nedeniyle yapıldığı, eylemlerden sonra

yeni kurulan Tomis sendikasına üye işçilerin de halen davalı şirkette çalıştığı, herhangi bir sendikaya üye olmayıp çalışan işçilerin bulunduğu ve işçilerin büyük çoğunluğunun eylemler sırasında sendikadan istifa ettiği, işçilerin eylemler bittikten sonra belli bir süre sendikasız işe devam ettikleri iş akitleri sonlandırılan işçilerinse iş akitlerinin eylemler bittikten sonra feshedildiği dikkate alındığında iş akdinin sendikal faaliyette bulunulması nedeniyle feshedilmediği .. anlaşılmıştır.."

anlatımına yer verilmek suretiyle, sendikal nedenle feshin bulunmadığı kabul edilmiştir¹³. Bunun gibi, Arçelik LG Klima işyerindeki eylemlere ilişkin olarak, Gebze 2. İş Mahkemesi tarafından da, girişilen eylemlerin sendikal nedene dayanmadığı, büyük bir açıklıkla belirtilmektedir¹⁴.

III. Sendikal Nedenle Fesih ve Ayrımcılık Yasağı

İşverenin eşit davranma borcunun iş sözleşmesini fesih hakkının kullanılması sırasında da söz konusu olup olmayacağı konusu, öğretide değişik yönlerde görüşlerin ortaya atılmasına yol açmıştır. Nitekim, fesih hakkının kullanılması sırasında da eşit işlem esasının uygulanmasının gerektiğini belirten görüşlere karşılık, işverenin fesih sırasında seçim özgürlüğüne sahip bulunduğunu ileri süren görüşlere de öğretide rastlanmaktadır¹⁵.

Ancak, herhalükarda, ayırım yasakları ortaya çıktığında, işverenden eşit işlem borcuna uyması beklenmelidir. Bu anlamda, işveren iş sözleşmesini feshederken, STİSK. m. 25/III'deki sendikal ayırım yasağını dikkate almak zorundadır. Buna göre, işçiler; sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izniyle iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyet- te bulunmalarından dolayı işten çıkarılamayacaktır.

Böylece, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkını kullanırken sendikal nedenle ayrımcılık yapması,

11 Bkz. Bursa İş Mahkemesi'nin 29.3.2016 tarihli ve 2015-505/94 sayılı kararı.

12 Bkz. Bursa İş Mahkemesi'nin 29. 3.2016 tarihli ve 2015-506/95 sayılı kararı ve bu kararı gerekçesiz onayan Yarg. 7. HD., 13.6.2016-18401/13111.

13 Bkz. Yarg. 22. HD., 19.4.2016-8279/11459'la onanan Bozüyük 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 5.1.2016 tarihli ve 2015-331/1 sayılı kararı.

14 Bkz. Gebze 2. İş Mahkemesi'nin 11.7.2016 tarihli ve 2015-638/823 ve 2015-703/813 sayılı kararları.

15 Bunlar için bkz. Baskan, 2013, s. 149.

eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır. Ancak, işveren, işyerinde mal veya hizmet üretimini sürdürmek durumunda olan kişidir. Bu durumda, yasa dışı eylemler karşısında işyerindeki işin belli bir bölüm işçiyle sürdürülmesi mümkün bulunduğu takdirde, sendikal nedenle fesih yasağını ihlal etmesi için, işverenin yasa dışı eylemde bulunan tüm işçileri çıkarmasının gerekip gerekmediği ya da bir bölüm işçiyi çıkarabilecekse bunun ölçüsünün ne olacağı, sorun olarak ortaya çıkar.

Yasa dışı eylemde bulunan işçilerin tümünün işten çıkarıldığı durumlarda ise, sorun yoktur. Doğallıkla, böyle bir durumun ortaya çıkabilmesi, işverenin yasa dışı eylemde bulunmuş işçiler olmaksızın da üretimi sürdürebileceği haller için söz konusudur. Böyle bir durum bulunmadığında ise, sendikal fesih yasağının ortaya çıkmaması, yasa dışı eylemi nedeniyle işten çıkarılabilecekken işten çıkarılmayan işçinin işte tutulmasında işverenin hukuken haklı (korunan) bir çıkarının bulunmasına bağlıdır.

Söz konusu çıkar, belli bir işçi sendikasını kollamak üzere ona üye bulunan işçileri işyerinde tutma endişesi olamaz. Çünkü, işveren, işçi sendikaları karşısında yansız hareket etmek durumundadır. Buradaki haklı görülebilecek işveren çıkarı ise, olsa olsa, üretimi kesintisiz sürdürme istek ve düşüncesinden öteye gitmeyecektir.

Ancak, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Ford Otomotiv (İnönü/Eskişehir) işyerine ilişkin kararında, aynen:

*".. eyleme katılan ve baştan sona destek veren işçilerin bazılarının iş sözleşmesi feshedilmezken davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturduğu; davalı işverenin, davacı işçi ile iş sözleşmesi feshedilmeyen aynı durumdaki işçiler arasındaki ayrımı haklı haklı kılan bir sebebi ortaya koyamadığı, işverenin kendi iş organizasyonu kapsamında üretimi aksatmayacak şekilde işten çıkarılacak işçileri farklı ünitelere göre belirlediği ve feshin bu gerekçeyle haklı olduğundan söz edilemeyeceği.."*¹⁶

anlatımına yer verilmek suretiyle, üretimi aksatmama endişesinin işveren açısından hukuken haklı

16 Yarg. 22. HD., 19.4.2016-8276/11456.

bir nedeni oluşturmayacağı kabul edilmektedir.

Söz konusu görüşe ise, hukuken katılma olanağı yoktur. Çünkü, böylece ilkin, yargı tarafından işverenin iş organizasyonuna (işletme planına) yetkili olunmaksızın müdahale edilmektedir.

İkincisi, işverenden işyerindeki veya bir bölümdeki tüm işçileri işten çıkarması beklenmek suretiyle üretimin sağlanacağı düşünülererek, yaşamın olağan akışına ve maddi gerçeğe ters düşülmektedir. Bu bakımdan, söz konusu Yargıtay kararına konu olan alt mahkeme kararında yer alan:

*".. söz konusu eylem nedeniyle işverenin eyleme katılan tüm işçilerin akitlerine son verme hakkı bulunsa da, işverenin üretimin devamlılığını ve ekonomik durumunu düşünerek bu hakkını kullanmamasının doğal olduğu, tüm işçilerin iş akitlerine son verilmesinin işverenden beklenemeyeceği işverenin tutumunun hayatın olağan akışına uygun olduğu ayrıca toplu eylem hakkının son çare olarak kullanılmaması, ölçülülük ilkesinin aşılması ilkeleri de dikkate alındığında eşit davranma yükümlülüğünün ihlalinin somut olayda gerçekleşmediği kanaatine varılmıştır.."*¹⁷

şeklindeki görüşün, daha doğru ve yerinde olduğu görülmektedir.

Bu bağlamda, ilginç olan bir husus ise; aynı gerekçeye yer veren aynı alt mahkemenin diğer bir kararının¹⁸, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından önceki kararla aynı günde ve aynı işyeri için gerekçesiz bir kararla onanmasıdır¹⁹. Aynı gün verilmekle birlikte gerekçesiz kararın karar sayısına göre daha sonra verildiği görüldüğünden, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin önceki görüşünde ısrarlı olmadığı söylenebilmektedir.

Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, anılan kararlardan yaklaşık bir ay öncesinde yine Ford Otomotiv Sancaktepe işyeri için verdiği bir kararda, aynen:

".. 3000-4000 kadar işçinin katıldığı toplu eylem sebebiyle davalı işveren eylemin başından sonuna

17 Bozüyük 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 5.1.2016 tarihli ve 2015-347/6 sayılı kararı.

18 Bozüyük 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 5.1.2016 tarihli ve 2015-331/1 sayılı kararı.

19 Bkz. Yarg. 22. HD., 19.4.2016-8279/11459.

kadar destek verdiği 550 işçiyi belirlemek suretiyle disiplin kuruluna sevk etmiş ve bunlardan davacının da aralarında olduğu 50 kadar işçinin iş sözleşmesini feshettiğini bildirmiştir. Eyleme katılan ve baştan sona destek veren işçilerin bazılarının iş sözleşmesi feshedilmezken davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur. Davalı işveren, davacı işçi ile iş sözleşmesi feshedilmeyen aynı durumdaki işçiler arasındaki ayrımı haklı kılan bir nedeni ortaya koyamamıştır.

Davalı tanığı beyanında, disiplin kurulu tarafından 550 işçiden 50 kadar işçinin iş sözleşmesinin feshine gerekçe olarak, farklı birimlerde üretimin aksamaması için dengeli bir dağılım yaparak işten çıkarılacakların tespit edildiğini bildirmiştir. Sözü edilen gerekçe işçiden kaynaklanan ayrımı haklı kılan bir neden değildir. İşveren kendi iş organizasyonu kapsamında üretimi aksatmayacak şekilde işten çıkarılacak işçilere ("işçileri", olacak) farklı ünitelere göre belirlemiş olmakla, feshin bu gerekçeyle haklı olduğundan söz edilemez..²⁰

anlatımına yer vermek suretiyle, üretimi aksatmamak amacıyla işten çıkarılacak işçilerin işverence farklı ünitelere göre belirlenmesini sendikal nedeni ortadan kaldıracak bir neden olmadığını kabul etmiştir.

Bu bağlamda, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen ilk kararındaki anlatımın, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce daha önce verilmiş yukarıdaki karardan esinlendiği söylenebilir. Buna göre, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen kararları hakkında söylenenlerin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin anılan kararı için de geçerli olduğu belirtilmelidir.

Dahası, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararında, özel düzenleme (STİSK. m. 25/III) varken eşitlik ilkesini içeren İş K. m. 5 hükmünü hukuki dayanak yapmaya kalkması, doğru ve yerinde görünmemektedir. Gerçekten, İş K. m. 5/I'de ayırım nedenleri sayılırken metinde 'sendikal neden'e yer verilmemekte; İş K. m. 5/VI'da da eşit davranılmadığı takdirde uygulanacak yaptırım gösterilirken de, 2821 sayılı Sen-

dikalar Kanunu'nun 31 inci maddesi, yani bugünkü STİSK. m. 25 hükmü saklı tutulmaktadır. Bunun anlamı, sendikal nedenle fesihlerde özel hüküm olarak, öncelikle İş K. m. 5 yerine, STİSK. m. 25'deki düzenlemenin gözönünde bulundurulacağıdır.

Bu bağlamda, Ford Otomotiv işyeriyle ilgili yapılan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında ise, aynen:

“.. Ayrımcılık iddiasının incelenebilmesi için başvurucuların, kendileriyle benzer durumdaki kişilere yönelik farklı uygulamaların meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koymaları gerekir. Somut olayda başvurucular, sözünü ettikleri benzer olaylar ile kendi durumlarının aynı olduğunu ortaya koyamadıkları gibi kendilerine hangi nedenle ayrımcılık yapıldığına ilişkin de herhangi bir beyanda bulunmamışlardır .. Bu kapsamda başvurucular tarafından ileri sürülen ihlal iddiaları kanıtlanamamıştır ..”²¹

denilmek suretiyle, eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddia 'açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez' nitelikte bulunmuştur. Buna göre, soyut olarak salt yasa dışı eylemde bulunan bazı işçilerin işten çıkartılması, eşitliğin ihlali bakımından, hukuken yeterli görülmemektedir.

IV. Metal Sektöründeki İşten Çıkarmaların Yargısal Değerlendirmesi

1. Eylemlerin Niteliği

Bosch A.Ş.'ne bağlı işyerlerine ilişkin toplu iş sözleşmesi ile daha önce bağitlanan grup toplu iş sözleşmelerinin üç yıllığına yapılması gerekçe gösterilmek suretiyle girişilen iş bırakma eylemlerinin yürürlükteki hukuk sistemiyle bağdaşmadığı, şimdiye dek verilen ve önemli bir bölümü kesinleşmiş yargı kararı niteliğini kazanan mahkeme kararlarıyla belirlenmiş bulunuyor. Söz konusu eylemlerin barışçı (demokratik) protesto eylemi niteliğini taşımadıkları

21 AyM., 27.7.2016, 2016/8793 sayılı Başvuru, para. 19-İşveren 54, 5 (Eylül-Ekim 2016), Yargıtay Kararları Özel Eki, s. 6-7.

20 Yarg.9. HD., 11.3.2016-5562/5737.

ve yasa dışı oldukları, yine aynı mahkeme kararlarıyla saptanmış durumda. Böylelikle, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi boyunca mutlak bir çalışma barışı yükümüne uyulması düşüncesi, açık ve doğrudan bir hukuki düzenlemenin yokluğunda, uygulamaya yerleşmektedir.

2. İşverenin Fesih Hakkı

Yasa dışı eylemleri nedeniyle işten çıkarılabileceği işçilerin tümünün iş sözleşmesini feshetmeyip sadece bazılarınınkini fesheden işveren hakkında Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Daireleri; işverenin eşit davranma borcuna hareket etmiş olmasının, haklı feshi ortadan kaldırsa bile, geçerli nedeni ortadan kaldırmayacağını ve bu durumda, işin bırakılması suretiyle katılan toplu eylem yüzünden işverence gerçekleştirilecek feshin geçerli nedene dayanacağını kabul etmektedir²². Böylece, Yargıtay, denkleştirici adalet anlayışı çerçevesinde, yasa dışı eyleme kalkışan işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarını yitirmesini önlemektedir.

Oysa, eşit davranma yükümüne aykırılık, hem haklı ve hem de geçerli nedenle fesih olanağını ortadan kaldırmaz. Aksinin kabulü, geçerli nedenle fesihle işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranabileceği ve sözgelimi, sendikal ayırım gözetebileceği anlamını taşır ki; bunun kabul edilebilmesi, hukuken söz konusu değildir. Bu itibarla, *'işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket etmiş olmasının, haklı feshi ortadan kaldırsa da geçerli sebebi ortadan kaldırmadığı'* yönündeki Yargıtay görüşünü kabul etmek, hukuken doğru ve yerinde görünmektedir.

V. Sonsöz

Metal sektöründeki son iş bırakma eylemleri sonucunda gerçekleştirilen fesihler ile bunun üzerine açılan sendikal tazminat davalarında verilen kararlar, bu tür eylemlere yol açan olayların işverence desteklendiği kanıtlanmadığı sürece, bunların yasa dışı sayılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Girişilen mücadelenin sarı sendikacılığa karşı verildiği belirtilse bile, eylemlerin sonucunun işverene (işyerine) yönelmesi ve üretimi kesintiye uğratması karşısında, bunların

yasa dışı niteliğinin teslim edilmesi gerekmiştir. Çünkü, mevcut sistem içinde sarı sendikacılıkla mücadele, hukuki temelde, üye olunan işçi sendikasının değiştirilmesiyle veya yeni bir işçi sendikası kurmakla sınırlı kalmaktadır.

Metal sanayii işverenlerinin işçi sendikaları arasındaki kıyasıya rekabet karşısında yansız kalmaları, yasa dışı eylemlerin hukuki sonuçlarından kendilerini kurtarabilmelerini sağlamıştır. Ancak, yargı kararları tarafından yasa dışı eylemler karşısında eşit davranma yükümünü yerine getirmemiş sayılmaları, sonuçta oluşan zararlara işveren kesiminin katlanması zorunluluğuna yol açmıştır. Oysa, işveren, ne olursa olsun, üretimi sürdürmek durumundadır. Bu bakımdan, kendi işletme planı çerçevesinde, işverene belli ölçüdeki bir hareket serbestisinin tanınmasında yarar görülmektedir. Nitekim, yasa dışı eylemlere önyak olan işçileri işyerinde tutması, işverenden beklenebilir. Sendika özgürlüğünün ve demokratik sendikal mücadelenin yolunun yasa dışı eylemlerden geçmediği, artık kavranmalıdır.

KAYNAKÇA

- Baskan, Ş. E. (2013). 6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi. Ankara: Turhan Kitabevi
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T. (2016). İş Hukuku Dersleri. 29. bası. İstanbul: Beta Yayınevi
- International Labour Organization (2006). Freedom of Association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Geneva
- Jean-Michel Servais, J.-M. (2009). International Labour Law. The Netherlands: Wolters Kluwer Business
- Tunçomağ, K./Centel, T. (2016). İş Hukukunun Esasları. 8. Bası. İstanbul: Beta Yayınevi

²² Bkz. Yarg. 9. HD., 11.3.2016-5562/5737; Yarg. 22. HD., 19.4.2016-8276/11456.

Makale Gönderim Tarihi: 2 Aralık 2016

Makale Kabul Tarihi: 5 Aralık 2016

Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları

Öz

Belirli süreli iş sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer (TBK.m.430/1). Ancak taraflar haklı nedene dayanarak sürenin bitiminden önce belirli süreli iş sözleşmesini feshedebilirler (İş K.m.24, 25). Haklı sebebin olmaması veya ileri sürülen sebebin gerçek dışı bulunması ve fesih hakkının süresi içinde kullanılmaması halinde yapılan fesih haksız fesihtir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir nedene dayanmaksızın sürenin bitiminden önce işveren tara-

findan sona erdirilmesinin hukuki sonucuna ilişkin bir düzenleme İş Kanunlarında ve eski Borçlar Kanununda yoktur. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde işverenin iş sözleşmesini haksız feshinin, 439. maddesinde ise, işçinin iş sözleşmesini haksız feshinin hüküm ve sonuçlarına ilişkin olarak düzenleme getirilmiştir.

Çalışmamızda yeni düzenlemeler çerçevesinde, belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminden önce haksız feshinin hüküm ve sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Belirli süreli iş sözleşmesi, haklı nedenle fesih, haksız fesih, haksız fesih tazminatı.

Unfair Termination of Fixed Term Contract's Provisions and Consequences

Abstract

Fixed term employment contracts, unless otherwise agreed, without the need of a notice, spontaneously ends before the end of the period (Turkish Code of Obligations, Article, 430/1). However, either party may terminate the fixed term employment contract before it is expired, on the basis of rightful justification (Labor Law, Article, 24, 25). If there is no just reason or if the reason is unreal and the just of termination is not exercised in its legal time, then the termination is an unfair termination.

There is no provision in the Labor Law and the Old Obligations Act for the legal consequences of

the termination of the employment contract by the employer before the end of the employment, regardless of the rightful employment contract. However, in Article 438 of the Turkish Code of Obligations Numbered 6098, an unfair termination of the employer's employment contract, in Article 439, an arrangement has been made regarding the provisions and consequences of the unfair termination of the employee's employment contract.

In our article, the provisions and consequences of unfair termination before the end of the employment of the specific term employment contract are examined in the context of the new regulations.

Keywords:

Fixed term employment contract, termination due to right justification, unfair termination, unfair termination indemnity.

*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
tuncaykaplan_@hotmail.com

Giriş

Sözleşme yapma serbestisi gereği tarafların kanuni sınırlamalara uygun olarak iş sözleşmesini ihtiyaçlarına uygun olarak düzenleyebilecekleri öngörülmüş olmakla birlikte (İş K.m.9/1,2; TBK.m.26), iş hukukunun kendine has niteliği ve işçiyi koruma ilkesi gereği sözleşme yapma serbestisine bazı sınırlamalar getirilmiştir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinin bitiminde sona ermesi ve bu nedenle kıdem tazminatı talep edilememesi, ayrıca iş güvencesi hükümlerinin uygulanamaması nedeniyle işçinin bazı işçilik haklarından yararlanamaması, işçilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin yapılması gereğini ortaya çıkarmıştır.

Bu düşünceden hareketle İş Kanununda belirli süreli iş sözleşmesinin taraflarca ancak objektif koşullara bağlı olarak yapılabilmesine (İş K.m.11) ve sürenin bitiminden önce işverence haksız olarak sona erdirilmesine ilişkin olarak ilk defa Türk Borçlar Kanununda düzenlemeler getirilmiştir.

Aşağıda, önce kısa olarak belirli süreli iş sözleşmelerinin özellikleri ve sona erme nedenleri üzerinde durularak haksız feshin hüküm ve sonuçları incelenecektir.

I. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Kurulma Şartları

Belirli süreli iş sözleşmesine¹ ilişkin İş Kanunu'nun 11. maddesinde getirilen tanıma göre, belirli süreli iş sözleşmesi "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 yapılması gerekli bir sözleşmedir."

Bu düzenleme ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi serbestisi objektif koşulun varlığına bağlan-

rak sınırlandırılmıştır.²

4857 sayılı İş Kanununun gerekçesinde bu sınırlamaların, ILO'nun İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşmesi ve Avrupa Birliğinin Belirli Süreli Çalışmada Ayrımcılığın ve İstismanın Önlenmesine İlişkin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması'na uygun olduğu ifade edilmiştir. 158. sayılı ILO sözleşmesinin 2. maddesinde, işverenlerin işçilerini iş güvencesi hükümlerinin dışında bırakmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yaparak, belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkını kötüye kullanmalarının önlenmesi konusunda gerekli önlemlerin alınması yükümlülüğü öngörülmüştür. Yine madde gerekçesinde, 99/70 sayılı Yönergede öngörülen belirli süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasına engel olmak için, bu sözleşmelerin "objektif" temellere dayandırılması ilkesine uyulmuş olduğu belirtilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, taraflar iş sözleşmesini belirli veya belirsiz süreli olarak yapmakta serbesttir. Yani uygulamada belirsiz süreli iş sözleşmelerinin kural olması, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını engellemez. Taraflar amaca uygun olarak ve objektif nedenlerin varlığı halinde belirli süreli iş sözleşmesi yapabilirler.³

İş Kanununun 11. maddesinin 1. fıkrasında, iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı ifade edilmiş; belirli süreli iş sözleşmesinin ise belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak

1 Esener, 1978, s.243 vd; Tunçomağ/Centel, 2000, s.110 vd; Çelik, 2011, 89; Süzek,2016, s.262; Ekonomi, 2006,s.16vd;Ekonomi, 1987, s.80 vd; Alpagut, 1998 s.6 vd.; Ertürk. 2000, s.225 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 2014, s.62 vd.; Narmanlıoğlu, 2012, s.227; Kaplan Senyen, 2015, 58 vd.

2 1475 sayılı İş Kanununda belirli süreli iş sözleşmeleri hakkında özel bir düzenleme yer almadığı için Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulmakla birlikte uygulamada belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılması, zincirleme iş sözleşmelerinin yapılması nedeniyle, doktrinde ileri sürülen görüşlerde ve Yargıtay kararlarında belirli süreli iş sözleşmesinin ikincisinin yapılmasıyla zincirleme sözleşmelerin meydana geldiği görüşü benimsenmiştir. Yargıtay kararlarında da belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme olarak yapılması durumunda objektif haklı bir nedene dayandırılması, dayanmadığı takdirde ikiden fazla yenilenme halinde sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği kabul edilmiştir. Bu konuda geniş bilgi için (bkz. Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012 s.153 vd.).

3 Ekonomi, 1987, s.17.

yapılabileceği öngörülmüştür.

Bu düzenlemeye göre aslolan iş sözleşmesinin belirsiz süreli yapılmasıdır. Belirli süreli yapılması ise istisnadır.⁴

Kanunun gerekçesinde ifade edildiği üzere, 99/70 sayılı Yönergenin⁵ girişinde belirtildiği ve Türk Hukukunda yargı kararları ile de açıklandığı gibi iş ilişkilerinde asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğundan, belirli süreli sözleşmenin varlığını ileri süren taraf bunu ispat ile yükümlüdür. Belirli süreli iş sözleşmelerinin kurulabilmesi ise m.11/1'de objektif koşulların varlığı aranmakta ve "gibi" kelimesi ile bu koşullara benzer hallerde de belirli süreli iş sözleşmesi yapma imkânı tanınmaktadır.

Getirilen düzenlemeye göre, tarafların sadece belli bir süre kararlaştırarak belirli süreli iş sözleşmesi yapması mümkün değildir. Ancak niteliği itibarıyla belirli süreli işlerde, yani objektif olarak ne kadar süreceği veya tamamlanacağı bilinen işlerde (örneğin bir bina inşaatında, bir projede)⁶ veya bir faaliyetin (örneğin festivalin) tamamlanmasına ilişkin olarak yapılan işlerde taraflar belirli süreli iş sözleşmesi yapabilirler. Yine belli bir olgunun ortaya çıkması (örneğin iş yerinde siparişlerin artması nedeniyle işçilere ihtiyaç duyulması) halinde de tarafların belirli süreli iş sözleşmesi yapması mümkündür.⁷

Tarafların sözleşmenin süresinin belirlenmesine ilişkin iradesi, sözleşmenin belirli nitelikli iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde yeterli olmayacak, yasada öngörülen objektif koşul aranacaktır.⁸ O halde tarafların sözleşmede sadece belirli bir süreyi tarih ve gün olarak kararlaştırmaları yeterli değildir. Burada önemli olan husus ifa edilecek işin nitelik itibarıyla belirli süreli olmasıdır. Örneğin, yardımcı olarak işe alınan kişinin projenin bitimine kadar çalıştırılması halinde, işçi iş münasebetinin ne kadar devam ede-

ceği hakkında bilgi sahibi olur. Bir uzman kendisinden talep edilen teknik bilgi veya muhasebe işinin teslimine kadar çalışabilir. Bu durumda, iş ilişkisinin ne zaman biteceği işçi alınmanın gayesinden dolayı önceden belirlenebilir niteliktedir.

Ancak çalışma süresinin önceden belirlenmediği durumlarda örneğin, ne zaman iyileşeceği belli olmayan bir hastanın, araştırma nedeniyle dünya turuna çıkan bir araştırmacının yerine geçici olarak işçi alınmışsa, buradaki iş ilişkisi bozucu infisahi şarta bağlı olarak kurulan bir iş ilişkisidir. Çalışma süresinin belirsiz olmasına yol açan bu gibi durumlarla işçiyi karşı karşıya bırakmamak için, işveren de süreyi kesin olarak belirleyemiyorsa, süre belirsiz olarak kararlaştırılmalıdır. Bu durum iş ilişkisinin mevcudiyetini korumada sosyal rizikonun taraflara eşit olarak dağıtılması ilkesinin gereğidir.⁹

İşçinin niteliğine ve mesleki unvanına göre sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.¹⁰ Objektif koşullar mevcutsa niteliksiz işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir.¹¹

Bazı durumlarda ise, tarafların yapacağı sözleşmenin belirli süreli olduğu yasalarla belirtilmiştir. Bu hallerde objektif nedenin varlığı aranmaz.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre, özel öğretim kurumlarında çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğrenciler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmeleri en az bir yıl sürelidir. Mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre içinde iş sözleşmesi yapılabilir.

Ancak, eğitim ve araştırma faaliyetinin zaman içinde süreklilik göstermesi nedeniyle ve İş K.m.11/1'de sayılan objektif nedenler olmadığı için vakıf üniver-

4 Süzek, 2016, s.262; Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011, s.541; Y.22.HD. 21.6.2016, E.2016/9536, K.2016/18659, Erişim tarihi 10.10.2016, www.kazanci.com

5 Başterzi, 2006, s.119.

6 Y.22.HD.17.5.2012,E.2011/17480,K.2012/10195, Çil (2014), s. 294-295.

7 Ulucan, 2003, s.41, 42; Çelik, 2011, s.91.

8 Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011, s.520; Kaplan Senyen, 2015, s.59; Güzel, 2014, s.257.

9 Zöllner/Loritz, 1992, s.238

10 Y.22.H.D. 21.6.2016, E.2015/16097, K.2016/18567, Erişim tarihi 10.10.2016 www.kazanci.com; Ancak, Yargıtay bazı kararlarında sözleşmenin "belirli süreli sayılması hususunda "işçinin niteliği" noktasından hareket etmiştir. Bkz. Kaplan Senyen, (2015) s.59 dipn.21.; Ayrıca bkz, Tuncay, 2013, s.44.

11 Tuncay, 2013, s.44; Süzek, 2016, s.267; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2014, s.186; Güzel/Özkaraca/Ugan,2011, s.521.

sitesi öğretim üyeleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz.¹² Bu nedenle sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekir.¹³

Mevsimlik iş sözleşmeleri, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için m.11/1 getirilen koşullar varsa belirli süreli yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da yapılabilir.¹⁴

II. Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdiren Durumlar

Belirli süreli iş sözleşmeleri, iş sözleşmelerinin sona erme nedenleri olan tarafların anlaşması (ikale), ölüm ile sona ermenin dışında diğer bazı durumlarda da sona erer.

Objektif koşulların varlığına bağlı olarak belirli süreli olarak yapılan iş sözleşmeleri sürenin bitimiyle kendiliğinden sona erer. İş ilişkisinin ne zaman sona ereceği taraflarca önceden belirlenebilir nitelikte olduğu için fesih bildiriminde bulunulmasına gerek yoktur.

Türk Borçlar Kanununda getirilen düzenlemeye göre, belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer (m.430/1). Maddede getirilen düzenlemeye göre, sözleşmenin sona ermesi taraflardan birinin "fesih bildiriminde" bulunulması şartına bağlanabilecek, şarta uyulmazsa veya böyle bir şart kararlaştırılmamışsa, sözleşme sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona erecektir. Maddenin düzenlenmesinde dikkate alınan İşçiye Borçlar Kanununun 334. maddesinde, (18 Mart 1988'de değişikliğe uğrayan, Art. 334 Abs. 1 OR.) belirli süreli iş sözleşmesinin feshe gerek olmaksızın sona ereceği öngörülmüştür. Sözleşmelerin sona ermesi tarafların bildirimde bulunma şartına bağlanmamıştır.

Maddede öngörülen bildirimde bulunma şartı, teknik anlamda bir fesih beyanı değil, sözleşmenin

yenilenmek istenmediğine ilişkin bir beyandır.¹⁵ Belirli süreli iş sözleşmesi, süreli fesih bildiriyle sona erdirilemeyeceği için, maddede geçen bildirim, sözleşmenin feshine ilişkin hukuki sonuçlar uygulanamaz.

Sözleşme ilk defa yapılırken de objektif koşul aranacaktır¹⁶; aksi takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi söz konusu olur (İş K.m.11).

Sözleşme yenilenirken de, ilk yapılmasında olduğu gibi, objektif veya esaslı bir nedenin olmaması halinde, sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir (İş K.m.11/2). Böylece işçi belirsiz süreli iş sözleşmesinin koşullarından ve feshe karşı korumaya ilişkin kanun hükümlerinden yararlanır. Belirli süreli iş sözleşmeleri ise, kural olarak öngörülen sürenin bitiminde sona ererler. Bu tür akitlere feshe karşı güvence hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz.

Esaslı nedene dayanan zincirleme iş sözleşmeleri ise, belirli süreli olma özelliğini korur (İş K.m/3). Nitekim, Yargıtaya göre "taraflar arasındaki belirli süreli iş sözleşmesinde birden fazla kez süre uzatımına gidilmesi halinde, projenin uzamasına ve nihayetinde kapanış ile ilgili son işlemlerin yerine getirilmesine bağlı olarak yapılmış olduğundan, 4857 sayılı Kanun'un 11. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen esaslı sebep şartı da oluşmuştur."¹⁷

Borçlar Kanununda da İş K.m11/2'ye paralel olarak getirilen düzenlemeye göre, belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme yapılabilmesi esaslı nedenin varlığına bağlıdır (m.430/2). Ancak esaslı neden olmaksızın sözleşme süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür (m.430/1). Eğer sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme yine belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür (m.430/4).

İş Kanununda belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesi İş K.m.11 ve Den.İş

12 Süzek, 2016, s.269; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012, s.224; Başterzi, 2011, s.1310

13 Y.9.HD.4.6.2007, E.7323, K.17668 Çalışma ve Toplum Dergisi,15,224-226; Y.9.HD. 7.5.2009. E.42856, K.12908, Erişim tarihi 6.6.2016, www.kazanci.com

14 Taşkent, 2010, 756 vd.; Süzek, 2016, s.282.

15 Soyer, 2011, s.12-14; Süzek, 2016, s.558; Doğan Yenisey, s.326; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.311.

16 Ekonomi, 1987, s.16; Tunçomağ /Centel, 2000, s.191; Eyrenci, 2014, s.152; Süzek, 2016, s.262; Güzel/Özkaraca/Ugan, 2011, s.529; Tuncay, 2013, s.43; Alpagut, 2012, s.102; Aksi görüşte, Taşkent, 2006, s.35 vd.; Güneş/Mutlay, s.241.

17 Y.22.HD. 21.6.2016. E.2015/16097, K.2016/18567, Erişim tarihi, 9.9.2016, www.kazanci.com

K.m.7, 8'de özel olarak düzenlendiği için, Borçlar Kanununun buna ilişkin hükümleri, belirtilen kanunun kapsamına giren iş ilişkilerinde uygulanmaz.

Türk Borçlar Kanununda getirilen düzenlemede taraflardan her birinin on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebileceği, feshin bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade edeceği öngörülmüştür (m.430/3). Uzun süre hizmet akdiyle bağlı kalmanın kişi özgürlüğüne aykırı olacağı düşüncesinden hareketle önceki yasada da yer alan hükümden farklı olarak fesih hakkı işverene de tanınmış ve bildirim süresi altı aya çıkarılmıştır.

Yine tarafların belirli süreli iş sözleşmesinde deneme süresi kabul etmeleri halinde, deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın ve tazminat ödemeksizin derhal feshedebilirler. Ancak, deneme amaçlı belirli süreli iş sözleşmesi yapılmışsa, sözleşme sürenin sonunda kendiliğinden sona erer. Taraflar iş ilişkisini sürdürmek isterlerse yeni bir iş sözleşmesi yapmak zorundadır.¹⁸

Tarafların azami süreli iş sözleşmesi yapmaları durumunda, sözleşme azami sürenin geçmesi ile kendiliğinden sona erer. Ancak taraflar süre bitmeden önce de bildirimli fesih veya haklı nedenle fesih ile sözleşmeyi sona erdirebilirler. Süre içinde fesih hakkı kullanılmazsa sözleşme sürenin bitimi ile sona erer. Bu nedenle azami süreli iş sözleşmelerinin yapılabilmesi için m.11/1 de getirilen koşulların olması gerekir. Aksi taktirde sözleşme belirsiz süreli kabul edilir.¹⁹

Asgari süreli iş sözleşmesinde ise, sözleşme sürenin geçmesi ile kendiliğinden sona ermez; sürenin sonunda taraflar bildirimli fesih ile sona erdirmezlerse, sözleşme belirsiz süreli olarak devam eder. Belirli süreli bir iş sözleşmesi olmadığı için m.11/1 deki koşullar aranmaz.²⁰

Belirli süreli iş sözleşmesinin belirlenen süreden önce sona erdirilmesi haklı nedenin varlığına bağlıdır. Haklı neden varsa sözleşme sürenin bitiminden önce taraflarca sona erdirilebilir.

18 Ertürk, 2000, s.234.

19 Ekonomi, 2006, s.32; Süzek, 2016, s.276.

20 Ekonomi, 2006, s.31-32; Süzek, 2016, s.276; Karşı görüş, Ulucan, 2003, s.51-52.

III. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Hüküm ve Sonuçları

1. Haksız Fesih

Uygulamada çok sık rastlanan ve iş sözleşmesini sona erdiren en önemli sebeplerden birini teşkil eden fesih sürekli bir iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesi ile sona erdiren, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli bir irade beyanıdır.

Tarafların belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmelerini bildirimsiz fesihle (derhal, haklı nedenle) sona erdirmeleri ancak haklı nedenin varlığına bağlıdır (İş K.m.24, 25).

Belirli süreli iş sözleşmesi kural olarak belirlenen sürenin bitmesi ile kendiliğinden sona erer (İş K.m.11; TBK.m.430; Art.334 OR.). Taraflar haklı nedenle dayalı olarak belirli süreli iş sözleşmelerini sürenin bitiminden önce sona erdirebilirler. Bu nedenle iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde haklı nedenlerin belirlenmesi büyük önem arz eder.

İş Kanununda haklı nedenle feshin tanımı yapılmamış, ancak işçi ve işverenler açısından haklı nedenler sayılmıştır (m.24,25). Türk Borçlar Kanununda getirilen düzenlemeye göre, "sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır" (m.435).

Haklı nedenin varlığını belirleyecek olan en önemli unsur iş ilişkisinin devamının taraflar bakımından çekilmez hale gelmesidir. Çekilmezliğin ispatı haklı sebebin varlığının ispatıdır. Örneğin sözleşmeye aykırı hareketin haklı neden olabilmesi için, önce bu durumun belirli bir objektif ağırlıkta olması gerekir. Bu durumda çekilemeyecek halin mevcudiyeti ölçülürken bunu yaratan sebebin taraflar arasındaki güveni sarsıp sarsmadığı araştırılacaktır.²¹

Haklı neden kavramının kesin olarak belirlenememesi nedeniyle, gerek bildirimsiz fesihte bulunacak taraf, gerekse ihtilâflı konularda hakim özel durum-

21 Rehbinden/Stöckli, 2014, Art.337.N.1.2.

ları daima göz önünde bulundurmalıdır.²² Bu husus İsviçre Borçlar Kanunu'nda da öngörülmüştür. Getirilen düzenlemeye göre, "işçi ve işveren haklı sebeplerin varlığı halinde iş ilişkisini her zaman ve süre tanımadan feshedebilir. Dürüstlük ve doğruluk kuralına göre, iş ilişkisinin devamını fesheden bakımından beklenemeyecek duruma getiren her olay, haklı sebep sayılır. Böyle durumların varlığına hakim kendi takdir hakkını kullanarak karar verir; ancak işçinin kusurlu olmayarak işini ifa edemediği durumları haklı sebep sayamaz" (Art.337 Abs.2 OR.).

İş ilişkisinin taraflarca çekilemeyecek hale gelmesinin tesbitinde, işin çeşidi, tarafların sosyal durumları, sözleşmenin süresi, karşı tarafın tutumu gibi değişik kıstaslar gözönünde tutulmalıdır.²³

Yargıtay da, haklı sebebin koşullarına göre objektif ölçüler içinde takdir edilmesi gerekeceğine karar vermiştir.²⁴ İşverenden iş ilişkisini devam ettirmesi normal ölçülerde beklenemiyorsa feshin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir.²⁵

İş Kanununda haklı nedenler işçi ve işveren açısından, sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve iyiniyete aykırı davranışlar ve benzerleri, zorlayıcı haller olarak dört başlıkta sayılmıştır (m.24, 25). Ayrıca işveren açısından işçinin tutukluluk ve göz altında bulunduğu sürelerin uzunluğu da haklı fesih nedeni olarak belirtilmiştir (m.25).

Haklı bir neden olmadan taraflardan birinin iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce sona erdirmesi haksız fesihtir.²⁶ İleri sürülen sebebin gerçek dışı olması veya hiç olmaması yahut fesih hakkının süresi içinde kullanılmaması halinde de haksız fesih söz konusudur. Haksız fesih kanunda öngörülen prosedüre aykırı olarak yapılan bir işlemin ortaya çıkardığı bir durumdur. Yapılan fesih geçersiz değil, haksız fesih sayılır.²⁷

22 Kaplan Senyen, 1987, s.129 vd.

23 Hueck -Nipperdey, I, 1963, s.528; Nikisch I, 190, s.724.

24 Y.9.HD, 14.5.1982, E.4239, K.4843, İşveren Dergisi, Ekim 1982 C, XXI, S:1, s.20.

25 Y.22.HD. 5.7.2012, 2012/674 E. 2012/15760 K. Çil, 2014, s.654.

26 Ekonomi, 1987, s.195.

27 Narmanlioğlu, 2000, s.393.

2. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları

İş kanunlarında belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinin bitiminden önce haklı bir neden olmaksızın taraflarca sona erdirilmesinin yani haksız feshin hukuki niteliği ve sonuçlarına ilişkin düzenleme yoktur. Eski Borçlar Kanununda da bir düzenleme getirilmemişti.

İşveren tarafından iş sözleşmesinin süresinin bitiminden önce sona erdirilmesine ilişkin olarak genellikle BK.m.325'de öngörülen esasa göre, doktrinde ve Yargıtay kararlarında değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler alacaklının (işverenin) temerrüdü, kusurlu imkansızlık, ifa imkansızlığı, haksız fesih konuları üzerinde yoğunlaşmıştır.²⁸

Doktrinde bir görüş, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın işverence sona erdirilmesini BK.m.325 hükmü gereğince işverenin temerrüdü olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre, iş ilişkisi sözleşme süresinin sonuna kadar devam eder; zira yapılan fesih geçersizdir. Bu nedenle işçi, sözleşme süresinin sonuna kadar geçecek sürede işleyecek ücretini, BK.m.325. çerçevesinde talep edebilir.²⁹

Bir diğer görüşe göre ise, haklı neden olmadan işverenin iş sözleşmesini feshetmesi kusurlu bir imkansızlık yaratır. Bu sebeple sözleşme sona erer. İşçi işverenden doğacak zararın tazminini talep edebilir. BK.m.325'de öngörülen ödenecek ücretle tazminat anlatılmak istenilmiştir.³⁰

Başka bir görüşe göre, işverenin belirli süreli iş sözleşmesinde iş verme borcunu yerine getirmemesi kusurlu ifa imkansızlığı yaratır.³¹

Diğer bir görüşe göre ise, belirli süreli iş sözleşmesi, haksız fesih yoluyla sona erer. Sözleşmenin belirlenen süreden önce sona erdirilmesi nedeniy-

28 Narmanlioğlu, 2000, s.393 vd.

29 Tunçomağ/Centel, 2000, s.109; Esener, 1978, s.215-216; Reisoğlu, 1968, s.168; Ulucan, s.115, Çelik ise, temerrüt görüşünden vazgeçmiş olmakla birlikte, BK.m.325'den yararlanılarak çözüme gidileceğini sürenin ödenecek paranın ücret değil, tazminata esas olacak tutar olarak kabulü gerektiği görüşündedir. Çelik, 2011 s.285.

30 Oğuzman, 1955, s.143 vd.

31 Serozan, 1998, s.151-152.

le doğan zarar için BK.m.325 ölçüt esas alınarak tazminat talep edilebilir. Ayrıca işçi kanunda öngörülen koşullar oluşursa kıdem tazminatı alabilir.³²

Yargıtay ise, bazı kararlarında belirli süreli iş sözleşmesinin feshini haksız olarak nitelendirerek BK.m.325'e göre tazminat miktarının tespit edilemeyeceğini³³ bazı kararlarında ise, geri kalan süre için ücret istenebileceğini kabul etmiştir.³⁴ Yargıtay bir başka kararında ise, belirli süreli hizmet akdinin süresinden önce işveren tarafından feshedilmesi halinde kıdem tazminatı verilmesi gereğinin Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarından olduğunu ifade ederek, işçinin haksız fesih durumunda kıdem tazminatı talep edebileceğini kabul etmiştir.³⁵

Türk Borçlar Kanununun 2012 yılında yürürlüğe girmesi ile 438. maddede getirilen belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin bitiminden önce işverence haksız feshine ilişkin düzenleme ile, bu konudaki tartışmalar sona ermiştir.

Türk Borçlar Kanununun "Haklı sebebe dayanmayan fesih" başlığı altında m.438'de işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın derhal feshi, m.439'da da "İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması" başlığı altında, işçinin haklı sebep olmaksızın iş sözleşmesinin feshinin hüküm ve sonuçları ayrı ayrı düzenlenmiştir. İşverenin işi kabulde temerrüdü ise, BK.m.408 de (Art.324 OR.) öngörülmüştür.³⁶

32 Ekonomi,1987, s.196; Centel, s.195, Narmanlıoğlu, 2012, s.398; Süzek, 1998, s.74 vd.; Şahlanan, 1996, s.132; Kaplan Senyen, 2010, s.219.220.

33 Y.9.HD.7.7.2004, E.3600, K.17316, Kılıçoğlu, 2005, s.67.

34 Y.9.HD.13.2.2006, E.2005/21254, K.2006/3398; Y.9.HD.31.10.2007, E.2007/1154, K.2007/32059, Kılıçoğlu /Şenocak, 2008, s.265.

35 Y.9.HD.28.2.1995, E.16836, K.6017, Ergin, 1995, s.77.

36 İsviçre Borçlar Kanunu m.324 dikkate alınarak, Türk Borçlar Kanununun 408. maddesi 818 sayılı Borçlar Kanununun 325. maddesini karşılamak üzere "işverenin temerrüdü halinde" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre "işveren, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir".

3. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haksız Feshi

a. Getirilen Düzenleme

İsviçre Borçlar Kanunu m.337c'ye paralel olarak Türk Borçlar Kanununun 438. maddesinde işveren tarafından haklı sebep olmadan hizmet sözleşmesinin sona erdirilmesinin hüküm ve sonuçları ilk defa ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmıştır.

Türk Borçlar Kanununun 438. maddesinin 1. fıkrasında, işverenin haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshetmesi durumunda işçinin, belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim süresi tutarındaki, belirli süreli sözleşmelerde ise sözleşme süresine uyulmaması durumunda bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebileceği; 2. fıkrasında, işçinin belirli süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirin tazminattan indirileceği, 3. fıkrasında ise, hakimin, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak miktarı serbestçe belirleyebileceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği, ancak belirlenecek tazminat miktarının işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı öngörülmüştür.

b. Hukuki Niteliği

Türk Borçlar Kanununun 438. maddesinin 1. fıkrasında "işverenin haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhal feshetmesi" öngörülmüştür. Getirilen düzenlemeye göre, işverenin, işçinin iş sözleşmesini derhal haklı neden olmaksızın süresinden önce sona erdirmeye ilişkin açıklaması ile iş ilişkisi fiilen ve hukuken sona erer. Bu nedenle işçinin iş görme yükümlülüğü biter. İşçinin haksız feshi karşı susmuş olması, onun bu feshi onayladığı anlamında değerlendirilmemelidir. Ayrıca fesih karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran, karşı tarafın kabulünü gerektirmeyen yenilik doğuran bir irade açıklamasıdır.

Diğer taraftan sona erdirmeye yönelik açıklama, sözleşmenin sona erme zamanını bildirmeye yönelik bir fesih bildirimidir. O halde işverene, işçinin çalışmasını sürdürmesi hususunda ta-

lep hakkı da vermez. Maddede tekrar işe dönme talep hakkı da öngörülmemiştir.

İşverenin haksız feshi ile bilinçli olarak işgörmeye edimini kabulden kaçınması söz konusudur. Ancak, işverenin bu hareketi ile işçinin işgörmeye edimini kabulden kaçınmasının sürekli olarak mı, yoksa geçici bir süre mi olduğu hususu açık değildir. İşveren, daha sonra bildirim olarak, sona erdirmemesi söz konusu olmadığını veya iş ilişkisinin karşılıklı anlaşma ile sona erdirildiğini ileri sürebilir. Bu nedenle işçinin işverenin iş görme edimini kabulden kaçındığını ispat edebilecek delillere sahip olması onun lehine olur.³⁷ Örneğin işe son verildiğine ilişkin yazı, ücretinin hemen ödenmesi, işle ilgili çıkış belgelerinin verilmesi, iş sözleşmesinin sona erdiğine ilişkin açıklamanın şahitler önünde yapılması 438. maddenin (Art.337c) uygulanması açısından kolaylık sağlar.

c. Haksız Feshin Hüküm ve Sonuçları

aa. Süreye Uyulmaması Nedeniyle Tazminat

İşveren, belirli süreli iş sözleşmesini haklı neden olmadan süresinden önce derhal feshederse, işçi belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim süresine ilişkin, belirli süreli sözleşmelerde ise, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilir (TBK. m.438/1; Art. 337c Abs.1 OR.).

İsviçre Federal Mahkemesinin eski hukuk sistemi-ne ilişkin olarak, o dönemde verdiği kararların aksine³⁸, Art.337c'de ücret talebinden değil tazminat talebinden bahsedilmektedir. 1989 yılında feshe karşı korumaya ilişkin yeni düzenlemeler dikkate alınarak, m.337c'de işçinin sadece tazminat talebi hakkının³⁹ düzenlenmesi ile İsviçre doktrinindeki ücret tazminat tartışması sona ermiştir. Ayrıca bu düzenleme ile iş ilişkisinin haksız fesih ile sona erdirilmesi durumunda da iş ilişkisinin fiilen ve hukuken sona erdirildiği de açıklığa kavuşmuştur.⁴⁰ TBK.m.438'in gerekçesinde de, bu tazminatın "işçinin uğradığı olumlu (müspet) zararların giderilmesi" amacı ile getirildiği ifade edilmiştir.

İş Kanununda getirilen düzenleme ile iş sözleş-

mesinin işveren tarafından sürenin bitiminden önce haksız olarak feshi halinde, işçi bir yıldan fazla işyerinde çalışmış ise, kıdem tazminatına hak kazanacaktır (1475 s. İş K.m.14/1; İş K.m.25).⁴¹ Ancak işçi ihbar tazminatı talep edemeyeceği gibi (İş K.m.17/4) iş güven-cesi hükümlerinden de yararlanamaz.

Tazminatın belirlenmesinde, belirli süreli iş sözleşmesinin süresine uyulmuş olsaydı işçinin kazanabileceği miktar dikkate alınır. Diğer bir ifadeyle, tazminatın hesabında, sözleşmenin haklı sebep olmaksızın kararlaştırılan sürenin sona ermesinden önce işverence feshedilmesi nedeniyle işçinin uğradığı ücret kaybı gözönünde tutulur. TBK.m.438/1'de "kazanabileceği miktar", m.337c Abs.1'de ise "kazanmış olsaydı" tabirlerinden buradaki amacın, işçinin uğradığı ücret kaybının tazmini olduğu açıktır. O halde, buradaki tazminat ücret kaybı tazminatıdır.

Tazminatın hesabında belirli sürenin sonuna kadar kaybedilen ücretin belirlenmesinde, geniş anlamda ücret dikkate alınmalıdır. Ayrıca, sözleşmenin belirlenen süresi içinde ödenmesi kararlaştırılan toplu iş sözleşmesindeki ücret artışlarının, ikramiye, izin ücretlerinin, önceden yapılması kararlaştırılmışsa fazla mesai ücretlerinin de dikkate alınması gerekir.

bb. Tazminattan İndirim Yapılması

Kanunda getirilen düzenlemeye göre, işçinin belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi ile tasarruf ettiği miktar ve başka bir işten kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı gelir tazminattan indirir (TBK.m.438/2; Art.337c Abs.2 OR.). İşçinin tasarruf ettiği miktara örneğin iş elbiseleri, işçinin sözleşme gereği temin etmekle yükümlü olduğu alet, edavat,

37 Kaplan Senyen, 2000, s.222.

38 BGE 103 II 274; Vischer, 2005, s.261.

39 Botschaft 612, Rehbinder, 2011, Art.337 c, s.159.

40 Vischer, 2005, s.261.

41 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran fesih halleri sayılmış, ancak belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımına gidilmemiştir. Kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi kendiliğinden, herhangi bir fesih bildirimine gerek olmaksızın sürenin bitimi ile sona erer. Bu nedenle işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz (1475 s.İş.K.m.14).Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin m.14/1 deki koşullar mevcutsa, sürenin bitiminden önce işveren tarafından haksız olarak sona erdirilmesi halinde de işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Yine belirli süreli veya belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle m.24 e göre feshedilmesi durumunda ve m.14.I de sayılan hallerde işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Süzek, 2016, s.751; Soyer, 2011, s.14; Çelik, 2011, s.311; Narmanlıoğlu, 2000, s.388 vd.;Yürekli, 2011, s.285; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012, s.360.

giysi masrafı, işe gitmek için yapılan harcamalar (yol masrafı) da dahildir. İşçinin tasarruf ettiği harcamaların ispatı işverene aittir. Aynı şekilde başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı miktarı da işveren ispat etmekle yükümlüdür.⁴²

İşveren tarafından iş sözleşmesi belirli süreden önce haksız olarak sona erdirilen işçi, bu süre içinde başka bir iş bulursa kazandığı miktar tazminattan indirilir. Yargıtaya göre, "işçinin bir başka işyerinde çalışması karşılığında elde ettiği para ve para ile ölçülebilen menfaatleri toplamı belirlenerek hak kazandığı bakiye süre ücret alacağından indirilerek sorunun giderilmesi" gerekir.⁴³ Bu konuda gerekli araştırma yapılarak, işçinin sözleşmenin feshinden sonraki dönemde başka bir işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak indirim yapılmalıdır.⁴⁴

Eğer işçi işten çıkarıldıktan hemen sonra aynı veya daha yüksek ücretli bir işe girerse tazminat düşer. Daha düşük ücretle işe başlarsa, eski ile yeni giydirilmiş ücret arasındaki fark ücret kaybı tazminatı olarak ödenir.⁴⁵

İşçi başka bir iş bulmak konusunda, zararın daha az olmasına yardımcı olmak için gerekli çabayı göstermekle yükümlüdür.⁴⁶ Yargıtay m.325 (şimdi m.408) fesihden sonra iş arandığı ve bulunamadığının, işçi tarafından ispat edilmesi gerektiği görüşündedir.⁴⁷ İşçinin iş bulma bürolarına başvurması, telefon ile yaptığı görüşmelere ilişkin notlar, iş ilanlarına yapılan başvurulara ilişkin notlar ve belgeler iş arama çabalarına örnek olarak gösterilebilir.

Dürüstlük kuralları çerçevesinde işçinin iş bulma arayışlarını değerlendirmek gerekir. Yargıtay verdiği bir kararında, tarih öğretmeni olan bir işçinin 12 ay süreyle iş bulamamasının hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceğini, iş arayıp aramadığının ve elde etmekten kasten feragat ettiği gelirlerinin olup ol-

madığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁸ Başka bir kararında da üst yöneticinin belirli süreli iş sözleşmesinin feshinden sonra 7 aylık süre içinde iş bulamamasının hayatın olağan akışına uygun düşmediği, kasten feragat ettiği kalan süreye ilişkin ücret alacaklarından %60 oranında indirim gidilmesine karar vermiştir.⁴⁹ Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin mesleki durumuna uymayan bir işi kabul etmesi beklenemez.⁵⁰ Yapılacak indirimin tesbitinde işçinin mesleki durumu, nitelikleri dikkate alınarak yakın koşullarda iş gücünü ne kadar sürede değerlendirileceğinin dikkate alınması gerekir.⁵¹

Diğer taraftan eğer işçi bağımsız çalışmayı istiyorsa, bundan sağladığı gelir de tazminattan indirilecektir.⁵² Ayrıca işçinin normal çalışma sürelerinin dışında çalışması ek işler yapması neticesinde kazandığı gelir tazminattan indirilmeyecektir.⁵³

Yargıtay, hesaplanacak bakiye ücret alacağından ödendiği belirtilen ihbar tazminatı tutarının mahsup edilmesi gerekeceğine karar vermiştir.⁵⁴

Diğer taraftan Yargıtaya göre: "İş Hukukunda ücret kural olarak çalışma karşılığı ödenir. Aksinin kanunda öngörülmesi yada taraflarca açık biçimde kararlaştırılması gerekir. Bakiye süre ücreti eylemli bir çalışmanın karşılığı olmadığından, 4857 sayılı yasanın 34 ncü maddesinde öngörülen özel faiz uygulanmaz ve bu ücretlere ilişkin olarak sigorta primi ödenmesi de gerekmez".⁵⁵

Görüldüğü üzere, TBK.m.438/2 (Art.337c Abs. 2 OR.) de işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelirin tazminattan indirileceği öngörülmüştür. Bu konuda gerekli araştırmanın yapılması gerekir. Ancak sayılan

42 BGE 96 II 57, 78 II 444 Brühwiler, Art. 337 c. s.386.

43 Y.22.HD.22.4.2014, E.2013/13464, K.2014/9432, Çil, 2014, s.297-298.

44 Y.22.HD.9.4.2014, E.2013/7932, K.2014/7476, Çil, 2014, s.299.

45 Brühwiler, Art. 337 c, s.386.

46 Vischer, 2005, s.262.

47 Y.9.HD.13.12.2004, E.12120, K.27469, Günay, 2005, s.367.

48 Y.22.HD.28.1.2014, E.2013/2034, K.2014/959, Çil, 2014, s.300.

49 Y.HGK.1.2.1984, E.1981/9-761, K.1984/52 YKD Ağustos 1984.

50 Rehbindler, 2014, Art.337 c, s.162.

51 Y.HGK, 28.3.2007, E.2007/9-178, K.2007/179, İBD, 2008/1, s.298-290.

52 Rehbindler, 2014, Art.337 c, s.162.

53 Y.HGK. 1.2.1984, E.9/761, K.52 YKD Ağustos 1984 s.1144.

54 Y.22.HD. 9.4.2014, E.2013/7693, K.2014/7476, Çil, 2014, s.298. 299.

55 Y.7.HD.16.6.2015, E.2015/18735 K.2015/12270 Legal İş ve Sosyal Güven.Dergisi C.13, S.50.Y.2016, s.1084 vd.

durumlara ilişkin gelir miktarının tespitine göre belirlenecek miktarda indirim yapılması gerekir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 2016 yılında verdiği bir karara⁵⁶ göre: "somut olayda, davacının bakiye süre alacağı hesaplandıktan sonra mahkemece yapılacak takdiri indirim oranının belirlenerek, hakkın özünü zedelemeyeceği azami dikkat gösterilmesi gerekmektedir. Hal böyle olunca, dava konusu olayda uygulanan takiri indirim oranı fazla olmuştur. Mahkeme bu husus dikkate alınarak uygun bir miktar indirim yapılmak üzere karar bozulmalıdır" Bakiye süre tazminatından belli bir oran üzerinden indirim yapılması isabetli değildir.

Zira, bakiye süre tazminatından m.438/1'de belirtilen gelir miktarları tek tek belirlendikten sonra indirim yapılması gerekir; takdiri indirim yapılamaz. Nitekim Yargıtay 22.HD. verdiği bir kararında, bakiye süre ücreti tutarı tazminatından Türk Borçlar Kanununun 408. maddesi (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 325) uyarınca yapılan indirimin somut verilere dayanması gerektiğine, indirim esas somut veriler söz konusu değilse anılan tazminattan indirim yapılmasının mümkün olmadığına, mahkemece somut verilere dayanmadığı halde indirime gidilmesinin hatalı olduğuna karar vermiştir.⁵⁷

Diğer taraftan Türk Borçlar Kanununda düzenleme olmadan, İş Kanununda bir düzenleme olmadığı için, belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde BK.m.325 kıyasen uygulanıyordu. TBK.m.438/1'de getirilen tazminat⁵⁸ hükmü, İş Kanununa tabi belirli süreli iş sözleşmelerine genel hüküm olarak uygulanacaktır.⁵⁹

Yargıtay da, Türk Borçlar Kanununda düzenlemenin yer almadığı dönemde verdiği kararlarda, işverenin belirli süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmadan feshini haksız fesih olarak nitelendirmekte ve işçinin tazminat alacağına ilişkin olarak BK.m.325'i uygulayarak gerekli indirimleri yapmak suretiyle

bakiye süre ücreti tutarında bir tazminata ve koşullar varsa kıdem tazminatına ilişkin karar veriyordu.⁶⁰ Artık belirli süreli iş sözleşmesinin haksız feshinde TBK.m.408'in değil, TBK.m.438/1 hükmünün uygulanması gerekir.⁶¹

Bakiye süre tazminatının talebi belirli süreli iş sözleşmesinin varlığına bağlıdır. Bakiye süreye ilişkin ücret talebiyle açılan davalarda Yargıtay, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif koşulların bulunmadığı gerekçesiyle sözleşmenin belirsiz süreli olduğu ve dolayısıyla bakiye süre ücretine karar verilemeyeceğini kararlaştırmaktadır.⁶² Sözleşmenin belirli süreli olması için objektif neden koşulu işçiyi koruma amacı ile getirilmiştir. Ancak objektif neden yokluğunun mahkeme tarafından resen dikkate alınması yasa koyucunun amacı ile bağdaşmaz.⁶³

İş K.m.11'de getirilen düzenlemenin amacı işçiyi kötü niyetli kullanımlara karşı korumaktır. Belirli süreli iş sözleşmesi işçide bu süre boyunca o işyerinde çalışacağı konusunda güven oluşturur. Ancak işverenin belirli süreli iş sözleşmesini süresinden önce haksız olarak feshetmesi ve sözleşmenin objektif koşulları taşımadığı nedeniyle belirsiz süreli sözleşme olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırıdır. İşçinin talebinin, dikkate alınarak⁶⁴ korunması gerekir.

Zira, belirli süreli iş sözleşmesinde objektif nedenin bulunmaması durumunda sözleşmenin belirsiz süreli olarak nitelendirilmesi işçiden ziyade işveren

56 Bkz. dipnot 55 te yer alan Yargıtay kararı.

57 Y.22.HD.9.7.2015, E.2014/4672, K.2015/23522 (Yayımlanmamış karar)

58 Bu tazminatın "boşta geçen süreler tazminatı" olarak adlandırılabilmesi görüşü hakkında bkz. Mollamahmutoğlu /Astarlı /Baysal, 2014, s.877.

59 Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014,s.876; Süzek, 2016, s. 751 ; Alpagut, 2011, s.932.

60 Y.9.HD.19.9.2003, 2296/14832 Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.4, s.1465; Y.9.HD.22.1.2004, 22636/534, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.6, s.655, Ayrıca bkz. Süzek, Değerlendirme 1998 s.1 vd.'da belirtilen kararlar.

61 Süzek, 2016, s.751, 752; Ayrıca, Yargıtayın yasal dayanak olarak m.438 yerine 408'i gösteren ve feshi takiben işçi lehine doğan alacağın, tazminat olarak değil de ücret olarak nitelendirildiği Y.9.HD.5.11.2012, E.2010/27094, K.2012/35894 sayılı kararı ve eleştirisi hk.bkz. Şahlanan, 2014, s.2-4.

62 Y.9.HD.8.11.2013, E.2011/39867, K.2013/28716 Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, S.40,s.440 vd.; Y.22. HD.25.10.2013,2012/26868 E.2013/22350 K. Çil, 2014, s.302; Y.22.HD.2.7.2015, E.2011/19191 K.2015/13511 (yayımlanmamış karar).

63 Tuncay, 2011, s.46-47; Doğan Yenisey, 2013, s.70; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012, s.271-272; Kabakçı, 2014, s.123 vd.; Alp, 2015, s.181 vd; Başterzi, 2009, s.80

64 Mollamahmutoğlu ve diğerleri (2014), s.878, Eyrenci, 2015, s.281; Alp, Değerlendirme, 2015, s.181-183.

lehine sonuç hasıl eder. Sözleşmenin baştan itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulü, işçinin belirli sürenin haksız feshi için öngörülen cezai şartı talep edebilme imkanını da ortadan kaldırır. Ayrıca, işçinin de bakiye süre tazminatı talebi reddedilir. Sözleşmenin belirsiz süreli olduğuna karar verilmesi durumunda, işçi süresinde işe iade davası açamaması (iş güvenliği kapsamında ise) nedeniyle iş güvencesine ilişkin haklardan da yararlanamaz.⁶⁵

cc. Hakim Tarafından Belirlenen Tazminat (Haksız Fesih Tazminatı)

Türk Borçlar Kanununun 438. maddesinin 3. fıkrasında getirilen düzenlemeye göre, yukarıda belirtilen tazminattan başka (m.438/1), hakimin bütün durum ve koşulları gözönünde tutarak, miktarını serbestçe belirleyebileceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebileceği, ancak belirlenecek tazminat miktarının işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacağı öngörülmüştür (Art. 337c Abs.3 OR.).

İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeye (Art.337c Abs.3 OR.) paralel olarak getirilen bu tazminat, m.438/1'de öngörülen tazminattan ayrı, ona ilave olarak getirilen ve hukuki niteliği itibarıyla sui generis bir tazminattır. Bu tazminatın amacı, işvereni sözleşme süresi bitmeden ve haklı neden olmaksızın fesih yapmaktan caydırmaktır. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre, haksız fesihte işveren tazminat ödemekle yükümlüdür.⁶⁶

Tazminatın bir diğer amacı ise işçiyi manevi açından tatmin etmektir. Bu nedenle medeni ceza niteliğinde olduğu söylenebilir.⁶⁷

Tazminat tamamen hakimin takdirine bağlı olarak tarafların sosyal ve ekonomik durumları, işçinin kişilik haklarının ihlalinin derecesi, iş ilişkisinin devamı süresince tarafların tutumu, fesih türü ve nedeni (örneğin veri hırsızlığı) dikkate alınarak tespit edilir. Maddenin gerekçesinde de somut olayın bütün durum ve koşullarının tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının, sözleşmenin devam süresinin, fesih için ileri sürülen sebebin göz önünde tutulacağı ifade edilmiştir. O halde tazminatın amacına uygun olarak

işçinin finansal kayıplarına yönelik olarak değil, işverenin davranışının nedenlerine göre, özellikle fesih sebebi, işçinin birlikte kusuru olup olmadığı dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. İşçinin yaşı, işyerindeki durumu, fesih sonrası duyarlılığı göz önünde tutulmalıdır.⁶⁸ Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda, yalnız yaşayan ve çocukları yanında olmayan bir annenin aniden iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde yalnız yaşayan bir şahıs olarak büyük bir gelecek korkusuna düştüğünü kabul etmiştir.⁶⁹ O halde hakimin 3. fıkra hükmüne göre işçiye ödenecek tazminat miktarını takdir ederken bu tazminatın manevi ceza niteliğini de göz önünde yukarıda belirtilen durumları dikkate alması gerekecektir.

Belirlenecek tazminatın miktarı işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz (m.438/3; Art.337c Abs.3 OR.). Tazminatın belirlenmesi hakimin takdirine bağlı tutulduğu için hakim tazminatın belirlenmesindeki durumları dikkate alarak işçinin altı aylık ücretini geçmeyecek miktarda tazminata hükmedebilir.

TBK.m.438/1 (Art.337c 1 OR.) işçi lehine nispi emredici niteliktedir (Art.362 OR.). Aynı şekilde Art.337c Abs.3 OR. hükmünün de işçi lehine nispi emredici nitelikte olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle altı aylık ücret tutarındaki üst sınır sözleşmelerle işçi lehine arttırılabileceği gibi ilave cezai şart da kararlaştırılabilir.⁷⁰

Tazminat belirlenirken kişilik haklarının ihlalinin derecesi de dikkate alındığı için belirlenen miktarın içinde bu nedene yönelik tazminat da vardır. Ancak, kişilik haklarının ağır ihlali söz konusu ise işçi manevi tazminat da talep edebilir.⁷¹ Zira kişilik haklarının işverence ihlali, işverenin TBK.m.417 göre koruma ve gözetme borcuna aykırılık teşkil eder; işveren işçinin kişilik haklarının ihlalden doğan zararı karşılamakla yükümlüdür.

Haksız fesih tazminatı "manevi ceza" niteliğinde

68 Rehbindler/Stöckli, 2014, Art. 337 c, N.9.

69 BGE 4C. 271/2000 vom 15. Februar 2001, E.3b; Vischer, 2005 s.262.

70 Honsell/Vogt/Wiegend, 2011, 337c N.8.; Rehbindler/Stöckli, 2014, Art.337c N.14; Ayrıca bkz. Süzek, 2016, s.754;Alpagut, 1998, s.932;Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2014,s.886; Yürekli, 2011, s.284.

71 Vischer, 2005, s.262; Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2016, s.478.

65 Doğan Yenisey, 2013, s.70; Alp, 2015, s.181.

66 BGE 116 II 301, Portmann, 2011; Art. 337 c N.5.

67 Vischer, 2005, s.263.

olduğu için, manevi zararın miktarını ve kişilik haklarının ihlalinin derecesini işçi ispat etmekle yükümlüdür.⁷²

Haksız fesih tazminatı ile kötü niyet tazminatının birlikte talep edilmesi, İsviçre Hukukunda İsviçre Federal Hukukuna İlişkin Tasarıda Art. 337 c'de öngörülen tazminat ile Art. 336 ve 336a'da öngörülen kötü niyet tazminatının birlikte talep edilebilmesine ilişkin teklif parlamentoda reddedilmiştir. Ancak kötü niyetle fesih nedeni, Art.337c.Abs.3 OR (TBK.m.438/3) de öngörülen tazminatın hesabında dikkate alınabilir.⁷³

Belirli süreli iş sözleşmelerinde kötü niyet tazminatı söz konusu olmayacağı için haksız fesih tazminatı yanında kötü niyet tazminatına hükmedilemez. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de haksız fesih tazminatı ile kötü niyet tazminatı birlikte kararlaştırılmaz.⁷⁴ Zira fesih hakkının kötüye kullanılmasında hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması, haksız feshite ise hukuka aykırı olarak iş sözleşmesinin sona erdirilmesi söz konusudur.⁷⁵ Ancak haksız fesih tazminatının belirlenmesinde kötü niyetle fesih nedeni de dikkate alınarak tazminat miktarının belirlenmesi mümkündür.⁷⁶

Aynı nedenle haksız fesih tazminatı ile sendikal tazminata birlikte hükmedilemez. Ancak haksız fesih tazminatı ile, koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatına hükmedilebilir.⁷⁷

Haksız fesih tazminatı ile m.438/1'de öngörülen tazminat amaçları itibarıyla farklı tazminatlardır. Maddede açıkça hakim "ayrıca" haksız fesih tazminatına da hükmedebileceği açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçi her iki tazminatı birlikte talep edebilir.⁷⁸ Haksız fesih tazminatı, Borçlar Kanunu ve İş Kanununa tabi belirli, belirsiz süreli iş ilişkilerinde uygulanabilir. Zira, İş Kanunlarında işverenin haksız feshine ilişkin bir tazmi-

nat öngörülmemiştir. Ancak iş güvencesi kapsamında olan işçiler hakkında (İş K.m.18) uygulanamaz. Zira iş güvencesi kapsamında kalan iş sözleşmelerinin hukuka aykırı olarak feshedilmesinde işçilere ödenecek olan iş güvencesi tazminatı ile en çok dört aya kadar ücrete ilişkin hükümler mutlak emredici niteliktedir (İş K.m.21/son, 25 son).⁷⁹

Haksız fesih tazminatında esas alınacak ücret, maddede bir düzenleme getirilmediği için temel (çıplak) ücrettir.

4. İşçi Tarafından Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshi

İşçi tarafından haksız feshin hüküm ve sonuçları Türk Borçlar Kanununun 439. maddesinde "İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya iş bırakması" kenar başlığı ile yeni bir madde olarak ve İsviçre Borçlar Kanununun 337 d maddesine paralel olarak düzenlenmiştir. Borçlar Kanununa tabi belirli veya belirsiz süreli iş ilişkilerinde ve İş Kanunu kapsamına giren belirli süreli iş ilişkilerinde sözleşmenin işçi tarafından haksız feshi durumunda TBK.m.439 uygulanır.⁸⁰ İş kanunlarına tabi işçilerin⁸¹ belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı neden olmadan feshi, usulsüz fesih olduğundan, işveren ihbar tazminatı ödemekle yükümlüdür

79 Süzek, 2016, s.753; Mollamahmutoğlu ve Diğerleri, 2014, s.878; Soyer, 2011, s.17.

80 Süzek, 2016, s.735; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2016, s.468; "TBK.m.439 maddesi ve bu bağlamda tazminat ödeme yükümünün İş Kanununa tabi işçiler bakımından uygulama alanı bulamayacağı" görüşü hk.bkz. Mollamahmutoğlu ve diğerleri, 2014, s.882.

81 İş Kanununun 23. maddesinde iş sözleşmesinin, işçi tarafından, sözleşme süresinin bitmesinden önce haklı bir neden olmaksızın veya bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin yanında yeni bir işe girerek iş sözleşmesinin feshi düzenlenmiştir. Sözleşmenin bu şekilde haksız feshi nedeniyle işveren uğradığı zararın tazminini işçiden genel hükümlere göre talep edebilir (BK.m.96 vd). İşveren, belirsiz süreli iş sözleşmesinde bildirim sürelerinin sonuna kadar, belirli süreli iş sözleşmelerinde ise belirli sürenin sona ermesine kadar, yeni işçi bulamaması nedeniyle uğradığı zararları örneğin mahrum kaldığı kazanç veya siparişlerin zamanında yetiştirilememesi nedeniyle uğradığı zararların veya yüksek ücretle işçi bulmuşsa buradaki ücret farkının tazminini talep edebilir. Yeni işveren de sayılan şartlar olursa işçi ile birlikte sorumlu olur (İş K.m.23/2). İş K. m.23'de getirilen düzenlemede işçinin işini bırakıp başka bir işverenin yanında yeni bir işe girmesi öngörülmüştür. Bu nedenle TBK.m.439 ile İş K.m.23 çatışmaz. Aynı yönde Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2016, s.468.

72 Vischer, 2005, s.262.

73 Vischer, 2005, s.263.

74 Süzek, 2016, s.753.

75 Süzek, 2016, s.753; Mollamahmutoğlu ve Diğerleri, 2014, s.879; Alpagut, 2011, s.932; Doğan Yenisey, 2013, s.105; Güneş Mutlay, 2011, s.281; Bkz. Soyer, 2011, s.18.

76 Bkz. Doğan Yenisey, 2011, s.105.

77 Süzek, 2016, s.753; Mollamahmutoğlu ve Diğerleri, 2014, s.879; Karşı görüş, Özdemir, 2011, s.107.

78 Mollamahmutoğlu ve Diğerleri, 2014, s.878.

(İş K.m.17, De.İş K.m.16/D, Ba.İş K.m.5,7). TBK.m.439'da getirilen düzenleme ile İş Kanunlarında getirilen düzenlemeden farklı bir düzenleme getirilmiştir.⁸²

a. Hukuki Niteliği

Türk Borçlar Kanununun 439. maddesinin birinci fıkrasında getirilen düzenlemede işçinin haklı sebep olmaksızın işe başlamamasının veya aniden işi bırakmasının yaptırımı öngörülmüştür.

Getirilen düzenlemeye göre, işçi iş sözleşmesi gereği işine başlamazsa veya işini terk ederse, iş sözleşmesinin, sözleşmeye aykırı olarak haklı neden olmaksızın, sona ermesi söz konusu olur. Zira işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması fesihtir. Bu takdirde işveren tazminat talep edebilir. Madde 339'un uygulanmasında açıkça, işçinin işten uzak kalması öngörülmüştür. İşverenin bu konuda bir şüphesi varsa, işçiyi tekrar işe başlaması için uyarmalı ve işe başlamasını talep etmelidir. Örneğin, işçi tekrar işe dönmesi için iş arkadaşları ile konuşmak istediğini bildirmişse veya birkaç gün işyerinden uzak kalmakla beraber iş ilişkisinin devam edeceği izlenimini bırakmışsa, kesin bir uzak durma söz konusu olmaz. İşçi eğer işyerini bildirim sürelerine uymaksızın ancak ibralaşma ile terketmişse veya ibra geçersiz ise, 439 un uygulanması söz konusu olmaz.

b. Hüküm ve Sonuçları

Getirilen düzenlemeye göre, işçi haklı sebep olmaksızın işe başlamazsa veya aniden işi bırakırsa, iş ilişkisi sözleşmeye aykırı olarak sona erdiği için, işveren tazminat talep etme hakkına sahiptir. Tazminat talebinin etkili bir yaptırım olarak ortaya konulabilmesi için TBK.m.439/1'e göre, işverenin özel bir zararının olduğunu ispatlamasına gerek yoktur. Maddede, sadece götürü bir tazminattan söz edilmektedir. İşverenin işçinin aylık ücretinin dörtte birinden fazla zararı varsa, bunu işverenin ispat etmesi gerekir. İşveren fazla zararının olduğunu ispat ederse hakim bu zararı TBK.m.50/2'e (Art.42 OR.) göre tespit etmelidir. O zaman bu ek zararın da tazmini gerekir.⁸³ Ancak maddede "hakimin tazminatı indirebileceği"

öngörülmüş, o halde hakim kendi takdirine göre tazminatı indirebilir.⁸⁴ Zararın kapsamına işverenin aynı nitelikte bir işçi buluncaya kadar işin yapılmaması nedeniyle uğradığı kazanç kaybı, işin kesintiye uğraması nedeniyle uğranılan zarar, işin diğer işçilerle yapılması için ödenen fazla çalışma ücretleri gibi kalemler yer alır.⁸⁵

Ancak, işverenin, işçinin sözleşmeye uygun olarak işi bıraktıktan sonra tasarruf ettiği miktarlar zararın hesaplanmasında dikkate alınmaz. Zira işçi, örneğin deneme süresi içinde iş sözleşmesini bildirimsiz ve tazminatsız sona erdirebilir (İş K.m.15).⁸⁶

Diğer taraftan işçi, işi bırakması nedeniyle işverenin hiç veya çok az zarara uğradığını (Art.337d Abs.2OR.) bu zararın aylık ücretinin dörtte birinden daha az olduğunu (TBK.m.439/2) ispat ederse hakim götürü tazminatı indirebilir. İşçi, işverenin boşalan yere hemen aynı nitelikte bir işçiyi alabileceği veya zararın oluşmaması veya azaltılması için gerekli tedbirleri almadığını örneğin yeni bir işçi bulmak için gerekli çabayı göstermediğini ispat edebilirse hakim tazminattan indirim yapabilir.⁸⁷ Eğer işveren işçinin yerine yeni bir işçi alırsa işçinin ispat etmesi zorunludur. Bu durum işverenin yükümlülüğünü azaltır, ancak işveren aksini ispat ederse, bunu ispat etmekle yükümlüdür.

TBK.m.439/3'e göre, eğer zararın tazmini işçinin ödenmemiş ücreti ile takas edilerek sağlanamıyorsa, işveren dava veya takip yoluyla zararın tazminini isteyebilir. İşverenin dava veya takip yoluyla zararın tazminini talep hakkı işçinin işe başlamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gündür. Aksi takdirde, tazminat talep hakkı düşer (TBK.m.439/3; Art.337d Abs.3 OR.). Bu kısa süre, hak düşürücü süredir; ancak kısa süreli olması çözümü zorlar. Zira, otuz günlük süre içinde zararın ortaya çıkması zordur.

TBK.m.439/3 fıkrasında yer alan otuz günlük hak düşümü süresi götürü tazminata ilişkin olup, götürü tazminatı aşan zararların talep hakkı ise, genel

84 Brühwiler, 1996, Art. 337 d. N.2.

85 Alpagut, 2011, s.935-936.

86 BGE 118 II 312 Rehbinder/Stöckli, 2014, Art. 337 d N.3.

87 Rehbinder/Stöckli, 2014, Art. 337 d N.3; Alpagut, 2011, s.935.

82 Soyer, 2011, s.16; Doğan Yenisey, 2013, s.107.

83 Rehbinder/Stöckli, 2014, Art. 337 d, N.2; Brühwiler, 1996, N.3.

hükümlere göre, 10 yıllık zaman aşımına bağlıdır (TBK.m.146; Art. 127 OR.).⁸⁸

TBK.m.439 (Art.337d OR.) hükmü sonuçları itibarıyla işveren ve işçi açısından mutlak emredici niteliktedir (Art.361 OR.).⁸⁹ İlave cezai şart kararlaştırılması hükümsüzdür.

Sonuç

Belirli süreli iş sözleşmelerinin işveren tarafından haksız feshine ilişkin iş kanunlarında özel bir düzenleme yoktur. Türk Borçlar Kanununun 438 ve 439. maddelerinde işveren ve işçi açısından iş sözleşmesinin haksız feshinin hüküm ve sonuçları ilk defa düzenlenmiştir. Böylece bu konuda doktrin ve yargı kararlarındaki tartışmalar sona ermiş, sorun yasal düzenleme ile giderilmeye çalışılmıştır.

İşveren tarafından iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın derhal feshinde, işçi belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim süresine, belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması halinde bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı tazminat olarak isteyebilecektir (TBK.m.438/1; Art.337c Abs.1). Burada ücret kaybını karşılamaya yönelik bir ücret kaybı tazminatı söz konusudur. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinde, İş Kanununda öngörülen ihbar tazminatına paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Maddede mahsup kuralına da yer verilerek, hangi hallerde tazminattan indirim yapılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca m.438/1'de öngörülen tazminattan farklı, miktarı hakim tarafından durum ve koşullar dikkate alınarak serbestçe belirlenecek bir tazminat (haksız fesih tazminatı) öngörülmüştür. Tazminatın miktarı işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz (m.438/2).

TBK. m.438 nispi emredici nitelikte olduğu için söz konusu tazminatın üst sınırı arttırılabilir. TBK.m.439 hükmü ise her iki taraf açısından mutlak emredici niteliktedir. Getirilen düzenlemenin amacı bir yandan işverenin haklı bir neden olmaksızın iş sözleşmesinin

derhal feshini engellemek, diğer yandan da işçinin zararı olmasa da tazminata hak kazanarak tatmin edilmesidir.

İşçinin haklı bir neden olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesinin feshine ilişkin Türk Borçlar Kanununun 439. maddesinde ise, işçi tarafından hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haksız feshinin sonuçları düzenlenmiştir. İşçinin bildirim sürelerine uymadan iş sözleşmesini sona erdirmesi durumunda miktarı ihbar tazminatından farklı bir şekilde belirlenen bir tazminat öngörülmüştür. İşçinin haklı bir neden olmadan belirli süreli iş sözleşmesini feshetmesi halinde işveren işçinin aylık ücretinin dörtte birine eşit bir tazminat isteyebilir. Ayrıca m.439/3'de götürü tazminata ilişkin talep için 30 günlük bir hak düşümü süresi öngörülmüştür. Bu tazminatı aşan zararlara ilişkin tazminat talebi ise, genel hükümlere göre 10 senelik zamanaşımına tabidir.

KAYNAKÇA

- Alp, M. (2015); İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2013, Mess Yayını, İstanbul, 177-261
- Alpagut, G. (1998); Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul, Tühis Yayını
- Alpagut, G. (2011); Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 31, 913-959
- Başterzi, S. (2006); Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 119
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y. (2012); Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık
- Brühwiler, J. (1996); Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag OR Art. 319-343, 2. Aufl. Bern; Haupt Verlag

88 Vischer, 2005, s.264; Süzek, 2016, s.756; Alpagut, 2011, s.935; Doğan Yenisey, 2011, s.108; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2012, s.368.

89 Vischer, 2005, s.263; Rehbinde/Stöckli, 2014, Art.337d. N.6.

- Centel, T. (1994); İş Hukuku C.I, Bireysel İş Hukuku, 2. Ba. İstanbul
- Çelik, N. (2011); İş Hukuku Dersleri, 24. Bası, İstanbul, Beta Basımevi
- Çelik, N. (2014); 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmesinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, Sicil İş Hukuku Dergisi 12, 5-10
- Çelik, N./Canıklıoğlu N./Canbolat, T. (2016); İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul, Beta Basımevi
- Çil, Ş. (2014); İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013 -2014 Yılları) 6.Ba. Ankara, Yetkin Basımevi
- Doğan Yenisey, K. (2013); Türk Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Antalya, Legal Basımevi, 78-139
- Doğan Yenisey, K. (2015); İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, Mess Yayını, 9-149
- Ekonomi, M. (1987); İş Hukuku. C.I, Ferdi İş Hukuku 3.Bası, İstanbul, İTU.Mak.Fak.Ofset Atölyesi
- Ekonomi, M. (2006); 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuka Uygunluğu Kavram Süre ve Yenilenme, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9, s.160 vd.
- Ergin, B. (1997); Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, s.877
- Ertürk, Ş. (2000); Türk ve Alman Hukukunda Belirli Süreli İş Akitlerine Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, s.225
- Eyrenci, Ö. (2014); 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 150-185
- Eyrenci, Ö./Taşkent.S./Ulucan. D. (2014); Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Ba. İstanbul: Beta Basımevi
- Günay, C. İ. (2005); İş Kanunu Şerhi C. I, C. II, Ankara
- Güneş, B./Mutlay, F.B. (2011); Yeni Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 3, 231-288
- Güzel, A./Özkaraca,E./Ugan D. (2011) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılma ve Yenilenme Koşulları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta Basımevi, 476-566
- Güzel, A. (2014); İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, 237-314
- Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg) (2011); Basler Kommentar Obligationenrecht I 5.Auflage, Zürich, Helbing Lichtenhahn Verlag
- Hueck, A/Nipperdey H.C. (1963); Lehrbuch des Arbeitsrechts, I.B. 7.Auflage Berlin und Frankfurt a.M.
- Kabakçı, M. (2014); Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Geçersizliğinin İşçi ve İşveren Açısından Farklı Değerlendirilmesi Gereği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası LXXII, 123-142
- Kaplan Senyen, E. (1987); İşverenin Fesih Hakkı Hüküm ve Sonuçları, Ankara Kadioğlu Matbaası
- Kaplan Senyen, E. (2010); Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler. Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, Başbakanlık Basımevi
- Kaplan Senyen, E. (2015), Bireysel İş Hukuku, 7.Bası, Ankara, Gazi Kitabevi
- Kılıçoğlu M. (2005); 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, Legal Kitabevi
- Kılıçoğlu M./Şenocak K. (2008); İş Kanunu Şerhi 3. Bası, İstanbul, Legal Kitabevi
- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı M./Baysal, U. (2014); İş Hukuku 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi
- Narmanlıoğlu, Ü. (2000); Belirli Süreli İş Söz-

- leşmesiyle Çalışan İşçinin Sözleşmesinin İşverence Haksız Feshi Halinde Kıdem Tazminatı Talep Hakkı, Kamu - İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 3, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi
- Narmanlıoğlu, Ü. (2012); İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 4. Bası, İstanbul: Beta Matbaası
 - Nikisch, A. (1961); Arbeitsrecht, I.B 3. Auflage, Tübingen
 - Oğuzman, M. K. (1955); Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet İş Akdinin Feshi, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası
 - Özdemir, E. (2011); 6098 Sayılı Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Sicil İş Hukuku Dergisi, 24, 107-113
 - Rehbinder M./Stöckli J. F. (2014); Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR Bern: Stämpfli Verlag
 - Serozan, R. (1998); İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme. İstanbul
 - Soyer, M. P. (2011). Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, 22, 12-21
 - Süzek, S. (2000); Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, 1998, İstanbul, 65-131
 - Süzek, S. (2016); İş Hukuku, 12 Bası, İstanbul, Beta Basımevi
 - Şahlanan, F. (2014); Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haklı Neden Olmaksızın İşverence Feshinden Doğan Tazminat Alacağına İlişkin Yeni Düzenleme ve Yargıtay Uygulaması (Karar İncelemesi) Tekstil İşverenleri Sendikası Dergisi, 399, 2, 4
 - Taşkent, S. (2006); Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9, 33-39
 - Taşkent, S. (2010); Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C.I, İstanbul, 2010
 - Tuncay, A. C. (2013); İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1-99
 - Tunçomağ K./Centel, T. (2000); İş Hukuku'nun Esasları 5. Bası, İstanbul
 - Ulucan, D. (2003); 4857 Sayılı Kanuna Göre İş Sözleşmesi Türleri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii Sendikasıca Düzenlenen "Yeni İş Yasası" Konulu Seminer Yayımı, İstanbul, 35-65
 - Vischer, F. (2005); Der Arbeitsvertrag 3. Aufl. Basel Helbing und Lichtenhahn
 - Yürekli, S. (2011); Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, Seçkin Kitabevi
 - Zöllner/Loritz. (1992); Arbeitsrecht, 4. Auflage München

İş Sözleşmesinin E-Posta veya Kısa Mesaj (SMS) ile Feshi Öz

Günümüzde iş sözleşmesinin tarafları arasında iletişim sağlanmasında elektronik araçların giderek yaygınlaşan bir biçimde kullanıldığı görülmektedir. Bu doğrultuda, iş ilişkisini sonlandırmaya yönelik fesih bildirimlerinin de cep telefonu mesajlarıyla ya da e-Posta yoluyla

yapıldığı örneklerle karşılaşılabilmektedir. Bu çalışmada, öncelikle fesih bildirimlerinin tanımı, hukuki sonuçları ve sonrasında iş sözleşmesinin taraflarca cep telefonu ya da e-Posta yoluyla sonlandırılıp sonlandırılmayacağı konusunda değerlendirilmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Sözcükler:

İş sözleşmesinin feshi, cep telefonu mesajı, e-posta.

Termination of Employment Contract with E-Mail or Mobile Phone Message (Text)

Abstract

Nowadays, it is seen that electronic tools are being used in increasingly prevalent in a form that is becoming providing communication between the parties of the employment contract. In this context, examples related to notice of cancellation which terminates the employment

relationship with mobile phone messages or via e-mail can be encountered. In this study, firstly the definition of notice of termination, the legal consequences and then the employment contract will be assessed by the parties on whether it can be terminated by mobile phone or via e-mail.

Keywords:

Termination of employment contract, mobile phone message, e-mail.

I- Fesih Bildirimi

İş sözleşmesi işçi veya işveren tarafından tek taraflı olarak sona erdirilebilir. Fesih, tek taraflı irade açıklamasıyla karşı tarafın kabulüne bağlı olmazsın, iş sözleşmesini hemen veya bildirim süresi sonunda geleceğe yönelik olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Fesih beyanı karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur¹.

İş sözleşmesinin feshi, süreli fesih (bildirimli fesih) ve haklı nedenle fesih (bildirimsiz fesih) olmak üzere ikiye ayrılır.

İş güvencesinin kapsamına giren ve girmeyen belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin iş sözleşmeleri, süreli fesih yoluyla, yani İş Kanununun 17 maddesinde düzenlenmiş olan bildirim sürelerine uymak sureti ile veya bu sürelerle ilişkin ücretin peşin ödenmesi ile sona erdirilebilir (İş K. m.17/5). İş güvencesine tabi olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmelerinin varlığı süreli fesih hakkının doğumu için yeterliyken, iş güvencesinin kapsamına giren işçiler bakımından bu hakkın doğumu için İş Kanununun 18. maddesinde düzenlenmiş olan geçerli nedenlerin varlığı aranmaktadır.

İş Kanununun 24. ve 25. maddelerinde düzenlenmiş olan haklı nedenle fesih hakkı, süreli fesihten farklı olarak sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerinde değil, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulanabilme olanağına sahiptir.

II- Fesih Bildiriminde Bulunması Gereken Özellikler

İş sözleşmesini sona erdirmeye yönelik fesih bildi-

1 Bozucu yenilik doğuran hak olarak iş sözleşmesinin feshi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BAYCIK, G., İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 253 vd.; Ayrıca İş Kanununda düzenlenen iş sözleşmelerinin sona erdirilmesine ilişkin fesih bildiriminin ulaşma anının değil, bildirim karşı tarafça öğrenildiği anın dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir (OĞUZMAN, K., Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.174 vd.; ÇENBERCİ, M., İş Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara 1986, s.239).

riminin hukuken geçerli kabul edilmesi için bazı özellikleri taşıması gerekmektedir. Bunlar başlıklar halinde aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

A- Fesih Bildiriminin Muhatabı

Fesih bildirim, işçi veya işveren tarafınca kullanılacak tek taraflı ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade açıklamasıdır. Karşı tarafa yöneltilmeyen fesih iradesi hukuki bir sonuç doğurmamaktadır. İş Kanununun 17. maddesinin 1. fıkrası uyarınca (BK. m. 431)" *belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir*".

Bununla birlikte, beyanın geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. Çünkü hukuki niteliği itibarıyla fesih bildirim yenilik doğuran bir haktır ve var olan hukuki bir durumu, yani iş sözleşmesini sona erdirmek suretiyle bozduğu için bozucu yenilik doğuran haklardandır.

B- Fesih Bildiriminin Şekli

Fesih beyanı, kural olarak, belirli bir şekle tabi değildir. Fesih beyanında bulunan taraf, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini diğer tarafa sözlü, yazılı veya bu anlama gelebilecek herhangi bir davranışla beyan edebilir. Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununun 109. maddesinde; "*Kanun'da öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak, 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat anılan Kanun hükümlerine göre yapılır*" hükmü yer alsada, burada öngörülen şeklin geçerlilik değil ispat şartı olduğu kabul edilmektedir². Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre "mezkur madde ile benimsenmiş olan şeklin sadece bir ispat kaidesi olduğunun kabulü işin icaplarına, menfaatler ihtilafına, nihayet hukuk esaslarına daha uygun düşer"³.

Bununla birlikte, işçi ve işveren fesih beyanının ancak belirli bir şekilde yapılması gerektiği konusunda anlaşmışlar ise, feshin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için kararlaştırılan şekle uygun yapılması aranacaktır.

2 SÜZEK, S., İş Hukuku, B.12, İstanbul 2016, s.559

3 YİBK 18.02.1959, 28/7, SELÇUKİ, S., İlimi-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, B. 3, İstanbul 1973, s.170-172; Aynı yönde YHGK 10.01.1962, 4-31/1, SELÇUKİ, s.175, Yarg. 9 HD, 03.10.2000, 9309/12891

Ancak, iş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde uygulanacak usulü düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesinde, **"İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır"** hükmüne yer verilmiştir. Bahse konu Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere, iş güvencesi kapsamında yer alan işçilere yapılacak fesih bildirimlerinin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, yazılı şekil şartına uyulmaması durumunda fesih geçersiz sayılacaktır⁴.

Oysa haklı nedenle sözleşmenin feshedilebilmesi için, sözleşmeyi haklı sebeple feshetme hakkı doğmuş bulunan tarafın bu hakkı kullanmak konusunda bir isteğinin bulunması gerekmektedir. Haklı nedenle fesih hakkı hem iş güvencesine tabi olan hem de olmayan işçiler bakımından uygulama alanı bulabilecektir. İş Kanununun 25/son fıkrası uyarınca, işveren tarafından İş Kanununun 25. maddesi uyarınca yapılacak fesihlerde, İş Kanununun 18, 20 ve 21. maddelerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Maddenin açık ifadesi karşısında İş Kanununun 19. maddesinin İş Kanununun 25. maddesine göre yapılacak fesihlerde uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. Bu sebeple işveren, İş Kanununun 25. maddesi uyarınca işçinin savunmasını almadan sözleşmeyi feshedebilecektir.⁵

Buna karşılık, kanımızca İş Kanununun 25. maddesine dayanarak yapılan fesihlerde de fesih nedeninin belirtilmesi gerekir. Çünkü İş Kanununun 19. maddesi dışlanmış olmakla birlikte, İş Kanununun 20. ve 21. maddelerinde fesih nedeninin gösterilmesi zorunluluğu üzerinde durulmaktadır⁶.

Bu konuda Borçlar Kanununun 435. maddesinin 1. fıkrasında getirilen düzenlemeye göre, iş sözleşmesinin haklı sebeple feshi söz konusu olduğunda, bildirim taraflarca yazılı olarak yapılması gerektiği öngörülmüştür. Bu nedenle kanımızca, İş Kanunu kapsamında iş güvencesine tabi olan ve olmayan iş ilişkilerinde Borçlar Kanununa tabi olanlarda olduğu gibi, haklı nedenle fesihlerde fesih sebebi açıkça gösterilmeli ve fesih yazılı olarak yapılmalıdır⁷.

Borçlar Kanununun 435/1 maddesinde düzenlenmiş olan yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olduğu düşünülmektedir. İş Kanununda iş sözleşmelerinin haklı sebeple feshi konusunda bir şekil şartı öngörülmüştüğü için Borçlar Kanununun buna ilişkin hükümlerinin İş Kanununa tabi işler bakımından da uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Hatta sözleşmeyi yazılı olarak feshetme zorunluluğu sadece işveren bakımından değil, işçi bakımından da aranmalıdır. Yargıtay işçiyi koruma

Güvencesi ve Uygulaması, B. 2, Ankara 2011, s.213; CANBOLAT, T., İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İstanbul Barosu, İstanbul 2010, s.89.

6 Aynı görüşte, SÜZEK, s.745; ULUCAN, s.73-74; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.1027-1029; BAYCIK, s.390-392.

7 Aynı görüşte, SÜZEK, s.746; SOYER, P., Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri, Sicil 22, Haziran 2011, s.14; EYRENCİ, Ö./TAŞKENT, S./ULUCAN, D., Bireysel İş Hukuku, B.7, İstanbul 2016, s.232-233; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.799-901; BAYCIK, G.; Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu, AÜHFİD, 2006, S.1, s.85-86; YÜREKLİ, S., Türk Borçlar Kanuna Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2011, s.201; benzer görüşte ALP, M., Yeni Borçlar Kanununun İş Hukukuna Etkileri, Uluslararası Sözleşmelerin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Uygulama Sorunları, İzmir Barosu 2013, s. 2; Aksi görüşte, ALPAGUT, G., Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, İHSGHD, 31, 2011, s.917-918, ÇELİK, N., 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, Sicil 25, Mart 2012, s.8.

4 EKONOMİ, "Fesih bildirimini için öngörülen yazılı şekil, resmi yazılı şekil olmadığı açıktır. Bu şekil, bir geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır. Geçerlilik şartı, işverence dayanılan geçerli bir sebep olduğu ve işçiye açıkça bildirildiği halde, sırf yazılı şekle uyulmadığı için fesih geçersizliği sonucunu doğuracaktır ki, böyle ağır bir sonucun kabulü uygun görülmez. İşveren sadece fesih bildirimini yapıldığını değil bunun geçerli bir sebebe dayandığını da ispatla yükümlü olduğu için, genellikle fesih bildirimini yazılı yapılacaktır. Bildirim işçi tarafından imza edilip alınmadığında durumu bir tutanak ile tespit edecektir (EKONOMİ, M., Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Çimento İşveren, Mart 2003 Eki, s.13).

5 Yasanın bu düzenlemesinin isabetli olmadığına ilişkin bkz. SÜZEK, s.745; SOYER, P., 158 Sayılı İLO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslar arası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul 2002, s. 293; ULUCAN, D., İş Güvencesi, İstanbul 2003, s.75-76; TAŞKENT, S., İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara 2002, s.42; EYRENCİ, Ö., 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, İHSGHD, 1, Ocak-Mart 2004, s.34-35; MOLLAMAHMUTOĞLU, H./ASTARLI, M./BAYSAL, U., İş Hukuku, B. 6, Ankara 2014, s.1030-1031; KAR, B., İş

düşüncesi ile feshe ilişkin şartı geçerlik değil, ispat şartı olarak kabul etmekle birlikte, Kanunun bu derece açık ifadesi karşısında aksinin düşünülmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

C- Fesih Bildiriminin İçeriği

Fesih bildirimini yenilik doğuran hak niteliği taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin bir şekilde yapılmalıdır. Fesih bildirimini yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda, fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde gösterilmemesi, 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesine göre, fesih geçersizliği sonucunu doğurur. Yine fesih bildirimini yenilik doğuran bir hak niteliği taşıdığından kural olarak şarta bağlı fesih bildirimini yapılamaz⁸. Fesih bildiriminde bulunan tarafın sözleşmeyi sona erdirmeye isteği açık olarak anlaşılmalıdır. Bu konuda yapılmış teklif veya soru şeklindeki beyanlar fesih bildirimini sayılamaz. Ancak, Yargıtay'a göre, fesih bildirimini her zaman açık bir şekilde yapılmayabilir, olayların akışından taraflardan birinin davranışı ile sözleşmeye son verildiği anlaşılabilirse bu davranışın da fesih şeklinde değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay tarafından eylemli fesih olarak adlandırılan bu tür fesihler konusunda şöyle denilmektedir: "Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir"⁹.

D- Fesih Bildiriminin Hüküm ve Sonuç Doğurduğu An

Fesih bildirimini karşı tarafa veya onun hakimiyet alanına ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Dolayısıyla, fesih bildirimini muhatap kişi tarafından geç öğrenilmesi hukuki durumu değiştirmemektedir. Buna bağlı olarak fesih bildirimini süreleri de feshe ilişkin irade açıklamasının karşı tarafa ulaştığı ya da karşı tarafın hukuki alanına girdiği andan itibaren işlemeye başlamaktadır.

8 Yarg. 22 HD 28.02.2013, 14712/4107, Çalışma ve Toplum D., S.38, s.638-640; YHGK., 01.06.1983, 282/610, ÇENBERCİ, s.398.

9 Yarg. 9 HD, 12.03.2009, 41150/6661, KILIÇOĞLU, M., İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara 2009, s. 211-214; Yarg. 9 HD. 10.06.2010, 35729/17372, TAŞKENT, S./SARIBAY ÖZTÜRK, G./MUTLUAY, F. B, Açıklamalı İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, B. 6, İstanbul 2012, s.193.

Kişi tarafından fesih bildirimini öğrenilip öğrenilmemesi, yapılan fesih bildiriminden tek taraflı olarak dönme konusu bakımından önem taşımaktadır. Fesih bildirimini ulaşma anından itibaren hüküm ve sonuç doğurması nedeniyle karşı tarafa ulaştığı kabul edilmiştir. Ancak, bildirim henüz ulaşmaması veya ulaştığıyla birlikte karşı tarafça öğrenilmemesi durumlarında fesih beyanından dönmek mümkündür¹⁰.

E- Fesih Bildiriminin Yapılabildiği Yer ve Zamanı

Fesih bildirimini yapıma yeri ve zamanı hakkında Kanunda hüküm olmadığından, işyeri ve çalışma süreleri içinde veya dışında, her yerde ve her zaman yapılması mümkündür. Ancak, fesih bildirimini objektif iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayan yer ve zamanda yapılmaması gerekmektedir. Aksi taktirde yapılan fesih geçersiz kabul edilmelidir¹¹. İş sözleşmesinin askıya alındığı sürelerde fesih açıklamasında bulunulabilir, ancak askı süresi için de bildirim süreleri işlemez.

III- Kısa Mesajla ya da E-Posta Yoluyla Fesih Bildirimi

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, fesih bildirimini kural olarak, belirli bir şekle tabi değildir; fesih beyanında bulunan taraf, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini diğer tarafa sözlü veya yazılı ile açıklayabilir. Ancak, iş güvencesi kapsamına giren işçilerin iş sözleşmelerinin feshine ilişkin bildirim yazılı olarak yapılması şarttır. Yazılı olarak yapılması denilince, sadece yazılı bir metin akla gelmemelidir. E-posta ya da cep telefonu mesajı da elektronik ortamda yer alan birer yazılı

10 BAYCIK, G., Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu, İHSGHD, S. 35, 2012, s.119-120; s.126-127.

11 OĞUZMAN, s.169; Dürüstlük kuralına uygun bir zamanda yapılması gerektiği konusunda bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.902-903; KILIÇOĞLU, M., 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2005, s. 91; GÜNAY, C. İ., İş Kanunu Şerhi, C.I-II, B.4, Ankara 2015, C.1, s.638; ÇANKAYA, O.G./GÜNAY, C. İ/ GÖKTAŞ, S., Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005, s.105.

belge niteliğindedir. Dolayısıyla, taraflar e-posta ya da mesaj yoluyla da fesih bildiriminde bulunabilir. Ayrıca, bu yöntem işyerlerine hem maliyet hem de zaman tasarrufu sağlayan etkin bir yöntemdir. Ancak, bu yöntemle yapılacak fesih bildiriminin geçerliliği açısından bazı hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir¹².

Her şeyden önce işçinin korunması amacı ile iş sözleşmesinde açık olarak kendisinin bildirdiği e-posta adresine veya telefon numarasına sms ile tebligat yapılabileceğini işçinin kabul etmiş olması gerekmektedir. İş sözleşmesinde yer almamakla birlikte, bu konuda işçinin örtülü kabulünün de geçerli olacağı düşünülmektedir. Örneğin işçinin e-posta adresine daha önce İş Kanununun 22. maddesine uygun olarak çalışma koşullarında bir değişiklik teklif edilmiş ve işçi bu teklife olumlu veya olumsuz yanıt vermiş ise, artık işçinin bu e-posta adresine işverenin tebligat yapılabileceğini kabul ettiği yönündeki değerlendirme yanlış olmayacaktır.

Bunun için, e-posta adresinin ya da mesaj gönderilen numaranın fesih bildirimini yapılacak olan muhabata ait olması gerekmektedir. Fesih bildirimini yapıldığı e-posta adresinin ya da telefon numarasının bildirim muhabatı olması gereken işçiye ait olmadığına ortaya konulması halinde yapılan fesih işlemi geçersiz sayılacaktır. Böyle bir sorunla karşılaşmamak için de işçiden kullanmış olduğu e-posta adresinin veya telefon numarasının yazılı olarak temin edilmesi ya da kendisine

işyeri tarafından tahsis edilmesi, yapılacak bildirimlerde bu telefon numarası veya e-posta adresinin esas alınacağına işçiye bildirilmesi ve telefon ya da e-posta adresi değişikliği olması halinde işyerine bunu bildirmesi gerektiğinin kendisine hatırlatılması gerekecektir.

7201 sayılı Tebligat Kanununun "Elektronik tebligat" başlığını taşıyan 7/a maddesi uyarınca, **"Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir.."**

Ancak Tebligat Kanununun bu maddesi doğrudan doğruya işçi ve işveren tarafından yapılacak fesihlerde uygulanamayacaktır. Çünkü 7201 s. Kanunun 1. maddesi (Değişik: 11/1/2011-6099/1 md.) uyarınca sadece "Kazaî merciler, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile il özel idareleri, belediyeler, köy hükûmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak elektronik ortamda dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır".

7201 sayılı Tebligat Kanunu'na 7/a maddesini ekleyen 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin gerekçesi uyarınca "Bu alandaki gelişmelerin yeni olması, herkesin şu anda bir elektronik adresi kullanamaması gibi hususlar dikkate alınarak, e-tebligatın kural olarak zorunlu olmaması esası kabul edilmiştir. Şu anda e-tebligatı kabul eden ülkelerde de henüz bu yöntem zorunlu değildir, alternatif olarak sunulmaktadır. Bu gerekçelerle, maddenin birinci fıkrasında, e-tebligat bir zorunluluk değil, kullanmak isteyenler için bir kolaylık ve imkân olarak sunulmuştur. Özellikle her gün yargı alanında tebligatla karşılaşan avukatların, istedikleri takdirde bu yolla daha seri usullerle tebligat yapabilmelerinin önü açılmıştır. Bu şekilde, e-tebligatın uygulama alanı kazanması ve yaygınlaşması da mümkün olabilecektir.

Birinci fıkrada, bir kimseye bu yolla tebligat yapılabilmesi için, kendisinin önce tebligata elverişli bir elektronik adres vermesi aranmıştır. Fıkrada, "tebligata elverişli

12 Elektronik tebligattan ne anlaşılması gerektiği Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 3. maddesinde (Resmî Gazete Tarihi: 19.01.2013 Resmî Gazete Sayısı: 28533) şu şekilde düzenlenmiştir:

"a) Elektronik tebligat: Bu Yönetmelik kapsamına uygun olarak elektronik ortamda yapılan tebligatı,

b) Elektronik tebligat adresi: Muhatap ve tebligatı çıkaran merciyeye ait olan elektronik tebligata elverişli kayıtlı elektronik posta adresini,

c) Elektronik tebligat hizmeti: Bilişim sistemleri vasıtasıyla muhatapın elektronik tebligat adresine iletilmek üzere, tebligatı çıkaran merci tarafından tebligatın gönderilmesini ve bu iletinin muhabata elektronik ortamda delillendirilerek tesliminin sağlanması hizmetini,

ç) Elektronik tebligat mesajı: Tebliğ edilecek içerik veya diğer ekli dokümanlar ile tebliğ için gerekli muhatap bilgilerinden oluşan tebligat mesajının tümünün tebligatı çıkaran merci tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanmış halini,..” ifade eder.

elektronik adres" ifadesi özellikle kullanılmıştır. Ayrıntısı, maddenin son fıkrasındaki atıf sebebiyle, yönetmeliğe bırakılmakla birlikte, herhangi bir elektronik adres değil, ancak "tebligata elverişli" elektronik adres tebligat için esas alınacaktır. Zira, merkezi Türkiye'de olmayan ve kontrol edilemeyen, denetlenemeyen bir elektronik adres birçok sakıncayı doğurabilir.

Normal tebligatta, tebligatın ulaşım ulaşımadığı veya tarihi ve benzeri hususları kontrol etmek bakımından posta idaresinden sorulabilmesinde olduğu gibi, e-tebligatın da benzer şekilde kontrol edilebilir ve güvenilir olması gerekir. Bu çerçevede, merkezi ve resmi bir elektronik adresin esas alınarak, e-tebligatın yapılması kuralı kabul edilmiş, ancak tebligata elverişli elektronik adresle ilgili hususların ayrıntılı düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır¹³.

Gerekçede ifade edildiği üzere, e- tebligat kural olarak zorunlu değildir. Ancak işçinin kabul etmesi durumunda kendisine yapılacak tebligatların bu yolla gerçekleştirilmesinin mümkün olacağı kabul edilmelidir. İşçinin açık veya zımni kabulünün olmaması durumunda İş Kanununun 19. maddesinde aranan yazılı şekil şartının gerçekleştiğini kabul etmek mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen tanıkların dinlenmesi bakımından, "Bu çağrı telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak, çağrı kâğıdına bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz" ifadesine yer verilmiştir.

6102 sayılı Ticaret Kanununun 1525. maddesinde getirilen düzenlemeye göre, " (1) Tarafların açıkça anlaşmaları ve 18 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak şartıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhütnamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder. (2) Kayıtlı elektronik posta sistemine, bu sistemle yapılacak işlemler ile bunların sonuçlarına, kayıtlı posta adresine sahip gerçek kişilere, işletmelere ve şirketlere, kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcılarının hak ve yükümlülüklerine, yetkilendirilmelerine ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esaslar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından bir yönetmelikle düzenlenir. Yönetmelik bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren beş ay içinde yayımlanır"

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199. maddenin 1. fıkrasında da "Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir" hükmü öngörülmüştür.

Bütün bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere işçi işveren ile yaptığı sözleşmede, kendisine ait e-posta adresini veya telefon numarasını bildirmiş ve buraya tebligat yapılabileceğini kabul etmiş ise, bu yolla yapılan tebligatların geçerli kabul edilmesi gerektiği söylenebilecektir¹³. Keza işçi tarafından iş sözleşmesinin haklı

13 Yargıtay 9 Hukuk Dairesinin bir kararına göre " ...somut olayda, direktör olarak uzun süredir üst düzeyde çalışan ve işverenin yeniden yapılandırma sürecinde olduğunu bilen davacı, eşinin ciddi hastalığı nedeniyle 23.3.2009-23.6.2009 arası ücretsiz izin kullanmıştır. İzni sırasında işverene gönderdiği 1.4.2009 tarihli maili ile eşinin tedavisinin düşündüğünden daha uzun süreceğini, gelecek altı ayı ailesine ayırmak zorunda olduğunu, bu nedenle kendisinin yeniden yapılanma sürecinde değerlendirilmesini, ancak bu arada 11,5 yıllık kıdemine göre tazminatları ve işçilik haklarının ödenmesini, yanı sıra sağlık sigortasının da sürdürülmesini istemiştir. Davacının bu maili işverenden iş sözleşmesinin feshini talep niteliğindedir. İşveren de aynı dönemde gerçekleşen ekonomik sıkıntılar nedeniyle küçülmeye gitme yönündeki işletmesel kararı davacıya uygulamıştır. Fesih talebi davacıdan geldiğine göre, olay yukarıda açıklandığı şekilde ikale sözleşmesinin tipik örneği niteliğindedir..." (Yarg 9 HD E.2010/1650, K.2011/15378, 25.05.2011 tarihli kararı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı) . Yargıtay'ın kararında, davacının bildirimini fesih olarak nitelendirilemeye bile, dolaylı olarak e-mail yolu ile taraflar arasında yapılan yazışmalar dikkate alınmış, dolayısıyla işçi ve işverenin e mail adresini tebligat amacıyla kullanabilecekleri ve bu yolla fesih bildirimini yapılabileceğini kabul ettiği söylenebilir. Benzer şekilde yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin verdiği diğer bir kararına göre ise, "...somut olayda davalı şirket tarafından ekonomik kriz sebebiyle istihdam fazlalığı teşkil eden personelin gönüllü olarak ayrılmasını teşvik amacıyla isteyenlere ihbar ve kıdem tazminatının yanında ek olarak iki aylık ücret tutarında bir ikramiye verileceği uygulamasına gidildiği anlaşılmaktadır. Davacı işçi, 31.01.2009 günlü dilekçe ile belirtilen uygulamadan yararlanmak istediğini açıklamış, 6.2.2009 gününde mail göndererek ayrılmak zorunda bırakıldığını ifade etmiştir. Davalı işveren ise davacıya ihbar ve kıdem tazminatına ilaveten iki aylık ücreti tutarında ek ödeme yaptıklarını, davacının serbest iradesiyle hareket ettiğini açıklamıştır" (Yarg., 9 HD E. 2009/20314, K. 2010/11898 ve 03.05.2010 tarihli kararı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Bu karardan da anlaşılacağı üzere, tarafların e-mail ile yapılan yazışmaları aralarındaki ilişkide geçerli ve sonuç doğurucu nitelikte kabul ettikleri anlaşılmaktadır.

sebeple (İş K. md. 24) feshi e-mail¹⁴ veya sms mesajı¹⁵

14 Yargıtay 7.Hukuk Dairesi bir kararında "...İşçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi, sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da Dairemizin 1475 sayılı Yasa döneminde istikrar kazanmış olan görüşü, 4857 sayılı İş Kanunu döneminde de devam etmekte olup, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde de işçinin haklı fesih imkanı vardır.... Davacı da e mail yoluyla ve fiilen işyerine gitmeyerek iş sözleşmesini haklı nedenle" feshettiğine karar vermiştir. (Yarg.; 7. HD E.2013/14085, K.2013/20733 ve 02.12.2013 tarihli kararı, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Karardan anlaşılacağı üzere Yargıtay İş Kanununun 24. maddesi kapsamında e-mail yoluyla iş sözleşmesinin feshini geçerli bir fesih olarak kabul etmiştir.

15 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi "... davacı vekili, davacının 01.12.1997-13.01.2009 tarihleri arasında müvekkil şirkette tıbbi mümessil olarak görev yaptığını, davacının 10.11.2008 tarihinde bölge müdürü A.A'ı telefonla arayarak, kariyer beklentisinin gerçekleşmemesi sebebiyle işine olan ilgisinin azaldığını, kendisini eskiden olduğu gibi işine veremediğini, bu durumun hem kendisine hem şirkete zarar vermeye başladığını, işini yapacak motivasyonun kalmadığını, istifa etmek istediğini, bundan sonra eşiyile birlikte kafe işletmek istediğini beyan ederek ertesi gün istifa dilekçesini vermek üzere şirkete geldiğinde tazminatlarını talep ettiğini istifa eden işçiye tazminat ödenmeyeceğinin söylendiğini, bu konuda yazılı savunma istendiğinde, yanlış anlaşıldığını, istifa etmek gibi bir niyetinin olmadığını beyan etmesi üzerine davacıdan yazılı savunma alındığını ve 03.12.2008 tarihli yazı ile uyarıldığını, ancak 09.01.2009 tarihinde davacının bölge müdürünün cep telefonuna, Kafe işi olsun olmasın-ki olması için tüm gücümü kullanıyorum-mümessillik ruhunun öldüğünü belirterek evin alt katını ihraç fazlası mağaza olarak açacağını belirten, hukuki içerik olarak istifa anlamına gelebilecek kısa mesaj gönderdiğini, bu mesaj ile daha yalan söylediğinin ortaya çıktığını, bu şekilde işverenin güveninin kötüye kullanıp doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması sebebiyle iş akdinin 4857 s.Yasanın 25/II m .uyarınca sona erdirildiğini, müvekkil şirketin fesihte haklı olduğunu belirterek davanın reddini" istediği olayda 10.11.2008 tarihinde bölge müdürü A. A'ı telefonla arayarak, kariyer beklentisinin gerçekleşmemesi sebebiyle işine olan ilgisinin azaldığını, kendisini eskiden olduğu gibi işine veremediğini, bu durumun hem kendisine hem şirkete zarar vermeye başladığını, işini yapacak motivasyonun kalmadığını, istifa etmek istediğini, bundan sonra eşiyile birlikte kafe işletmek istediğini beyan ederek ertesi gün istifa dilekçesini vermek üzere şirkete geldiğinde tazminatlarını talep ettiğini istifa eden işçiye tazminat ödenmeyeceğinin söylendiğini, bu konuda yazılı savunma istendiğinde, yanlış anlaşıldığını, istifa etmek gibi bir niyetinin olmadığını beyan etmesi üzerine davacıdan yazılı savunma alındığını ve 03.12.2008 tarihli yazı ile uyarıldığını, ancak 09.01.2009 tarihinde davacının bölge müdürünün cep telefonuna, mümessillik ruhunun öldüğünü belirterek evin alt katını ihraç fazlası mağaza olarak açacağını belirten mesaj gönderdiğinin sabit olduğunu, davacının bu şekildeki davranışının iş akışını

ile yapılmış ise, bu kez işçi tarafından yapılan bildirim BK. 435/1 hükmü uyarınca geçerli kabul edilmesi gerekecektir.

Fesih bildirimının yazılı olarak yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda, fesih nedeninin açık, anlaşılır ve kesin bir dille bildirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Hiçbir neden gösterilmeden, sadece **"İş sözleşmeniz sonlandırıldı"** şeklinde bir mesaj ya da e-postaya dayalı fesih bildirimini geçersiz sayılacaktır.

Yapılacak fesih bildiriminin geçerli olabilmesi için işçiye ulaşması gerekmektedir. Diğer yandan, bildirimini sonuç doğurabilmesi için e-postanın ya da mesajın işçi tarafından okunması şart değildir. Önemli olan gönderilen e-posta ya da telefon mesajının işçiye iletilmiş olmasıdır. Fesih bildirimine ilişkin gönderilen e-postanın ya da mesajın ve bunların iletilmesine dair iletim raporunun birer örneğinin işçi özlük dosyasında veya elektronik ortamda saklanması gerekmektedir. Çünkü sonradan ortaya çıkabilecek mesajın alınmadığına dair anlaşmazlıklarda bu belgeler ispat aracı olarak kullanılabilir¹⁶.

Son olarak, e-posta ya da kısa mesaj yoluyla yapılacak fesih bildirimlerinde objektif iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayan yer ve zamanda fesih bildiriminde bulunulmaması gerektiği, aksi halde fesih bildirimini geçersiz sayılacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

Sonuç

Yargıtay'ın günümüze kadar verdiği kararlarından anlaşıldığı kadarı ile Kanunda feshin yazılı olarak yapılmasının öngörüldüğü hallerde, bunu geçerlik şartı olarak

bozucu nitelikte olup işverenden artık iş ilişkisini devam ettirmesinin normal ölçülerde beklenemeyeceğinden feshin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir (Yarg. 9. HD, E. 2009/36032, K. 2010/3378 ve 12.11.2010, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Bu karardan da anlaşılacağı üzere davacının sms ile gönderdiği beyanları geçerli olarak kabul edilmiş ve feshine dayanak olmuştur.

16 İhbar ve ihtarların geçerliliğine dair sayılan şekiller (noter aracılığıyla-iadeli taahhütlü mektupla-telgrafla) ispat şartıdır. Taraflar arasında yapılan sözleşme ile ihbar ve ihtarların geçerliliğine dair başkaca yazılı şekil şartları kararlaştırılmışsa bu şekilde yapılan ihbar ve ihtarlar da geçerlidir. E-mail yolu ile yapılan fesih ihbarı diğer tarafta kendilerine ulaşmadığı, içeriğinin fesih olmadığı gibi nedenlerle inkar edilmediği sürece iş bu şekilde yapılan fesih ihbarı da muteberdir (Yarg. 11. Hukuk Dairesi, E. 2005/10582, K. 2006/11292; 12.11.2010, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

kabul etmeyip, ispat şartı olarak kabul ettiği söylenebilecektir. Kanımızca, Kanunun açıkça feshin yazılı olarak yapılmasını öngördüğü hallerde bu şart geçerlilik şartı olduğu kabul edilmelidir.

İş güvencesine tabi olmayan işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmeleri İş Kanununun 17. maddesi uyarınca süreli fesih yolu ile ve 25. maddesi uyarınca haklı sebeple feshedilebilecektir. İş K.17 maddesi uyarınca işveren işçinin iş sözleşmesini herhangi bir şekilde uymadan feshedebileceği halde, kanımızca BK 435/1 maddesi sebebiyle yazılı olarak feshedebilmelidir. Buradaki yazılı şeklin gerçekleştiğini kabul etme bakımından tarafların elektronik tebligat yolu ile kendilerine tebligat yapılmasını kabul edip etmediklerine bakmak gerekecektir. Eğer işçinin e posta adresi veya cep telefonuna sms ile tebligat yapılabileceğine ilişkin açık veya örtülü rızası var ise, bu şekilde işveren tarafından gerçekleştirilen feshin şekil şartlarına uyan bir fesih olarak iş sözleşmesini sona erdirdiği kabul edilmelidir. Aynı şekilde işveren de e mail adresine veya sms yolu ile kendisine açık veya örtülü şekilde yapılan beyanların sonuç doğuracağını kabul etmiş ise, İş K. 24 maddesi uyarınca gerçekleştirilen fesihlerin BK 435/1 maddesine uygun yazılı şekilde yapıldığının kabulü gerekecektir.

Buna karşılık, iş güvencesine tabi olan ve İş K.19 maddesi uyarınca geçerli sebebe dayanarak işçinin iş sözleşmesinin feshinin söz konusu olduğu durumlarda, işçinin yine e-posta adresine veya sms ile cep telefonuna bildirim yapılabileceğini kabul ettiği durumlarda, feshin yazılı olarak gerçekleştirildiğinin kabulü gerekecektir. Ancak bu durumda sadece sözleşmenin feshedildiğinin bildirilmesinin yeterli olmayacağı aynı zamanda fesih sebebinin açıkça gösterilmesi gerektiğine de dikkat edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ALP, M., (2013). Yeni Borçlar Kanununun İş Hukukuna Etkileri, Uluslararası Sözleşmelerin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Uygulama Sorunları, İzmir Barosu.
- ALPAGUT, G., (2011). Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, İHSGHD, 31.
- BAYCIK, G., (2006). Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu, AÜHFD, S.1.
- BAYCIK, G., (2011). İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara.
- CANBOLAT, T., (2010). İşe İade Kararının Uygulanma-

sında Dürüstlük Kuralı, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İstanbul Barosu, İstanbul.

- ÇANKAYA, O.G./GÜNAY, C. İ./GÖKTAŞ, S., (2005). Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara.
- ÇELİK, N., 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmelerinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri, Sicil 25, Mart 2012.
- ÇENBERCİ, M., (1986). İş Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara.
- EKONOMİ, M., Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi Çimento İşveren, Mart 2003 Eki.
- EYRENCİ, Ö., 4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, İHSGHD, 1 Ocak-Mart 2004.
- EYRENCİ, Ö./TAŞKENT, S./ULUCAN, D., (2016). Bireysel İş Hukuku, B.7, İstanbul.
- GÜNAY, C. İ., (2015). İş Kanunu Şerhi, C.I-II, B.4, Ankara, C.1.
- KAR, B., (2011). İş Güvencesi ve Uygulaması, B. 2, Ankara.
- KILIÇOĞLU, M., (2005). 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul.
- KILIÇOĞLU, M., (2009). İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar, Ankara.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, H./ASTARLI, M./BAYSAL, U., (2014). İş Hukuku, B. 6, Ankara.
- OĞUZMAN, K., (1955). Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul.
- SELÇUKİ, S., (1973). İlmî-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, B.3, İstanbul.
- SOYER, P., (2002). 158 sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, İktisadi, Sosyal ve Uluslararası Hukuki Boyutu ile İşçinin Feshe Karşı Korunması, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul.
- SOYER, P., Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri, Sicil 22, Haziran 2011.
- SÜZEK, S., (2016). İş Hukuku, B.12, İstanbul.
- TAŞKENT, S., (2002). İş Güvencesi ve Yeni Yasal Düzenleme, Ankara.
- TAŞKENT, S., /SARIBAY ÖZTÜRK, G./ MUTLUAY, F.B., (2012). Açıklamalı İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, B. 6, İstanbul.
- ULUCAN, D., (2003). İş Güvencesi, İstanbul.
- YÜREKLİ, S., (2011). Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara.

Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması

Öz

Ödünç iş ilişkisine ilişkin yasal düzenleme İş Kanununun 7. maddesinde yer almaktadır. Madde 6715 sayılı Yasa ile değiştirilmiş ve yeni düzenlemede yalın haliyle ödünç iş ilişkisi yanında özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisine de yer verilmiştir. Batı'da da "işçi temini" olarak adlandırılan bu uygulama mesleki ödünç iş ilişkisi şeklinde yürütülmektedir. Değişikliğin temelinde küreselleşmenin etkisi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 181 sayılı Sözleşmesi ile Avrupa Birliği'nin 2008/104/EC sayılı direktifine uyum sağlama amacı yatmaktadır. Yalın haliyle ödünç iş ilişkisinin işverenin devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içerisinde veya aynı

şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere devretmesi halinde kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinin ise Kanunda belirtilen sınırlı hallerde kurulabileceği öngörülmektedir. Çalışmamızda işbu yeni düzenlemenin içeriği ve eleştirilebilecek hususları üzerinde durulacak ve uygulama bakımından ortaya çıkması muhtemel sorunlar tespit edilmeye çalışılacaktır. Amacımız İş Kanununun bugün yürürlükte olan 7. maddesinin yaratabileceği öngörülen sorunlarına çözüm önerilerinin getirilerek ortaya çıkabilecek hak kayıplarının önlenmesi bakımından farklı bir bakış açısı sunmaktır.

Anahtar Sözcükler:

Ödünç iş ilişkisi, birlikte sorumluluk , 6715 sayılı Yasa, özel istihdam bürosu, ödünç iş ilişkisinin sona ermesi.

Temporary Employment Relationship In Turkish Labour Law According To New Regulations

Abstract

Temporary employment relationship in our Labour Law is regulated in Article 7. The provision was amended by Law No. 6715 and in the new provision to establish temporary employment relationship through a private employment agency and to establish temporary employment relationship within the structure of the same holding company or the same group of companies have

been regularized. In the West, this practice is referred to as "employee leasing", is carried out in the form of professional temporary employment relationship. The effect of globalization, the aim of harmonizing temporary employment relationship rules with the International Labor Organization Convention No. 181 and the European Union Directive No. 2008/104 / EC

*T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
odamanserkan@yahoo.com

based on this amendment. It is stipulated that a temporary employment relationship may only be established if the employer transfers his employees temporarily, upon obtaining his written consent at the time of transfer, to another workplace in order to perform work within the structure of the same holding company or the same group of companies. Temporary employment relationship established through a private employment agency can be done in limited cases

specified in the Law. In our study, we will focus on the content and the critique points of this new regulation and possible problems that can be came out with the practice of this rule will be determined. Our aim is to present a different point of view in terms of preventing the loss of rights by bringing proposals for solutions to the foreseen problems that may arise with the application of Article 7, which is in force of the Labour Law.

Keywords:

Temporary employment relationship, joint liability, Law No. 6715, private employment agency, termination of temporary employment relationship.

Giriş

Teknoloji ve ekonomide meydana gelen gelişmeler çalışma hayatımızda esnek çalışma modellerinin uygulanmasını gerektirmekte, bu bağlamda çalışma mevzuatına yeni düzenlemeler ve yeni müesseseler dahil edilmektedir. Ödünç iş ilişkisi de 4857 sayılı Yasa ile çalışma yaşamında yerini almıştır. Üçlü iş ilişkilerinin uygulamada sıklıkla rastlanılan olan ödünç iş ilişkisinde iş sözleşmesi ile bir işverene bağlı çalışan işçi iş görme edimini geçici olarak bir başka işverene ifa etmektedir. Ödünç iş ilişkisi işletme açısından değişen koşullara ve ortaya çıkan ihtiyaçlara uygun olarak işgücü talebinin karşılanmasını kolaylaştırmaktadır. İşletmelerin ödünç iş ilişkisini tercih etmelerinin en önemli sebebi, talep dalgalanmalarındaki artış durumu ve askerlik, doğum gibi sebeplerle boşalan pozisyonların varlığında geçici olarak ihtiyaç duyulan işçi çalıştırma ihtiyacını karşılamaktır. İşçi açısından ise, ödünç iş ilişkisi, işgücü piyasasında istihdam olanaklarının artması bakımından önemlidir. Ödünç iş ilişkisi ile ödünç veren işveren işgücünden geçici bir süre yararlanma ihtiyacı duymadığı işçisini onayını alarak başka bir işverene geçici olarak iş görme edimini gerçekleştirmek üzere göndermektedir. Böylelikle ödünç alan işverenin ihtiyacı karşılanmış olacaktır.

4857 sayılı Yasada yer alan ve daha sonra 6715 sayılı Yasa ile değiştirilen düzenleme, değişiklik öncesinde özel istihdam büroları aracılığı ile ödünç iş iliş-

kisi kurulmasına imkan vermemekte idi. Ancak özel istihdam büroları aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin Avrupa Birliği üyesi ülkelerde yasal olarak düzenlenmesi karşısında düzenlemeye Türk iş hukukunda da ihtiyaç duyulmuştur. Bunda küreselleşmenin de etkisi büyüktür. 20.05.2016 tarihli ve 29717 sayılı Resmi Gazete'de "İş Kanunu İle Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" yayımlanmış olup, bu Kanun vasıtasıyla 4857 sayılı İş Kanunu ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır. 6715 sayılı Kanun 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenmiş olan ödünç iş ilişkisi tanımını genişletmiş ve özel istihdam bürolarına ödünç iş ilişkisi kurma yetkisini tanımıştır. Özel istihdam büroları aracılığı ile kurulacak olan ödünç iş ilişkisi özellikle gençlerin iş tecrübesi kazanması, uzun dönemli işsizlerin işsizlikten kurtulması ve işgücü piyasasının dışında kalmış olanların motivasyonlarının artırılması bakımından önemlidir. Bu bağlamda, 11.10.2016 tarih ve 29854 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren "Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği" ile özel istihdam bürolarının ödünç iş ilişkisi kurmasına ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızda özel istihdam büroları ile ödünç iş ilişkisi uygulamaları 4857 sayılı Yasada yapılan değişiklik ve yürürlüğe giren Yönetmelik çerçevesinde irdelenecektir.

1. Ödünç İş İlişkisi Kavramı

İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinde yer alan ödünç iş ilişkisine ilişkin düzenlemede köklü değişiklikler yapılmıştır. Bütününde güvenceli esneklik kavramının etkisinin hissedildiği düzenlemede özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin yürütülmesi ve bu ilişkinin yasal temele oturtulması söz konusu olmaktadır. Kanunun genel gerekçesinde yapılan düzenleme ile hem geçici olarak çalışanların korunması ve sistemin etkin işleminin sağlanması, hem de ödünç iş ilişkisini düzenleyen 2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine uyumun sağlanmasının amaçlandığı açıkça ifade edilmektedir.

4857 sayılı Yasanın 7. maddesinde ödünç iş ilişkisinin, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. O halde yeni düzenlemeyle üçlü iş ilişkisi niteliğindeki ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren özel istihdam bürosu da olabilecektir. 6715 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasına özel istihdam bürosunun tanımı da eklenmiştir. Buna göre; özel istihdam bürosu, iş arayanların elverişli oldukları işlere yerleştirilmesine ve çeşitli işler için uygun işçiler bulunmasına aracılık yapmak ve/veya ödünç iş ilişkisi kurma faaliyeti yürütmek üzere Kurum tarafından izin verilen gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan büroları ifade etmektedir. Ancak 7. maddede sadece Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürolarının bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devir yapabileceği düzenlenmektedir.

Genel olarak ödünç iş ilişkisinde, ödünç veren işveren veyahut özel istihdam bürosu işin görülmesini isteme hakkını bir veya birden çok işçi açısından bir başka işverene devretmektedir. Ödünç alan işveren ise işçiyle aralarında bir iş sözleşmesi olmamasına rağmen, geçici bir süre için işçiden kendi işinin görülmesini isteme hakkına kavuşmaktadır. Bir başka deyişle işçi, iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işvereni veyahut özel istihdam bürosu tarafından diğer bir işverene ödünç olarak verilmektedir. İşçinin, ödünç veren işverenle veyahut

özel istihdam bürosu ile olan ilişkisi, aralarındaki iş sözleşmesine dayanmaktadır. İşçinin ödünç alan işverenle olan çalışma ilişkisinin temelini ise, ödünç veren ile ödünç alan arasındaki "ödünç işçi sağlama sözleşmesi" oluşturmaktadır. Bu durumda, "ödünç iş ilişkisi"nin üç öznesi bulunduğunu ve bu ilişkinin üçlü bir hukuki ilişki olduğunu söylemek mümkündür. Ödünç iş ilişkisinde; işçisini bir başka işveren yararına iş görmesi için veren "ödünç veren işveren" veyahut "özel istihdam bürosu", işçiden işin görülmesini talep etme hakkına sahip olacak olan "ödünç alan işveren" ve bu iki işveren arasındaki "ödünç işçi sağlama sözleşmesi"nin konusu olan ve iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenden veya özel istihdam bürosundan başka bir işverene karşı iş görme borcunu belirli ve geçici bir süre için yerine getirecek olan "ödünç verilen işçi" bulunmaktadır.

İşçinin holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilmesi hâlinde, devir sırasında yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde ise işçinin devir sırasında ayrıca yazılı rızasının alınmasına gerek yoktur. Ödünç iş ilişkisi ister yalın haliyle holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde ister özel istihdam büroları aracılığıyla kurulmuş olsun, ödünç veren işverenle veyahut özel istihdam bürosu ile işçi arasındaki mevcut sözleşme ödünç iş ilişkisinin kurulması ile son bulmayacaktır. Bunun yanında, işçinin geçici olarak emrinde çalışacağı işveren ile arasında bir iş sözleşmesinin kurulması da söz konusu değildir. Burada sadece, ödünç veren işveren veya özel istihdam bürosu, işçiden işin görülmesini talep etme hakkını geçici bir süre ile ödünç alan işverene devretmiş bulunmaktadır¹.

Geçici iş ilişkisi olarak da adlandırılan ödünç iş ilişkisine dayalı olarak çalışan işçi ile geçici işçiyi birbirine karıştırmamak gerekir. Uygulamada özellikle bazı kamu

1 Ercan Akyiğit: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, s.12; Ömer Ekmekçi: 4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, İHSGHD,2, Nisan-Haziran 2004, s.369; A. Can Tuncay: Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik Semineri, Ankara 1995, s.73.

kuruluşlarında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler geçici işçi olarak adlandırılmaktadır. Bu işçiler geçici işgücü ihtiyacını karşılamak amacıyla kısa ve belirli süreli sözleşme niteliğindeki geçici iş akdi ile sözleşme tarafları işverene iş görme edimini yerine getiren işçilerdir².

Ödünç iş ilişkisi, her şeyden önce şirket topluluklarında ve holdinglerde, şirketlerin daha çok vasıflı işgücü ihtiyacının karşılanmasında veya üst kademe yöneticilerinin yetiştirilmesinde ya da aynı gruptan olmayan şirketlerin birlikte bir işi üstlenmelerinde yahut mali güçlüğüyle karşılaşan bir işverenin işçisini işlerin düzelmesine kadar başka bir işverene vermesinde kendisini göstermektedir³. Bu bağlamda işverenin vasıflı bir işçinin işgücünden geçici bir süre yararlanma ihtiyacı duymaması, buna karşılık başka bir işverenin bu işçiyi geçici olarak çalıştırmak istemesi durumunda bu ilişki gündeme gelecek ve böylelikle hem ödünç veren işverenin yükü hafiflerken hem de işçinin işsiz kalması engellenecektir⁴.

2. Ödünç İş İlişkisinin Türleri

Ödünç iş ilişkisinin iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki yalın biçimi ile ödünç iş ilişkisi ve diğeri mesleki anlamda ödünç iş ilişkisidir⁵. Ödünç iş ilişkisinin türleri incelenirken, ölçüt olarak ele alınacak olan nokta, işçi ile ödünç veren işveren arasında, "istisnai" olarak mı, yoksa "kural olarak veya münhasıran" mı bir başka işverene ödünç verilmek üzere bir iş sözleşmesi yapıldığı hususudur. Bu anlamda, ödünç iş ilişkisinin ilki muhtelif nedenlerle bir işverenin (ödünç veren) iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işçisini geçici bir süre için bir başka işverenin (ödünç alan) emrine vermesi şeklinde oluşmak-

tadır. Ödünç iş ilişkisinin ikinci türü ise; "meslek olarak yapılan" işçi ödünç vermedir. Bir işverenin, işyerini, kazanç elde etmek amacıyla işçi ödünç vermeye tahsis etmiş olması durumunda, onun işçi vermeye meslek edinmiş olacağından söz edilebilir. Bu durumda, başka işletmelere işçi teminini meslek olarak yapmakta olan işverenin, işçiyi sırf ödünç vermek maksadıyla iş sözleşmesi yapması söz konusudur. İşveren bu amaçla işe aldığı işçileri kendi yanında çalıştırmamakta, gereksinimi olanlara ödünç olarak vermektedir. İşçi, iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenin emrinde genellikle hiç çalışmamaktadır. Hatta birçok durumda, ödünç veren işverenin o işçiyi çalıştırabileceği, üretim yapılan kendine ait bir işyeri dahi mevcut değildir.

Nitekim meslek olarak ödünç işçi veren işverenler genellikle bir ofiste faaliyette bulunmakta ve hukuki anlamda olmasa da ekonomik anlamda iş aracılığı yapmaktadırlar. Ödünç veren işverenin amacı, bu yaptığı hizmet karşılığında kazanç elde etmektir. 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında başlangıçta "ödünç iş ilişkisi" ve "mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisi" iki ayrı başlık halinde düzenlenmişken, işçi sendikalarından gelen tepkiler üzerine mesleki faaliyet olarak ödünç iş ilişkisinin kullanılmasına ilişkin madde metinden tümüyle çıkarılmıştır. Oysa mesleki faaliyet olarak yapılan ödünç işçi temini işi tüm dünyada yaygın bir uygulama alanına sahiptir ve birçok ülkede de yasal düzenlemeye kavuşmuştur⁶.

08.02.2016 tarihinde TBMM'ye sunulan ve 20.05.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6715 sayılı İş Kanunu İle Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinde yapılan değişikliklerle

2 Sarper, Süzek: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2015, s.301; Fevzi Demir: İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2016, s.109; Bektaş Kar: Sözleşme Serbestisi Kapsamında 5620 sayılı Kanunda Geçici İşçi Pozisyonunda Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına ve Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, s.233.

3 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesi gerekçesi; Fevzi Demir: İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara 2003, s. 123.

4 Demir, İş Hukuku, s.109.

5 Bazı yazarlar mesleki ödünç iş ilişkisini gerçek olmayan ödünç iş ilişkisi olarak tanımlamaktadır. A. Can Tuncay: İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi, Mercek, Y.: 8, S.: 30, Nisan -2003, s.56.

6 Örneğin; Fransız İş Kanunu md.L.124-1'e göre; "gerçek ya da tüzel kişi olabilecek olan ödünç veren işverenin faaliyet alanı, kullanıcı işletmelere, kararlaştırılan nitelikte işçileri temin etmek ve onları geçici olarak bu işletmelerin hizmetine sunmaktır. Bu faaliyetin, ödünç çalışma işletmeleri dışında bir işletme tarafından yerine getirilmesi yasaktır". Bu tanıma göre; faaliyet sadece ödünç çalışma işletmeleri tarafından yerine getirilmelidir, ödünç iş ilişkisine ilişkin hükümler çerçevesinde yapılmayan tüm kazanç getirici işçilik temini faaliyetleri yasaktır ve İş Kanunu md.L.152-2'ye göre müeyyidelendirilir ve nihayet misyonlar geçici bir nitelik taşımaktadır. Serkan Odaman: Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC4.pdf>, s.67.

2008/104/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine uygun olarak ödünç iş ilişkisinin özel istihdam büroları aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapmak suretiyle iki şekilde kurulabileceği düzenlenmiştir. Özel istihdam büroları aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi için özel istihdam bürosunun Türkiye İş Kurumundan ödünç iş ilişkisi kurma iznine sahip olması gerekmektedir.

6715 sayılı Yasa ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 17. maddesinde de değişiklik yapılmış ve özel istihdam bürolarının kurulması, faaliyet alanı, ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin verilmesi ve denetimine ilişkin kurallar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özel istihdam bürosunun ödünç iş ilişkisi kurma yetkisi almak üzere Kuruma başvuru tarihi brüt asgari ücret tutarının iki yüz katına denk gelen miktarda teminat verme zorunluluğu düzenlemede dikkati çekmektedir. Yine maddenin devamında özel istihdam bürosunun kendi isteğiyle ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin sona ermesi halinde teminatın Vergi Dairesi, Sosyal Güvenlik Kurumu ve Kurum alacakları ile işçi alacaklarının ödenmiş olması koşulu ile iade edileceği düzenlenmektedir. Aynı maddede ödenmemiş alacağın bulunması durumunda sırayla ödenmemiş alacakların mahsup edileceği ve teminattan kalan kısmın geri verileceği yer almaktadır. Yine aynı Yasada özel istihdam bürolarının ödünç iş ilişkisi kurmak suretiyle yurt dışına işçi göndermesi halinde işçilerin yurtdışı hizmet akitlerinin Kuruma onaylatılması zorunluluğunu da öngörülmektedir.

Özel istihdam bürolarına verilen ödünç iş ilişkisi kurma yetkisinin iptaline ilişkin düzenlemelere de 6715 sayılı Yasanın 6. maddesiyle 4904 sayılı Yasanın 18. maddesinde yapılan değişiklik hükmünde yer verilmektedir. Düzenlemede, izin verilmesi için aranan şartların kaybedilmesi veya şartların mevcut olmadığının sonradan anlaşılması, Kurumdan izin alınmaksızın ödünç iş ilişkisi faaliyetinin yürütülmesi ve on iki ay boyunca hiçbir işe yerleştirmeye aracılık gerçekleştirilmemiş olunması durumlarında Kurumca verilen özel istihdam bürosu izninin derhal iptal edileceği belirtilmektedir.

Özel istihdam bürolarına ödünç iş ilişkisi kurma yet-

kisi tanıyan 4857 sayılı Yasanın değişik 7. maddesinin son fıkrasında yalın haliyle ödünç iş ilişkisi de hüküm altına alınmıştır. Buna göre Türk iş hukukunda yalın haliyle ödünç iş ilişkisi ancak holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı işyerleri arasında kurulabilecektir. Oysa değişiklikten önceki düzenlemede işçiyi yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılmak koşulu ile birbirinden bağımsız işverenler arasında da ödünç iş ilişkisi kurulmasına imkan verilmekte idi. Bugün yalın haliyle ödünç iş ilişkisi kurabilecek olan işverenlerin mutlaka holding bünyesinde yer alan veyahut aynı şirketler topluluğuna bağlı işverenler olmaları gerekmektedir.

3. Ödünç İş İlişkisinin Kurulamayacağı Haller ve İşyerleri

Ödünç iş ilişkisine başvurulabilecek durumlar 7. maddede sayılmıştır. Bu anlamda, ister yalın haliyle olsun ister özel istihdam büroları aracılığıyla olsun ödünç iş ilişkisinin her zaman kurulabilmesi mümkün değildir. Hatta bazı durumlarda ödünç iş ilişkisinin kurulması yasaklanmıştır. Nitekim İş Kanununun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında “*Bu Kanunun 29 uncu maddesi kapsamında toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süresince, kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde bu maddenin ikinci fıkrası kapsamında geçici iş ilişkisi kurulamaz.*” hükmü bulunmaktadır. Burada Kanunun en az 10 ve daha fazla toplu işçi çıkarılan işyerlerinde iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine ödünç iş ilişkisi yoluyla işçi temin edilmesinin sekiz ay süreyle yasaklanmış olduğuna dikkat edilmelidir⁷. Sekiz aylık sürenin, toplu işçi çıkarılacağına Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirilmesinden sonra otuz günün bitiminden ve toplu işçi çıkarmanın hüküm doğurduğu tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Yine Kanun kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde ödünç iş ilişkisinin kurulmasını yasaklamıştır. Böylelikle 7. maddede işyerleri bazında da ödünç iş ilişkisine yasaklamalar getirildiği görülmektedir. Belirtilen yasaklara uymayan

7 Eski düzenlemede bu süre 6 ay olarak belirlenmektedir. Demir, İş Hukuku Uygulaması, s.111.

bir ödünç iş ilişkisi kurulursa, bu ilişki en baştan itibaren geçersiz olacak ve işçiler ödünç alan işverenin işçisi sayılacak ve buna göre işleme tabi tutulacaklardır⁸.

Bundan başka, 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinin 5. fıkrasına göre; "Geçici işçi çalıştıran işveren, grev ve lokavttan uygulanması sırasında 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 65 inci maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçici iş ilişkisiyle işçi çalıştıramaz". 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 68. maddesi uyarınca işveren, kanuni bir grev veya lokavt süresince, 67. madde hükmü gereğince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin yerine, süreli ya da geçici olarak başka işçi alamaz veya başkalarını çalıştıramaz. Buradaki başka işçi deyimini geniş anlamda düşünülmesi ve sadece başka işçiler değil işçi niteliği taşımayan eş, dost, akraba da bu yasak içerisinde değerlendirilmelidir⁹. İşverenin bu yasağa aykırı hareketi, taraf sendikanın yazılı başvurusu hâlinde görevli makamca denetlenir ve bu yükümlülüğe aykırı hareket eden işveren SenTİSK md. 78/1 uyarınca idari para cezasına çarptırılır. Bu anlamda ödünç alan işverenin bu dönemde de ödünç işçi çalıştırabilmesi mümkün değildir. Kanun ödünç alan işverenin işyerinde grev süresince çalışmayacak olan ödünç işçinin bu dönem içindeki durumunu da düzenlemiş ve kendisinin mağdur olmasını engellemiştir¹⁰. Ancak hükme göre, greve katılamayacak ve lokavta maruz bırakılmayacak işçilerden, ölen, kendi isteği ile ayrılan veya iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilenlerin yerine yeni işçi alınabilir.

Bu yasaklar dışında özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisinde 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinde bazı sınırlamalar getirilmektedir. Buna göre, özel istihdam büroları aracılığıyla işletmenin iş hacminin öngörülemez ölçüde artması halinde ku-

rulabilecek ödünç iş ilişkisinde, ödünç iş ilişkisi ile çalıştırılan işçi sayısının işyerinde çalıştırılan işçi sayısının dörtte birini geçemeyeceği, ancak on ve daha az işçi çalıştırılan işyerlerinde on işçiye kadar ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği hükümde belirtilmektedir. İşçi sayısı hesap edilirken kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren altı ay geçmeden geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştıramaz. Ödünç işçi, ödünç işçi çalıştıran işverenden özel istihdam bürosunun hizmet bedeline mahsup edilmek üzere avans veya borç alamaz.

4. Ödünç İş İlişkisinin Kurulmasının Koşulları

4.1. Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Ödünç İş İlişkisinin Kurulması

4.1.1. Özel İstihdam Bürolarının Ödünç İş İlişkisi Kurabileceği Haller

4857 sayılı Yasanın 7. maddesi uyarınca, özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi, Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle ödünç işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devri ile kurulmaktadır. Ancak ilgili maddenin ikinci fıkrasında özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilecek haller sınırlı sayı ilkesine uygun olarak açıkça düzenlenmiştir.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulabileceği ilk hal 4857 sayılı Yasanın 13. maddesinin beşinci fıkrası ile 74. maddesinde belirtilen haller, işçinin askerlik hizmeti hâli ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâller olarak belirlenmiştir. 4857 sayılı Kanunun "Kısmi Süreli ve Tam Süreli İş Sözleşmesi" başlıklı 13. maddesine 29.01.2016 tarihli ve 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 21. maddesiyle eklenen "Bu kanunun 74'üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden

8 Serkan Odaman: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007, s.48.

9 Ünal Narmanlioğlu: İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2013, s.712.

10 Amerika'da savunma veyahut saldırı lokavtı esnasında işyerini çalışır durumda tutabilmek için yeni işçi işe alınamayacağı tartışmalıdır. Golman bu durumun sendikacı işçileri bertaraf etme amacını taşıdığını ve bunun mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır. Alvin Goldman: Labour and Employment Law in the United States, Kluwer Law International, London Temmuz 1996, s.353.

biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşyle birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır.” içerikli beşinci fıkrası ile aynı Kanunun “Analık Halinde Çalışma ve Süt İzni” başlıklı 74. maddesinde belirtilen doğumdan önce ve doğumdan sonra verilen toplam 16, çoğul gebelik halinde toplam 18 haftalık analık izni, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren verilen 8 haftalık analık izni, isteği halinde kadın işçiye, 16 haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde 18 haftalık süreden sonra verilen 6 aylık ücretsiz izin, doğum sonrası analık hâli izninin kullanılmak suretiyle tamamlanmasından itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve işçinin istemesi halinde birinci doğumda 60 gün, ikinci doğumda 120 gün, sonraki doğumlarda ise 180 gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin, çocuğun engelli doğması halinde 360 gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin hallerinde bu dönemde işçiye ihtiyaç duyan işverenin özel istihdam bürosuna başvurarak ödünç iş ilişkisi kurulabilmesi mümkündür. İşçinin askerlik hizmeti halinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hallerde de özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilir.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilmenin mümkün olduğu bir diğer durum, mevsimlik tarım işleridir. Mevsimlik iş tanımına 4857 sayılı İş Kanununda yer verilmemiştir. Sadece bazı maddelerde ve ayrıca iş hukukuna ilişkin bazı kanunlarda mevsim-

lik işlere de değinilmiştir¹¹. Mevsimlik iş doktrinde “çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler” olarak tanımlanmaktadır¹². Yargıtay ise çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işleri mevsimlik iş olarak tanımlamakta ve söz konusu dönemlerin işin niteliğine göre uzun veya kısa olabileceğini belirtmektedir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları fakat yılın diğer döneminde işçilerin iş sözleşmelerine ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektiren işler mevsimlik iş olarak değerlendirilebilmektedir¹³. Tam da bu noktada mevsimlik işin tarım işi niteliğinde olduğu durumlarda işverenin özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurması mümkündür.

Temizlik işleri, hasta, yaşlı ve çocuk bakım hizmetleri gibi ev hizmetlerinde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak gördürülen işlerde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üre-

11 Müjdat Şakar: İş Kanunu Açısından Mevsim ve Kampanya İşlerinde Çalışan İşçilerin Durumu, Yaklaşım Dergisi, Ekim 2010, S. 214, <http://www.ozdogrular.com/content/view/13687/>.

12 Süzek, s.256.

13 “Bununla birlikte, davacı işçi 1999 yılında 345 gün çalışmış olmakla sözü edilen yıl bakımından çalışılan süre işçinin dinlenme hakkının varlığını gerektirmektedir. 4857 sayılı İş Kanununun 53. maddesinde mevsimlik işlerde yıllık izin hakkının doğmayacağı belirtilmiş ise de, yılın ne kadar bölümünde çalışılma halinde mevsimlik iş sayılacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öyle ki yılın tamamına yakın bir bölümünde çalışılma halinde Anayasal temeli olan dinlenme hakkının tanınmasının gerekeceği açıktır. Somut olayda da, davacı işçi 1999 yılında 345 gün çalışmış olmakla, çalışılmayan süre bakımından Anayasal dinlenme hakkını kullanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu durumda 1999 yılında fiili çalışma süresine göre mevsimlik statüden vazgeçilmiş, taraflar arasında işçinin yıllık izin ücretine hak kazanacak şekilde sürekli çalışmasına dair bir sisteme geçilmiş olur. Dairemizin istikrar kazanan kararlarında da çalışmanın 11 ayın üzerine çıktığı hallerde mevsimlik iş ilişkisinin dışına çıkıldığı kabul edilmiş ve daha sonraki çalışmalar için yıllık izin hakkının doğduğu sonucuna varılmıştır. (Yargıtay 9. HD. 23.10.2009 gün, 2008/5773 E, 2009/28807 K. Yargıtay 9.HD. 16.3.2007 gün, 2007/5978 E, 2007/6827 K.), Yarg. 9. HD., 12.10.2010, E. 2008/35528, K. 2010/28674, <http://iskanunu.com/portal/wp-content/uploads/2010/10/mevsimlik-calismada-yillik-izin-durumu.pdf>.

timi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâllerinde özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulabilir.

Son olarak işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin ödünç iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması ve mevsimlik işler hariç dönemsellik arz eden iş artışları hâllerinde de ödünç iş ilişkisinin özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulabileceği düzenlenmektedir. Bu iki halin işverenin özel istihdam bürosu aracılığı ile ödünç işçi temin etmesi bakımından uygulamada en çok karşılaşılabilecek durumlar olduğunu söylemek mümkündür.

4.1.2. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Ödünç İş İlişkisinin Süresi

4857 sayılı Yasanın 7. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, özel istihdam büroları aracılığıyla, 4857 sayılı Yasanın 13. maddesi ile 74. maddesinde belirtilen hallerde, işyerinde bir işçinin doğum nedeniyle işten geçici olarak ayrıldığı, askerlik hizmeti ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı tüm hallerde halin devamınca, mevsimlik tarım işlerinde ve ev hizmetlerinde süre sınırı olmaksızın, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan, aralıklı olarak görülen işlerinde, iş güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin varlığında, işletmenin iş hacminin öngörülme ölçüde artması hallerinde en fazla dört ay süreyle ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir. Dört ay için kurulabilecek olan ödünç iş ilişkisi toplam sekiz ayı geçmemek üzere en fazla iki defa yenilenebilecektir. Dönemsellik arz eden iş artışları halinde ise özel istihdam bürosu ile işveren en fazla dört ay süreyle ödünç iş ilişkisi kurulabilecektir ve bu sürenin uzatılması da mümkün değildir. Düzenlemede ödünç işçi çalıştıran işverenin belirtilen sürelerin sonunda mevsimlik tarım işleri ile ev hizmetleri haricindeki durumlarda sürenin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe yeniden ödünç işçi çalıştıramayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu noktada aynı işçinin mi yoksa aynı iş için hiç ödünç iş ilişkisi kurulmayan bir başka işçinin mi çalıştırılmayacağı noktasında belirsizlik dikkati çekmektedir. Düzenlemenin açık ifadesinden o iş için aynı veyahut bir başka farklı işçiyle bile olsa ödünç iş ilişkisinin belirtilen süre sonuna kadar kurulmasının yasaklanmış olduğu kanaatinde olduğumuz belirtmek isteriz.

4.1.3. Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Ödünç İş İlişkisinin Şekli

Ödünç iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur. 7. maddede özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinin, ödünç işçi ile iş sözleşmesi, ödünç işçi çalıştıran işverenle ödünç işçi sağlama sözleşmesi yapmak suretiyle yazılı olarak yapılacağı hüküm altına alınmaktadır. Özel istihdam bürosu ile ödünç işçi çalıştıran işveren arasında yapılacak ödünç işçi sağlama sözleşmesinde; sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa ödünç işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer alacaktır. İşbu sözleşmede ödünç işçinin Türkiye İş Kurumundan veya başka bir özel istihdam bürosundan hizmet almasını önleyen ya da iş görme edimini yerine getirdikten sonra ödünç işçi olarak çalıştığı işveren veya farklı bir işverenin işyerinde çalışmasını engelleyen hükümlerin yer alması söz konusu olamayacaktır. Bu tarz hükümler varsa bunlar geçersiz sayılacak ve sadece o hüküm mutlak butlanla batıl olacaktır. Ayrıca ödünç işçi ile yapılacak iş sözleşmesinde, işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilir. Bu süre üç ayı geçemez.

Düzenleme bu haliyle birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Öncelikle ödünç işçi sağlama sözleşmesinde sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihinin bulunmasının zorunlu olması, mevsimlik tarım işlerinde ve ev hizmetlerinde süre sınırı olmaksızın kurulabileceği öngörülen ödünç iş ilişkisi ile çelişmektedir. Diğer taraftan, ödünç işçi ile özel istihdam bürosu arasında yapılacak iş sözleşmesinin niteliği de yasada belirtilmemiştir. Bu bağlamda sözleşmenin belirli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğunun tespiti sözleşmenin feshi ve ödünç işçiye sağlanacak hakların tespiti bakımından önem arz etmektedir. Zira bu husus işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında da belirleyici unsurdur. Yine özel istihdam bürosu ile ödünç işçi arasında yapılacak olan iş sözleşmesinde işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceğinin hükmüne bağlanabilecek olması ve bu sürenin üç ayı geçemeyecek olması, muğlak bir düzenleme gibi gözükmektedir.

4.2. Yalın Haliyle Ödünç İş İlişkisinin Kurulması

4.2.1. Yalın Haliyle Ödünç İş İlişkisinin Kurulmasının Koşulları

4857 sayılı İş Kanununun 6715 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesindeki 7. maddesinde işverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiği durumda ödünç iş ilişkisinin gerçekleşmiş olacağı düzenlenmekte idi. Ancak yapılan değişiklikle yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla bir holding bünyesi içerisinde veyahut şirket aynı şirketler topluluğuna bağlı olmayan işverenler arasında ödünç iş ilişkisinin kurulması olanağı ortadan kaldırılmıştır. Zira 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinin son fıkrasında, “işverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi hâlinde de geçici iş ilişkisi kurulmuş olur.” düzenlemesine yer verilmektedir. O halde bugün yalın haliyle ödünç iş ilişkisi sadece holding bünyesi içindeki veyahut aynı şirketler topluluğuna bağlı işverenler arasında mümkündür. Kanuna uygun olarak kurulacak işbu ödünç iş ilişkisinde işçinin ödünç olarak iş görme edimini ifa ettiği işyerinde iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalıştığı işyerindeki işle aynı veyahut benzer işi yapması alternatifleri artık söz konusu değildir. Belirtilen nitelikteki işverenler işçinin devir sırasında yazılı onayını alarak aralarında yapacakları yazılı ödünç işçi sağlama sözleşmesi ile en fazla altı aylık bir süre için gerekli olan işte ödünç işçi çalıştırabileceklerdir.

4.2.2. Yalın Haliyle Ödünç İş İlişkisinin Süresi

4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinin son fıkrasında, yalın haliyle ödünç iş ilişkisinin altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılabileceği, gerektiğinde de en fazla iki defa yenilenebileceği yönünde bir hüküm getirilmiştir. Maddede de ifade edildiği üzere holding bünyesinde yer alan işverenler veyahut aynı şirketler topluluğuna bağlı işverenler arasında yapılacak ödünç işçi sağlama sözleşmesinin süresi azami

altı aydır ve sözleşme yazılı olarak yapılmalıdır. Ancak bu sözleşme her altı ayda işçinin devir sırasında yazılı onayı alınarak gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilecektir. Bir başka deyişle, ödünç iş ilişkisinin süresinin öncelikle on iki aya, daha sonra da ise on sekiz aya kadar uzatılması mümkündür. İşçinin rızasının her yenileme döneminde ayrı ayrı alınması gerekmektedir¹⁴. Belirtmekte yarar vardır ki ödünç iş ilişkisinin altı aydan kısa bir süre için yapılabilmesi de muhtemeldir. Ancak yine en fazla iki kere yenilenebilecektir¹⁵.

İşçinin ödünç alan işveren yanında uzatmalarla beraber on sekiz ay çalıştıktan sonra ödünç veren işverenin yanındaki işine geri dönmesi, ancak kısa bir süre sonra tekrar aynı işverene ödünç işçi olarak gönderilmesi de ihtimal dahilindedir. Bu durumda iki farklı seçenekle karşı karşıya kalınacaktır. Birinci ihtimalde, işçinin aynı işverene bir kez daha ödünç işçi olarak verilememesi, diğer ihtimalde ise belli bir süre geçtikten sonra tekrar gönderilebilmesi söz konusudur. Doktrinde bu husus 7. maddenin değişiklikten önceki döneminde tartışılmıştır. Zira o dönemde Kanunda bu hususu çözecek bir düzenlemeye yer verilmemişti. Bu dönemde on sekiz aylık yasal sürenin bitiminde işçinin ödünç veren işveren yanında bir süre çalıştırılmasının ardından yeniden ödünç iş ilişkisinin kurulamayacağını savunan görüşler bulunmaktaydı. Bu görüş taraftarlarına göre; aksi bir yorum yapılması halinde kanundaki üst sınırın bir anlamı kalmayacaktı ve ödünç iş ilişkisinin süresi, bir işçinin aynı işverenle olan iş ilişkisinde sadece bir kez ve en çok on sekiz ay olacaktı¹⁶. Ancak işçinin bir işverene sadece bir kez ödünç olarak verilebileceğinin kabul edilmesinin ve ödünç işçi sağlama sözleşmesinin aynı işverenler arasında tekrarlanamamasının “sözleşme serbestisi” ilkesine aykırılık taşıyacağı gerçeği de tarafımızca belirtilmekte idi. Bu nedenle, on sekiz aylık sürenin sonunda işçinin, ödünç veren işverene dönmek mecburiyetinde olduğunu kabul etmekle birlikte, makul bir süre geçtikten sonra aynı işverene tekrar ödünç işçi olarak gönderile-

14 Yarg. 9. HD., 26.06.2008, E. 2008/41042, K. 2008/15622, www.legalbank.net.

15 Ercan Akyiğit: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2008, s.351; Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s.53.

16 O.Güven Çankaya/ Şahin Çil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s.150.

bilmesinin mümkün olduğu kanaatinde olduğumuzu ifade etmiştik¹⁷.

Bu anlamda, adı geçen "kesinti süresi"nin ne kadar olacağı hususunda, Alman Hukukunun dikkate alınması gerektiği belirtilmişti¹⁸. Alman Hukukunda bu durum "aynı ödünç alan yanındaki kesintiye uğramamış istihdamın neyi ifade ettiği hususunda Federal İş Bulma Kurumu, işçinin aynı ödünç alan yanındaki farklı zamanlardaki istihdamı arasında en az işçinin önceki çalışmasının %25'i tutarında bir zaman aralığının bulunmasını aramaktadır"¹⁹ şeklinde ifade edilmektedir. Böyle bir kıstasın, sorun hakkında herhangi bir düzenleme bulunmayan Türk Hukukunda da uygulanmasının mümkün olabileceği vurgulanmıştı. Yine her iki ödünç verme arasındaki sürenin, en azından "bir ödünç süresi kadar" olması gerektiğinin düşünölebileceği ve bu durumda, ilk ödünç işçi vermeden sonra, ikinci defa aynı ödünç alan işverene, işçinin ödünç verilebilmesi için arada en az altı aylık bir sürenin bulunması gerektiğinin ölçüt olarak alınabileceği de tarafımızca belirtilmiş idi²⁰.

Yeni düzenleme ile bu tartışmaların ortadan kalktığını veyahut geçerliliğini yitirdiğini söylemek mümkün değildir. Zira 7. maddenin 3. fıkrasında ödünç işçi çalıştıran işverenin, belirtilen sürenin sonunda aynı iş için altı ay geçmedikçe yeniden ödünç işçi çalıştırmayacağı düzenlenmektedir. Düzenleme özel istihdam bürosu aracılığıyla işletmenin günlük işlerinden sayılmayan, aralıklı olarak görülen işlerinde, iş güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin varlığında, işletmenin iş hacminin öngörölme ölçüde artması hallerinde en fazla dört ay süreyle kurulan ve toplamda sekiz ayı geçmemek üzere iki kez yenilenebilen ödünç iş ilişkileri için öngörülmüştür ve doktrindeki tartışmaya bir çözüm getirmemektedir. Kaldı ki yalın haliyle ödünç iş ilişkisinin düzenlendiği 7. maddenin son fıkrasında ilgili fıkraya herhangi bir atıf da söz konusu değildir.

17 Serkan Odaman / Ö. Hakan Çavuş: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Turhan Esener'e Armağan, C.1, İstanbul 2016, s.258.

18 Akyiğit, s.105.

19 Akyiğit, s.105.

20 Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s.54.

Yine de düzenlemenin varlığı daha önce konuya ilişkin ileri sürülen çözüm önerilerinden kesinti süresinin en az altı aylık bir süre olarak kabul edilmesi yönündeki görüşümüzü kuvvetlendirir niteliktedir.

4.2.3. Yalın Haliyle Ödünç İş İlişkisinin Şekli

4857 sayılı İş Kanunu md.7/son'da, ödünç iş ilişkisinin süresi düzenlenirken, ödünç işçi sağlama sözleşmesinin "yazılı" olarak yapılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı fıkra işçinin ödünç olarak verilmesinde, devir sırasında "yazılı rızasının" alınması gerektiği de ifade edilmiştir²¹. Buna göre; yazılı olarak yapılması gereken ödünç işçi sağlama sözleşmesi, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenecek on sekiz aya kadar uzatılabilir. Önemle ifade etmek gerekir ki, her defasında işçinin yazılı rızası alınarak uzatmalar yapılabilir. Ne var ki, uzatmalarda da yazılı rıza alınması gereği olmakla birlikte, ödünç alan işverenin ve işçinin mevcut durumu değiştirmeden devam etmeleri, ödünç veren işverenin de müdahale etmemesi durumunda uzatmanın yazılı rıza olmadan da mümkün olabileceğini düşünmekteyiz. Gerçekten de, zımnı ya da sarıh bir şekilde yenileme yönündeki iradelerin ortaya konulması mümkün olmalıdır. Kaldı ki kanunda da yenilemelerin yazılı olması gerektiği yönünde bir ibareye rastlanmamaktadır. Ancak işçinin ilk başta vermiş olduğu yazılı iznin içeriğinden, yenilemeler için de yazılı şekil şartına uyulması gerektiği sonucuna varılıyorsa, her yenileme için ayrı ayrı yazılı rızanın aranması gerekmektedir²².

21 Yarg. 9. HD., 27.09.2007, E.2007/37441, K.2007/28505, www.legalbank.net.

22 Yarg. 9. HD., 16.06.2008, E.2007/41042, K.2008/15622, "Keza 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, "İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Geçici iş ilişkisinde sürenin bitiminde ödünç alan işyerinde çalışmaya devam eden işçi, ödünç alanın işçisi olur. Tarafların ortak iradeleri ile gerçekleşen bu işlem, hizmet akdi devri olarak adlandırılmalıdır. Ancak, bu uygulamaya sürekli işverenin rızası hilafına gidilmiş ve işçi ile ödünç alan işverenin anlaşması suretiyle işçi, süresi sona eren geçici iş ilişkisinde ödünç alan işçisi olarak çalışmaya devam ediyorsa, ödünç veren işverene ait işyerinden işçinin ayrıldığı kabul edilmelidir. Somut uyuşmazlıkta, davalı işveren iş sözleşmesindeki nakil yetkisi nedeni ile davacı işçiyi grup şirketlerinden biri olan başka bir işverende çalışmak üzere, görevlendirmiştir.

Ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz ya da belirli süreli olarak yapılabilmesi mümkündür. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinin ödünç iş ilişkisi süresiyle sınırlı olarak yapılması ise mümkün olmamak gerekir. Şöyle ki, İş Kanunu md.11/1 uyarınca belirli süreli iş sözleşmesinin sadece maddede örnekleri sayılan objektif sebeplerle yapılabileceği dikkate alındığında, sadece ödünç süresiyle sınırlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı, zira bunun objektif bir neden olarak kabul edilemeyeceği ve söz konusu sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi gerektiği ortaya çıkabilecektir²³.

İş Mahkemelerinin görecekları davalar, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde sınırlı olarak gösterilmiştir. Bu maddeye göre, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle, işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden ya da İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri İş Mahkemeleridir. İş Kanunu md.7 dikkate alındığında, ödünç işçinin gerek ödünç veren işverene gerekse ödünç alan işverene karşı zararın giderilmesi talebiyle açacağı davalar da bu açıklama ışığında doğal olarak İş Mahkemelerinde görülecektir. Ancak, iki işveren arasındaki ödünç işçi sağlama sözleşmesinden doğan davaların İş Mahkemelerinde görülmesi mümkün olmayacak, bu çeşit davaların çözüm yeri genel mahkemeler olacaktır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında bu noktaya değinmiştir. Karar metinlerinde 5521 sayılı Kanunun 1. maddesine göre, bir davaya İş Mahkemelerinde bakılabilmesi için, taraflardan birinin işçi olması gerektiği, her iki tarafın işveren olması halinde ise uyuşmazlığın İş Mahkemesinde görülemeyeceği belirtilmektedir²⁴.

Görevlendirme nedeni olarak, işletme gereklerinden çok, davacının bilgi ve becerisini geliştirmesi, deneyim kazanması, mesleki ve bireysel gelişimini arttırması gösterilmiştir. Bu bir hizmet akdi devridir. Geçici iş ilişkisinde dahi, devir anında işçinin yazılı rızası aranmaktadır. Hizmet akdi devrinde bu rızanın devir anında olması gerekir.; www.legalbank.net

- 23 Münir Ekonomi: 4857 sayılı Kanunun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu, İHSGHD, S.9, 2006, s.29.
- 24 Yarg. 9. HD., 30.06.2016, E. 2016/4601, K.2016/15773; Yarg. 21. HD., 28.03.2006, E. 2005/3653, K. 2006/3082, YKD, Ekim 2006, s.1659-1660.

5. Ödünç İş İlişkisinin Tarafları Arasındaki İlişkiler

Ödünç iş ilişkisinde ödünç işçiden işin ifasını talep etme hakkının, işçinin kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olduğu ödünç veren işverende veyahut özel istihdam bürosunda olduğu, ancak ödünç işçi sözleşmesiyle söz konusu alacak hakkının ödünç süresince ödünç alan işverene verildiği belirtilebilir. Ne var ki, ödünç verene ödünç işçi sağlama sözleşmesindeki bir hükümlerle, işçiyi her zaman geri çağırma ve/veya işçiyi bir başkasıyla değiştirme yetkisinin verilmesi durumunda, bir hakkın devrinden ziyade, o hakkı kullanma yetkisinin devredildiği de söylenebilir. Ödünç alan işverene sadece kullanım yetkisinin verildiği hallerde ise, ödünç veren işverenin de işçiden işin ifasını her zaman istemek imkanı bulunacaktır. İfade etmek gerekir ki, böyle bir ayırım, işçinin herhangi bir olumsuz olayla karşılaştığında işin ifasından kaçınma hakkı açısından bir önem taşımaktadır. Şöyle ki, ödünç veren ya da alan işverenden her birinin, kendilerine ait yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda, işçinin işi yerine getirmekten kaçınması söz konusu olabilecektir.

5.1. İşçinin Sadakat Yükümlülüğü

Sır saklama borcu sadakat borcunun bir görünümü olması dolayısıyla, iş sözleşmesinden kaynaklanan bir borç olarak ödünç veren işverene karşı mevcut olsa da, söz konusu borcun ödünç alan işverene karşı da gözetilmesi gerektiği kanısındayız. Ödünç iş ilişkisinde ödünç veren işveren, bir sorun yaşamamak için, genel olarak güvendiği bir işçisini ödünç işçi olarak veremeyi yeğleyecektir. Bunun belki de en önemli nedeni, kendisine ait mesleki sırlarının, işçinin işyerinden ayrılmasından sonra, genel olarak ifşa edilmesinin, özel olarak da ödünç alan işverene açıklanmasının önüne geçmektir. Gerçekten de, işçinin ödünç veren işverenin mesleki sırlarını gerek belli ve geçici bir süreyle yanında çalışacağı ödünç alan işverene, gerekse de aynı işi yapan diğer tüm işverenlere ve bu bilgilerden yararlanabilecek üçüncü kişilere açıklamama zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durum, ödünç veren işverenle işçi arasında iş sözleşmesi bulunmasının doğal bir sonucudur. Ancak, ödünç iş ilişkisi süresince ödünç alan işverenin işyerinde çalışacak olan işçinin, ödünç alan işverenin

de mesleki sırlarını öğrenmesi ve bunu öncelikle ödünç iş ilişkisi esnasında ödünç veren işverene, daha sonra da diğer üçüncü kişilere açıklaması pekala ihtimal dahilindedir. Çalışma hayatının daha verimli işlemesi için düzenlenmiş olan "ödünç iş ilişkisi" müessesesinin böylesi bir "muhabirlik" faaliyetini beraberinde getirmesi amaca aykırıdır ve hukukun böyle bir durumu koruması mümkün değildir. Bu nedenle, ödünç iş ilişkisi süresince işçinin ne ödünç veren işverenin mesleki sırlarını ödünç alan işverene, ne de ödünç alan işvereninkileri diğerine aktarması doğru değildir.

İşçinin ödünç veren işverenle arasındaki çalışma ilişkisi süresince rekabet etmeme borcu da devam etmektedir²⁵. İşverenin işçisini belli ve geçici bir süreyle ödünç olarak bir başka işverene vermeyi kabul etmesi ise, artık korunmaya değer haklı bir menfaatinin olmadığı anlamına da gelmemelidir. Bunun yanında, işçinin ödünç alan işverene karşı da "sadakət borcu"nun bir görünümü olarak "rekabet etmeme borcu" olduğunu söylemek gerekir. Ödünç iş ilişkisi vasıtasıyla, ödünç alan işverenle işçi arasında oluşan kişisel ilişkinin iş sözleşmesi benzeri bir ilişki olduğundan hareketle, böyle bir sonuca varmak mümkündür.

5.2. İşçinin Talimatlara Uyma Yükümlülüğü

4857 sayılı İş Kanununun "ödünç iş ilişkisi"ni düzenleyen 7. maddesinin dokuzuncu fıkrasının a bendinde, ödünç iş ilişkisi kurulan işverenin (ödünç alan işverenin) işçiye talimat verme hakkına sahip olduğu açıkça ifade edilmektedir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde öngörülen bu yükümlülüğün 7. maddenin son fıkrasında yer alan atıf nedeniyle yalın ödünç iş ilişkisinde de geçerli olacağını söylemek gerekir. Bu noktada ödünç işçinin de bu talimatlara kanuna ve ahlaka aykırı olmadığı ve imkansız olmadığı sürece uyma zorunluluğu söz konusudur. İşçiyle ödünç veren işveren arasında bir iş sözleşmesi bulunduğundan bahisle, işçinin onun da talimatlarına uyma borcu olduğu görülmektedir. Bu durumda, işverenin "yönetim

hakkı"nın karşılığını oluşturan "talimatlara uyma (itaat borcu"nun, ödünç iş ilişkisinde her iki işverene karşı da bulunduğu söylenebilecektir²⁶.

5.3. İşverenin Ücret Ödeme Yükümlülüğü

İş Kanununun 7. maddesinde işverenin ücret ödeme borcu bakımından özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisi ile yalın ödünç iş ilişkisi arasında bazı farklılıkların yer aldığı görülmektedir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisi bakımından maddenin on birinci fıkrasında özel istihdam bürosunun ödünç iş ilişkisinde işveren olduğu açıkça ifade edilmektedir. Buradaki "işveren"den kastedilen elbette "ödünç veren işveren"dir. O halde ödünç veren işveren konumundaki özel istihdam bürosunun ücret ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Maddenin on ikinci fıkrasında ise işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin ödünç iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemeyen şekilde artması hâlinde kurulan ödünç iş ilişkisinde, ödünç işçi çalıştıran işverenin işyerinde bir ayın üzerinde çalışan ödünç işçilerin ücretlerinin ödenip ödenmediğini çalıştığı süre boyunca her ay kontrol etmekle yükümlü olduğu, özel istihdam bürosunun ise ücretin ödendiğini gösteren belgeleri aylık olarak ödünç işçi çalıştıran işverene ibraz etmekle yükümlü olduğu düzenlenmektedir. Yine aynı fıkra uyarınca ödünç işçi çalıştıran işveren, ödenmeyen ücretler mevcut ise bunlar ödenene kadar özel istihdam bürosunun alacağını ödemeyerek, özel istihdam bürosunun alacağından mahsup etmek kaydıyla ödünç işçilerin en çok üç aya kadar olan ücretlerini doğrudan işçilerin banka hesabına yatırır. Ücreti ödenmeyen işçiler ve ödenmeyen ücret tutarları ödünç işçi çalıştıran işveren tarafından Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirilir.

Kanunun 7. maddesinin son fıkrasında ise yalın haliyle ödünç iş ilişkisinde ücret ödeme yükümlülüğünün kimde olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Hüküm-

25 Yarg. 9. HD., 26.06.2013, E. 2011/20759, K. 2013/19695: "İşçinin iş sözleşmesinin feshinden sonra rekabet yasağına uyma yükümü, geçici iş ilişkisi sırasında da devam eder. Bu noktada işçinin ödünç alan işverene bağlı olarak yapmaktaki olduğu çalışmalarının da rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkündür.", www.legalbank.net.

26 İşçi ödünç işverene işveren adına hizmet veren bir kişi olmadığından, devir sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe, ödünç alan işverene verdiği zarardan ödünç veren işveren sorumlu tutulamaz. Nurşen Caniklioğlu: Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, s.130.

de açıkça işçisini geçici olarak devreden işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün devam edeceği belirtilmektedir. Doktrinde, ücret ödeme borcunun genelde üçüncü kişi, özel olarak da ödünç alan işveren tarafından yerine getirilebileceğinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir²⁷. Gerçekten de, ödünç veren işveren "işveren" sıfatını koruduğu için, ödünç verdiği işçisine karşı iş sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirmekle yükümlüdür²⁸. "Ücret" de bu borçların en temeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki, ödünç veren ve alan işverenlerin ödünç işçi sağlama sözleşmesinde, ücretin ödünç alan işveren tarafından ödenmesine karar vermeleri mümkündür. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun 32/1.maddesinde ücretin *işveren veya üçüncü kişiler* tarafından sağlanan bir tutar olduğu ifade edilmiştir.

Ödünç işçi sağlama sözleşmesindeki hükümlerin, işçinin ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesindeki hükümlerden daha olumsuz olması mümkün değildir. Zira ödünç iş ilişkisi, işçinin çalışma şartlarının ağırlaşması sonucunu doğurmamalıdır. Bu anlamda, işçinin iş sözleşmesinde belirlenen ücretinden daha az bir miktarın belirlenemeyeceği söylenebilir. Ancak, miktarın ödünç işçi sağlama sözleşmesinde, iş sözleşmesinden daha fazla olmasına engel bir durum ise yoktur. Her halükarda, işçinin ücretinin yasal asgari ücretin altında olamayacağı ise açıktır.

5.4. İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu

"Ödünç iş ilişkisi" gibi esnekleştirilen önemli görünümünden biri olan müessese açısından bakıldığında, Özel Hukukun temel özelliklerinden "sözleşme özgürlüğü" ilkesinin "eşit davranma ilkesi"-ne oranla öncelik taşıması gerektiği düşüncesinde-

yiz. Örneğin, ikili bir iş ilişkisinde işe alma esnasında, gerekse ödünç iş ilişkisi çerçevesindeki ödünç işçi sağlama sözleşmesi görüşmeleri sırasında, işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Liberal ekonomik düzenin temel niteliklerinden olan sözleşme özgürlüğü bu noktada önceliklidir. Ancak 6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanununun 7. maddesinin onuncu fıkrasında ödünç işçinin, ödünç işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşullarının, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine 7. maddenin son fıkrasında özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulacak olan ödünç iş ilişkisi için öngörülen bu yükümlülüğün yalın haliyle ödünç iş ilişkisinde de uygulanacağını ilgili fıkraya atfı yapılmak suretiyle düzenlenmiştir.

Bu noktada kanaatimizce işe alma esnasında sözleşme özgürlüğü ilkesinin eşit işlem yapma borcuna göre öncelik taşıdığı kabul edilmesi ve işverenin bu esnada eşit işlem yapma borcuna uyma yükümlülüğünün bulunmamasına karşın, ilgili düzenleme uyarınca ödünç iş ilişkisi süresince eşit işlem yapma borcu söz konusu olacaktır. Zira hükme göre, ödünç işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşullarının, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olması mümkün değildir.

Yine 7. maddenin sadece özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisine uygulanacak olan dokuzuncu fıkrasının b bendi uyarınca ödünç işçi çalıştıran işveren işyerindeki açık iş pozisyonlarını ödünç işçisine bildirmek ve Türkiye İş Kurumu tarafından istenecek belgeleri belirlenen sürelerle saklamakla yükümlüdür.

5.5. İşçinin Çalışma Koşullarının Belirlenmesi

4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesinde düzenlenen, genel bakımdan çalışma süresinin haftada en çok kırk beş saat olduğu ve aksi kararlaştırılmamışsa bu sürenin, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı hususu, ödünç işçinin ödünç alan işveren yanındaki çalışması sırasında da

27 Murat Engin: İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C:1, 149.

28 Yarg. 9. HD., 10.02.2010, E.2009/14417, K.2010/1745: "Ödünç iş ilişkisinde, ücret ödemesi yükümlülüğü yine ödünç veren işverene aittir. Ancak geçici iş ilişkisi kurulan işveren de kendisinde çalıştığı süre ile sınırlı olarak ödenmeyen ücretten ve işçiyi gözetme borcu ile sosyal sigorta priminden ödünç veren işverenle birlikte sorumludur. Yasada sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olarak kabul edilmelidir. Öyle ki, ödenmeyen prim, ikramiye, sosyal yardımlar ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri de bu kapsamdadır.", www.legalbank.net

geçerlidir. Bununla birlikte, kanun metnindeki “aksi kararlaştırılmamışsa” ibaresinden anlaşıldığı üzere, 1475 sayılı eski İş Kanunundan farklı olarak, haftalık çalışma saati yasal sınırlar içinde kalmak şartıyla, haftanın değişik günlerinde farklı çalışma saatleri de belirlenebilir. Bu konuda ödünç alan işverene ait olan bu yetki, işçi, ödünç alan işverenin işyerinde işe başlamadan önce ödünç işçi sağlama sözleşmesi vasıtasıyla belirlenebileceği gibi, işçinin işe başladığı dönemde ödünç işçi sağlama sözleşmesinin yürürlük süresi içinde de ödünç alan işveren ve ödünç işçi arasında kararlaştırılabilir. Hemen belirtmek gerekir ki; gerek ödünç işçi sağlama sözleşmesi vasıtasıyla, gerekse ödünç işçi sağlama sözleşmesi hükümleri uygulamaya başladıktan sonra ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasında belirlensin, her halükarda çalışma süresi tespit edilirken işçinin ücretinde bir azalma vuku bulunmamalıdır. Burada önemli olan husus, ödünç işçinin haftanın değişik günlerindeki farklı çalışma süreleri nasıl belirlenirse belirlensin, haftalık çalışma süresi olan kırk beş saatin üzerine çıkılmamasıdır. Böyle bir durumla karşı karşıya kalınması halinde ise, kırk beş saati aşan kısım doğal olarak “fazla çalışma” olarak değerlendirilecektir. İki taraflı geleneksel bir iş ilişkisinde olduğu gibi, ödünç iş ilişkisinde de, işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanabilmesi için kural olarak fazla çalışmanın işverence istenmesi gerekir. Ödünç iş ilişkisinde işçiden böyle bir talepte bulunabilecek olan işveren, ödünç alan işveren olacaktır. Doğal olarak işçinin fazla çalışma alacağından da ödünç alan işveren sorumlu olacaktır.

Bu noktada Kanunun 7. maddesinin onuncu fıkrasının da kriter olarak dikkate alınacağı vurgulanmalıdır. Zira yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere ister yalın haliyle ödünç iş ilişkisi isterse özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisi söz konusu olsun ilgili fıkra uyarınca, ödünç işçinin, ödünç işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz. Yine dokuzuncu fıkranın d bendi uyarınca ödünç alan işveren ödünç işçileri çalıştırdıkları dönemlerde, işyerindeki sosyal hizmetlerden eşit muamele ilkesince yararlandırmak zorundadır. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan

ödünç iş ilişkisinde ise ödünç işçilerin çalışmadıkları dönemlerde özel istihdam bürosundaki eğitim ve çocuk bakım hizmetlerinden yararlandırılması zorunlu olduğu söz konusudur.

5.6. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu

4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesinin dokuzuncu fıkrasının c ve f bendinde ödünç işçi çalıştıran işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında yükümlülükleri düzenlenmektedir. İlgili fıkranın c bendi sadece özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkilerinde uygulanacak olup ödünç işçi çalıştıran işverenin ödünç işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13. ve 14. maddelerine göre ilgili mercilere bildirme yükümlülüğünü öngörmektedir. Fıkranın f bendinde ise ödünç işçi çalıştıran işverenin 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 17. maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen eğitimleri vermekle ve iş sağlığı ve güvenliği açısından gereken tedbirleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir ve bu yükümlülük her iki tür ödünç iş ilişkisi için de söz konusudur.

Ödünç iş ilişkisinde işçi iş görme borcunu ödünç alan işverenin işyerinde ona karşı yerine getirdiğinden ödünç alan işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu çerçevede ödünç alan işveren sadece eğitim verme değil 6331 sayılı Yasa uyarınca yerine getirmekle yükümlü olduğu tüm önlemleri almak zorundadır. Bu önlemler genel olarak, sağlık gözetimi, çalışanın bilgilendirilmesi, çalışanın görüşünün alınması ve katılımının sağlanması, çalışanın eğitimi, risk analizlerinin yapılması, acil durum planlama ve tahliyeyle ilişkin düzenlemelerin yapılması, çalışanın bu kurallara uyup uymadığının denetlenmesi ve son olarak da Kanunun öngördüğü iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin verilmesidir.

Bu noktada birlikte sorumluluk hükümlerinin ele alınmasında da yarar bulunmaktadır. Zira yalın haliyle ödünç iş ilişkisinde Yasanın 7. maddesinin son fıkrası uyarınca değişiklik öncesinde de söz konusu olan birlikte sorumluluk ilkesi geçerlidir. Bu durum “geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan

ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur.” denilmek suretiyle ilgili fıkrada açıkça belirtilmektedir. Her ne kadar işçiyi ödünç veren işverenin, ödünç alan işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınıp alınmadığını kontrol etme imkanı bulunmasa da ilgili hükmün açık düzenlemesi karşısında birlikte sorumluluk kapsamında ödünç alan işverenle sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁹. Örneğin ödünç alan işveren işyerinde bir iş kazası meydana geldiğinde iş kazasından kaynaklanan tazminat alacakları bakımından ödünç veren işveren de ödünç alan işverenle birlikte sorumlu olacaktır. Bu anlamda, ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde ve onun talimatlarına uygun bir şekilde çalışırken bir iş kazasına uğraması halinde madde nin getirdiği müteselsil sorumluluk uyarınca gerek ödünç alan işverene gerekse ödünç veren işverene ya da her ikisine birlikte başvurabilmesi mümkündür. Ancak, işverenlerin sorumluluklarının kaynakları farklıdır. Bu anlamda, böyle bir durum ortaya çıkarsa, ödünç işçinin zararını ödünç veren işverenden talep etmesi halinde, ödünç veren işveren TBK md.61/1 uyarınca ödünç alan işverene rücu edebilecektir.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde ise durum çok farklıdır. 4857 sayılı Yasanın 7. maddesinin on üçüncü fıkrasında sadece özel istihdam büroları aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisine uygulanacak olan düzenleme uyarınca, ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sürenin dolmasına rağmen ödünç iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, ödünç işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu durumda özel istihdam bürosu işçinin ödünç iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur. Bu bağlamda sorumluluk sadece özel istihdam bürosunda olup sözleşmenin süresiyle sınırlı bir sorumluluktur.

29 Ödünç veren işverenin ödünç alanın iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından kontrol yetkisinin bulunmaması nedeniyle bazı hukukçular ödünç verenin iş kazasından birlikte sorumlu olmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. Tuncay, Ödünç İş, s. 71; Ekmekçi, s.377.

6. Ödünç İş İlişkisinde Sorumluluk ve Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi

6.1. Ödünç İş İlişkisinde Sorumluluk

4857 sayılı İş Kanununun 6715 sayılı Yasa ile değişik 7. maddesinde eski düzenlemede yer alan birlikte sorumluluk hükümleri sadece yalın ödünç iş ilişkisinde öngörülmektedir. Zira md.7/son'a göre; “geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işveren ile birlikte sorumludur”. O halde yalın ödünç iş ilişkisinde ödünç iş ilişkisinin kurulması ile ödünç veren işverenin tüm sorumlulukları ortadan kalkmamakta, ücret ödeme, işçiyi gözetme ve sigorta primlerini ödeme gibi borçlardan, ödünç alan işverenle kanun gereği birlikte sorumluluğu doğmaktadır³⁰. Getirilen bu düzenlemeyle, ücret ödenmesi, işçiyi gözetme ve prim borçlarının ödünç alan işveren tarafından da üstlenilebileceği ve sözleşmede böyle bir koşulun öngörülebileceği anlaşılmaktadır. Ne var ki, mevzuattan da anlaşıldığı üzere, böyle bir anlaşma, ödünç veren işverenin birlikte sorumluluğunu yine de ortadan kaldırmayacaktır³¹.

30 Yarg. 9.HD., 16.12.2008, E.2007/26179, K.2008/33761, www.legalbank.net.

31 Yarg. 10. HD., 12.10.2012, E. 2011/14930, K. 2012/18742: “Bu durumda yapılacak değerlendirmede, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'nun 7. maddesinde de belirtildiği üzere, vakfın tabii başkanı olan mülki idare amirinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisi kavramı içerisinde, davacıyı, yaz aylarında park ve bağ işlerinde, kış aylarında ise okullarda kalorifer hizmetlerinde, iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiği, bu tür ilişkilerin üç kişinin yani işçi, onun iş akdi ile bağlı olduğu işveren ve bu işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapan diğer (geçici) işverenin iradeleri ile oluşan üçlü bir ilişkiye dayandığı, bu ilişkiye dayanılarak işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredilebildiği, bu bağlamda, gerçek işverenin vakıf olduğu, işin görüldüğü yerlerin vakfa ait olup-olmamasının bu durumu değiştirmeyeceği; anılan düzenlemede yer alan, “...Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir...” hükmü ile aynı maddede yer alan geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için işçinin “devir sırasında yazılı rızasını alma” koşullarının bulunmamasının vakıf ile sigortalı arasında devam eden varsayımsal (farazi)

Ancak özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde Yasanın birlikte sorumluluk hükümlerine yer vermemesi dikkat çekicidir. 7. maddenin on üçüncü fıkrasında "Sözleşmede belirtilen sürenin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, geçici işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır. Bu durumda özel istihdam bürosu işçinin geçici iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur" düzenlemesine yer verilmek suretiyle birlikte sorumluluk dışında bir sorumluluk öngörülümüştür. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde, ödünç iş ilişkisinin mevcut olduğu süre boyunca işçinin ödünç iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sadece özel istihdam bürosu sorumlu olacaktır. Buna karşın yalın ödünç iş ilişkisinde ise ödünç işçinin ücret, işçiyi gözetme ve sosyal sigorta primlerinden ödünç veren işveren ile ödünç alan işverenin birlikte sorumlu olması söz konusudur. İşçi sayılan hallerden kaynaklanan haklarını ister ödünç alan işverenden ister ödünç veren işverenden isterse her ikisinden talep etme imkânına sahiptir.

6.2. Ödünç İş İlişkisinin Sona Ermesi

"Ödünç işçiyile", sözleşmesel ilişki içinde olduğu işvereni veyahut özel istihdam bürosu aralarında anlaşarak diledikleri zaman mevcut iş sözleşmesini sona erdirebilirler ve bu bir fesih olmadığından, herhangi bir tazminat yükümü de söz konusu olmayacaktır. Ancak, iki taraflı olan bu iş ilişkisinin sona ermesi, doğal olarak bu ilişkiye bağlı olarak oluşmuş olan ödünç iş ilişkisini de neticelendirecektir. Zira iş sözleşmesinin hukuki varlığını kaybetmesiyle birlikte, ödünç iş ilişkisinin konusunu teşkil eden işçinin ödünç alan işverenle arasındaki ödünç iş ilişkisi de sona erecektir. Ödünç iş ilişkisinin varlığını sürdürmesi, ödünç veren işverenle

bağımlılık sebebiyle sigortalılık haklarını etkilemeyeceği düşünülerek, davacının iş görme edimini başkasına sunmasının anılan bağımlılık ilişkisine zarar verebilecek yoğunluğa ulaşip ulaşmadığı incelenmeli ve farazi bağımlılık ilişkisinin varlığını koruduğu sürece, davacının vakfa bağlı sigortalılığının süreceği gözetilmelidir.", www.legalbank.net.

işçi arasındaki iş sözleşmesinin devamı koşuluna bağlıdır. Bir başka deyişle, ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesi fesih veya başka herhangi bir nedenle sona ererse, ödünç iş ilişkisi de doğal olarak nihayetlenecektir.

Ödünç veren işveren veyahut özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren isterlerse anlaşarak ödünç işçi sağlama sözleşmesini sürenin dolmasından önce her zaman sona erdirebilirler. Bu yönde bir anlaşma doğal olarak ödünç iş ilişkisini neticelendirecektir. Bunun yanında, ödünç alan veya ödünç veren işverenin ödünç işçi sağlama sözleşmesini feshetmeleri ile ya da Borçlar Hukukundan kaynaklanan muhtelif sebeplerle de ödünç iş ilişkisi sona erebilecektir. Böylece, ödünç alan işveren ile ödünç işçi arasındaki ilişki noktalanacak ve işçi ile sözleşmesel ilişki içinde olduğu ödünç veren işveren arasındaki iş ilişkisi bağımsız olarak devam edecektir.

Yalın haliyle ödünç iş ilişkisinde ödünç işçi sağlama sözleşmesi, taraflarca belirlenmiş olan sürenin sona ermesiyle kendiliğinden sona erer. Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren tarafından düzenlenen ödünç işçi sağlama sözleşmesi, yine söz konusu üç tarafın iradesiyle yenilenmediği takdirde işçi, kendisine sözleşmesel ilişkiyle bağlı olduğu ödünç veren işverenin işyerine dönmek ve ödünç veren işveren de kendisine iş vermekle yükümlüdür³². Ödünç veren işverenin sürenin sonunda işçisini geri çağırması durumunda ise,

32 Ödünç işçi, bu ilişkinin sona ermesine rağmen, işverene dönmez, ödünç işveren yanında çalışmaya devam ederse, işçi ile ödünç işveren arasında iş sözleşmesinin kurulduğunu kabul etmek gerekmektedir. Süzek, s.286. Yarg. 9. HD., 16.06.2008, E.2008/41042, K.2008/15622: "Keza 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, "İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Geçici iş ilişkisinde sürenin bitiminde ödünç alan işyerinde çalışmaya devam eden işçi, ödünç alanın işçisi olur. Tarafların ortak iradeleri ile gerçekleşen bu işlem, hizmet akdi devri olarak adlandırılmalıdır. Ancak, bu uygulamaya sürekli işverenin rızası hilafına gidilmiş ve işçi ile ödünç alan işverenin anlaşması suretiyle işçi, süresi sona eren geçici iş ilişkisinde ödünç alan işveren işçisi olarak çalışmaya devam ediyorsa, ödünç veren işverene ait işyerinden işçinin ayrıldığı kabul edilmelidir.", www.legalbank.net.

ödünç işçinin ve ödünç alan işverenin birlikte çalışma iradelerine rağmen, ödünç iş ilişkisinin uzayarak devam edeceği sonucuna varılamaz. Çünkü ödünç iş ilişkisinin üç temel ayağından birisi olan ödünç veren işverenin, ilişkinin devamı hususunda bir isteği ve onayı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda işçi, ödünç veren işveren yanındaki işine dönmek durumundadır, bunu kabul etmemesi ve ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi durumunda, ödünç veren işverenle aralarındaki iş sözleşmesini süreli fesih bildiriyle feshetmiş olacak ve bunun sonuçlarıyla karşı karşıya kalacaktır. Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, ödünç iş ilişkisinin süresinin bitiminde, bu ilişkinin her üç tarafının da ortak iradeleriyle işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalışmasına devam etmesi kararlaştırılabilir. Bu durumda doğal olarak işçinin sözleşmeyi feshettiğinden ve bunun sonuçlarından sorumlu olduğundan bahsedilemeyecektir. Zira burada söz konusu olan, tarafların ortak iradeleriyle gerçekleşen bir iş sözleşmesinin devri işlemidir.

İş Kanununun 23. maddesine göre; belirli veya belirsiz süreli sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de birlikte sorumlu olacaktır. Ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverenin işyerinde çalışan ödünç işçi de süre sona erdiğinde ödünç veren işverenin yanına dönmeyip ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya devam ediyorsa, yukarıda da belirtildiği üzere ödünç işçi ödünç veren işverenle olan ilişkisini bildirim sürelerine uymaksızın feshetmiş sayılacaktır. Bir başka deyişle, iş sözleşmesi, taraflardan birince kanunda öngörülen bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedilirse, örneğin işçi başka bir iş bulduğu için çalışmayı bırakıp, yeni işyerinde çalışmaya başlarsa bu durumda usulünce yapılmış bir fesih söz edilemeyecek, bu bir usulsüz fesih sayılacaktır.

Kanımızca, ödünç işçi sağlama sözleşmesiyle işçinin bir başka işverene devredilmek istenmesi, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak yorumlanmalı ve İş Kanunu md.22'nin uygulama alanı bulunmasına mahal verilmemelidir. Zira işçinin işyerinde değişiklik yapılması ya da çalışma şartlarında farklı şekillerde

değişiklikler yapılması mümkün olmakla birlikte, hiçbir işçi ödünç iş ilişkisiyle bir başka işverenin yanında çalışmaya ve iş görme edimini onun yanında ifa etmeye zorlanmamalıdır.

Ödünç iş ilişkisi içindeki iki sözleşmeden biri olan ve ödünç veren işverenle ödünç işçi arasında imzalanmış bulunan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak akdedilmiş olması halinde, gerek ödünç veren işverenin gerekse de diğer taraf olan ödünç işçinin sözleşmeyi süreli fesih bildiriyle feshetmeleri mümkündür. İşverenin iş sözleşmesini geçerli sebeple feshetmesi durumunda da ödünç iş ilişkisi sona erecektir. İhbar öneli tanınarak yapılan feshlerde doğal olarak önel sonuna kadar ödünç iş ilişkisi de iş sözleşmesiyle birlikte varlığını sürdürecektir. Ödünç işçi bu arada doğan ücret vb. haklarını da tabii ki talep edebilecektir. Ödünç veren işverenle ödünç işçi arasındaki iş ilişkisine tümüyle yabancı olan ödünç alan işverenin söz konusu sözleşmeyi feshedebilmesi ise kesinlikle mümkün olmamalıdır. Ancak, belli ölçülerde ve ödünç veren işveren adına uygulanmak koşuluyla ödünç alan işverenin ödünç işçiye disiplin cezası verebileceğinden söz edilebilir.

Ödünç veren işverenin, işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu md.25/II uyarınca haklı sebeple feshetmesi de mümkündür. Bu fesih gerek işçinin doğrudan ödünç veren işverene karşı olan davranışları dolayısıyla, gerekse de işçinin ödünç alan işveren yanındaki bir tutumundan kaynaklanabilecektir. Ödünç veren işveren bu yola kendi iradesi neticesinde gidebilecektir, yoksa ödünç alan işverenin ödünç veren işverenden, işçinin sözleşmesini feshetmesini talep etme hakkı kanımızca bulunmamaktadır. Eklemek gerekir ki, iş sözleşmesinin haklı sebeple feshi yoluna gidebilecek olan işveren, sadece ödünç veren işveren olacaktır. Çünkü her şeyden önce ödünç alan işveren feshe konu olabilecek iş sözleşmesinin tarafı değildir. Bu nedenle tarafı olmadığı bir ilişkiye son verebilmesinin, hukukun temel ilkeleriyle örtüşmediği düşüncesindeyiz. Ancak doktrinde, ödünç veren işveren ile ödünç işçi arasındaki iş sözleşmesinin ödünç alan işveren tarafından da sona erdirilebileceğini savunan ve bizim iştirak etmediğimiz görüşler de bulunmaktadır³³. Bu anlamda, ödünç

33 İş hukuku öğretisinde ödünç işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışları nedeniyle, ödünç

alan işverenin, kendisine tümüyle yabancı olan ve ödünç veren işverenle ödünç işçi arasında akdedilmiş olan iş sözleşmesini feshedebilmesi kanımızca mümkün değildir³⁴. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, ödünç alan işverenin, işçinin borçlarını yerine getirmemesi, İş Kanunu md.25/II'de belirtilen davranışların öznesi olması nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminini işçiden istemesi mümkündür. Zira İş Kanunu md.7/14 uyarınca ödünç işçi, işyerine ve işe ilişkin olmak kaydıyla kusuru ile neden olduğu zarardan, geçici işçi çalıştıran işverene karşı sorumludur. Bu anlamda, ödünç veren işverenin ödünç alan işverene bu hususta bir yetki vermesi de söz konusu olamayacaktır. Belirtmek gerekir ki, işçinin ödünç iş ilişkisi çerçevesinde bir başka işverene iş görme edimini sunmaya devam etmesi, kendisinin ödünç veren işverenle arasındaki iş sözleşmesini feshedemeyeceği anlamına da gelmektedir. Ödünç veren işveren nasıl sözleşmesinin bir tarafı olarak her zaman fesih yoluna gidebilecekse, ödünç işçinin de sözleşmenin diğer tarafı olarak aynı hakka sahip olması yadırganmamalıdır.

Ödünç veren işveren ile ödünç alan işveren arasında imzalanan ve "ödünç işçi sağlama sözleşmesi" olarak adlandırılan sözleşmede düzenlenmemiş olsa bile ödünç veren işverenin, ödünç işçinin sözleşmede belirtilen şekilde işe gelip ödünç alan işverenin gözetimi altında çalışmaya başlamasını taahhüt borcu bulunmaktadır. Ödünç işçi sözleşmesinin varlık nedeni de bu devir işlemini düzenlemek ve güvence altına almaktır. Ne var ki, söz konusu işçi devri işlemini düzenlediğini ve güvence altına aldığını belirttiğimiz ödünç işçi sözleşmesinin doğal olarak gerek ödünç veren işveren tarafından gerekse de ödünç alan işveren tarafından feshedilmesi ya da Borçlar Hukukundan kaynaklanan diğer nedenlerle sona ermesi her zaman ihtimal dahilindedir. Bunun sonucunda da tabiatıyla ödünç iş ilişkisi neticelenmiş olacaktır, zira bu iliş-

alan işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanabileceği öne sürülmektedir. Demir, 78.

34 Yargıtay da iş sözleşmesinin ödünç veren işverenle devam etmesi dolayısıyla ödünç işçinin iş sözleşmesinin sadece ödünç veren tarafından feshedilebileceğini kararlarında belirtmektedir. Yarg. 9. HD., 29.12.2005, E.2005/37186, K.2005/40672, www.legalbank.net.

kiye temel karakterini veren sözleşme, ödünç işçi sözleşmesidir.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde kanun koyucu özel bir düzenlemeye yer vermektedir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla bir ödünç iş ilişkisi kurulması halinde ödünç işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sürenin dolmasına rağmen ödünç iş ilişkisinin devam etmesi hâlinde, ödünç işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır. Böylelikle bu tür ödünç iş ilişkisinde yukarıda belirtmiş olduğumuz iş sözleşmesinin devri hükümlerinin uygulanmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Yine 7. maddenin on birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca, ödünç işçi ile yapılacak iş sözleşmesinde, işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağrılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilir. Bu süre üç ayı geçemez.

7. Toplu İş Hukuku Bakımından Ödünç İş İlişkisi

Ödünç iş ilişkisine ilişkin olarak toplu iş hukuku açısından incelenmesi gereken husus, işçinin, sendikaya üyelik için gerekli diğer koşulları da sağladığını kabul ettiğimiz takdirde, ödünç alan işverenin çalıştığı işkolundaki bir sendikaya mı yoksa işverenin girdiği işkolundaki bir sendikaya mı üye olacağı konusudur. Ödünç işçinin üye olabileceği sendika, ödünç veren işverenin işyerinin girdiği işkolundaki sendika olabilecek, toplu iş sözleşmesi yetkisinin kazanılması açısından da ödünç işçi ancak ödünç veren işverenin işyerindeki işçi sayısına dahil olacaktır. Zira işçinin devreden işverenle iş sözleşmesi devam ettiğinden, işçi iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverene ait işyerinin girdiği işkolundaki sendikaya üye olabilecektir. Öte yandan toplu iş sözleşmesi yetkisinin tespitinde de bu işverenin işyerindeki işçi sayısına dahil olacakken³⁵, ödünç alan işverenin işyerinde mevcut işçi sayısının hesabında dikkate alınmayacaktır³⁶.

35 Süzek, s.284.

36 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.157.

Ne var ki, özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinde bu durum bazı tereddütlere yol açabilecek niteliktedir. Zira bu durumda ödünç veren işverenin işçiyi çalıştırabileceği bir işyeri dahi bulunmamaktadır. Ancak işçinin her ödünç verilisinde değişik bir işkolunun söz konusu olmasındansa, tüm tereddütlere rağmen ödünç veren işverenin faaliyet gösterdiği işkolunu yeğlemek daha doğru olacaktır kanısındayız.

Ödünç işçinin sözleşmesel ilişki içinde bulunduğu işvereni ödünç veren işverendir, bu nedenle kendisine karşı iş görme edimini ifa ettiği ödünç alan işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir³⁷. Zira ücret ve sosyal yardımlara ilişkin hükümlerden yararlanması için gerekli olan sözleşmesel ilişki ödünç alan işvereni işçi arasında bulunmamaktadır. Ödünç işçi sadece ödünç veren konumunda olan kendi işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir. Ne var ki adı geçen toplu iş sözleşmesinde yer alan ücrete ilişkin hükmün uygulanmaması halinde, söz konusu ödemenin gerek ödünç alan gerekse de ödünç veren işveren sorumlu olacaktır. Zira İş Kanununun 7. maddesi uyarınca ödünç alan işveren de işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden ödünç veren işveren ile birlikte sorumludur. Diğer yandan, ödünç işçi ödünç alan işverenin işyerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesinin çalışma süresine, ara dinlenmelerine, iş sağlığı ve güvenliğine ve o işverenin yönetim hakkına ilişkin düzenlemelerine tabi olacaktır. Ayrıca yemek paydosu, çalışmanın başlangıç ve bitiş saatlerine ilişkin hükümler de niteliğine uygun düştüğü ölçüde ödünç işçiyi de etkileyecektir³⁸.

4857 sayılı İş Kanununun ödünç iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinin beşinci fıkrasında, ödünç alan işverenin grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı olması halinde, 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 65 inci maddesi

hükümleri saklı kalmak kaydıyla grev ve lokavtın uygulanması sırasında ödünç işçi çalıştıramayacağı hüküm altına alınmaktadır. Buna göre; ödünç iş ilişkisi, ödünç alan işverenin işyerinde bir toplu iş uyuşmazlığı vuku bulmadan önce kurulduğunda ve bu uyuşmazlık grev ve lokavt aşamasına geldiğinde, ödünç işçinin ödünç alan işverenin işyerinde çalıştırılması mümkün olmayacaktır. Ödünç veren işveren bu süre boyunca işçisini kendi işyerinde çalıştırmak mecburiyetinde bulunacaktır. Ancak ödünç işçi SenTİSK md.65 uyarınca kanuni grev ve lokavta katılmayacak işçi kadrosu içinde yer alıyorsa, bu durumda çalışmaya elbette devam edebilecektir. Diğer yandan kanundışı bir grevin vuku bulması halindeyse, greve katılanların sözleşmeleri askıda kalmayacağından, onların işinde ödünç işçi çalıştırılabilecektir. Söz konusu hüküm ödünç iş ilişkisinin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik olarak düzenlenmiştir. Ancak yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki; uyuşmazlık grev ve lokavt aşamasına gelse dahi, bu esnada yeni bir ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesi ya da süresi bitenin yenilenmesi mümkündür. Ne var ki doğal olarak bu durumda da, grev ve lokavt devam ettiği sürece ödünç işçi ödünç veren işverenin işyerinde çalışmaya devam edecek, grev ve lokavtın son bulmasından sonra ödünç alan işverenin işyerinde çalışmaya başlayabilecektir. Diğer yandan kanımızca ödünç işçinin ödünç veren işverenin işyerindeki greve katılması mümkün olamamalıdır, zira böyle bir durumda "ödünç iş ilişkisi" müessesesinin bir anlamı kalmayacak ve bu ilişki ödünç veren işverenin işyerindeki özel şartlardan kaynaklanan nedenlerle sürekli kesilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Ödünç işçinin yine de böyle bir tasarruf içinde bulunması ise, doğal olarak iş görme borcunun ihlali olacaktır. Bu ihlalden dolayı ödünç işçi sağlama sözleşmesine aykırılık oluşacaktır.

Sonuç ve Değerlendirme

İki işveren ve bir işçinin söz konusu olduğu ödünç iş ilişkisi üçlü bir ilişkidir ve esnekleşmenin etkisiyle 4857 sayılı Yasamızın 7. maddesinde kendisine yer bulmuştur. İlgili hüküm daha sonra değişikliğe uğramış ve bugünkü halini almıştır.

37 Demir, s.79; Akyiğit, Ödünç İş, s.175; Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s.157.

38 Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s.69.

Değişiklik öncesi düzenleme çerçevesinde ödünç iş ilişkisinin koşullarını, işçinin devir sırasında yazılı rızasının alınması, ödünç işçinin holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veyahut yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması, başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmesi ile ödünç iş ilişkisinin altı ayla sınırlı olması ve en çok iki defa yenilenebilmesi oluşturmaktaydı.

Diğer üçlü iş ilişkilerinde de olduğu gibi yasa koyucu işçinin korunması ilkesini de göz önüne alarak bu ilişkide birlikte sorumluluğa ilişkin düzenlemeye yer vermişti. Ödünç iş ilişkisinin en önemli özelliği iş sözleşmesinin işçi ile ödünç veren işveren arasında devam ediyor olmasıdır. İşçi sadece iş görme edimini sözleşme tarafı işveren dışında bir başka işverene karşı yerine getirmektedir.

Ancak Yasanın eski düzenlemesinde genel olarak mesleki anlamda ödünç iş ilişkisi ve yalın ödünç iş ilişkisi olmak üzere iki türü bulunan ödünç iş ilişkisinden sadece yalın haliyle ödünç iş ilişkisi düzenlenmiş, birçok Avrupa ülkesinde yasal olarak uygulanmakta olan mesleki anlamda ödünç iş ilişkisine ise yer verilmemişti. Mesleki ödünç iş ilişkisine yer verilmemiş olması başta küreselleşme olmak üzere teknolojik ve ekonomik gelişmeler karşısında eleştirilmekte ve gerekliliği tarafımızca da desteklenen doktrindeki çoğu yazar tarafından önerilmekte idi.

Birçok yeniliğin başlangıcı olan 2016 yılında AB'nin 2008/104/EC sayılı direktifi temel alınarak bu konuda yepyeni bir sisteme yer veren hükümleri içeren bir yasa tasarısı hazırlanmış ve 08.02.2016 tarihinde tasarı TBMM'ye sunulmuştu. İşbu tasarı TBMM'de görüşüldükten ve uygun bulunduktan sonra 20.05.2016 tarihli ve 29717 sayılı Resmi Gazete'de "İş Kanunu İle Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" adıyla yayınlanmıştır. 6715 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununda önemli değişiklikler yapılmıştır.

Yapılan değişikliklerle 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesi yeniden kaleme alınmıştır. Maddede yalın haliyle ödünç iş ilişkisi yanında özel istihdam

bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisine de yer verilmiştir. Hükmün genelinde özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan ödünç iş ilişkisinin sınırlandırıldığı görülmektedir. Diğer taraftan yalın haliyle ödünç iş ilişkisinin sadece holding bünyesi içerisinde veyahut aynı şirket topluluklarına bağlı işyerleri için öngörülmüş olması kanaatimizce isabetlidir. Zira özel istihdam bürosu aracılığıyla ödünç iş ilişkisinin kurulabilmesinin öngörüldüğü düzenleme karşısında aynı veyahut benzer işleri yapmak koşulu ile holding bünyesi içerisinde yer almayan veyahut aynı şirket topluluklarına bağlı olmayan işverenler arasında ödünç işçi çalıştırılmasına ilişkin düzenlemenin yer almasının anlamı kalmamıştır.

Sonuç olarak, İş Kanununun 7. maddesinde yapılan değişiklikle özel istihdam büroları aracılığıyla ödünç iş ilişkisi kurulma imkanının gelmesiyle birlikte ödünç iş ilişkisi sistemi baştan aşağıya değiştirilmiştir. Düzenlemede ödünç iş ilişkisinde güven- celi esnekliğin etkileri hissedilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: (1995) İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara.
- Akyiğit, Ercan: (2008) İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara.
- Benli, Abdurrahman/Yiğit, Yusuf: 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>, s. 48 vd.
- Caniklioğlu, Nurşen: (2008) Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, s. 121-155.
- Çankaya, O. Güven / Çil, Şahin: (2006) İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara.
- Çavuş, Ö. Hakan: Ödünç (Geçici) İş İlişkisi Kurulan İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu, Yaklaşım Dergisi, Temmuz-2011, s. 60 vd.
- Çelik, Nuri: (2009) İş Hukuku Dersleri, İstanbul.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: (2015) İş Hukuku Dersleri, İstanbul.

- Demir, Fevzi: (2016) İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir.
- Demir, Fevzi: (2003) İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara, s. 120 vd.
- Ekmekçi, Ömer: 4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, İHSGHD,2, Nisan-Haziran 2004, s. 367-382.
- Ekonomi, Münir: 4857 sayılı Kanunun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu, İHSGHD, S.9, 2006, s. 15-38.
- Engin, Murat: İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C:1, s. 146 vd.
- Goldman, L. Alvin: Labour and Employment Law in the United States, Kluwer Law International, London Temmuz 1996.
- Kar, Bektaş: (2011) Sözleşme Serbestisi Kapsamında 5620 sayılı Kanunda Geçici İşçi Pozisyonunda Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına ve Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul, s. 233-240.
- Narmanlıoğlu, Ünal: (2013) İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, İstanbul.
- Odaman, Serkan: Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC4.pdf>, s. 67-123.
- Odaman, Serkan: (2007) Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul.
- Odaman, Serkan/ Çavuş, Ö. Hakan: (2016) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Turhan Esener'e Armağan, C.I, İstanbul, s. 249-279.
- Süzek, Sarper: (2015) İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul.
- Şakar, Müjdat: İş Kanunu Açısından Mevsim ve Kampanya İşlerinde Çalışan İşçilerin Durumu, Yaklaşım Dergisi, Ekim 2010, S. 214, <http://www.ozdogrular.com/content/view/13687/>.
- Tuncay, A. Can: (1995) Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme, Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik Semineri, Ankara, s. 55-74.
- Tuncay, A. Can: İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi, Mercek, Y.: 8, S.: 30, Nisan-2003, s. 56-75.

Makale Gönderim Tarihi: 14 Kasım 2016

Makale Kabul Tarihi: 21 Kasım 2016

Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing

Öz

Mobbing, cinsiyet, yaş, tecrübe, eğitim, hiyerarşi gibi farklar gözetmeksizin, tüm kültürlerde ve tüm iş kollarında ortaya çıkan bir davranış biçimidir. Emeğin üretim sürecine girmesiyle birlikte işçiler ile işverenler arasında çatışmalar da başlamıştır. Ancak mobbingin kavram olarak ortaya çıkışı ve tanımlanması çok yenidir. Günümüzde çalışma hayatında genellikle işverenler tarafından, mevzuatın işçiyi koruyan hükümlerinden kurtulmak için ve işçinin kendi isteğiyle işten ayrılmasını sağ-

lamak amacıyla kullanılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mobbing, hukuk alanında kullanılan bir kavram olmakla birlikte özellikle psikoloji alanında da mobbing ile ilgili önemli araştırmalar yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızda, mobbing kavramı hukuki ve cezai boyutunun yanında psikoloji boyutuyla da ele alınmaya çalışılacaktır. Böylelikle, interdisipliner bir bakışla konuya yaklaşılarak tespit ve önerilerde bulunması amaçlanmaktadır.

Anahtar Sözcükler:

Mobbing, psikolojik taciz, psikolojik terör, insan onuru, iş ve çalışma hürriyeti.

Mobbing Within The Context of Psychological, Civil and Criminal Perspective

Abstract

Mobbing is a behaviour that occurs in all cultures and business lines regardless of the differences like gender, age, experience, education and hierarchy. After labor entered production process, disputes between employers and employees have started. However, incidence and identification of mobbing as a concept is very new. Today in working life, mobbing is a method that is usually used by employers in order to get rid of the provisions which protect employees and to ensure

that employees leave the job voluntarily.

As well as mobbing is a term used in law, it can be seen that important researches are being done related to mobbing, especially in the field of psychology. In our study, the concept of mobbing will be examined with the psychological perspective in addition to the civil and criminal perspective. Thus, it is aimed to make determinations and recommendations in an interdisciplinary perspective.

Keywords:

Mobbing, psychological abuse, psychological terror, human dignity, freedom of work and labour.

*Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı; istarcengiz@hotmail.com

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Mahkemesi Hukuku Anabilim Dalı; avugurersoy@gmail.com

*** Psikolog-ODTÜ Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı; alperkucukay@hotmail.com

Giriş

Mobbing olgusu, yalnızca hukuk düzeninin özünü oluşturan temel insan hak ve özgürlüklerine ilişkin kuralların ihlali anlamına gelmemekte, aynı zamanda Anayasa ile güvence altına alınan çalışma hakkının da ihlali niteliği taşımaktadır. Özellikle 1990'lı yıllardan itibaren mobbinge karşı etkin koruma sağlama amacıyla Fransa, Belçika, Hollanda, İsveç ve Almanya gibi bir çok ülkede yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır.

Amerikan Barolar Birliği'nin web sitesinde yayınladığı 2014 tarihli Workplace Bullying Institute'nün (WBI) araştırmalarına göre, Amerika'da 65 milyondan fazla kişi mobbingden etkilenmiş durumdadır. Diğer bazı çarpıcı veriler ise şöyledir:

- Amerikan halkının %72'si mobbing olgusunun farkındadır.
- Psikolojik taciz büyük oranda iş sahipleri/işverenler tarafından yapılmaktadır.
- İşverenlerin tacize karşı en yaygın tepkileri inkar ve önemsememedir.
- Çalışanların %48'i ya mobbinge daha önce uğramış ya halen uğramakta ya da şahitlik etmiş durumdadır.

WBI'ye göre mobbing, tekrarlayan bir biçimde taciz edici davranma, kötü muamele olarak tanımlanmakta, tehdit etmek, aşağılayıp küçük düşürmek, caydırıcı davranmak, sözlü istismar, işi baltalamak ve sabotaj etmek gibi durumları içermektedir¹.

Rayner'e göre, Amerika'da bireysel bir mobbing vakasının kurumuna getirmiş olduğu yıllık maliyet 30.000\$ ile 100.000\$ arasındadır. İngiltere'de ise iş yerlerinde yaşanan mobbing için yıllık maliyet, iş kaybı, iş devamsızlığı artışı ile personel değişiklikleri neticesinde yaklaşık olarak 1.880.000.000 pound civarındadır². Bu yüksek maliyetler sebebiyle organizasyonlar mobbinge karşı stratejiler geliştirmekte, risk azaltıcı tedbirler ve politikalar üretip eğitim programları düzenlemektedirler.

Japon kanunlarında, işyerinde gerçekleşen haksız fiiller "taciz" olarak isimlendirilmeye başlanmıştır. Bu kanunlarla sosyal güce sahip veya büyük organizasyonların kötü muamelelerine karşı çalışanların korunmasına çalışılmaktadır³. Japonya'da son yıllarda mobbing ve buna bağlı şikayetlerin artmasıyla birlikte bu konuya ilişkin tanımlar da oluşmaya başlamıştır. 1995 yılında Tokyo Büyükşehir Yönetimi mobbingi, çalışma hayatından gelen şikayetler temelinde kabul edip, dava edilebilir bir durum olarak tanımlamıştır. Tokyo'da mobbing şikayetleri 2002'de 3160 iken 2008'de 5960'a ulaşmıştır. Japonya genelinde 2012 yılında tüm şikayetler içerisinde mobbing oranı %20,3 olmuştur. Japon çalışanların son 3 yıl içerisinde psikolojik tacize maruz kalma oranı yaklaşık %25 olarak tespit edilmiştir⁴.

Japonya'da yapılan mobbing tanımları, davranışların maksatlı olmasının gerekli olmadığı, sorumluluk için ihmalkarlığın yeterli olduğu, mobbing mağduru olan kişinin genellikle failden daha düşük sosyal ve kurumsal bir pozisyonda bulunduğu noktalarında birbirine benzemektedir.

Japon kanunlarında hangi davranışların mobbing oluşturacağına ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler bulunmamaktadır. Birçok hukuki vakanın belirgin noktası mobbingin kişiyi intihara sürüklemesi ya da kişide intihar düşüncesi oluşturmasıdır.

Hsiao'nun ifadesiyle; mobbingin tam olarak ne olduğunu Japon hükümeti, mahkemeleri ve akademisyenleri halen çözmeye çalışmaktadır⁵.

Ülkemizde ise İş Kanunu'nda, doğrudan mobbingi düzenleyen açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, İş Hukuku mevzuatında mobbing kapsamında ele alınabilecek hukuka aykırı fiil niteliğindeki işveren davranışlarını düzenleyen ve bu davranış biçimlerini yaptırma bağlayan önemli hükümler yer almaktadır. Tek başına ele alındığında hukuka aykırı fiil niteliği taşımayan ve sistematik biçimde tekrarlanan davranışlardan oluşan mobbing süreci hukuka aykırıdır ve bu hukuka aykırılığın normatif dayanakları da, aşağıda incelen-

1 2014 WBI U.S. Workplace Bullying Survey

2 Hoel, Helge/Sparks, Kate/Coope, Cary, "The Cost of Violence/Stress at Work", (2002) Report Comissioned by ILO, s.49.

3 Hsiao, Philip, "Power Harrassment: The Tort of Workplace Bullying in Japan", Pasific Basin Law Journal, Vol.32, s.181.

4 Hsiao, s.184.

5 Hsiao, s.200.

ceği üzere, gözetme borcu (TBK m.417), eşitlik ilkesi (İş Kanunu m.5) ve dürüstlük kuralıdır (TMK m. 2).

1. Kavramsal Olarak Mobbing

Mobbing, kavramsal ve içeriksel açıdan Heinz Leymann tarafından incelenmiş ve “Psikolojik Terör” kavramıyla ilişkilendirilmiştir⁶. Leymann’a göre psikolojik taciz veya mobbing, kişinin iş arkadaşları veya yönetim tarafından, sistematik bir şekilde damgalanarak başkalarının yanındayken haksızlıklara uğratılmasıdır⁷. Davenport, Schwartz ve Elliott ise mobbingi, bireyle-ri olumsuz bir şekilde etkileyen ve bireyler arasında meydana gelen negatif bir iletişim tipi olarak tanımlamışlardır⁸. Leymann’ın tahminlerine göre İsveç nüfusunun %25’i kariyerlerinin bir noktasında mobbinge maruz kalmıştır. “U.S. News & World Report” yazarı Alison Green mobbingi, yasa dışı olmayan bir kötü yönetim olarak tanımlamıştır⁹. Bu açıklamalar bize mobbingin zorbalık, şiddet, yıldırma, bezdirme, zorlama kavramları ile birebir ilişkili olduğunu göstermektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ortak bir terim kullanımı için fikir birliğine varmak amacıyla Türk Dil Kurumundan talepte bulunmuştur ve Türk Dil Kurumu söz konusu kavramı “bezdiri” olarak tanımlamıştır¹⁰. Mobbing, hem psikolojik hem de hukuki boyutu olan bir olgudur. Psikolojik taciz olarak da ifade edebileceğimiz “mobbing” kavramına 21. yüzyıl iş dünyasında sıkça rastlanmaktadır. Çünkü mobbing hem çalışanlar hem de kurumlar üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır. Mobbingden iş ortamında olumsuz etkilenen kişi aslında mağdur durumundadır. Mağdurun yaşadığı bu olumsuz etkilerin başında psikolojik ve psikosomatik semptomlar (belirtiler) gelir. Kurum ve organizasyonlar açısından

ise başlıca olumsuz etkileri işe devamsızlık, personel değişimleri ve sıkıntıların meydana getirdiği maliyettir. Belirtilen hususlar çerçevesinde hukuki sorunların ortaya çıkması da kaçınılmazdır günümüzde mobbing ciddi bir iş riski haline gelmiştir¹¹.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) mobbingin tanımında, zorbalık/şiddet/tecavüz anlamlarına gelen “violence” kavramını kullanmıştır. ILO’ya göre mobbing, kişiye çalışması boyunca yöneltilen saldırgan, zarar verici, yaralayıcı, tehdit edici davranış veya olaylardır¹².

Sheehan, özellikle Shallcross’un yaptığı bilimsel çalışmaların literatür analizinde aşağıda yer alan mobbingin on iki kriterinden bahsetmiştir¹³:

- Sistematik bir hilekarlık,
- Zarar verme kastı¹⁴,
- Süreklilik ve sıklık¹⁵,
- Güç dengesizliği,

11 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2014, s.710-712; Ünal, Canan, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, İSGHD, 10/37, 2013, s.17; Güzel, Ali/Ertan, Emre, İşyerinde Psikolojik Tacize Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, Sayı: 14, s.509, 511; Demircioğlu, Huriye Reyhan, Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s.113, 115, 138-140.

12 ILO, Meeting of Experts to Develop a Code of Practice on Violence and Stress at Work in Services: A Threat to Productivity and Decent Work (8-15 October 2003) Geneva, s.4

13 Sheehan, Michael, “Workplace Mobbing: a proactive response”, Avustralya 2004, s.4.

14 Rhinland-Pfalz Bölge İş Mahkemesi’nin 26.01.2005 tarihli ve 9 sA 597/04 sayılı kararına göre; çalışma arkadaşları arasında gerçekleşen kişisel anlaşmazlıklar mobbing anlamına gelmez.

15 Schleswig-Holstein Bölge İş Mahkemesi’nin 19.03.2002 tarihli, 3 Sa 1/02 sayılı kararına göre; işyerindeki her anlaşmazlık mobbing vakası sayılmaz, mobbing için sistematik ve süreklilik arz eden bir davranış esastır. (MESS Akıllı Kitap, D.211/001); Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin yakın tarihli bir kararına göre de; “... Süreklilik göstermeyen, belli aralıklarla sık sık tekrarlanmayan, ara sıra münferit olarak meydana gelmiş birkaç haksız, kaba, nezaketsiz veya etik dışı davranış mobbing olarak nitelendirilemez...” (Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Tarih: 12.04.2016, E. 2015/2103, K. 2016/10581; bkz. aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 04/04/2016, E. 2014/37332, K. 2016/8155)

6 Leymann, Heinz, “Mobbing and Psychological Terror at Workplaces” Violence and Victims, Amerika 1990, s.119-126.

7 Leymann, s.119.

8 Davenport, Schwartz and Elliott, “Mobbing: Emotional Abuse in the American Workplace”, Journal of Organizational Change Management, Vol. 13 Iss: 4, s.401-446, 1999.

9 Green, Alison, “Can My Boss Do That?”, U.S. News & World Report, www.usnews.com, 2014.

10 TBMM Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, s.6.

- Herhangi bir çalışana karşı pasif-agresif davranış,
- Risk altındaki kadınlar ve özellikle iş ortamında hakimiyeti olan kadınların mobbinge daha sık maruz kalması,
- Güvenilir, yardımsever, vicdanlı, başarılı, kuruma sadık, çalışkanlığıyla tanınanların daha sık mobbinge maruz kalması,
- Küçük bir anlaşmazlığın büyütülmesi,
- Yönetimin mobbingi nasıl ve ne zaman olduğuna dair tanımlama kusuru ve faillerden yana eğilim göstermesi,
- Tacize maruz kalan kişinin kendini kabahatli, kusurlu olarak kabul etmesi,
- Mağdur kişinin işten ayrılması,
- Mağdurun post-travmatik stres bozukluğu ve bazen intihara varacak şekilde travmatize edilmesi.

Mobbing sürecinde bireyin kendisini ifade etmesine yönelik olarak, onu yok sayma, iletişim kurmama, bağırma, dinlemeyi reddetme, sürekli eleştirme ve tehdit etme gibi davranışlar yer alır¹⁶.

Davenport ve arkadaşları ise mobbingi etki yoğunluğuna göre derecelendirerek üç aşamada ele almışlardır¹⁷. Leymann, mobbinge yönelik davranışların sıklığının hemen her gün, süresinin ise asgari altı ay boyunca sürdüğünü, bu sıklık ve devamlılık neticesinde önemli derecede psikolojik ve sosyal ıstırap ile sonuçlandığını ifade etmiştir¹⁸. Mobbing davranışlarının frekansı ve yoğunluğu gösterdiği etkiyle doğru orantılıdır diyebiliriz. Etik dışı bu davranışların sıklık ve yoğunluğu arttıkça tacize uğrayan kişinin yaşayabileceği psikolojik ve fizyolojik belirtilerin de daha çabuk ve daha yoğun görülebileceği varsayılabilir. Ayrıca mobbingin nihai hedeflerinden birisi, kişinin işyerinden uzaklaştırılması veya kendi isteği ile işten ayrılmasının sağlanmasıdır¹⁹. Bu amaca yönelik davranışların

sıklığı ile şiddetinin ayarlanması ve artırılması, kişinin bu neticeye daha hızlı bir şekilde ulaştırılmasına zemin hazırlayacaktır.

2. Psikolojik Boyutuyla Mobbing

1. Mobbingin Anlam ve Önemi

İş dünyasına yüklediğimiz anlam ve önem sadece yaşamımızda büyük bir zaman dilimini işte geçirmemiz ve geçimimizi sağlayacak bir gereklilik, hayatta kalmamız için gereken ekonomik bir güvence değildir. Bunlardan ziyade iş dünyası benlik duygusunu meydana getiren daha karmaşık bir anlamı da içermektedir²⁰. Bir işte çalışmanın önemi, "bir birey olma" duygusundan da önemlidir. Çalışmak, insanları işleri vasıtasıyla birbirine bağlayarak bir topluluğu oluşturan önemli bir yapısal zincirin kurulmasında kritik bir rol oynamaktadır²¹. Mobbing bu nedenle benlik ve değer algısı üzerinde hem bireysel hem de sosyal bir düzensizlik ve huzursuzluk meydana getirmektedir. Ayrıca, kişilerin sağlığında olduğu kadar, onların iş ve aile hayatında da maneviyat, verimlilik ve benlik değeri açısından zarara uğraticı etkilere sahip olabilmektedir. Mobbinge uğrayanların bu acı tecrübeleri onların zarar görmesine, sağlık ve huzurlarının büyük bir riske girmesine sebep olmaktadır.

ILO, mobbingi bir nevi psikolojik şiddet türü olarak görmektedir. ILO'ya göre mobbing, çalışan bir birey ya da grubu zayıflatmak, sarsmak için kindar, acımasız ve küçük düşürücü girişimler yoluyla saldırgan davranışlar oluşturmaktır. Bu şekilde kişilere ve onların performanslarına yönelik ısrarlı ve olumsuz saldırılar, genellikle tahmin edilemeyen, makul olmayan ve haksız yere yapılan davranışlardır²².

Behavior", Ankara 2013, s.1.

20 The Parliament of the Commonwealth of Australia "Workplace Bullying Report", Canberra 2013, s.1.

21 Owens, Rosemary, "Decent Work for the Contingent Workforce in the New Economy", Australian Journal of Labour Law, vol. 15, 2002, s.209.

22 International Labour Organisation, "Violence at Work: A major workplace problem", 1 January 2009, referenced in Australian Industry Group (AiG), Submission 59, s.7.

16 Poussard, Jale Minibaş, Çamuroğlu, Meltem İdiğ, "İş Yerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", İstanbul 2007.

17 Davenport, N./Schwartz, R.D./Elliott, G.P., Psikolojik Şiddet, İşyerinde Duygusal Taciz (Çev. Osman Cem Öneroy), Ankara 2003, s.48.

18 Leymann, s.120.

19 Ertürk, Abbas/Cemaloğlu, Necati, "Causes of Mobbing

Mobbinge yönelik olarak şu örnekleri göstermek mümkündür²³:

- Kötüleyici, rencide edici ya da saldırgan sözler,
- Uygunsuz eleştiriler,
- Normal iş faaliyetlerinde kişiyi dışlayıcı, izole edici, tecrit edici davranışlar,
- İş performansı açısından çok önemli bilgileri vermemek, kısıtlamak,
- Kişiyi makul olmayacak düzeyde, aşırı iş vermek ya da işle alakasız görevler yüklemek²⁴,
- İşle ilgili makul olmayan zaman çizelgeleri ayarlamak ya da iş sürelerini sürekli değiştirmek,
- Kişinin becerisinin çok üstünde ya da altında mantıksız görevler vermek,
- Çalışanın zarar görmesine neden olacak şekilde bilgi, süpervizyon, müzakere ve kaynaklardan mahrum bırakmak,
- Kasıtlı şekilde ve yanlış bilgilendirici dedikodular, söylentiler yaymak,
- Nöbet, izin vb. iş düzenlemelerini çalışanın zarar görmesi için değiştirmek,

23 Safe Work Australia "Draft Code of Practice: Managing the Risk of Workplace Bullying" (Draft Code of Practice), July 2012, s.4.

24 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2016 yılında vermiş olduğu bir kararında; "...Görev yeri değişikliğinin iş şartlarında esaslı değişiklik olup olmadığı araştırılmadığı gibi davacı tanığı beyanına göre davacıya baskı aracı ve cezalandırma aracı olarak kullanılmıştır. Böyle bir davranış temadi ettiğinden iş şartlarındaki bu değişiklik ve baskı işçiyi haklı fesih hakkı verecektir..." şeklinde hüküm tesis edilmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 22.03.2016, E. 2014/35990, K. 2016/6913). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 16.09.2015 tarihinde vermiş olduğu başka bir kararında ise; "...Dosya içeriğine göre davacı işçi işyerinde Toplu İş Sözleşmesi kapsamında çalışmaktadır. İşyerinde işin düzenlenmesi ve işyeri değişikliği kurallara bağlanmıştır. Davalı işveren tarafından sunulan değişiklik formları, görevlendirme yazıları, değişiklik talep onay formları incelendiğinde değişikliğin kurallara göre yapıldığı, davacının bu nakillerde onayının olduğu anlaşılmaktadır. Davalının işlemleri psikolojik taciz niteliğinde olmadığı gibi davacı gerek sözleşme gerekse yasa hükümleri uyarınca değişikliği kabul etmeyebilirdi. ... Somut uyumsuzlukta mobbing sayılacak işveren davranışı olmadığı gibi işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığına dair delil de bulunmamaktadır. ..." (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 16.09.2015, E. 2015/1262, K. 2015/25859).

- Eğitim, izin vb. iş imkanlarına erişme konusunda makul sınırları aşan davranışlar.

Mobbing, "tuzağa düşürülmüş olma" hissiyatına yol açabilmektedir. Bazen kişi bu tarz davranışlar sebebiyle sıkıntılı bir iş ortamı ile birlikte zorlayıcı finansal koşullar ve başka iş alternatiflerinin olmadığı durumlara düşebilmektedir. Bu durumda kişi kendini, elinden gücü, yetkisi alınmış bir halde ve kontrolünü tekrar kazanmaktan yoksun hissedebilmektedir²⁵.

Mobbinge maruz kalan kişi, mobbing süresince, nüfuzunu, güvenilirliğini, saygınlığını, iş heyecanını, güvenini, itibarını, karar verme gücünü, arkadaşlarını, ailesini ve hatta sağlığını artan bir şekilde kaybedebilmektedir²⁶.

2. Mobbinge Uğrayanların Ortak Özellikleri

Yapılan birçok bilimsel araştırmada, mobbing davranışlarının çeşitli sebepleri üzerinde durulmuştur. Mobbingin çoğunlukla yukarıdan aşağıya doğru olan silsile yoluyla gerçektelediği görülmektedir. Doktrindeki bir çalışmaya göre, bazı davranışların sistematik olarak (haftada bir defa ve hemen hemen her gün) yöneltilme düzeyinin, tacizcinin pozisyonuna bağlı olarak farklılaştığı gözlenmiştir²⁷. Bununla birlikte iş güvencesi olmayan ya da kısa süreli sözleşmeye sahip çalışanların yüksek risk grubunda olduğunu, iş güvencesinin ve çalışan haklarını koruyacak nitelikteki iş sözleşmelerinin psikolojik tacizi engelleyici ya da azaltıcı bir etki gösterebileceğini söyleyebiliriz. Einarsen'e göre tacize uğrayanın özgüveninin yüksek olması ve kıskanılması önemli bir kriter olarak ifade edilmiştir²⁸. Çalışanların psikolojik tacize maruz kalmalarında üstün mesleki özelliklere sahip olmaları, yaratıcı olmaları, dürüst ol-

25 International Labour Organisation, "Violence at Work: A major workplace problem", 1 January 2009, referenced in Australian Industry Group (AiG), Submission 59, s.20-21.

26 Cornoiu, Teodora Simona/Gyorgy, Manuela, "Mobbing in Organizations Benefits of Identifying the Phenomenon", Procedia-Social and Behavioral Sciences 78 (2013), s.708-712.

27 Tınaz, Pınar/Gök, Sibel/Karatuna, Işıl, "Türkiye'de İşyerinde Psikolojik Taciz Oranının Ve Türlerinin Belirlenmesi: Bir Ölçek Geliştirme Çalışması", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2010, 9 (34), s.7.

28 Einarsen, Stale/Raknes, Björn Igne, "Harassment in the Workplace and The Victimization of Men", (1997), Violence and Victims, 12, s.247-263.

maları, yetkinlik düzeylerinin yüksek, başarı yönelimli olmaları önemli etkenlerdir²⁹.

İlgi eksikliği, övgüye muhtaçlık ve benlik algıları işin aktörlerin kendi eksikliklerini gidermek için başkalarını ezmeye çalıştıkları; taciz edenlerin güçsüz, özgüveni düşük ve korkak kişilikli insanlar oldukları; buna karşılık psikolojik tacize uğrayanların parlak, yaratıcı, üretken insanlar oldukları görülmektedir. Anlaşılıyor ki bu tarz kişiliklerin aynı iş ortamında bulunması bir tür kontra etki oluşturup kişileri olumsuz davranışlara sürüklemektedir. Vartia ise kıskançlık, yetersiz yönetici ve rekabeti sıkça rastlanan mobbing nedenleri olarak göstermiştir³⁰. Bunun yanında, çatışmacı, sevgisiz, otoriter ve fiziksel cezalandırma ile yetiştirilen kişiler fırsat bulduklarında güç uygulamaya eğilimli olmaktadır³¹. Bu kişilikler narsist, ben merkezci, önyargılı ve duygusal oldukları gibi, inisiyatif yerine itaati, özerklik yerine disiplini, motivasyon yerine korkuyu baz alarak kendi normlarını örgütün politikaları haline getirmek istemektedir³².

2012 yılında yapılan bir başka çalışmada, mobbinge maruz kalan personel olarak çalışanların oranı %58,3 iken, yöneticilerin oranı %27,3 çıkmıştır³³. Bu çalışmaya göre yöneticilerin, mobbinge maruz kalma oranı, personel olarak çalışanlara göre oldukça düşüktür. Aynı çalışmada, mobbinge maruz kalanların, mobbinge maruz kalmayanlardan farklı olarak şu kişilik özelliklerine sahip oldukları tespit edilmiştir: Daha az zarardan kaçınma, belirgin kendini aşma, yenilik

arayışı içinde olma³⁴. Tınaz, 2008 tarihli bir çalışmada, psikolojik taciz kurbanlarının yaratıcı, işe yeni başlayan, başarılı, sessiz, doğrularından vazgeçmeyen kişiler olduğunu tespit etmiştir³⁵.

İnsanın sağlığı ile kişilik özellikleri arasında doğru bir bağlantı bulunmaktadır. Zorlayıcı durumlara karşı iyimser kalabilen, esnek, dayanıklı tutuma sahip kişiler, bu niteliklere sahip olmayanlara kıyasla nispeten daha sağlıklı kalabilmektedirler³⁶. Sosyal ilişkilerinde kaygılı olmayan ve pozitif benlik imajına sahip mobbing mağdurları, kişilerarası sorunlarla daha iyi başa çıkabilmektedirler. Bu kişiler daha az kırılabilir ve sağlıklarına gelebilecek tehlikelere karşı daha dayanıklı olmaktadır³⁷.

Risk grubu iş kategorileri bakımından konuyu ele alırsak, bazı meslek ve sektör çalışanlarının mobbing açısından büyük risk taşıdıkları anlaşılmaktadır. Müşterileri ile yüksek seviyede yüzyüze iletişim kurma zorunluluğu bulunan çalışanlar (sağlık çalışanları, sosyal hizmetler uzmanları, öğretmenler, polisler vb.) önemli miktarda para ve değerli eşya bulunan iş yerleri (perakende satış yerleri, mücevher dükkanları vb.) bu risk gruplarındadır. Bilimsel bulgular göstermiştir ki bu iki risk faktörü, mobbing olayının yaşanabileceğini gösteren öncüller olmuştur³⁸.

Öğretide Niedl, konuya farklı bir açıdan yaklaşarak mobbing mağduru bir grup Alman vatandaşının bireysel baş etme stratejileri üzerine bir çalışma yapmıştır. Bu gruptakiler işinden ayrılmış ve altı hafta rehabilitasyona katılmıştır. Niedl, bu kişiler hakkında şu bulguları tespit etmiştir: Problem çözme stratejilerine sahip, üstleriyle iletişim kurabilen, idareyi bilgilendiren, işine sadık, çabalayan, iyi çalışanlar. Bu kişiler psikolojik tacizle karşılaştıklarında yardım arayışına girmemekte, bu duruma aldırış göstermemeye ça-

29 Eroğlu, Osman, "Türk Yönetim ve Organizasyon Yazınında Mobbing: Yönetim ve Organizasyon Kongresi Bildirileri ve Lisansüstü Tezler Üzerine Bir İnceleme", Eskişehir 2015, s.273.

30 Vartia, Maarit, "The Sources of Bullying - Psychological Work Environment and Organizational Climate", (1996), *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, s.203-214.

31 Baldry, Anna Costanza/Farrington, David P., "Bullies and Delinquents: Personal Characteristics and Parental Styles", (2000) *Journal of Community & Applied Social Psychology*, 10, s.17-31.

32 Cayvarlı, Pelin Esmâ/Şahin, Semiha, "Akademisyen Algılarına Göre Üniversitelerde Psikolojik Yıldırma: Dokuz Eylül Üniversitesi Örneği", *Yükseköğretim Dergisi* 2015, 5(1), s.9-25.

33 Baş, Nesrin/Oral, E. Timuçin, "Mobbing Davranışı ve Kişilik Özellikleriyle İlişkisi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Yıl: 11, Sayı: 21, Bahar 2012/1, s.17.

34 Baş/Oral, s.17-18.

35 Tınaz, Pinar, "İşyerinde Psikolojik Taciz", *MESS Mercek*, Temmuz 2011, s.61.

36 Rodin, Judith/Salovey, Peter, "Health Psychology Annual Review of Psychology" 40, s.533-579.

37 Kile S., "Health-Endangering Leaders and Co-workers", Oslo 1990.

38 Mayhew, Claire/Chappell, Duncan, "Workplace Violence: An Overview of Patterns of Risk and the Emotional/Stress Consequences on Targets", *International Journal of Law and Psychiatry* 30 (2007), s.327-339.

İşmektedirler. Durum kötüleştikçe çalıştıkları kuruma bağıllıklarını azaltmakta ve en sonunda çalıştıkları işyerinden ayrılmaktadırlar³⁹.

3. Mobbingin Görülme Sıklığı Üzerinde Etkili Olan Değışkenler ve Oranları⁴⁰

Tetikleyici değışkenler	
Kendini güçsüz hissededen çalışanlar	%51,1
Kurumsal değışimler	%24,4
Yönetimin değışmesi	%20
Yeni yapılanma/küçülme/krizler	%15,6
Yeni bir yöneticinin gelmesi	%13,3
Çalışma gruplarındaki değışim	%11,1

Motivasyonel Yapılar	
Politize ortam	%42,2
Kurum içi yüksek rekabet	%28,9

Olanak Sağılayan Yapılar	
Statü uyumsuzluğu/güç dengesizliği	%84,4
Taciz karşıtı politikaların eksikliği	%64,4
Ceza olmayışı	%53,3
Despot yönetim tarzı	%46,7
Bir görevi verimli şekilde yerine getirme	%42,2
Müdahale etmeyici liderlik tarzı	%13,3

Adli Faktörler	
İrk ayrımcılığı	%35,6
Cinsiyet ayrımcılığı	%28,9
Uyruk ayrımcılığı	%6,7
Yaş ayrımcılığı	%6,7
Din ayrımcılığı	%2,2

Bireysel Etkileri	
Stres	%53,3
Misilleme/intikam	%17,8
Travma Sonrası Stres Bozukluğu	%4,4
Zorbalık/şiddet	%4,4

39 Einarsen, Stale, "Harrassment and Bullying at Work: A Review of The Scandinavian Approach", 2000, Aggression and Violent Behavior, Vol.5, No.4, s.379-401.

40 Martin, William/LaVan, Helen, "Workplace Bullying: A Review of Litigated Cases", Employ Respons Rights J. (2010), 22, s.175-194.

Yönetimin Davranışı	
Yanıt/tepki vermeme	%37,8
Failin işine son verilmesi	%13,3
Failin kınanması/azarlanması	%11,1

Yukarıdaki bulgulara göre bir işyerinde mobbinge karşı herhangi bir politikanın/tedbirin bulunmaması, akabinde bir dava sürecini de doğurabilmektedir. Çünkü mobbinge uğrayan kişi zarar görürken yönetimin de bu konuda sorumluluğı bulunmaktadır. Stres tepkilerinin de yüksek oranda çıkması, çalışanın psikolojik olarak değıştirilmesi açısından önemli bir bulgu olmaktadır. Hem ayrımcılığın yaşanması hem de psikolojik rahatsızlıkların görülmesi mağıdurun hakları açısından ayrıca değışlendirilmelidir.

ILO'nun 2002 yılında AB üyesi 15 ülkede yürütmüş olduğı araştırmaya göre⁴¹, 12 ay süresince gözlenen mobbing oranları şöyledir: Taciz %7, fiziksel şiddet %2-4, cinsel taciz %2, yıldırma ve zorbalık %9. Araştırmanın sonucunda AB ülkelerinde mobbingin geniş ölçüde yaygın olduğı görüşüne varılmıştır. Aynı yıllarda Japonya'da yapılan bir araştırmada ise çalışma hayatında psikolojik taciz oranı %9,6 olarak tespit edilmiştir.

Mobbinge maruz kalmış 137 Norveçli üzerinde yapılan araştırmaya göre, sosyal izolasyon ve yoksun bırakılma, kişinin iş ve çabalarını değışersiz kılma, alaylara ve küçümseyici sözlere maruz kalma, dalga geçilme en yaygın görülen davranışlar olmuřtur⁴². Bazı kurbanlara cinsel olarak istenmeyen davranışlar gösterildiğı raporlanmış olsa da bu oran nispeten daha düşüktür. Sağılık hizmetlerinde çalışan 984 kişi üzerinde yapılmış olan başka bir çalışmada ise mobbing 6 tipte tanımlanmıştır: 1) İftira, dedikodu ve alay, 2) sosyal dışlanma, 3) çok az ya da çok basit işler verme, 4) iş ve sonuçları hakkında sürekli eleştiri, 5) fiziksel tehdit veya şiddet, 6) kişinin akıl sağılığı hakkında söylemler⁴³.

41 ILO, Violence at Work, 2006, Introduction: A Catalyst For Action, s.13.

42 Einarsen, Stale, "Bullying and Harrassment at Work and Their Relationships to Work Environment Quality- An Exploratory Study", The European Work and Organizational Psychologist, (1994), 4, s.381-401.

43 Maarit, Vartia, "Bullying at Workplaces Proceeding from the International Symposium on Future Trends in the Changing Working Life", Helsinki: Institute of Occupational Health, (1991), s.131-135.

Litvanya Cumhuriyeti'nde 2007'de elde edilen istatistiklere göre; çalışanların %10'u işyerinde şiddet ya da şiddete yönelik tehdit, %8,8'i ise taciz ve zorbalık türü davranışlara maruz kalmışlardır⁴⁴.

4. Mobbingin Sağlık Açısından Sonuçları

Mobbinge uğrayanlarda bir takım fiziksel ve psikolojik hastalıklar görülmektedir. Mağdurlarda, ilk aşamada nedensiz ağlamalar, uyku sorunları, çabuk sinirlenme ve odaklanma güçlüğü görülmektedir. İkinci aşamada, yüksek tansiyon, mide şikayetleri, depresyon gibi etkiler eklenirken üçüncü ve son aşamada ise şiddetli depresyon, panik atak ve anksiyete görülebilmektedir. Kazalar ve intihara yönelme daha çok psikolojik tacizin son dönemlerinde yaşanmaktadır⁴⁵.

2006 yılında yapılan bir araştırmaya göre mobbing, klinik depresyon açısından bir risk faktörü olarak belirlenmiştir⁴⁶. İntihar teşebbüsleri, klinik seviyede anksiyete, travma sonrası stres bozukluğu diğer başka çalışmalarda araştırılmış ve mobbinge ilişkilendirilmiştir⁴⁷. İtalya'da geniş kapsamlı ve katılımlı bir ölçekte mobbinge maruz kalmış 533 katılımcıyla yapılmış olan bir çalışmada, en sık karşılaşılan psikopatolojiler anksiyete ve duygudurum bozuklukları olarak tespit edilmiştir. DSM-4-TR kriterlerine göre tanılar değerlendirilmeye alınmış; majör depresyon ve travma sonrası stres bozukluğu yüksek oranda çıkmıştır. Şizofreni ve genel olarak psikotik bozukluklar nispeten düşük oranda gözlenmiştir⁴⁸. Bu hastalıkların psikolojik tacizle sıkça ilişkili çıkması,

mağdurun psikolojik olarak, duygusal anlamda yıpranarak yıkıma uğraması ve travmatik süreçler içerisinde bulunması sebebiyle olmaktadır. Mobbingin sonunda kişinin intihara sürüklenmesi bu tip rahatsızlıkların ağır bir neticesi olarak yorumlanabilir.

Karasek ve Theorell'in geliştirdiği talep-kontrol-destek modelinde psikososyal çalışma faktörleri incelenmiştir. Bu modele göre kişilerin maruz kaldığı yüksek iş baskısı (ör: yüksek psikolojik talepler: iş miktarı, entelektüel gereklilikler ve zaman baskısı) ve düşük düzeyde fikir özgürlüğü/serbestliği (becerileri geliştirmek ve kullanmak, işte rahatlığı sağlayacak bir kontrol duygusu) sağlık problemlerinin ortaya çıkmasında büyük bir risk oluşturmaktadır⁴⁹. Çalışanın işinde yüksek seviyede zorlanması, bedensel (örneğin, kardiyovasküler rahatsızlıklar) ve ruhsal (örneğin, psikolojik sıkıntı ve endişe, psikiyatrik hastalıklar) sağlık sorunlarıyla ilişkilidir ve bu sorunlarla birlikte kişi ilaç kullanımına yönelmektedir⁵⁰.

Bir başka model olan Siegrist'in çaba-ödül dengesizliği modeline göre ise işte gösterilen gayret ile karşılığında elde edilen ödüllerin (saygı, itibar, statü, gelir, kariyer fırsatları ve iş güvenliği) arasındaki uzayan bir şekilde dengesizliğin bulunması halinde istenmeyen duygusal ve psikolojik etkiler de (ör: duygusal tükenmişlik, psikosomatik şikayetler, depresif semptomlar ve zayıf düzeyde psikiyatrik rahatsızlıklar) gözlenmektedir⁵¹.

5. Mobbinge Karşı İyileştirici/Düzeltilici Teknikler

Mobbinge karşı neler yapılabileceği üzerinde çaba sarf edilmelidir. Bu yapılırken mutlaka mağduru koruyucu yolların keşfedilmesi, yönetimin çalışanları

44 Petrylaite, Daiva, "International Legal Standarts of Regulation of Mobbing at Work", (2011), Issues of Business and Law Volume 3, s.121-133.

45 Gül, Hülya, "İş Sağlığında Bir Psikososyal Risk: Mobbing-Psikolojik Yıldırma", TAF Preventive Medicine Bulletin, 2009, 8(6), s.517.

46 Niedhammer, I./David, S./Degionanni, S., "Occupational Physicians Association Between Workplace Bullying and Depressive Symptoms in The French Working Population", (2006), J Psychosom Res. 61, s.251-259.

47 Branch, Sara/Ramsay, Sheryl/Barker, Michelle, "Workplace Bullying, Mobbing and General Harassment: A Review", International Journal of Management Reviews, Vol. 15, 2013, s.280-299.

48 Nolfi, Giovanni/Petrella, Caludio/Blasi, Francesco/Zontini, Gemma/Nolfi, Guiseppa, "Psychopathological Dimensions of Harassment in the Workplace", International Journal of Mental Health, Vol. 36, no. 4, Winter 2007-8, s.67-85.

49 Stansfeld, Stephen, "Work, Personality and Mental Health", The British Journal of Psychiatry Aug 2002, 181 (2), s.96-98.

50 Moisan, J./Bourbonnais, Renee/Brisson, Chantal/Gaudet, M./Vézina, Michel/Vinet, A./Grégoire, JP, "Job Strain and Psychotropic Drug Use Among White-Collar Workers", Work & Stress, 1999, 13, s.289-298.

51 Bourbonnais, Renee/Jauvin, Natalie/Dussault, Julie/Vezina, Michel, "Psychosocial Work Environment, Interpersonal Violence at Work and Mental Health among Correctional Officers", International Journal of Law and Psychiatry, Volume 30, Issues 4-5, July-October 2007, s.355-368.

na karşı adil ve eşit davranmasını sağlayıcı yöntemler üzerinde durulmalıdır. Doktrinde bu konuda pratiğe yönelik bazı müdahalelerden bahsedilmiş, sorumluluk ve etik açıdan farkındalığı artırıcı etki oluşturan aşağıdaki maddeler sıralanmıştır:

- Duygusal sıkıntı verme yoluyla cezalandırma amacı güden dava açmak.
- İş tanımlarını netleştirmek.
- Yönetim kuralları ve etik politikaları oluşturmak.
- Çatışma yönetimi geliştirmek.
- Organizasyonel gelişim planlamak.
- Stres yönetimi eğitimi almak.
- Girişkenlik (assertiveness) eğitimi almak.
- Alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurmak⁵².

Mobbingin önlenmesi ya da en azından etkilerinin minimize edilebilmesi için farkındalığın artırılması gerekmektedir. Bu konuda çalışanların ve kurumların bilgilendirilmesi ve aydınlatılması, sosyal ve bireysel bakımdan farkındalığı dolayısıyla duyarlılığı da artıracaktır. Ayrıca çalışanların haklarını tanıması ve bu haklarını nasıl kullanabileceğini bilmeleri; gerektiğinde bir avukat tarafından hukuki danışmanlık alması mobbingin sınırlarını daraltacaktır. Doğal olarak bu sürecin başta devletin hukuksal girişimleriyle desteklenip, kurumların gereken önlemleri alarak bu istenmeyen mobbing vakıalarının yaşanmasına mani olunması hedeflenmelidir.

Porto'ya göre yönetimin güçlü kaidelere ve güçlü ilkelere sahip olması ile birlikte hızlı ve açık bir raporlama sistemi kişilerarası olumsuz ilişkileri azaltmaktadır. Porto ayrıca yönetimin yıkıcı/olumsuz davranışları önleyici stratejiler geliştirmesinin fayda sağlayacağından bahsetmiştir⁵³. Hemen hemen tüm araştırmacıların ortak olarak vardığı kanı, yönetimin mobbinge karşı duyarlı olması ve taciz karşıtı politikaları uygulamaya geçirmiş olması gerektiği yönündedir.

Sağlıklı bir çalışma hayatı için, sinerjik koşullar, ça-

lışanlara yönelik pozitif iş ortamı, karşılıklı saygı ve iş birliği atmosferi gereklidir. Çoğu zaman iş birliği kurum için başarının anahtarıdır.

Kaliteli işler çıkarmak için çalışanlar şunları yapmalıdır:

- Hataları kendilerini geliştirmek amacıyla kullanmalı.
- Performans gösterecekleri işin motive edici bir anlamı olmalı.
- Yeni şeyler öğrenmek için meraklı olmalı.
- Rekabet ve gelişme için ısrarlı olmalı⁵⁴.

Mobbing mağduru olan kişinin aşağılayıcı ve saldırgan davranışlara maruz kalması, bilinçli olarak bir haksızlığa uğratılması, onun psikolojik olarak zarar görmesine neden olmaktadır. Zarar görme durumu, özellikle de psikolojik yıkıma uğraması ya da rahatsızlıklara yakalanması önemli bir kriter olmalıdır. Eğer mobbinge maruz kalan kişi herhangi bir mağduriyet yaşamıyorsa, kişide herhangi psikolojik ya da fiziksel semptomlar gözlenmiyorsa, kısacası kişi mobbing davranışlarından işini ve sağlığını etkileyecek derecede etkilenmiyorsa ne yapılması gerektiği de tartışılmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bölge mahkemelerinde görülen mobbing davaları ile ilgili yapılan bir çalışmanın bulguları şöyledir: Vakaların yaklaşık olarak beşte biri fiziksel şiddet içermektedir. Davaların büyük çoğunluğu kamu sektörüne ait olup, çoğu davada suçu işleyenler yönetici ya da üst pozisyonda olan kişilerdir⁵⁵. Bu vakaların üçte birinden biraz fazlasında mobbingi yasaklayıcı politikalar da mevcuttur. Çarpıcı bir bulgu ise, bu davaların %73,3'ünün davalı işverenlerin lehine sonuçlanmış olmasıdır. Buradan çıkan sonuç, mobbing mağdurlarının daha çok korunmaya ve savunulmaya ihtiyaçlarının olduğudur.

Mobbinge karşı Amerika'nın California, Tennessee gibi bazı eyaletlerinde yasal gelişmeler dahilinde kanunlar çıkarılmaya başlanmıştır. Özellikle son on beş yıldır mobbing karşıtı kanunlar üzerinde yol alınmıştır⁵⁶. Mobbinge ilişkin tanımlarda, psikolojik ve fiziksel

52 Martin/LaVan, s.187-190.

53 Porto, Grena/Lauve, Richard, "Disruptive Clinician Behaviours: A Persistent Threat to Patient Safety", Patient Safety and Quality Healthcare, July/August 2006.

54 Cornoiu/Gyorgy, s.709.

55 Martin/LaVan, s.175.

56 Yamada, David C., "Workplace Bullying and The Law: Emerging Global Responses", (2012), s.479.

olarak zarar verme amacıyla yapılan kötüye kullanım ve zarar verici davranışlar hukuksal konulara zemin oluşturmaktadır. Tanımlara uyan, zarar gören kişilerin ve organizasyonların sayısı ile maliyetlerin artması kanun yapıcıları ve uygulayıcıları günden güne daha da hareketlendirmektedir. Amerikan Hukuku'nda mobbing tamamen yer almasa da bunu gerçekleştirmek için bir potansiyel içeren bir pozisyonudur⁵⁷.

Uluslararası düzeyde yapılan birçok araştırma sonuçlarının birleştiği bir nokta, mobbing mağdurlarının diğer şiddet mağdurlarına oranla, çok daha fazla sayıda olduklarıdır⁵⁸.

Avrupa Birliği mevzuatında çalışma hayatında eşitlik ve ayırım yasağı pek çok yönergenin konusunu oluşturmaktadır. Mobbinge ilgili ilk düzenlemeler AB üyesi ülkeler arasında oluşturulmuştur. Fransa, İsveç, Polonya, ve Belçika mobbinge ilgili düzenlemeler içeren kanunlara sahiptirler. İngiltere'de Tacizden Koruma Kanunu mevcuttur⁵⁹. Bunlarla beraber Norveç, Finlandiya, Almanya, İtalya, İspanya, Hollanda, Belçika, Avustralya da mobbing karşıtı yasalara sahip ülkelerdendir⁶⁰. Mobbing karşıtı düzenlemeler İsveç'te 1993, Hollanda'da 1994, İngiltere'de 1997 ve Belçika'da 2002'de yürürlüğe girmiştir⁶¹.

Fransa, erkekler arasında %11,2 kadınlar arasında %8,9 oranları ile mobbingin en sık görüldüğü ülkelerden biridir. İşverenin işyerinde tacizin önlenmesi amacıyla önlem alma yükümlülüğü de İş Kodunun ilgili maddelerinde düzenlenmiştir. Fransız Hukukunda "*harcèlement moral*" olarak ifade edilen mobbing

ile ilgili olarak İş Kodunda ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

İngiltere'de mobbing kurbanlarına destek olabilecek sınırlı hukuki çözümler vardır. Porteous, mobbingin yasal sürecini incelemiş ve bununla ilgili bir kanunun işverene yönelik şu hususları içermesi gerektiğini ifade etmiştir:

- Mağduriyeti önlemek için planlı ve organize çalışmak.
- Mağduriyetin kabul edilemeyeceğini açıklamak.
- Mağduriyetin temelini oluşturabilecek kusurları, kurumdaki problemleri ve yetersiz iş şartlarını erkenden tespit edip düzelterek bunu bir rutin olarak sağlamak⁶².

3. İş Hukuku Boyutuyla Mobbing

Mobbing, günümüzde çalışma yaşamından kaynaklanan ve sıklıkla rastlanılan bir risk haline gelmiştir⁶³. İş Kanunu'nda doğrudan mobbingi düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Konu hakkında açık bir kanuni düzenlemeye 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle kavuşulmuştur.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartının mevcut olan yirmi üç temel hakkı ile birlikte sekiz yeni temel hakkı da güvence altına almaktadır. Bu haklar arasında "*onurlu çalışma hakkı*" da bulunmaktadır. Şartın "*Onurlu Çalışma Hakkı*" kenar başlıklı 26. maddesine göre; "*Akit Taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla*

57 Yamada, David C., "Workplace Bullying and The Law: U.S. Legislative Developments 2013-2015", (2015), s.11.

58 İlhan, Ümit, "İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri", Ege Akademik Bakış, (2010), Cilt: 10 Sayı: 4, s.1175-1186.

59 Yıldız, Selver/Kılış, İlknur, "Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış", (2010), Çalışma İlişkileri Dergisi (Journal of Labour Relations), Cilt:1, Sayı:1, s.71-93.

60 Guerrero, Maria Isabel S., "The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation", Boston College International and Comparative Law Review, Volume 27 Issue 2 Interrelationships: International Economic Law and Developing Countries, s.477-480.

61 Meglich-Sespico, Patricia/H.Faley, Robert, Deborah Erdos Knapp "Relief and Redress for Targets of Workplace Bullying", Employ Respons Rights J (2007), 19, s.31-43.

62 Porteous, Janette, "Bullying at Work-The Legal Position", (2002), Managerial Law, Vol. 44 Iss 4, s.77-90.

63 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2014, s.710-712; Ünal, Canan, Karşılaştırmalı Hukuk İşğinde İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İçinin Kişiliğini Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, İSGHD, 10/37, 2013, s.17; Güzel, Ali/Ertan, Emre, İşyerinde Psikolojik Tacize Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, Sayı: 14, s.509, 511; Demircioğlu, Huriye Reyhan, Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s.113, 115, 138-140.

işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak,

.....

2- Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağılantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler.”

Söz konusu fıkrada mobbing kavramı düzenlenmiştir. 5547 sayılı Kanun⁶⁴ ile Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının onaylanması uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulunun 22.03.2007 tarihli ve 2007/11907 sayılı Kararıyla⁶⁵ onaylanmıştır.

Anayasa'nın 49. maddesi ise “Çalışma hakkı ve ödevi” kenar başlığını taşımaktadır. Söz konusu maddeye göre: “Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliğı önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağılamak için gerekli tedbirleri alır.”.

Anayasa'da çalışma, hem bir hak hem de bir ödev olarak düzenlenmiştir. O halde bu hakkın psikolojik yönden zarar görmesi bir anlamda anayasal bir hakkın ihlali anlamına da gelecektir.

Mobbingde bulunan kişinin yaptığı davranışların sonuçlarının zarar doğuracağını bilerek bu tavrı sürdürmesi sorumluluk açasından önem taşımaktadır. Ayrıca mobbinge uğrayan çalışanın içine sürüklendiğı koşullar (hem psikolojik ve fiziksel sağılığı hem de maddiyat ve iş kaybı) açasından hukuki koruma sağılanması gerekmektedir.

Başbakanlık tarafından 2011 yılında “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” adında bir genelge yayınlamıřtır⁶⁶. Söz konusu genelge, bu konuda farkındalığın oluşması ve mobbingin kavram olarak literatüre girmesi açasından atılmış önemli bir adımdır. Genelgeye göre; “Kamu kurum ve kuruluşları ile özel

sektör işyerlerinde gerçekteşen psikolojik taciz, çalışanların itibarını ve onurunu zedelemekte, verimliliğini azaltmakta ve sağılığını kaybetmesine neden olarak çalışma hayatını olumsuz etkilemektedir.

Kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldışılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik tacizin önlenmesi gerek iş sağılığı ve güvenliği gerekse çalışma barışının geliştirilmesi açasından çok önemlidir.

Bu doğrultuda, çalışanların psikolojik tacizden korunması amacıyla aşağıdaki tedbirlerin alınması uygun görülmüştür.

1. İşyerinde psikolojik tacizle mücadele öncelikle işverenin sorumluluğunda olup işverenler çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alacaktır.
2. Bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaklardır.
3. Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmamaları için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilecektir.
4. Psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağılanacaktır.
5. Çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla “Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu” kurulacaktır.
6. Denetim elemanları, psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandıracaktır.
7. Psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütölen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilecektir.
8. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve sosyal taraflar, işyerle-

64 Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 03.10.2006 tarihli ve 26308 sayılı Resmi Gazete.

65 09.04.2007 tarihli ve 26488 sayılı Resmi Gazete.

66 19.03.2011 tarihli ve 27879 sayılı Resmi Gazete.

rinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenleyeceklerdir.”

Genelge'de bir yaptırım eksikliği söz konusu olmakla birlikte, sorunun çözümü açısından önemli bir adım olduğu göz ardı edilemeyecektir.

Mobbing mağduru olan kişinin aşağılayıcı ve saldırgan davranışlara maruz kalması, bilinçli olarak bir haksızlığa uğratılması, onun psikolojik olarak zarar görmesine neden olmaktadır. Zarar görme durumu, özellikle de psikolojik yıkıma uğraması ya da rahatsızlıklara yakalanması önemli bir kriter olmalıdır. Eğer mobbinge maruz kalan kişi herhangi bir mağduriyet yaşamıyorsa, kişide herhangi psikolojik ya da fiziksel semptomlar gözlenmiyorsa, kısacası kişi mobbing davranışlarından işini ve sağlığını etkileyecek derecede etkilenmiyorsa ne yapılması gerektiği de tartışılmaktadır.

Mobbingin varlığının ispatı önemli bir sorun olarak karşımızda durmaktadır. Burada, hangi davranışlara maruz kalındığı, davranışların nerede (hangi ortamda) ve (varsa) kimlerin yanında yaşandığı, ne sürede ve ne sıklıkta ortaya çıktığı, sonucunda nasıl ve ne kadar zarar oluşturduğu tek tek değerlendirilmeli, tüm bu unsurlar vasıtasıyla kanaat oluşturulmalıdır.

Temel insani değerler açısından değerlendirildiğinde ise çalışanların hakkını, huzurunu ve psikolojik sağlığını en iyi şekilde koruyup sürdürmek devletin asli vazifesidir.

Mobbing bir süreçtir ve hukuka aykırılık oluşturan durum bu sürecin kendisidir. Bir defaya mahsus olarak gerçekleşen ve duruma göre aşağılayıcı veya saldırgan bir durum ortaya çıkaran davranış, işçi açısından bir haklı nedenle fesih sebebi olabilir ancak mobbing olarak değerlendirilemez. Konuyla ilgili olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de 2011 yılında vermiş olduğu bir kararında, davacı işçiye sürekli bağırarak ve birkaç kez bayılmasına neden olan ve davacı işçinin hastaneye kaldırılmasını engelleyen amir konumundaki işçinin (işveren vekilinin) eylemini mobbing olarak kabul etmiştir⁶⁷.

06.04.2016 tarihinde kabul edilen 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda ise mobbing, "işyerinde yıldırma" olarak ifade edilmiş ve "Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, biktirmek amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemleri, ... ifade eder." (m.2/g). Aynı Kanunda taciz kavramı ise; psikolojik ve cinsel türleri de dahil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunu çğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranışı ifade eder. 6701 sayılı Kanun, "işyerinde yıldırma"yı ve "taciz"i ayrımcılık olarak kabul etmektedir (m.4/e, g).

Hukuka aykırı bir fiil olarak değerlendirdiğimiz mobbing normatif dayanaklarını gözetme borcu (6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.5, TBK m.417), eşitlik ilkesi (4857 sayılı İş Kanunu m. 5), kişilik hakları (TMK m.24-25) ve dürüstlük kuralında (Türk Medeni Kanunu m. 2) bulunmaktadır.

1. İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu Bağlamında Mobbing

Mobbing oluşturan davranış kanaatimizce işverenin işçisine yönelik bir davranışı olarak karşımıza çıkmakla birlikte, işyerinde çalışan işçilerin birbirlerine karşı mobbing uygulaması veya işyeri dışından kişilerin işçilere mobbing uygulaması şeklinde de karşımıza çıkabilir. İşçilerin birbirlerine karşı mobbing uygulaması veya işyeri dışından kişilerin işçilere mobbing uygulaması söz konusu olduğunda, işverenin TBK ve 6331 sayılı Kanun uyarınca koruma ve gözetme borcu söz konusu olmaktadır ve işveren farklı şekillerde ortaya çıkabilecek olan mobbinge karşı işçisini korumakla yükümlüdür. Bu bağlamda mobbing sadece işverenin işçisine yönelik bir davranışı olarak değil aynı zamanda işverenin koruma ve gözetme borcuna aykırılığının bir türü olarak iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri

Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2015/1, s.230; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nde 2009 yılında vermiş olduğu bir kararında işveren vekilinin işçiye tokat atması halinde işçinin işverenden manevi tazminat istemeye hakkı olduğunu hükme bağlamıştır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.26.03.2009, E. 2007/41164, K. 2009/8092).

67 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 01.04.2011 Tarih, 2009/8046 Esas ve 2011/9717 Karar sayılı kararı; konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. Taşkın, Ahmet, "İş Yerinde Mobbingin Ceza

bakımından ele alınmalı ve değerlendirilmelidir⁶⁸.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) aynı tarihte yürürlükten kalkmıştır (TBK m.647, 648). Türk Borçlar Kanunu ikinci kısım, altıncı bölüm, birinci ayırımında bulunan "işverenin borçları" başlığının, "işçinin kişiliğinin korunması" alt başlığında üç madde bulunmaktadır. Söz konusu 417, 418 ve 419. maddelerin madde başlıkları sırasıyla "Genel olarak", "Ev düzeni içinde çalışmada" ve "Kişisel verilerin kullanılmasında" şeklindedir.

Mülga Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinin karşılığı olan Türk Borçlar Kanunu madde 417, lafzı, barındırdığı fıkra sayısı, hükme bağladığı hususlar ve içerdığı kavramlar bakımından yeni ve farklı bir norm olarak Türk pozitif hukukuna girmiş bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesine 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 noksatsız 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.»

TBK m.417 genel olarak işverenin işçiyi koruma borcunu düzenleyen bir hükümdür. İşverenin işçiyi koruma borcu, işverence, işçinin çalışması nedeniyle

68 Emine Tuncay Kaplan, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi: Prof. Dr. Kamil Turan'a Armağan, C.7, 2003, S.2, s.142; Ulsan, İhsan, Özellikle borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluk, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., İstanbul 1990, s.4-19; Ertürk, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.91-92; Bakırcı, Kadriye, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2000, s.155.

karşılaşabileceği tehlikelerden korunması, bu konuda önlem alınması ve onun çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınılması şeklinde ortaya konulur ve işçinin sadakat borcunun karşısında yer aldığı kabul edilir. Evleviyet kuralı gereği işverenin korumakla yükümlü olduğu değerlere hukuka aykırı müdahaleden kendisinin de kaçınması gerekmektedir (TBK m.417/l)⁶⁹.

Mülga BK m.332'nin karşılığı olan TBK m.417'nin açık anlatımı karşısında işverenin işçiyi koruma borcunun işçinin tüm kişilik değerlerinin korunmasını içerdığı ve bu borcun pozitif dayanağının bulunduğu, bu dayanağın da TBK m.417/l olduğu noktaları tartışmasız hale gelmiş bulunmaktadır⁷⁰.

İşyerinde mobbinge maruz kalan işçi açısından işveren işçiyi koruma ve gözetme borcunu ihlal etmektedir. Koruma ve gözetme borcunun kapsamına işçinin maddi ve ekonomik kişiliği yanında manevi kişilik değerleri de girmektedir. O halde işçisini mobbinge maruz bırakan işveren, işçinin manevi korunma hakkına müdahale ederek kişilik haklarına zarar vermiş olur.

Fransız İş Koduna göre; hiçbir işçi, amacı ya da sonucu itibarıyla çalışma koşullarının kötüleşmesi nedeniyle, ruhsal ve fiziki sağlığını ve mesleki geleceğini tehlikeye düşürecek, haklarını ve onurunu zedeleyecek sürekli yinelenen manevi taciz hareketlerine maruz bırakılamaz (Article L1152-1)⁷¹. Yine hiçbir işçi, manevi taciz davranışlarına maruz kaldığı veya bu tür davranışları reddettiği ya da bu tür davranışlara tanıklık ettiği veya bunları ortaya çıkardığı için cezalandırılmaz, işten çıkarılmaz; özellikle ücret, mesleki eğitim, mesleki ilerleme, başka bir işle görevlendirme, iş sözleşmesinin yenilenmesi konularında doğrudan ya da dolaylı

69 Süzek, Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), İstanbul 2015, s.426 vd.; Münir Ekonomi, İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İTÜ Yay. No.18, 1987, s.154; Mollamahmutoğlu/ Astarlı, s.707 vd.; Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul, Beta Yay., 2012, s. 321; Centel, Tankut, İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku, C.I, İstanbul, Beta Yayınları, 1994, s.162-163; Ulsan, s.1; Senyen-Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2015, s.113 vd., 133 vd.

70 Ulsan, s.4-6; Bakırcı, s.155; Kaplan, Koruma ve Gözetme Borcu, s.142; Ertürk, s.91-92; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 27. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.175 vd., 206 vd.

71 Pélissier, Jean/Auzero, Gilles/Dockés, Emmanuel, Droit du Travail, Dalloz, 2012, s. 768-769;

hiçbir biçimde ayrımcılık işlemlerine tabi tutulamaz. Belirtilen nedenlerle iş sözleşmesinin feshi kararı hükümsüzdür (Article L.1152-2).

Fransız İş Kodunun ilgili hükmüne göre yukarıda anılan düzenlemeler işçiler ve işverenleri için geçerli olduğu gibi, kamu kurumlarında özel hukuk hükümlerine göre iş sözleşmesi ile istihdam edilen personel için de geçerlidir (Article L1151-1).

2. İşverenin Eşit Davranma Borcu Bağlamında Mobbing

4857 sayılı İş Kanunu'nun "Eşit davranma ilkesi" kenar başlıklı 5. maddesine göre; "(Ek: 6/2/2014-6518/57 md.) İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."

Mobbing niteliğindeki işveren davranışı, ayrımcılık oluşturan ve işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eden bir davranıştır. İşveren işyerinde sağlamakla yükümlü olduğu ortamı bir işçi ya da işçi grubu için değil tüm işçiler için gerçekleştirmekle yükümlüdür. Bu bağlamda mobbing, ayrımcılık yasağının nitelikli ihlalini oluşturmaktadır. Mobbing yapan işveren aynı

zamanda İş Kanunu m.5 bağlamında ayrımcılık yasağını da ihlal etmektedir. Bu bağlamda mobbinge maruz kalan işçi İş Kanunu m.5/IV'de düzenlenen tazminatı isteyebileceği gibi aynı zamanda ispat kolaylığı getiren İş Kanunu m.5/son hükmünden de yararlanabilecektir. Bu bağlamda ayrımcılık yasağını ihlal eden işveren davranışı nedeniyle uğranılan zarar İş Kanunu m.5'te öngörülen tazminattan fazla ise munzam zarar karşılığı maddi tazminat ve ayrıca manevi tazminatın talep edilebilmesi de mümkündür⁷².

Kanaatimizce de mobbing, ayrımcılık yasağının nitelikli ihlalidir ve işçinin bu nedenle İş Kanunu m.5/IV'de düzenlenen dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilmesi mümkündür⁷³.

Ayrımcılık oluşturan davranış mobbing şeklinde ortaya çıkıyor ise İş Kanunu m.5'te belirtilen tazminata tavandan karar verilmesi kanaatimizce uygun olacaktır. Ayrıca tartışmalara son verilebilmesi bakımından İş Kanunu'nun konuyla ilgili olabilecek 5, 24, 25. maddelerinde gerekli değişiklikler yapılmalı ve konuyu açıkça düzenleyen hükümler getirilmelidir.

3. Dürüstlük Kuralı Bağlamında Mobbing

Mobbing oluşturan davranış aynı zamanda dürüstlük kuralının ihlalini (hakkın kötüye kullanılmasını) de oluşturmaktadır⁷⁴. TMK m.2 uyarınca, işveren işçinin kişilik değerlerinin korunması için "işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla" yükümlüdür. Bu yükümlülük aynı zamanda TBK m.417/l'in de bir sonucudur. Centel, dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen ifadesinin doğruluk ve yerindelik derecesinin

72 Demircioğlu, s.138.

73 Tınaz/Bayram/Ergin, s.117; Demircioğlu, s.138. Tacizin ırk, dil, cinsiyet gibi İş Yasasının 5. maddesinde öngörülen ayrımcılık nedenlerinden kaynaklanması halinde bu tazminatın istenebileceği yönünde görüş için bkz. Güzel/Ertan, s.165; Mollamahmutoğlu/Astarlı, İş Hukuku, s.644, 646; Yenisey, Kübra Doğan, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.11 (2006/4), s.77.

74 Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.119-139; Demircioğlu, Huriye Reyhan, Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz, GÜHF, C. XI, S. 1-2, 2007, s.138-140.

tartışmaya açık olduğunu, en azından dürüstlük kuralının (TMK m.2); hukuken, “dürüstlük ilkeleri” biçiminde, çoğul olarak ifade edilemeyeceği belirtilmektedir⁷⁵.

Dürüstlük ilkesi, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken, en azından, dürüst ve güvenilir bir kimse gibi davranması gereğine işaret eden ve tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanan bir ilkedir (TMK m.5). O halde işverenin koruma borcunu yerine getirirken, TBK m.417 hükmündeki ifade yer almasa dahi, bu ilkeye uygun davranmak zorunda olduğu tartışmasızdır.⁷⁶

Öte yandan, “dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen” anlatımından anlaşılması gerekenin, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın “Onurlu Çalışma Hakkı” başlıklı 26. maddesinde ortaya konan koşullara uygun bir düzen kurmak olduğu görüşü de doktrinde ileri sürülmektedir⁷⁷. Şartın 26. maddesine göre; “*Âkit Taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, 1-Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilendirilmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı; 2-Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya*

da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilendirilmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı; taahhüt ederler.”.

4. Mobbing Mağduru İşçinin Başvurabileceği Hukuki Çareler

Kişinin yaşamı, beden bütünlüğü, sağlığı, onuru, saygınlığı, özel yaşamı, ismi, görüntüsü ve sesi, ekonomik geleceği, işyeri içindeki konumu ve düşünce özgürlüğü kişilik değerleri arasında yer almaktadır⁷⁸. Ancak kişiliği oluşturan değerler bunlarla sınırlı değildir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2002 yılında vermiş olduğu bir kararında⁷⁹; “*Kişisel değerler ... bir kişiye bireysellik kazandıran ve koruma bakımından özel duygular dahil olmak üzere bireyler arasındaki ilişki gereksinimlerinde korumaya değer her şeyi ifade eder*” şeklinde görüş bildirmiştir. Doktrinde kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki koruyucu hakkı tanımlamak üzere “*kişilik hakkı*” deyimini kullanılmaktadır. Kişilik hakkı, özünde savunma sağlayan mutlak bir haktır ve mal varlığı haklarına dahil olmayan kişilik değerlerini korur. Kişilik hakkı mutlak bir hak olmakla, ona yönelen her müdahale de hukuka aykırı olacaktır⁸⁰.

75 Centel, Tankut, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Yıl: 6, S. 24, İstanbul 2011, s.14.

76 Mehaç İsviçre Borçlar Kanunu 328. madde metni ve TBK m.417 gerekçesindeki “... 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.” anlatımından hareketle Türk Öğretisinde burada kastedilenin “*ahlaka uygun bir düzen*” olduğu ileri sürülmektedir (bkz. Kaplan, Emine Tuncay, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Yıl: 6, S. 24, Aralık 2011, İstanbul, s.45; Centel, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.14; Yavuz, Nihat, Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.1311.

77 Alp, Mustafa, “Yeni Borçlar Kanununda Hizmet Sözleşmesinin Kuruluşu ve İfasına İlişkin Hükümler”, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin birlikte düzenledikleri “17. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri” Sempozyumu 8-9 Haziran 2012.

78 Tandoğan, s.9-10; Kaplan, İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, s.41; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 126-127; W. Siebert, “Şahsiyet Haklarıyla İlgili Meseleler”, Çev. Bilge Öztan, AÜHFD, C.XXVI, Sayı:1-2, 1969, s. 229; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 7.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.93; Tandoğan, Haluk, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHFD, C.XX, Sayı:1-4, 1963, s.14; Helvacı, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2001, s.44-45.Soyer, Polat, “Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, 3/4 Haziran 2011, İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012, s.174.

79 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 27.2.2002, E. 2001/17762, K. 2002/3061.

80 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.124, dn.378; Dural/Öğüz, s.92-93; Arpacı, Abdülkadir: Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2000, s.108; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.125-126; Akipek/Akıntürk, s.366; Dural/Öğüz, s.95; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 4.

TMK m.23-25 ve TBK m.27/1 ve 58 kişiliğin korunmasına ilişkin genel düzenlemelerdir. TMK m.23 ve TBK m.27/1, kişinin kendi hukuki işlemleriyle kişilik değerlerini başkalarının müdahalesine açabilme sınırını belirlerken, TMK m.24, 25 ve TBK m.58 ise kişisel değerlere yönelen hukuki işlem dışı saldırılara karşı koruma sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir.

Bu bağlamda kişilik değerlerine saldırılan kişi, mahkemeye başvurarak saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilme yetkisine sahiptir (TMK m.25/I). Davacı mahkeme kararının üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması talebinde de bulunma hakkı (TMK m.25/II) ve maddi ve manevî tazminat talepleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin talepte bulunma hakkı da saklıdır (MK m.25/III, TBK m.49, 54, 56 ve 58)⁸¹. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2008 yılında vermiş olduğu bir kararında aynı husus vurgulanmış ve kişilik haklarının ve sağlığın ağır saldırıya uğraması halinin mobbingin tartışmasız kabulünü doğuracağı hükme bağlanmıştır.⁸²

İşçinin kişiliğe yönelen tehlike iş sağlığı ve güvenliği bağlamında ciddi ve yakın nitelikte ise saldırı tehlikesinin önlenmesi ve sürmekte olan saldırıya son verilmesi davalarını açmadan önce işçinin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.13'te düzenlenen özel hüküm niteliğindeki süreci izlemesi de mümkündür. Ancak mobbing her durumda işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçinin fiziksel ve

ruhsal sağlığını bozucu yakın, acil ve hayati bir tehlike olarak değerlendirilemez.⁸³

Mobbing oluşturan davranış, iş sağlığı ve güvenliği açısından da risk oluşturunca; bu durumda işçi madde hükmüne göre; iş sağlığı ve güvenliği açısından sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak ciddi ve yakın bir tehlike ile karşı karşıya olduğu düşüncesinde ise iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edecektir. Talebi yönünde karar verilmesi halinde işçi gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınca kadar çalışmaktan kaçınarak kişiliğine yönelen tehlikeden sakınabilecektir. Kararın talebi yönünde çıkmaması halinde ise işçinin önleme ve son verme davası açma yolu da bulunmaktadır. Hükmün devamında iş sözleşmesiyle çalışanların, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini fesih haklarının saklı olduğu ifade edilmiştir. Madde metninde atıf yapılan kanun hükmünün İş Kanununa tabi işçiler bakımından haklı nedenle derhal feshi düzenleyen 24. madde olduğu açıktır.⁸⁴

İşyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir çalışma düzeni yaratmakla ve mobbing oluşturan davranışlardan kaçınmakla yükümlü olan işveren, koruma ve gözetme borcunu ihlal ederek bu yükümlülüğüne aykırı davranırsa işçi İş Kanunu m.24/II uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Bir defaya mahsus olmak üzere gerçekleşen ve işçinin kişilik değerlerine saldırı oluşturan bir davranış söz konusu olduğunda bu davranış haklı nedenle fesih sebebi olacaktır ancak mobbing oluşturmaz.⁸⁵ (4857 sayılı İş Kanunu m.24/II)⁸⁶. İş Kanunu m.24/II uyarınca derhal fesih hak-

Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2002, s.359; Tandoğan, s.12-14; Dural/Öğüz, s.138; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.143; Hukuka aykırılığı kaldıran nedenler hakkında ayrıntılı açıklama ve bu nedenlerin işçi-işveren ilişkisi bakımından incelenmesi için bkz. Sevimli, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, Legal Yay., 2006, s. 64-69, 95-107.

81 Sevimli, s.60 vd., 247 vd.; Tınaz/Bayram/Ergin, s.105 vd.; Güzel, Ali/Ertan, Emre, "İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet tazminatı", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.16, İstanbul, 2008/1, s.165; Centel, s.15.

82 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 14.03.2008, E. 2008/3122, K. 2008/4922

83 Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.712.

84 Gemi adamları için Deniz İş K. m.14; Gazeteciler ve Türk Borçlar Kanununa tabi işçiler bakımından TBK m.435; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009 yılında vermiş olduğu bir kararında; işçinin görev yerinin çok sık değiştirilerek yıldırma politikasının uygulanmasını mobbing olarak değerlendirmiş ve işçinin bu nedenle yaptığı feshi haklı nedenle fesih olarak kabul etmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 10.05.2009, E. 2008/10408, K.2009/26968)

85 Güzel/Ertan, s.165; Centel, İşçinin Kişiliğinin Korunması, s.15.

86 Sevimli, s.257 vd.; Demircioğlu, s.136.

kını kullanan işçinin diğeri taraftan tazminat talebinde bulunabilmesi de mümkündür⁸⁷.

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğeri husus ise, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine neden olan ve aynı zamanda kişilik hakkını zedeleyen davranışın süreklilik göstermesi halinde altı işgünlük hak düşümü süresi başlamayacaktır. Bu bağlamda Yargıtay 2002 tarihli bir kararında; "...Somut olayda davalı Şirket Genel Müdürü tarafından davacı kadın işçiye ... hakaret içeren davranışlarda bulun(ul)duğu anlaşılmaktadır ... Ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışın feshi kadar süreklilik arzettiği durumlarda ... altı işgünlük fesih süresinin geçtiğinden söz edilemez. Kaldı ki İş Hukukunda işçinin korunması ilkesi maddi olguların bu şekilde yorumunu gerekli kılmaktadır..." ifadeleri yer almıştır.⁸⁸ Kanaatimizce de davranışın devamlılık arzettiği durumlarda altı işgünlük süre işlemeye başlamayacaktır.

5. İspat Sorunu

Mobbing mağdurunun uygulamada en çok karşılaştığı sorun, ispat sorunudur. Türk Hukukunda mobbing ile ilgili düzenleme olmadığından ispat yüküyle ilgili de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Belçika hukuk sisteminde de, işçi mobbinge uğradığını ispat etmek zorunda olmayıp, şikâyet edilen tarafın yasalar tarafından yasaklanmış bir eylem veya davranışta bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir ki, bu prensip, işçiye gerçek bir koruma sağlamaktadır.

Mobbingin işverenin eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağıyla sıkı bağlantı içinde olduğunu mobbing niteliğindeki davranışların ayrımcılık yasağının nitelikli ihlali olarak algılandığı yukarıda belirtilmişti. Bu bağlamda mobbinge uğradığı iddiasındaki işçinin, ispat yüküne dair TMK m.6'daki genel kurala istisna getiren İş Kanunu m.5/son hükmünden yararlanması gerekir⁸⁹. Buna göre, işverenin İş Kanunu m.5 hükümlerine "... aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böy-

le bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur" (İş Kanunu m.5/son)⁹⁰. İş Kanunu m.5 düzenlemesi sadece İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri için uygulama alını bulacaktır.

4. Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing

1. Mobbingin Bağımsız Bir Suç Tipi Olarak Düzenlenmesi Gerekip Gerekmediği Meselesi

Mobbing, uzunca bir süreç içerisinde gerçekleşmiş davranışlardan meydana gelmekte olup, gerek bunu gerçekleştiren gerek buna maruz kalan kişi açısından bireysel davranışlardan oluşmaktadır. Oysa ceza hukuku genel itibariyle, süreç içerisinde gerçekleşen davranışları bir bütün olarak ele almamakta, her bir bireysel davranışı ayrı ayrı göz önünde bulundurmaktadır. Mobbingin ceza hukuku açısından düzenlenmesi bağlamında asıl zorluk da işte tam bu noktada kendisini göstermektedir; zira süreç içerisinde gerçekleşen davranışların bir bütün olarak değil, birbirinden bağımsız olarak ele alınması halinde, örneğin çalışanın iş koşullarını değiştirme, çalışana eleştirme, yok sayma, önemsizleştirme gibi bir çok davranışın ceza hukuku açısından kavranması mümkün olamamaktadır⁹¹.

Günümüzde gerek araştırmacılar gerek sendikalar, mobbingin uygulanma amacının, işveren tarafından işçiye sözleşmeyi feshetmeye zorlama ve bu yolla tazminat ödemekten kurtulma olduğunu ifade etmektedirler⁹².

90 Fransız Hukukunda ise mobbinge ilişkin uygulanacak ispat kuralları bakımından; işçi tanık beyanları ve tıbbi belgeler gibi delillerle mobbingin varlığına karine oluşturacak objektif olguların varlığını ortaya koyduğunda işveren veya tacizci işçi, davranışların mobbing oluşturmadığını kanıtlamakla yükümlü olur; "Yalnızca olayla ilgili tutulan tutanak da savunmayı ispata yeterli değildir. Bu durumda mahkemeye davalının delil listesiyle bildirdiği ve dinlenilmeyen tanıkların celbi suretiyle dinlenmeleri ve toplanan delillerin birlikte değerlendirilerek sağlıklı bir çözüme ulaşılması gerekir." (Yargıtay HGK, Tarih: 12.04.1995, E. 1995/9-112, K. 1995/381)

91 Erdem, Mustafa Ruhan/Parlak, Benay, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", TBB Dergisi, Sayı 88, Yıl: 2010, s.263.

92 Bozbel, Savaş/Palaz, Serap, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları", TISK Akademi, Cilt: 2, Sayı: 3, 2007/1, s.68.

87 Saymen, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s.610- 611.

88 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Tarih: 29.01.2002, E. 2001/15984, K. 2002/1627.

89 Güzel/Ertan, s.64; Tınaz/Bayram/Ergin, s.117; Bakırcı, s.202.

Özel hukuk uyumsuzluklarına konu olan mobbing vakıalarına bakıldığında genel olarak şu örneklerle karşılaşmaktayız: Amir konumundaki kişinin mağduru nedensiz yere işini yapmamakla suçlaması; mağduru yetersiz olarak değerlendirilip aşağılanması; en basit olaylarda dahil yazılı savunma istenerek taciz edilmesi; işverenin kişisel nedenlerden dolayı çalışmak istemediği işçiyi psikolojik olarak yıpratıp onu işten ayrılmaya zorlaması⁹³.

Burada cevaplandırılması gereken soru, mobbing oluşturan fiillere ilişkin özel hukuktaki yaptırımların (tazminat, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi vb.) yanında bir ceza hukuku yaptırımının da zorunlu olup olmadığı, başka bir ifadeyle mobbing fiillerinin bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin gerekip gerekmediğidir.

Konuyla ilgili doktrinde savunulan bir görüşe göre, mobbing süreci içerisinde gerçekleştirilen davranışları cezalandırma konusunda mevcut ceza hukuku araçları yeterli olup, mobbingi bağımsız bir suç tipi olarak ayrıca düzenlemeye gerek yoktur. Bu görüşteki yazarlar, Alman ve Avusturya hukuklarında da mobbingle ilgili özel bir suç tipine yer verilmediğini ifade etmektedirler⁹⁴.

Mobbingin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesine karşı olanlardan *Petri*'ye göre, mobbing belirsiz bir kavram olduğundan, bu kavram altında ele alınan davranışların suç sayılması mümkün değildir. Ceza hukukunun amacı, işyerlerinde veya başka yerlerde insanlar arası ilişkileri düzenlemek değil, yalnızca cezalandırılabilir davranışları yaptırım altına almaktır. Şayet mobbing cezalandırılacak olursa, belirlilik ilkesi de ihlal edilmiş olur. Yazara göre, mobbing altında ele alınan davranışları cezalandırmak için ceza kanunundaki düzenlemeler yeterlidir. Olsa olsa, işyerinde özel bir hiyerarşi içerisinde gerçekleştirilen davranışlar, kasten yaralama, cebir kullanma, cinsel saldırı gibi klasik suç tiplerinde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenebilir⁹⁵.

Buna karşın diğer görüşe göre, mobbing sırasında çoğu zaman ceza kanunu anlamında bir suçun işlendiğinden söz edilemez; başka bir ifadeyle suç işlemeden de mobbing yapılabilmesi pekala mümkündür. Çok az sayıdaki mobbing olayında faili hakaret, cinsel saldırı, cinsel taciz gibi suçlardan sorumlu tutmak mümkündür; kaldı ki bu gibi durumlarda fail, mobbing nedeniyle değil bu fiiller başlı başına suç olduğu için cezalandırılmaktadır. Uygulamada en sık görülen, mobbingin herhangi bir suç işlenmeden gerçekleştiriliyor olmasıdır. Bundan dolayı mobbing mağdurlarının ceza normlarıyla korunmasında zorunluluk bulunmaktadır⁹⁶.

Mobbing fiilinin, İsveç'te 1994 yılında, Japonya'da 1996 yılında, Finlandiya'da 2000 yılında, Fransa ve Amerika'da ise son yıllarda suç olarak düzenlenmeye başlandığı ifade edilmektedir⁹⁷.

Fransız Hukuku'nda da işverenin psikolojik taciz olaylarını engellemek için gerekli önlemleri alması gerekliliği düzenlenmiş olup, mobbing içeren bir davranış söz konusu olduğunda Art. L. 1152-2 belirtilen kişiler ile ilgili olarak Fransız Ceza Kodunun Art. L. 222-33-2 hükmünün uygulanacağı hükme bağlanmıştır (Article L1152-4). 17.01.2002 tarihli kanunla Ceza Kanununa eklenen 222-32-2 ile mobbing konusunda özel bir suç tipi meydana getirilmiş ve çalışma koşullarının kötüleşmesini amaçlayan ya da bu sonucu doğuran, bir başkasının haklarını veya onurunu zedelemeye, fiziksel veya psikolojik sağlığını bozmaya veya mesleki geleceğini tehlikeye koymaya elverişli birden çok davranışla bir başkasının taciz edilmesi bir yıla ka-

s.270-271.

96 Taşkın, İşyerinde Mobbing, s.250; Demir, Şamil, "Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 67, Sayı: 2, Bahar 2009, s.145. TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun, işyerinde mobbing ve çözüm önerilerini içeren 2011 tarihli raporunda, TCK'da mobbingin açık bir tanımı yapılarak, mobbing yapanlara ve yapılmasına göz yumanlara iki yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası ve 10.000 TL ile 20.000 TL arasında adli para cezası verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Yayını, Ankara 2010, s.80 (https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor_no_6.pdf, E.T.: 25.08.2016).

97 Özkul, Burcu/Çarıklı, İlker H., "Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", SDÜİİBFD, Yıl: 2010, Cilt: 15, Sayı: 1, s.489.

93 Ergin, Hediye, "İşyerinde Psikolojik Tacizin İş Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Sonuçları", CHD, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009, s.194.

94 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.268, 270; Bozbel/Palaz, İşyerinde Psikolojik Taciz, s.79.

95 Akt. Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing,

dar hapis veya 30.000 Euro para cezası ile cezalandırılmıştır.

Kanaatimizce bu konuyla ilgili sağlıklı bir sonuca varabilmek için cevaplandırılması gereken en önemli soru, mobbing davranışlarının ceza hukuku tarafından yaptırım altına alınmasını gerektiren bir haksızlık oluşturup oluşturmadığıdır.

Haksızlık kavramı, Türk ve Alman ceza hukuku sistemlerinde, suç teorisinin en önemli kavramlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza hukuku bakımından önemli olan, tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır; işte bu tipe uygun ve hukuka aykırı fiil, haksızlık olarak nitelendirilmektedir. Haksızlık, yalnızca ceza hukukuna özgü bir kavram olmayıp, özel hukukta ve idare hukukunda da kullanılan bir kavramdır⁹⁸.

Prensip olarak kanun koyucuya hangi hukuki menfaatlerin hangi şekilde korunacağı ve yaptırıma bağlanacağı hususunda oldukça geniş bir hareket sahası tanınmaktadır. Burada kanun koyucunun takip edeceği çözüm stratejileri hem avantajları hem de dezavantajları bünyesinde barındırabilecektir. Örneğin, bir hukuki menfaatin ihlalinin zarar suçu olarak mı yoksa tehlike suçu olarak mı düzenleneceği, kanun koyucunun suç politikasına ilişkin düşünceleriyle çok yakından ilgilidir. Kanun koyucunun öncelikli sorunu, hukuki menfaatlerin korunmasını temin etmektir. Burada kanun koyucunun ayakları tabir caizse dar bir zincire vurulmuş gibidir; kanun koyucu çeşitli ihtimaller arasından hukuki menfaatleri en iyi koruyan düzenlemeyi seçmek zorundadır. Bunu yaparken kanun koyucu kendisine verilmiş olan takdir yetkisini kullanmaktadır. Ancak burada unutulmaması gereken en önemli husus, bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığıdır. Burada kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını, kusur prensibi, eşitlik prensibi ile verilecek cezanın gerçekleştirilen haksızlıktan ne daha fazla ne de daha az olması kuralı oluşturmaktadır⁹⁹. Ayrıca bir fiilin

ceza hukuku tarafından yaptırım altına alınmasını gerektiren türden bir haksızlık olarak kabul edilebilmesi için, korunması amaçlanan hukuksal yararın başka hukuki yollarla korunmasının mümkün olmaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, ceza hukukunda da geçerli bulunan *ultima ratio*¹⁰⁰

Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldschuldrechts, Berlin 1998, s.207-208, 231.

100 Anayasa Mahkemesi, TCK'nın 230. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen, aralarında medeni nikahla gerçekleşmiş bir evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptırma ile 6. fıkrasında düzenlenen, medeni nikahla yapılmış evlenme belgesi görmeden dini tören yapma fiillerini oyçokluğuyla anayasaya aykırı bularak iptal ettiği kararının gerekçesinde, bu tür fiillerin cezalandırmaya layık fiiller olup olmadığına ve ceza hukukunda geçerli *ultima ratio* (son çare olma) prensibine ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur: "Öçülülük ilkesi uyarınca, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluğun bulunması, itiraz konusu sınırlama bakımından, aile kurumunun sağladığı hukuki himayenin, bir başka ifadeyle kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarının, bu sınırlama olmaksızın korunamaması gerekir. Oysa hukuk düzeninde, kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarını koruyacak hukuki müesseselere yer verilmiş bulunmaktadır. Gerçekten de Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, eşlerin evlilik bağından kaynaklanan haklarını ileri sürbilmeleri için kanunda belirtilen memur önünde resmi nikâh yaptırımları zorunlu olup, aksi takdirde evlilik bağından kaynaklanan birçok hakka sahip olmaları mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, kişilerin resmî evlilik yaptırımları hâlinde maruz kalabilecekleri hukuki yaptırımlar mevcut olup bunlar, kişilerin resmî evlilik yaptırımlarını sağlayabilecek elverişliliktedir. Dolayısıyla kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır. /.../ Demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluk bulunmadığı hâlde, bir başka ifadeyle, itiraz konusu kurullarla getirilen sınırlamanın amacı olan aile düzeninin korunması yönünden gerekli olmadığı hâlde, itiraz konusu kurullarla kişilerin özel hayatları ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlükleri kapsamında kalan evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerinin suç olarak düzenlenip bunlara cezai yaptırım bağlanması, anılan haklara orantısız bir müdahalede bulunulması sonucunu doğurmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir. /.../ Öçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama aracının seçilmesi mümkün değildir. Yani itiraz konusu kurullar bağlamında özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan "aile düzenini korumak" mümkünken bundan daha ağır

98 Keçelioğlu, Elvan, "Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)", CHD, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, s.21-24.

99 Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip –

prensibine uygun hareket edilmesi önemli bir zorunluluktur.

Bu bağlamda, mobbing oluşturan davranışlara karşı mağdurun gerek özel hukuk enstrümanlarıyla gerek TCK'daki suçlar vasıtasıyla himaye edilmesinin yeterli bir hukuki koruma sağladığını, bu nedenle mobbing oluşturan davranışların ceza hukuku tarafından yaptırım altına alınmasını gerektiren bir hak-sızlık oluşturmadığını, başka bir ifadeyle mobbingin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesine gerek olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca, hangi davranışların mobbing olarak kabul edileceği konusunda doktrinde bile büyük bir tartışma mevcutken, genel bir düzenlemeyle mobbingi suç olarak kabul etmenin kanunilik prensibinin sonuçlarından birisi olan belirlilik ilkesine (*Lex Certa*) de aykırılık teşkil edeceğini düşünmekteyiz.

2. Mobbing Olarak Kabul Edilen Fiilleri Gerçekleştiren Failin Cezai Sorumluluğu ile Ceza Hukuku Açısından Karşılaşılabilecek Bazı Durumlar

Daha önce de ifade edildiği gibi, mobbing kapsamında belirli bir süreç zarfında gerçekleştirilen fiiller, mağdur üzerinde olumsuz fizyolojik ve psikolojik sonuçlar doğurabilmektedir. Mobbing sürecinin başlangıcında gerçekleştirilen davranışlar genellikle hukukun izin verdiği çerçeve içinde gerçekleşmektedir. Buna karşın, mobbing sürecinin ilerleyen aşama-

larında çatışma bağımsız bir nitelik kazanmakta, süreç uzadıkça TCK'da düzenlenmiş bulunan suç tiplerinin (cinsel saldırı, cinsel taciz, yaralama, hakaret, tehdit, cebir, eziyet, intihara yönlendirme gibi) gerçekleşme ihtimali de artmaktadır¹⁰¹.

Failin cezai sorumluluğunun tespiti noktasında cevaplandırılması gereken önemli sorulardan birisi, failin ihmali davranışından dolayı sorumluluğunun olup olamayacağı noktasında toplanmaktadır. Başka bir ifadeyle, mağdura karşı -suç oluşturan- mobbing davranışlarının gerçekleştirildiğini bilen ancak harekete geçmeyen, göz yuman veya olayı doğal gelişimine bırakan kişinin de ihmali davranış nedeniyle cezalandırılması mümkün olabilecek midir?

Konuyla ilgili doktrinde savunulan bir görüşe göre, işverenin başkaları tarafından gerçekleştirilen ve mobbing oluşturan davranışlar karşısında hareketsiz kalması (ihmali davranış) dahi bazı suçlar bakımından işverenin veya işverenin yetki devrettiği amir durumundaki kişilerin de cezai sorumluluğunu gündeme getirebilecektir. Zira doğrudan kanundan kaynaklanan neticeyi önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında (garantör) olan fail, bu neticenin gerçekleşmesini önlemediğinde, gerçekleşen neticeden sorumlu tutulacaktır. İşverenin doğrudan kanundan kaynaklanan bu sorumluluğunun temelini İş Kanunu'ndan kaynaklanan gözetme yükümlülüğü oluşturmaktadır. Buna karşılık, mobbing mağdurunun çalışma arkadaşları, salt aynı işyerinde çalışıyor olmaları nedeniyle garantör sayılmazlar ve cezai sorumlulukları söz konusu olmaz¹⁰².

Failin cezai sorumluluğunun tespiti noktasında karşımıza çıkan bir diğer husus ise nedensellik bağı ve objektif isnadiyet sorunudur. Zira mobbing durumunda, doğrudan tipik neticenin ortaya çıkmasına yol açan bir davranıştan çoğu zaman bahsetmek olanaksızdır. Bu nedenle söz konusu mobbing davranışının tipik netice bakımından nedensel olup olmadığını belirlemek de güçleşmektedir¹⁰³.

Konuyla ilgili doktrindeki bir görüşe göre, neden-

bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmi evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, "hukuki müeyyide aracı" kullanılarak itiraz konusu kurullarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken "hukuki müeyyide" aracından daha ağır bir müeyyide öngören "suç ve ceza aracı"na başvurulması, itiraz konusu kurullarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğünü gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. /.../ Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırımlarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır." (Anayasa Mahkemesi, 27.05.2015 T., 2014/36 E., 2015/51 K., R.G. Tarih-Sayı: 10.06.2015-29382)

101 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.270.
102 Bozbel/Palaz, İşyerinde Psikolojik Taciz, s.72; Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.272, 281.
103 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.283.

sellik bağlantısının kabulü için şart teorisinden yararlanılması gerekmektedir. Buna göre, mobbing failinin davranışları olmasaydı, mobbing mağdurunun sağlığında bozulma olmayacaktı denilebiliyorsa, şart teorisi anlamında nedensellik bağlantısının varlığından söz edilebilecektir. Mevcut netice bakımından mağdurun maruz kaldığı mobbingin nedensel olduğu tespit edildikten sonra, bu durumun faille objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği (objektif isnadiyet) incelenecektir¹⁰⁴.

Burada üzerinde durmak istediğimiz bir diğer husus ise suçların içtimaı noktasında olacaktır. Bilindiği üzere mobbing, ceza hukukumuzda bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiştir. Bundan dolayı mobbing oluşturan davranışlar gerek TCK'da gerek ceza normu içeren diğer kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiile vücut vermiyorsa failin başlı başına mobbingden dolayı cezalandırılmasına imkan bulunmamaktadır.

Bu noktadan hareketle, mobbing oluşturan davranışlar açısından suçların içtimaı bağlamında karşımıza en çok çıkma ihtimali olan kurum kanaatimizce zincirleme suçtur. Zincirleme suç, bir suç işleme kararı çerçevesinde, aynı suçun, aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesidir. Buna göre zincirleme suçun unsurlarını şu şekilde sıralamak mümkündür: Birden çok suçun işlenmesi; işlenen suçların aynı suç olması; işlenen birden çok suçun aynı kişiye karşı işlenmesi; birden çok işlenen suçun bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmesi. Bu unsurlardan konumuz açısından önem arz eden *"bir suç işleme kararı"*dır. Zincirleme suçun bu unsuru, fail ile işlediği suçlar arasındaki subjektif bağın varlığını oluşturmaktadır ve zincirleme suça temel karakterini vermektedir. Bu subjektif bağ dolayısıyla ki fail sadece bir suçtan dolayı cezalandırılmaktadır. Suç işleme kararı ile kast birbirinden farklı kavramlar olup birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Bir suç işleme kararının bulunup bulunmadığının tayininde gündelik hayat tecrübelerine dayanan hakim, suçların işleniş şekillerindeki benzerliği, suçların işlenme zamanları ve yerleri arasındaki ilişkiyi, olayların oluşumu ve gelişimi ile diğer tüm özellikleri değerlendirmek suretiyle bir karara va-

racaktır. Bu bağlamda, mobbing oluşturan davranışlar bakımından -aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir. Zira mobbing oluşturan davranışların nihai amacının mağduru işten ayrılmaya zorlamak olması ve bunu gerçekleştirebilmek için sistematik ve birbiriyle bağlantılı davranışlar gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, zincirleme suçta aranan *"bir suç işleme kararı"*nın çoğu olayda gerçekleşeceğini, bundan dolayı da mobbing durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının da gündeme gelebileceğini düşünmekteyiz. Elbette ki bunun için zincirleme suçun diğer unsurlarının da (mağdurun aynı olması, işlenen suçun aynı suç olması, aynı suçun birden çok işlenmesi) somut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ancak tekrar ifade etmek isteriz ki, mobbing ceza hukukumuzda bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmediğinden, mobbing oluşturan davranışların aynı zamanda suç olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Örneğin; işveren A'nın, işçisi B'yi işten ayrılmaya zorlamak için B'ye sistematik ve sürekli bir şekilde hakaret ettiğini düşünelim. Burada A'nın B'ye karşı gerçekleştirdiği davranışların mobbing oluşturduğunu söyleyebiliriz. Ceza hukuku açısından olaya yaklaştığımızda ise, A'nın gerçekleştirdiği fiillerin birden çok hakaret suçunu oluşturduğunu, işlenen suçların aynı olduğunu, işlenen hakaret suçlarının mağdurunun aynı kişi (B işçisi) olduğunu, bu suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirilmiş olduğunu belirtebiliriz. Örneğimizde, A'nın B'ye karşı işlemiş olduğu birden çok hakaret suçunun işlenme amacı B'nin işten ayrılmaya zorlanmasıdır. Bu itibarla örneğimizde, A'nın işlediği hakaret suçunu zincirleme suç şeklinde gerçekleştirdiğini ifade edebiliriz.

3. Mobbing Oluşturan Davranışlar Sonucunda Meydana Gelebilecek Bazı Suç Tipleri

a. İntihara Yönlendirme Suçu

Mobbinge maruz kalan kişi, kendisini hedef alan ve uzun süren mobbing saldırıları sonucunda, çaresizlik, yalnızlık ve gelecek korkusu ile karşı karşıya kalarak psikolojik çöküntü içerisine girip intihar etme yolunu seçebilmektedir. Ancak intihara yönlendirme suçunun oluşabilmesi için, failin hareketinin, azmettirme, teşvik

104 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.283-284.

etme, intihar kararını kuvvetlendirme ya da intihara herhangi bir şekilde yardım etme ile sınırlı olması gerekmektedir; buna karşılık intihar, bizzat mağdurun özgür iradesine dayanarak aldığı bir kararın sonucu olarak gerçekleşmiş olmalıdır¹⁰⁵.

b. Kasten Yaralama Suçu

Mobbing mağdurunun sağlığına zarar verecek bir işi yapmaya zorlanması, kulağının çekilmesi, yumruk atılması, tekmelenmesi veya mobbing mağdurunda mobbingin yol açtığı stresin bir sonucu olarak psikolojik veya psikosomatik bir rahatsızlık meydana gelmesi halinde kasten yaralama suçunun gerçekleştiğinden bahsedilebilir¹⁰⁶.

Benzer şekilde, uzun süren mobbing davranışlarının sonucu olarak mağdurun korku, yılgınlık, uykusuzluk, depresyon, kaygı, ağlama krizleri, unutkanlık, alınganlık, suskunluk, yaşamdan zevk almama gibi durumları yaşaması halinde de kasten yaralama suçunun gerçekleştiğinden bahsedilebilecektir¹⁰⁷.

c. Eziyet Suçu

Eziyet ile kastedilmek istenen, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulmasıdır. Bu davranışlar çoğu durumda kasten yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel taciz niteliği de taşıyabilirler. Eziyet suçunu oluşturan hareketlerin ayırt edici özelliği, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde gerçekleştirilmelerinde yatmaktadır. Başka bir ifadeyle, belli bir süreç içerisinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır.

Bu bağlamda, insan onurundan ne anlaşılması gerektiğinin tespitinde de zorunluluk bulunmaktadır.

Felsefi ve dinsel açıdan binlerce yıllık bir geçmişe

sahip olan insan onuru kavramının, hukuksal bir kavram olarak kullanılması oldukça yenidir. İnsan onuru, hukuk devletinde en yüksek hukuksal değerdir. İnsan onuru, pozitif hukuktan bağımsız olarak geçerli olan hukuksal bir normdur. İnsan haklarının temelinde bakıldığında, mutlak, dokunulmaz ve temel değer olan insan onurunun bulunduğu görülmektedir. Yalnızca insan olmak, onura ve haklara sahip olmak için yeterlidir. İnsan onuru kavramı, anayasa koyucuyu da bağlayan yani anayasa koyucu tarafından da ihlal edilemeyen hukuksal bir değeri ifade etmektedir¹⁰⁸.

Kanun koyucunun, anayasal teminat altına alınmış insan onurunun korunmasına ilişkin sorumluluğunun bir yansıması olarak TCK'nın 96. maddesinde eziyet suçunun düzenlendiğini söyleyebiliriz.

Kanaatimizce eziyet suçundan anlaşılması gereken mağdurun yalnızca ruhsal yönden acı çekmesine veya aşağılanmasına yol açacak davranışlarla sınırlı tutulmalıdır; başka bir ifadeyle bedene yönelik bir müdahalenin eziyet kapsamında değerlendirilmesi doğru değildir.

Eziyet suçuyla ilgili yaptığımız kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere, davranışların eziyet niteliği taşıması için sistematik olması gerekmektedir. Bu durum eziyet suçunun hukuki niteliğini kesintisiz suç yapmaktadır.

Mobbing oluşturan davranışların TCK'daki en iyi karşılıklarından birisini kanaatimizce eziyet suçu oluşturmaktadır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, mobbing oluşturan davranışların sürekli ve sistematik bir şekilde gerçekleştirilmesi lazımdır. Bu açıdan bakıldığında, mobbing olarak nitelendirilen davranışların büyük bir kısmının eziyet suçunu oluşturacağını söyleyebiliriz.

d. Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçu

Mobbing oluşturan davranışların cinsel saldırı ve cinsel taciz suçları çerçevesinde cezalandırılması bakımından karşılaşılan temel sorun, cinsel davranışa mağdurun rıza gösterip göstermediği noktasında toplanmaktadır.

Konuyla ilgili doktrindeki bir görüşe göre, mağdu-

105 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.272. Alman Federal Çalışma Bakanlığı verilerine göre Almanya'da yaşanan intiharların %10'unun mobbing nedeniyle gerçekleştiği belirtilmektedir. Bkz. Bozbel/Palaz, İşyerinde Psikolojik Taciz, s.68.

106 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.274.

107 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.275; Taşkın, Ahmet, "İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, 2015/1, Sayı: 44, s.244.

108 Şimşek, Oğuz, "Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması", İzmir 1999, s.1-8 (Yayımlanmamış doktora tezi).

run içerisinde bulunduğu zorlayıcı durum göz önünde bulundurulduğunda, cinsel davranışa karşı mağdurun bir direnç göstermiş olmasını aramak doğru değildir. İşini kaybetme endişesi ile cinsel davranışa katlanmak durumunda kalan mağdurun, bu davranışa geçerli bir rızasının bulunduğundan söz edilemez¹⁰⁹.

Kanaatimizce, mağdurun içerisinde bulunduğu durumun (işini kaybetme, geçimini sağlayamama, toplum tarafından yanlış anlaşılma vs.) her halükarda peşinen cinsel davranışa ilişkin rızayı ortadan kaldırdığını söylemek doğru olmayacaktır. Zira bir işyerinde çalışmak, işçinin işverenine karşı cinsel ve duygusal hisler beslemesine engel değildir. Burada yapılması gereken her şeyden önce mağdurun cinsel davranışa gerçekten rızasının olup olmadığını araştırmak olmalıdır. şayet açık ve net bir şekilde mağdurun rızasının olup olmadığı tespit edilemiyor ise ikinci aşamaya geçilmelidir. Kanaatimizce burada suçlara göre ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir: Buna göre, cinsel taciz suçuna karşı mağdurun direnç göstermemesi halinde mağdurun içerisinde bulunduğu durum itibariyle söz konusu rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilemeyeceğini söyleyebiliriz. Zira mağdur cinsel tacize karşı koyma imkanı varken koymamış ve tabir caizse bu durumu büyütmeme yoluna gitmiştir; ancak mağdurun buradaki rızaya ilişkin iradesinin fesada uğradığını düşünmekteyiz. Buna karşı, mağdurun, cinsel saldırı suçuna karşı direnç göstermemesi durumunda ise mağdurun içerisinde bulunduğu durum ne olursa olsun cinsel saldırıya karşı koyması gerekmektedir; buna rağmen mağdurun cinsel saldırıya direnç göstermemesi halinde geçerli bir rızanın varlığından söz edilebileceğini düşünmekteyiz.

e. Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu

Sırf huzur ve sükununu bozmak amacıyla mobbing mağduruna ısrarla telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması bu suçu oluşturacaktır. Mobbing sürecinde gerçekleştirilen bir çok davranışın bu madde anlamında "hukuka aykırı davranış" içerisinde ele almak mümkün olabilecektir. Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu, mobbing süreci içerisinde gerçekleşen ve diğer suç tipleri

109 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.277.

kapsamında değerlendirilmeyen birçok davranışı içine alan çerçeve bir suç tipi olma özelliği göstermektedir¹¹⁰.

f. Hakaret Suçu

Mobbing oluşturan davranışlar içerisinde hakaret suçu özel bir öneme sahip bulunmaktadır. Mobbingin sıklıkla görüldüğu durumlardan birisini mobbing mağdurunun gıyabında konuşarak ilgilinin şerefini ihlale elverişli dedikodu yaymaktır¹¹¹. Bu suçun oluşabilmesi için mobbing mağdurunun onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi veya sövülmesi gerekmektedir. Bu suç mobbing mağdurunun huzurunda ya da gıyabında işlenebilir. Bu bağlamda, doğrudan mağdurun duyabileceği ya da mağdur dışında en az üç kişinin hakareti öğrenmelerini sağlayacak biçimde mobbing süreci içerisinde mağdurun onur, şeref ve saygınlığına yönelik olarak gerçekleştirilen davranışları hakaret suçu kapsamında cezalandırmak mümkün olacaktır¹¹².

g. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu

Mobbing oluşturan davranışlarla iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu¹¹³ arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundan ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Doktrinde, TCK m.117'de dört ayrı suç tipinin düzenlendiği ifade edilmektedir: Birinci fıkrada, iş ve ça-

110 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.278; Özkul/Çarıkcı, Mobbing, s.491.

111 Alman Hukuku'nda konuyla ilgili şöyle bir örnek verildiği ifade edilmektedir: İşyerinde çalışan X hakkında teşhircilikten mahkum olduğu söylentisi yayılır. Onunla aynı odayı paylaşan altı çalışma arkadaşı X'e sanki orada değilmiş gibi davranmaktadırlar. Amiri ise X'e daima problemleri işleri vermekte ve işler hallolmadığı zaman da memnuniyetsizliğini belirtmek için başını sallamaktadır. X yemekhaneye gittiğinde yanında kimse oturmamakta, kendisi başkasının yanına oturduğunda ise orada oturanlar kalkıp başka masaya gitmektedirler. Altı ay sonra X depresyon nedeniyle psikosomatik olarak rahatsızlanır ve doktorun tavsiyesi üzerine iş sözleşmesini fesheder. Akt. Bozbel/Palaz, İşyerinde Psikolojik Taciz, s.70.

112 Erdem/Parlak, Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, s.279-280; Özkul/Çarıkcı, Mobbing, s.492; Taşkın, İşyerinde Mobbing, s.238.

113 Bu suç tipi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, Uğur, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m.117)", TAAD, Yıl: 7, Sayı: 24, Ocak 2016, s.335 vd.

lışma hürriyetinin ihlali suçu; ikinci fıkrada, sömürü suçu; üçüncü fıkrada, sömürü için tedarik, sevk veya nakletme suçu; dördüncü ve son fıkrada ise, ücreti değiştirmeye veya sözleşmeye aykırı koşullar altında anlaşmaya zorlama ile işin durmasına veya sona ermesine neden olma suçu¹¹⁴. Bu bağlamda, konumuzla ilgili olarak yalnızca 117. maddenin birinci fıkrasında ifade edilen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu üzerinde durulacaktır.

Söz konusu suç ile korunması amaçlanan hukuksal değer, kişilerin her türlü cebir, şiddet ve tehditten uzak bir ortamda çalışabilmeleri, iş ve sanatlarını icra edebilmeleri, böylelikle toplumsal menfaatin temini ve ekonomik çalışma düzeninin korunmasıdır. Ayrıca bu suç tipi ile, bireysel çalışma özgürlüğünün de korunmak istediğini söyleyebiliriz¹¹⁵.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu neticeli bir suçtur. Bu nedenle, bu suçun tamamlanabilmesi için yalnızca hareketin gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda neticenin de gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu suçun neticesini, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali oluşturmaktadır¹¹⁶.

Bu suçun hareket unsurunu, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek amacıyla, cebir veya tehdit kullanılması ya da hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması oluşturmaktadır. Cebir veya tehditten ne anlaşılması gerektiği konusunda bir tereddüt olmamasına karşın, hukuka aykırı başka bir davranış ile neyin kastedilmek istendiği hususu belirsizdir. Doktrinde, hukuka aykırı başka bir davranış ile kastedilmek istenenin, cebir ve tehdit dışında kalan her türlü hareket olduğu ifade edilmektedir¹¹⁷.

Kanaatimizce, 117. maddede ifade edilen "hukuka aykırı başka bir davranış" ifadesinin içerisine mobbing oluşturan davranışların dahil edilmesinde hiçbir sakınca bulunmamaktadır. Zira, hukuka aykırı başka bir davranışın mutlaka suç oluşturması şart değildir, önemli olan bu davranışın hukuka aykırı olmasıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, mobbing oluşturan davranışların hukuka aykırı olduğu, iş ve çalışma hürriyetini ihlal ettiği hususunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda kanaatimizce, mobbing oluşturan davranışlar sonucunda işçinin psikolojik olarak yıpratılıp işten ayrılmak zorunda bırakılması durumunda iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşacağını söyleyebiliriz.

ran davranışların hukuka aykırı olduğu, iş ve çalışma hürriyetini ihlal ettiği hususunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda kanaatimizce, mobbing oluşturan davranışlar sonucunda işçinin psikolojik olarak yıpratılıp işten ayrılmak zorunda bırakılması durumunda iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşacağını söyleyebiliriz.

Sonuç

Mobbing, bir işyerinde çalışanlara yönelik olarak işveren tarafından, hukuk düzeninin öngörmediği ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde mağdurun genel kişilik hakkını, onurunu veya sağlığını ihlal eden bir amaca ulaşmak için sürekli ve sistematik olarak gerçekleştirilen, birbiriyle bağlantılı veya birbirini tamamlayan yıldırma, güçlük çıkarma ve ayrımcılığa hizmet eden davranış biçimleridir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, mobbingden söz edilebilmesi için davranışların sistematik olması, bu davranışların birbiriyle bağlantılı olması, bu davranışların mağdurun genel kişilik hakkını, onurunu veya sağlığını ihlal eden bir boyuta ulaşmış olması ve ayrıca bu davranışların yıldırma, güçlük çıkarma ve ayrımcılığa hizmet etmesi gerekir.

Mobbing, günümüzde çalışma yaşamından kaynaklanan ve sıklıkla rastlanılan bir risk haline gelmiştir. İş Kanunu'nda doğrudan mobbingi düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Konu hakkında açık bir kanuni düzenlemeye 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle kavuşulmuştur.

TBK m.417 uyarınca işçinin kişiliğini koruma yükümlülüğü altındaki işverenin korumakla yükümlü olduğu değerlere hukuka aykırı müdahaleden kendisinin de kaçınması gerektiği açıktır. Psikolojik tacize karşı işçinin korunması gereğinin kanun düzeyinde açıkça zikredilmesi isabetlidir. Bu düzenleme, özellikle işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı dışındaki kişilik değerlerine saldırı halinde tazminata hükmedilmesi bağlamında kolaylaştırıcı bir etkiyi beraberinde getirmektedir. Kişilik değerlerine saldırı söz konusu olduğunda işçinin derhal fesih hakkının doğacağı noktasında kuşku yoktur. Özellikle İş Kanunu m.24/II,d hükmündeki düzenlemenin mobbing durumunda da uygulanması gerekir.

114 Ersoy, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.344.

115 Ersoy, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.347 ve dn.43'teki yazarlar.

116 Ersoy, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.357.

117 Ersoy, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, s.355.

Mobbing niteliğindeki işveren davranışı, ayrımcılık oluşturan ve işverenin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eden bir davranıştır.

Mobbing yapan işveren aynı zamanda İş Kanunu m.5 bağlamında ayrımcılık yasağını da ihlal etmektedir. Bu bağlamda mobbinge maruz kalan işçi İş Kanun m.5/IV'de düzenlenen tazminatı isteyebileceği gibi aynı zamanda ispat kolaylığı getiren İş Kanunu m.5/son hükmünden de yararlanabilecektir.

Kanaatimizce tartışmalara son verilebilmesi bakımından İş Kanunu'nun konuyla ilgili olabilecek 5, 24, 25. maddelerinde gerekli değişiklikler yapılmalı ve konuyu açıkça düzenleyen hükümler getirilmelidir.

Mobbing oluşturan davranış aynı zamanda dürüstlük kuralının ihlalini (hakkın kötüye kullanılmasını) de oluşturmaktadır.

Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun kişiliğın korunmasına ilişkin genel düzenlemeleri olan TMK m.23-25; TBK m.27/1 ve 58'dir. TMK m.23 ve TBK m.27/1, kişinin kendi hukuki işlemleriyle kişilik değerlerini başkalarının müdahalesine açabilme sınırını belirlerken, TMK m.24, 25 ve TBK m.58 ise kişisel değerlere yönelen hukuki işlem dışı saldırılara karşı koruma sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir.

Mobbing oluşturan davranış, iş sağlığı ve güvenliği açısından da risk oluşturuyorsa; bu durumda işçi 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. maddesindeki prosedürü izleyecektir. Ancak mobbing her durumda işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığını bozucu yakın, acil ve hayati bir tehlike olarak değerlendirilemez.

İşveren, koruma ve gözetme borcunu ihlal ederse işçi İş Kanunu m.24/II uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine neden olan ve aynı zamanda kişilik hakkını zedeleyen davranışın süreklilik göstermesi halinde altı iş günlük hak düşümü süresi başlamayaacaktır.

Mobbing mağdurunun uygulamada en çok karşılaştığı sorun, ispat sorunudur. Mobbingin işverenin eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağıyla sıkı bağlantı içinde olduğunu mobbing niteliğindeki davranışların ayrımcılık yasağının nitelikli ihlali olarak algılandığı göz önüne alındığında, mobbinge uğradığı

iddiasındaki işçinin, ispat yüküne dair TMK m.6'daki genel kurala istisna getiren İş Kanunu m.5/son hükmünden yararlanması gerekir

Mobbing oluşturan davranışlara karşı mağdurun gerek özel hukuk enstrümanlarıyla gerek TCK'daki suçlar vasıtasıyla himaye edilmesinin yeterli bir hukuki koruma sağladığını, bu nedenle mobbing oluşturan davranışların ceza hukuku tarafından yaptırım altına alınmasını gerektiren bir haksızlık oluşturmadığını, başka bir ifadeyle mobbingin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesine gerek olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca, hangi davranışların mobbing olarak kabul edileceği konusunda doktrinde bile büyük bir tartışma mevcutken, genel bir düzenlemeyle mobbingi suç olarak kabul etmenin kanunilik prensibinin sonuçlarından birisi olan belirlilik ilkesine (*Lex Certa*) de aykırılık teşkil edeceğini düşünmekteyiz.

Mobbing oluşturan davranışlar neticesinde meydana gelebilecek bazı suç tipleri çalışmamızda ele alınmıştır. Bu suç tiplerine örnek olarak, intihara yönlendirme suçunu, kasten yaralama suçunu, eziyet suçunu, cinsel saldırı ve cinsel taciz suçunu, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu, hakaret suçunu, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu göstermek mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2002.
- Arpacı, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul 2000.
- Bakırcı, Kadriye, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul 2000.
- Baldry, Anna Costanza/Farrington, David P., "Bullies and Delinquents: Personal Characteristics and Parental Styles", (2000) Journal of Community & Applied Social Psychology, 10.
- Baş, Nesrin/Oral, E. Timuçin, "Mobbing Davranışı ve Kişilik Özellikleriyle İlişkisi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 11, Sayı: 21, Bahar 2012/1.

- Bourbonnais, Renee/Jauvin, Natalie/Dussault, Julie/Vezina, Michel, "Psychosocial Work Environment, Interpersonal Violence at Work and Mental Health among Correctional Officers", *International Journal of Law and Psychiatry*, Volume 30, Issues 4-5, July-October 2007.
- Bozbel, Savaş/Palaz, Serap, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları", *TİSK Akademi*, Cilt: 2, Sayı: 3, 2007/1.
- Branch, Sara/Ramsay, Sheryl/Barker, Michelle, "Workplace Bullying, Mobbing and General Harassment: A Review", *International Journal of Management Reviews*, Vol. 15, 2013.
- Cayvarlı, Pelin Esmâ/Şahin, Semiha, "Akademisyen Algılarına Göre Üniversitelerde Psikolojik Yıldıma: Dokuz Eylül Üniversitesi Örneği", *Yükseköğretim Dergisi* 2015, 5(1).
- Centel, Tankut, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Yıl: 6, S. 24, İstanbul 2011.
- Centel, Tankut, *İş Hukuku: Bireysel İş Hukuku*, C.I, İstanbul 1994.
- Cornoiu, Teodora Simona/Gyorgy, Manuela, "Mobbing in Organizations Benefits of Identifying the Phenomenon", *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 78 (2013).
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 27. Bası, İstanbul 2014.
- Davenport, N./Schwartz, R.D./Elliott, G.P., *Psikolojik Şiddet, İşyerinde Duygusal Taciz* (Çev. Osman Cem ÖnerToy), Ankara 2003.
- Davenport, Schwartz and Elliott, "Mobbing: Emotional Abuse in the American Workplace", *Journal of Organizational Change Management*, Vol. 13 Iss: 4.
- Demir, Şamil, "Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 2, Bahar 2009.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, *Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz*, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, Yıl. 2007.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, *Kişilik Hakkı İhlalinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz*, GÜHFD, C. XI, S. 1-2, 2007.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku*, Cilt II, *Kişiler Hukuku*, 7.bası, İstanbul 2004.
- Einarsen, Stale, "Bullying and Harrassment at Work and Their Relationships to Work Environment Quality-An Exploratory Study", *The European Work and Organizational Psychologist*, (1994).
- Einarsen, Stale, "Harrassment and Bullying at Work: A Review of The Scandinavian Approach", 2000, *Aggression and Violent Behavior*, Vol.5, No.4.
- Einarsen, Stale/Raknes, Björn Igne, "Harassment in the Workplace and The Victimization of Men", (1997), *Violence and Victims*, 12.
- Ekonomi, Münir, *İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku*, İstanbul, 1987.
- Emine Tuncay Kaplan, "İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı", *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi: Prof.Dr. Kamil Turan'a Armağan*, C.7, 2003, S.2.
- Erdem, Mustafa Ruhan/Parlak, Benay, "Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing", *TBB Dergisi*, Sayı 88, Yıl: 2010.
- Ergin, Hediye, "İşyerinde Psikolojik Tacizin İş Hukukunda Ortaya Çıkışı ve Sonuçları", *CHD*, Yıl: 4, Sayı: 11, Aralık 2009.
- Eroğlu, Osman, "Türk Yönetim ve Organizasyon Yazınında Mobbing: Yönetim ve Organizasyon Kongresi Bildirileri ve Lisansüstü Tezler Üzerine Bir İnceleme", Eskişehir 2015.
- Ersoy, Uğur, "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu (TCK m.117)", *TAAD*, Yıl: 7, Sayı: 24, Ocak 2016.

- Ertürk, Abbas/Cemaloğlu, Necati, "Causes of Mobbing Behavior", Ankara 2013.
- Ertürk, şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip – Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998.
- Green, Alison, "Can My Boss Do That?", U.S. News & World Report, www.usnews.com, 2014.
- Guerrero, Maria Isabel S., "The Development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation", Boston College International and Comparative Law Review, Volume: 27 Issue: 2, Interrelationships: International Economic Law and Developing Countries.
- Gül, Hülya, "İş Sağlığında Bir Psikososyal Risk: Mobbing-Psikolojik Yıldırma", TAF Preventive Medicine Bulletin, 2009, 8(6).
- Güzel, Ali/Ertan, Emre, "İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet tazminatı", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.16, İstanbul, 2008/1.
- Güzel, Ali/Ertan, Emre, İşyerinde Psikolojik Tacize Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, LEGAL, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, Sayı: 14.
- Helvacı, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.
- Hoel, Helge/Sparks, Kate/Coope, Cary, "The Cost of Violence/Stress at Work", (2002) Report Comissioned by ILO.
- Hsiao, Philip, "Power Harrassment: The Tort of Workplace Bullying in Japan", Pasific Basin Law Journal, Vol.32.
- ILO, Meeting of Experts to Develop a Code of Practice on Violence and Stress at Work in Services: A Threat to Productivity and Decent Work (8-15 October 2003) Geneva.
- ILO, Violence at Work, 2006, Introduction: A Catalyst For Action.
- International Labour Organisation, "Violence at Work: A major workplace problem", 1 January 2009, referenced in Australian Industry Group (AiG), Submission 59.
- International Labour Organisation, "Violence at Work: A major workplace problem", 1 January 2009, referenced in Australian Industry Group (AiG), Submission 59.
- İlhan, Ümit, "İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri", Ege Akademik Bakış, (2010), Cilt: 10 Sayı: 4.
- Kaplan, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2015, s.113vd., 133vd.
- Kaplan, Emine Tuncay, "Yen, Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Yıl: 6, S. 24, Aralık 2011, İstanbul.
- Keçelioğlu, Elvan, "Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)", CHD, Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013.
- Kile S., "Health-Endangering Leaders and Co-workers", Oslo 1990.
- Leymann, Heinz, "Mobbing and Psychological Terror at Workplaces" Violence and Victims, Amerika 1990.
- Maarit, Vartia, "Bullying at Workplaces Proceeding from the International Symposium on Future Trends in the Changing Working Life", Helsinki: Institute of Occupational Health, (1991).
- Martin, William/LaVan, Helen, "Workplace Bullying: A Review of Litigated Cases", Employ

- Respons Rights J (2010), 22.
- Mayhew, Claire/Chappell, Duncan, "Workplace Violence: An Overview of Patterns of Risk and the Emotional/Stress Consequences on Targets", International Journal of Law and Psychiatry 30 (2007).
 - Meglich-Sespico, Patricia/H.Faley, Robert, Deborah Erdos Knapp "Relief and Redress for Targets of Workplace Bullying", Employ Respons Rights J (2007), 19.
 - Moisan, J./Bourbonnais, Renee/Brisson, Chantal/Gaudet, M./Vézina, Michel/Vinet, A./Grégoire, JP, "Job Strain and Psychotropic Drug Use Among White-Collar Workers", Work & Stress, 1999, 13.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2014.
 - Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku: Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012.
 - Mustafa Alp, "Yeni Borçlar Kanununda Hizmet Sözleşmesinin Kuruluşu ve İfasına İlişkin Hükümler", İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesinin birlikte düzenledikleri "17. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri" Sempozyumu 8-9 Haziran 2012.
 - Niedhammer, I./David, S./Degionanni, S., "Occupational Physicians Association Between Workplace Bullying and Depressive Symptoms in The French Working Population", (2006), J Psychosom Res. 61.
 - Nolfi, Giovanni/Petrella, Caludio/Blasi, Francesco/Zontini, Gemma/Nolfi, Guisepe, "Psychopathological Dimensions of Harassment in the Workplace", International of Mental Health, Vol. 36, no. 4, Winter 2007-8.
 - Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2005.
 - Owens, Rosemary, "Decent Work for the Contingent Workforce in the New Economy", Australian Journal of Labour Law, vol. 15, 2002.
 - Özdemir, Erdem, «İşyerinde Cinsel Taciz», Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.11, İstanbul, 2006/4.
 - Özkul, Burcu/Çarıkçı, İlker H., "Mobbing ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", SDÜİİ-BFD, Yıl: 2010, Cilt: 15, Sayı: 1.
 - Pélissier, Jean/Auzero, Gilles/Dockés, Emmanuel, Droit du Travail, Dalloz 2012.
 - Petrylaite, Daiva, "International Legal Standards of Regulation of Mobbing at Work", (2011), Issues of Business and Law Volume 3.
 - Porteous, Janette, "Bullying at Work-The Legal Position", (2002), Managerial Law, Vol. 44 Issue 4.
 - Porto, Grena/Lauve, Richard, "Disruptive Clinician Behaviours: A Persistent Threat to Patient Safety", Patient Safety and Quality Healthcare, July/August 2006.
 - Poussard, Jale Minibaş, Çamuroğlu, Meltem İdiğ, "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)", İstanbul 2007.
 - Rodin, Judith/Salovey, Peter, "Health Psychology Annual Review of Psychology" 40. Safe Work Australia "Draft Code of Practice: Managing the Risk of Workplace Bullying" (Draft Code of Practice), July 2012.
 - Sevimli, K. Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006.
 - Sheehan, Michael, "Workplace Mobbing: a proactive response", Avustralya 2004.
 - Soyer, Polat, "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, 3/4 Haziran 2011, İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012.
 - Stansfeld, Stephen, "Work, Personality and

- Mental Health”, The British Journal of Psychiatry, Aug 2002, 181 (2).
- Süzek, Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), İstanbul 2015
 - Şimşek, Oğuz, “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması”, İzmir 1999, s.1-8 (Yayımlanmamış doktora tezi).
 - Tandoğan, Haluk, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHFD, C.XX, Sayı:1-4, 1963.
 - Taşkın, Ahmet, “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2015/1, Sayı: 44.
 - TBMM Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu.
 - The Parliament of the Commonwealth of Australia “Workplace Bullying Report”, Canberra 2013.
 - Tınaz, Pınar, “İşyerinde Psikolojik Taciz”, MESS Mercek, Temmuz 2011.
 - Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye, Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008.
 - Tınaz, Pınar/Gök, Sibel/Karatuna, Işıl, “Türkiye’de İşyerinde Psikolojik Taciz Oranının Ve Türlerinin Belirlenmesi: Bir Ölçek Geliştirme Çalışması”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 2010, 9 (34).
 - Uluşan, İhsan, Özellikle borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluk, İstanbul 1990.
 - Ünal, Canan, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, İSGHD, 10/37, 2013.
 - Vartia, Maarit, “The Sources of Bullying - Psychological Work Environment and Organizational Climate”, (1996), European Journal of Work and Organizational Psychology, 5.
 - W. Siebert, “Şahsiyet Haklarıyla İlgili Meseleler”, Çev. Bilge Öztan, AÜHFD, C.XXVI, Sayı:1-2, 1969.
 - Yamada, David C., “Workplace Bullying and The Law: Emerging Global Responses”, (2012).
 - Yamada, David C., “Workplace Bullying and The Law: U.S. Legislative Developments 2013-2015”, (2015).
 - Yavuz, Nihat, Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser ve Hizmet Sözleşmeleri, Ankara 2011.
 - Yenisey, Kübra Doğan, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırıcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, S.11 (2006/4).
 - Yıldız, Selver/Kılış, İlknur, “Psikolojik Taciz Olgusuna 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Bir Bakış”, (2010), Çalışma İlişkileri Dergisi (Journal of Labour Relations), Cilt :1, Sayı:1.

Asıl İşveren ile Alt İşverenler Arasındaki Rücu İlişkisi

Öz

Asıl işveren alt işveren ilişkisi, uygulamada kötüye kullanım nedeniyle 4857 sayılı Kanunda önemli sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlandırmalara uyulmadan işçi temini amacıyla kurulan asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisi yasa tarafından baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edilmiştir. Açılan davalarda ilk başlarda muvazaalı alt işverenler hakkında husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Ancak Yargıtay'ın son dönemdeki isabetli içtihadında asıl işveren ile birlikte, haksız fiil hükümlerine göre muvazaalı alt işveren de BK m. 61 uyarınca müteselsilen sorumlu kabul edilmektedir.

Bu içtihadın asıl işveren ile alt işveren arasındaki Borçlar Hukuku ilişkisinde önemli sonuçları söz konusudur. Asıl işverenlerin İş Kanunu m. 2 uyarınca ödemek zorunda kaldıkları işçilik alacaklarını rücu için açtıkları davalarda, alt işveren İş Hukuku kapsamında bir sorumluluğu olmadığından rücu hakkı olmadığını savunmaktadır. Tersine kendisi ödemek zorunda kaldığı tutarları da, asıl işveren-

den aynı gerekçe ile talep edebilmektedir. Acaba bu savunmada olduğu gibi, asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisinde İş Hukuku ilkeleri uygulanabilir mi? Yargıtay'ın işçinin hukuki durumunu ilgilendiren muvazaanın asıl işveren alt işveren arasındaki rücu bakımından bir etkisinin bulunmadığı, somut sözleşmede açık hüküm bulunmadığı takdirde BK m. 167'deki eşit paylaşım karinesinin uygulanacağı içtihadı isabetli midir?

Bu çalışmada belirtilen bu soruların yanıtı aranmıştır. Burada en başta, asıl işveren ile alt işverenin muvazaanın, başka deyişle işçiye karşı haksız fiilin birlikte tarafı olduklarından rücu konusunun -asıl işveren alt işveren ilişkisi hukuka uygun olsun ya da olmasın- aynı şartlarda değerlendirilmesi gerektiği ve sözleşmelerde açık bir kararlaştırmaya yer verilmediği takdirde, ilişkinin işçi temini olmayıp işin devri konulu olması nedeniyle, sorumluluğun bütünüyle alt işverende olduğu, çıkış noktası olarak tespit edilmelidir.

Anahtar Sözcükler:

Asıl işveren- alt işveren ilişkisi, birlikte sorumluluk, rücu.

Recourse Between Principal Employer and Subcontractors

Abstract

Principal employer-subcontractor relationship is subjected to significant restrictions under Law numbered 4857 due to abuse in practice. In a principal employer-subcontractor relationship which is not complied with those restrictions with the intent of employee recruitment, subcontractor's employee is accepted as the employee of the principal employer

from the beginning by law. In the filed lawsuits, initially, they were dismissed on the ground of lack of hostility regarding simulated subcontractors. However according to the recent judgments of the Court of Cassation, simulated subcontractor is held jointly liable with principal employer under tort rules pursuant to article 61 of Code of Obligations.

*İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku; mkabakci@itu.edu.tr

**İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku; haciogluar@itu.edu.tr

This judgment has important outcomes in the obligational relationship between the principal employer and the subcontractor. In the case of principal employers' recourse for the labour claims which the principal employer was obliged to pay pursuant to article 2 of Labour Act, subcontractor defends that principal employer has no right to recourse on the ground that he has no liability under Labour Law. On the contrary, subcontractor, demands the payments had to be made by himself from the principal employer, based on the same ground. Are the principals of labour law applicable to recourse between the principal employer and the subcontractor, as in this defence? Is the judgment of the Court of Cassation that the simulation which concerns legal status of the employee, has no effect regarding the recourse between the principal

employer and the subcontractor; unless otherwise is provided, share and share alike principle under the article 167 of Code of Obligations will be applicable?

Answers of the aforementioned questions have been sought in this study. First and foremost, it must be set as starting point that recourse between principal employer and subcontractor must be evaluated under the same conditions whether principal employer-subcontractor relationship is legal or not, since both principal employer and subcontractor are party to simulation, in another saying, they are joint tortfeasors regarding the employee; and unless otherwise agreed, liability relies entirely on subcontractor for the reason that subject matter of the relation is the transfer of the business not the employee recruitment.

Keywords:

Principal employer-subcontractor relationship, joint liability, recourse.

I. Giriş

Asıl işveren alt işveren ilişkisi uzun yıllardan beri Türk İş Hukuku uygulama ve öğretisinin en önemli konularından biridir. Sorunun kaynağı iş güvencesiz, daha düşük ücretle, toplu iş sözleşmesi düzeni dışında işçi çalıştırmak maksadı ile kurulan kötüniyetli asıl işveren alt işveren ilişkileridir. Böyle bir ilişkinin konusu yardımcı işin ya da asıl işin bir bölümünün devri olmayıp uygulamada bordro işverenliği olarak adlandırılan işçi teminidir. Bu konuda 4857 sayılı Kanun ile atılan önemli adımlara rağmen, gelinen aşamada kötüye kullanmanın tam olarak ortadan kaldırıldığını söylemek güçtür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında tanımlanan asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur. Burada alt işverenlerin çok defa az sermayeli ve/veya mali yönden güçsüz olmaları karşısın-

da işçilerin ücret ve diğer işçilik haklarını elde edeme- me riskini ortadan kaldırmak üzere asıl işverenlerin de sorumluluğu kabul edilmiştir¹. Bunun yanında asıl işverenin, alt işverenin işçilerinin emeğinden artı bir değer elde ettiği, ayrıca kendi hakimiyet alanı içinde bu işçileri çalıştırdığından hareketle, birlikte sorumluluğun temellendirildiği de görülmektedir².

Bahse konu sorumluluğun, birlikte borçluluk türlerinden biri olan müteselsil borçluluk³ olduğu konu-

1 Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 172; Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul, 2016, s. 67; Levent Akın, "Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği", AÜHFD, C. 60, S. 4, 2011, s. 733; Hande Bahar Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, 2011, s. 280; Osman Güven Çankaya/ Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006, s. 28.

2 Aykaç, s. 281.

3 Müteselsil borçluluk ve müteselsil sorumluluk kavramlarının sıklıkla birbirinin yerine kullanıldığı vakidir. Müteselsil sorumluluğun, müteselsil borçluluğun haksız fiil hukukundaki bir görünümü olduğu ve esas itibarıyla TBK 61 vd. maddelerinde düzenlendiğine şimdiden işaret etmek isteriz. Bkz. Nurcihan Dalcı Özdoğan, Müteselsil Sorumluluk, Ankara, 2015, s. 25- 26.

sunda doktrin⁴ ve Yargıtay⁵ hemfikirdir. Buna göre alt işveren işçisinin İş Kanunu m. 2/6 kapsamındaki işçilik alacaklarından TBK m. 163 vd. anlamında dış ilişkide iş sözleşmesinden doğan sorumluluk esaslarına göre alt işveren ve kanundan doğan sorumluluk uyarınca asıl işveren birlikte sorumludurlar. İşte bu çalışmanın konusu bakımından sorun, asıl işveren ile alt işveren arasındaki iç ilişkide rücutur. Doğrudan İş Hukukunun inceleme alanına girmeyen bu konunun incelenmesinin önemli olduğunu düşünüyoruz. Burada sorunun kaynağı, rücu ilişkisinin salt Borçlar Hukukunun konusunu mu oluşturduğu, yoksa İş Hukuku esaslarının da birlikte dikkate alınıp alınmaya çağıdır.

Aşağıda öncelikle müteselsil borçlulukta borçlular arasındaki iç ilişkiye dair Borçlar Hukuku düzenlemeleri kısaca incelendikten sonra, konu Yargıtay 11., 13. ve 23. Hukuk Dairelerinin kararlarından hareket ile mevcut uygulama ile olması gereken bağlamında incelenecektir.

II. Borçlar Hukukunda Müteselsil Borçluluk

Asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisi bakımından, en başta Borçlar Kanununun müteselsil borç-

lular arasındaki iç ilişkiye dair esasların tespiti önemlidir. Bunlar konunun hukuki temellerini oluşturduğu gibi konuyla ilgili davalarda Borçlar Hukuku ile sınırlı bir değerlendirmeye gidildiği, özellikle alt işveren işçisinin hukuki durumu açısından alt ve asıl işveren ile olan ilişkinin İş Hukuku yönünden özellikleri üzerinde durulmadığı Yargıtay kararlarından görülmektedir.

Yargıtay'a göre, "Bu düzenleme (İşK m. 2/6), işçi alacağına güvence altına alınması amacıyla yapılmış olup, sadece işçilere karşı bir sorumluluktur. Asıl ve alt işveren arasındaki ilişkide ise İş Hukuku değil, Borçlar Kanunu ve sözleşme hukuku esas alınacağından, uyumsuzluğun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gereklidir"⁶.

İş Kanunundaki asıl işveren alt işveren ilişkisine dair hükmün konusundan hareket ile aralarındaki rücu ilişkisinde uygulanamayacağını vurgulayan bir diğer karara göre, "Taşeron (yüklenici) ile asıl işveren arasındaki bir düzenlemeyi içermeyen 1475 sayılı Yasa'nın 1/son maddesinin dava konusu olaya uygulanması mümkün olmayıp, bu itibarla, uyumsuzluğun, davacı ile davalı arasındaki sözleşme hükümlerine göre, çözümlenmesi gerektiğinden, TBK'nın 167. maddesinin de uygulanması söz konusu olmayacaktır. Zira, yüklenici ile işveren arasında imzalanmış olan sözleşme hükümleri ve eklerine göre, bu tür ihtilaflardan yüklenici sorumludur"⁷.

Yargıtay'ın konuyla ilgili uygulamasını genel hatları ile yansıtan bu iki karardan iki çıkarımda bulunmak mümkündür: Asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenleyen İş Kanunu hükmünün iç ilişkide rücutunun kapsamı bakımından hiçbir belirleyiciliği yoktur ve tamamlayıcı bir hukuk kuralı olarak TBK m. 167 asıl işveren ile alt işveren arasında rücu bakımından bütünüyle serbest hareket edilebilecek bir alan tanımaktadır.

Acaba bu bakış açısı her durumda isabetli midir? Bu soru üzerinde durmadan önce, konunun Borçlar Hukuku yönüyle incelenmesinden, özellikle "borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği"ne vurgu yapan TBK m. 167 hükmünün haklı bir soru işaretine neden olduğuna işaret etmek isteriz.

4 Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s. 120; Talat Canbolat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992, s. 71; Çankaya/ Çil, s. 29; Ünal Narmanlıoğlu, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Sorumluluklar", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008, s. 69; Ercan Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Ankara, 2011, s. 69; Aykaç, s. 283; Akın, s. 733; İbrahim Aydın, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Geliştirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 219; Hamdi Mollamahmutoğlu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2014, s. 224; Öner Eyrenci/ Savaş Taşkent/ Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s. 38; Süzek, s. 172; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 68; Kenan Tunçomağ/ Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2016, s. 56.

5 Bkz. Yarg.13.HD, 16.11.2015, E. 2015/25618, K. 2015/33180; Yarg.23.HD, 22.06.2015, E. 2014/6532, K. 2015/4784; Yarg.13.HD, 22.12.2015, E. 2015/34172, K. 2015/37504; Yarg.13.HD, 25.01.2016, E. 2014/44232, K. 2016/1391, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası (www.legalbank.net). Aşağıda kaynak gösterilmeksizin atıfta bulunulan Yargıtay kararları adı geçen veri bankasından alınmıştır.

6 Yarg.13.HD, 19.01.2016, E. 2015/28048, K. 2016/878. Benzer yönde aynı Daire, 15.09.2015, E. 2014/22552, K. 2015/26967

7 Yarg.23.HD, 08.06.2016, E. 2014/6540, K. 2016/4393.

1. Sorumluluğun Niteliği (Dış İlişki)

Müteselsil borçluluk, kısmi borçluluktan farklı olarak *borçluların borcun tamamından sorumlu olduğu, alacaklının da borcun tamamını borçluların her birinden talep edebildiği; ancak borçlulardan birinin ifasıyla borcun sona erdiği bir borç ilişkisidir*⁸. Alacaklı borçluların birinden, bir kaçından ya da tamamından borcun ifasını isteme hususunda seçim hakkına sahiptir⁹.

Tali borçtan farklı olarak borçlular arasında öncelik sonralık ilişkisinin bulunmaması, bu ilişkinin karakteristiğidir. Asıl işveren - alt işveren ilişkisindeki birlikte sorumluluk hükmü ile işçinin korunması amaçlandığından, asıl işverenin öncelikle alt işverene başvurulması gerektiği yönünde bir def'i hakkı düşünülemez. Yine uygulamada sıklıkla rastlanılan asıl işverenin, hak edişleri alt işverene eksiksiz ödediğinden bahisle, işçilere karşı herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı savunmasının hukuken bir değeri bulunmamaktadır. İşte işçi açısından böyle nitelikli bir korumayı sağlayacak birlikte borçluluk türü, müteselsil borçluluktur.

Müteselsil borçluluk, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 162 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun konuyu iradi ve kanuni müteselsil borçluluk olmak üzere iki şekilde ele almıştır. Önemle vurgulamak gerekir ki, asıl işveren ile alt işveren arasındaki müteselsil sorumluluk doğrudan kanundan doğduğundan, işçi aleyhine aksinin kararlaştırılması mümkün değildir¹⁰. Diğer yandan eksik teselsül - tam teselsül ayrımının 6098 sayılı Kanun ile kaldırıldığına da işaret etmek isteriz¹¹. Bu

bağlamda 818 sayılı BK zamanında yapılan tartışmaların¹² büyük ölçüde anlamını yitirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu olması, alacaklının dilediği borçluya başvurma imkânına sahip olması yönüyle müteselsil borç ilişkisinde alacaklının hukuki durumunu güçlendirir¹³. Buna karşılık, alacaklının seçim hakkı dikkate alındığında, özellikle borçlulardan yalnız birinin ifa talebine muhatap olma ihtimali düşünülünce, borçlular açısından oldukça dezavantajlı bir durum yaratır¹⁴. Bu sebeple, borcun tamamını ifa eden müteselsil borçlunun birlikte sorumlu olduğu diğer borçlulara rücu imkânı tanınmıştır¹⁵: "*Kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir*" (TBK m. 167/2)¹⁶. Üstelik sözü edilen rücu hakkı TBK m. 168 gereği halefiyetle desteklenmiş durumdadır¹⁷. Buna göre, diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.

2. Borçlular Arasında Rücu Şartları (İç İlişki)

Borçlular arasında rücunun temel şartı, alacaklının tatmin edilmesidir¹⁸. Alacaklının salt bir ihtarname ile ifa talebinde bulunmuş, icra takibi başlatmış ya da dava açmış olması yeterli olmayıp borcun fiilen ödenmiş olması gerekir¹⁹. İfa yanında borcu sona erdiren hallerden olarak takasın da bu sonucu doğuracağı belirtilmelidir²⁰. Kısmi ifanın söz konusu olduğu hallerde

8 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2014, s. 1197. Ayrıca bkz. Turgut Akıntürk, Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971, s. 25; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 285; M. Kemal Oğuzman/ M.Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul, 2013, s. 452; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara, 2013, s. 741; Haluk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2013, s. 346; Dalcı Özdoğan, s. 25.

9 Dalcı Özdoğan, s. 50.

10 Canbolat, s. 71; Narmanlıoğlu, s. 67; Murat Engin, "Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul, 2009, s. 19; Dalcı Özdoğan, s. 60.

11 Çiğdem Kırca, "6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu

Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler), İstanbul, 2013, s. 23.

12 Bu tartışmalar için bkz. Akin, s. 743 vd..

13 Müteselsil borçluluğun bir nevi kişisel teminat olduğu yönünde bkz. Kadir Berk Kapancı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2015, s. 25.

14 Kapancı, s. 25; Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz/ H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, s. 502.

15 Oğuzman/ Öz, s. 474 vd.; Kapancı, s. 25; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 502.

16 Dalcı Özdoğan, s. 87; Emine Koçano Rodoslu, Rücu Hakkı, Ankara, 2016, s. 12.

17 Koçano Rodoslu, s. 14-15. Halefiyetle rücu arasındaki ilişki için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Türk Borçlar Kanununda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979, s. 14.

18 Eren, s. 1210; Kapancı, s. 389; Koçano Rodoslu, s. 66.

19 Eren, s. 1213; Dalcı Özdoğan, s. 89.

20 Koçano Rodoslu, s. 66.

ise, müteselsil borçlunun yalnızca iç ilişkideki payını aşan kısmının rücuya imkân vereceği unutulmamalıdır²¹.

Öte yandan alacaklının borçlulardan birini ibra ettiği durumlarda TBK 166. maddesinin son fıkrası uyarınca diğer borçluların ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarılmış olacağı düşünülecek olursa, ibra edilen borçluya rücu edilemeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır²².

İkinci ve asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisi bakımından daha da önemli olan şart, alacaklıya yapılan ödemenin ödemede bulunan borçlu için iç ilişkide sorumlu olduğu paydan fazla olmasıdır²³. Bu hususta TBK 167/1, "aksi kararlaştırılmadıkça" şeklinde başlayan bir tamamlayıcı hukuk kuralına yer vermiştir. Buna göre borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludur, iki hal hariç: Taraflar arasında aksine açık bir kararlaştırmanın varlığı ve borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden aksinin anlaşılması.

Başka deyişle eşit paylaşım ilkesi olarak ifade edilen bu karine²⁴, tarafların aralarındaki ilişkide farklı bir oran belirlediği veya böyle bir belirleme söz konusu olmasa bile, işin niteliğinin farklı bir paylaşımı zorunlu kıldığı ispatı ile çürütülebilir.

Gerçekten müteselsil borç ilişkisinde borçlu tarafı oluşturan kişiler, çok istisnai hallerde tesadüfen bir araya gelmişlerdir²⁵. Sıklıkla karşılaşılan, bu kişilerin arasında mevcut bir hukuki ilişkinin varlığı ve bu ilişkinin iç ilişkideki sorumluluğu düzenlemiş olmasıdır. Bu açıdan müteselsil borçlular kendi aralarında anlaşmak suretiyle TBK m. 167/1'de öngörülen eşit paylaşım ilkesini dışlayarak sorumluluğu dağıtabilecekleri gibi, içlerinden yalnızca birinin borcun tamamından sorumlu olacağını da kararlaştırabilirler. Hemen belirtelim bu yöndeki anlaşma, müteselsil borçluluğun doğumundan önce yapılabileceği gibi sözü edilen anlaşmanın borcun doğumundan sonra yapılmasına da bir engel bulunmamaktadır²⁶.

Benzer şekilde, eşit paylaşım ilkesinin doğrudan kanun tarafından dışlanması da söz konusu olabilir. Bu yönde sıklıkla karşılaşılan bir hal, birden çok kimse için ortak kusurla veya farklı sebeplerle aynı zararın meydana gelmesine sebep olmalarıdır. Böyle bir durumda tazminatın müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşulların, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığının ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağını öngören TBK'nın 62. maddesi uygulama alanı bulur²⁷. Bu durumda hâkim, takdir hakkını TMK m. 4'deki ölçülerde kullanarak iç ilişkideki sorumluluğu farklı takdir edebilecektir²⁸.

Bunun yanında işin niteliği de iç ilişkide farklı bir paylaşımı gerektirebilir. Zira bu çalışmanın konusu bakımından önemli olarak, müteselsil borçlulardan her birinin alacaklı ile olan ilişkisindeki menfaati aynı olmayabilir²⁹. Birden fazla borçlulardan birinin müteselsilen borç altına girmekte hiçbir menfaati yoksa veya borçlulardan biri karşı edimden tek başına ya da diğer borçludan daha fazla yararlanıyorsa, bu hallerde eşit paylaşım ilkesinin geçerli olacağını kabul etmek hakkaniyete aykırı olacaktır³⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki TBK 164/2 gereği, ortak savunma ve def'ileri sürmeyen müteselsil borçlu rücu hakkına sahip değildir³¹.

Rücu talebinde bulunacak olan müteselsil borçlu, alacaklıya yaptığı ödeme ile iç ilişkide sorumlu olduğu değer arasındaki farkın iadesinden başka faiz ve diğer masraflarının da karşılanmasını talep edebilir³².

III. Müteselsil Borçlular Olarak Asıl İşveren ile Alt İşveren Arasında Borcun Paylaşımı

1. Açık Kararlaştırma

Yukarıda işaret edildiği üzere Yargıtay kanundan doğan müteselsil borçlular olarak asıl işveren ile alt iş-

21 Dalcı Özdoğan, s. 90.

22 Eren, s. 1214; Nomer, s. 347; Dalcı Özdoğan, s. 91.

23 Dalcı Özdoğan, s. 91.

24 Dalcı Özdoğan, s. 100.

25 Akıntürk, s. 207.

26 Dalcı Özdoğan, s. 100.

27 Koçano Rodoslu, s. 116.

28 Eren, s. 1210; Oğuzman/ Öz, s. 476.

29 Akıntürk, s. 211.

30 Akıntürk, s. 211.

31 Kapancı, s. 182; Dalcı Özdoğan, s. 91.

32 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kapancı, s. 421 vd.

veren arasındaki rücu bakımından, İş Kanunu m. 2/6 düzenlemesini hiç dikkate almadan, aralarındaki hukuki ilişkiyi kuran başta eser olmak üzere Borçlar Hukuku sözleşmesinde yer alan hükümlere mutlak değer vermek; somut kararlaştırmanın bulunmadığı hallerde de Kanundaki eşit paylaşım karinesini işletmektedir. Buna göre Yargıtay, asıl işveren ve alt işveren arasındaki rücu ilişkisi bakımından TBK m. 167'deki "borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği" üzerinde durmaksızın, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi kuran sözleşme ve eklerinde konuyla ilgili özel bir hükmün olup olmadığından hareket etmektedir.

Bu hususu asıl işverenin alt işverene rücu yönüyle ele alan bir karara göre, "Dava konusu olayda da taraflar arasında asıl işveren- alt işveren ilişkisi mevcut olup, davacı ve hükmü temyiz eden davalı ... arasındaki hizmet sözleşmesi ve eki olan şartnamelerde, dava konusu tazminattan tümüyle yüklenicinin sorumlu olduğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, dava dışı işçiye yapılan ödeme nedeniyle davalı ...'ın kendi dönemi ile sınırlı olmak üzere, davacı ... ile yarı oranda sorumlu olduklarının kabulü gerekir"^{33,34}.

Yüksek mahkeme, konuyla ilgili kararlarının hemen hemen tamamında "tarafların serbest iradeleri ile düzenlediği bu sözleşme hükümleri bağlayıcıdır" tespiti ne yer vermektedir. Bunu destekler biçimde, "tacir olan davalının (yüklenicinin) çalıştırdıkları işçilerin fiili işçilik dışında sair tazminat haklarından sorumlu olacaklarını bilebilecek durumda oldukları ancak, davacı kurumun da asıl işveren durumunu muhafaza etmesi nazara alındığında doğan zararlardan tarafların yarı yarıya sorumlu

olduğunun kabulü gerekir"³⁵ değerlendirmesinde bulunmaktadır.

Buna göre asıl işveren ile alt işveren arasındaki hukuki ilişkiyi kuran Borçlar Hukuku sözleşmesinde alt işveren işçilerinin İş Kanunu m. 2/6 kapsamındaki işçilik alacaklarından münhasıran alt işverenin sorumlu olduğunun ya da asıl işverenin alt işveren işçisine İş Kanunu m. 2/6 uyarınca olası bir ödemesi durumunda alt işverene rücu hakkının açıkça kararlaştırıldığı durumda, bu kararlaştırma TBK m. 167 uyarınca geçerli olup, iç ilişkide sorumluluğun sınırını oluşturur.

Konuyla ilgili taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesinde, asıl işverenin ve alt işverenin sözleşmeden doğan borç ve yükümlülüklerinin sayıldığı hükümler, iç ilişkide TBK m. 167 anlamında aksine bir kararlaştırma olarak kabul edilmemektedir. Örneğin "Taraflar arasındaki hizmet alım sözleşmelerinde davalı yüklenici şirketlerin dava dışı işçinin kıdem tazminatı alacağından sorumlu olduklarına dair hüküm bulunmadığı anlaşılmakla, ... her bir yüklenicinin sorumlu olduğu döneme ilişkin kıdem tazminatının yarısından asıl işveren konumundaki davacının, diğer yarısından davalı yüklenicilerin sorumlu olduğu gözetilmelidir"³⁶.

Yargıtay, kamu ihale mevzuatı kapsamında geçen Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin "Yüklenici, çalıştırdığı işçilerin, işin yapılmakta olduğu bir iş kolu veya meslekte aynı tipteki bu iş için mevzuatta kabul edilenlerden daha az elverişli olmayan şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlayacaktır. Ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmiş olması halinde yüklenici, en yakın ve en uygun bir bölgedeki iş kolu veya meslekteki aynı tip bir iş için mevzuatla tespit edilenlerden daha az elverişli olmayan ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarını sağlayacaktır" hükmünü (m. 38), asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisini düzenleyen bir hüküm olarak kabul etmemektedir. Yargıtay'a göre, bu hüküm "çalışanların fiili işçilik ücretleri ile ilgili özlük haklarına ilişkindir"³⁷, başka deyişle yüklenici alt işverenin istihdam edeceği işçileri-

33 Yarg.13.HD, 02.02.2016, E. 2015/19323, K. 2016/2426.

34 Tersine alt işverenin asıl işverene rücu talepli bir davaya ilişkin kararda da, "halde tarafların serbest iradeleri ile düzenlemiş oldukları sözleşme hükümleri tarafları bağlayacağından, iç ilişki itibarıyla, dava dışı işçiye yapılan ödemedan davacı ve davalı Kurumun yarı yarıya sorumlu olduklarının kabulüne olanak bulunmamaktadır. Bu durumda 'davacının alt işveren olarak ödemiş olduğu miktarın 1/2'sini davalıdan rücu tahsilini talep etmiş olduğu' iş bu davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece açıklanan hususlar göz ardı edilerek, 'davacı tarafından ödenen işçi alacaklarından tarafların müteselsilen sorumlu oldukları ve bu sorumluluğun da eşit oranda olması gerektiği' belirtilmek suretiyle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş olması ... bozmayı gerektirir" Yarg.13.HD, 04.03.2014, E. 2013/31033, K. 2014/5901.

35 Yarg.13.HD, 20.06.2012, E. 2012/6197, K. 2012/16178.

36 Yarg.13.HD, 23.11.2015, E. 2015/32903, K. 2015/34139.

37 Yarg.13.HD, 22.12.2015, E. 2015/341725, K. 2015/37504. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi de, aynı hükmü benzer nitelikte değerlendirmektedir (22.06.2015, E. 2014/6532, K. 2015/4784).

le ilgili ücret ve diğer çalışma koşullarıyla ilgili uymayı taahhüt ettiği koşullardır.

2. Eşit Paylaşım Karinesi

İç ilişki bakımından asıl işveren ile alt işveren arasındaki Borçlar Hukuku sözleşmesinde açık bir kararlaştırmanın bulunmadığı durumda ise, Yargıtay doğrudan eşit paylaşım ilkesini işletmektedir. Yüksek Mahkeme bu uygulamasında, asıl işveren alt işveren ilişkisinin İş Kanunu m. 2'deki unsurlar bakımından geçerli olup olmaması arasında bir fark gözetmemekte, muvazaa ya da asıl işin bir bölümünün alt işverene devrine dair sınırlandırmaya uyulmaması nedeniyle alt işveren işçisinin baştan itibaren asıl işveren işçisi kabul edildiği durumlarda dahi, işverenlerin birbirlerine rücu bakımından aralarındaki sözleşme hükümlerini esas almakta, rücu konusunda bir sözleşme hükmünün bulunmadığı halde de eşit paylaşım karinesini işletmektedir.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu ve taraflar arasındaki rücu bakımından özel bir kararlaştırmanın bulunmadığı bir olaya ilişkin verilen kararda, "Hal böyle olunca tacir olan davalıların çalıştırdıkları işçilerin fiili işçilik dışında sair tazminat haklarından sorumlu olacaklarını bilebilecek durumda oldukları ancak, davacı Bakanlığın da asıl işveren durumunu muhafaza etmesi nazara alındığında doğan zararlardan tarafların yarı yarıya sorumlu olduğunun kabulü gerekir"³⁸. Buradan hareket ile Yargıtay'ın İş Kanunu m. 2 kapsamında muvazaa ile asıl işin devrine dair sınırlandırmayı işçinin hukuki durumu ile sınırlı olarak ele aldığı, geçersizlik yaptırımını asıl ve alt işveren arasındaki hukuki ilişkiye teşmil etmediğini söylemek hatalı olmayacaktır.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi muvazaalı asıl işveren- alt işveren ilişkisinde asıl işverenin alt işverene rücu davasında, benzer yönde "Davacıyı işveren konumundan çıkarmak için yapılan muvazaa, taraflar arasında sözleşme hükümlerinin uygulanmasında davacının rücu talebini engelleyici bir etkiye sahip değildir." görüşündedir³⁹. Karara karşı yazılan muhalefet görüşünde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu halde asıl işverenin gerçek işveren olarak muvazaalı alt işverenden rücu talep hakkı olamayacağı, taraflar arasın-

daki sözleşmeye dayanılarak sorumluluğun muvazaalı alt işverene yüklendiğinin kabulünün, "hakkaniyete uygun olmadığı gibi sözleşmeyle sorumluluk kuralına da uygun olmadığı" görüşü bildirilmiştir.

3. Sorumluluğun Belirlenmesinde Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Konusu

Ulaşabildiğimiz Yargıtay kararlarından hiçbirinde İş Kanunu m. 2'nin gereği müteselsil borçlular olarak asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisinde "borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği" üzerinde durulmamış; konu taraflar arasındaki Borçlar Hukuku sözleşmesinde somut bir kararlaştırma varsa buradaki, yoksa TBK m. 167'deki eşit paylaşım karinesine göre ele alınmıştır. Bize göre asıl işveren alt işveren ilişkisi bağlamında TBK m. 167 uyarınca yapılacak bir değerlendirmede taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği göz ardı edilmeyecek derecede önemlidir.

Yargıtay'ın İş Kanunu m. 2/6'da asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisine dair bir kural olmadığı, düzenlemenin işçinin hukuki durumu, başka deyişle dış ilişki ile sınırlı olduğu tespitine katılmamak mümkün değildir. Yine göz ardı edilemeyecek bir gerçek, TBK m. 167 düzenlemesinin "aksi kararlaştırmadıkça" ifadesi ile sabit olduğu üzere emredici değil, tamamlayıcı bir hukuk kaynağı olduğudur⁴⁰. Buna göre en azından İş Kanunu m. 2/6 hükmüne uygun asıl işveren alt işveren ilişkilerinde, alt işveren işçisinin işçilik alacaklarından münhasıran alt işverenin ya da uygulama açısından gerçekçi olmamakla birlikte münhasıran asıl işverenin sorumlu olacağı, bu kararlaştırmanın aksine İş Kanunu m. 2/6 uyarınca ödeme yapmak zorunda kalan tarafın diğer taraftan ödediği tutarı tümüyle rücu edebileceği yolunda bir kararlaştırma geçerlidir.

Ancak bu şekilde açık bir kararlaştırmanın bulunmadığı halde TBK m. 167'deki eşit paylaşım karinesinin uygulanması mutlak olmamalıdır. Yukarıda altı çizildiği üzere, müteselsil borçlulardan her birinin alacaklı ile olan ilişkisindeki menfaatin aynı olmadığı durumlarda, aksine bir kararlaştırma bulunmasa bile eşit paylaşım karinesi uygulanmayabilecektir. Borçlar Hukuku öğretisinde ifade edildiği üzere, birden fazla borçlulardan birinin müteselsilen borç altına girmekte hiçbir menfa-

38 Yarg.13.HD, 20.04.2015, E. 2015/7625, K. 2015/12607

39 Yarg.23.HD, 17.12.2015, E. 2015/2283, K. 2015/8227.

40 Eren, s. 1210.

ati yoksa veya borçlulardan biri karşı edimden tek başına ya da diğer borçludan daha fazla yararlanıyorsa, bu hallerde eşit paylaşım ilkesinin geçerli olacağını kabul etmek hakkaniyete aykırı olacaktır⁴¹.

Bilindiği üzere sözleşmeler hukukunda nispi ilke geçerli olup, bundan sözleşme ile ancak taraflarının bağlı olması, genel kural olarak üçüncü kişiler üzerinde sonuçlarının olmaması anlaşılır⁴².

İş Kanunu m. 2/6 düzenlemesi uyarınca asıl işveren alt işveren ilişkisi, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işverende aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkidir". Düzenleme ile amaç, asıl işvereni, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu kılmaktır. Bu surette sözleşmelerin nispi ilkesine bir istisna getirilmekte ve alt işveren işçilerini korumak için kanundan doğan bir müteselsil borçluluk yaratılmaktadır.

Müteselsil borçlulardan asıl işverenin sorumluluğu, alt işveren ile yaptığı bir Borçlar Hukuku sözleşmesinin kanuna dayalı sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu surette alt işveren işçisi, alt işverene karşı iş sözleşmesi hükümlerinden doğan talep hakkından başka, Kanundaki unsurların gerçekleşmesi koşuluyla asıl işverene karşı bir talep hakkı elde etmektedir. Yoksa sorumluluk bakımından asıl işverenin alt işveren işçileriyle ilgili iradi bir işlemi bulunmamaktadır⁴³.

Bu noktada asıl işveren alt işveren ilişkisinin konusu, asıl işveren işyerinde görülen yardımcı işin ya da asıl işin bir bölümünün alt işverene devridir. Buna göre bu ilişkinin asıl işveren tarafından anlamı, uzmanlık, daha uygun maliyet gibi bir nedenle işyerinde yapması gereken bir işi üçüncü kişi eli ile gördürmek, alt işveren açısından da, eser, taşıma, kira gibi bir sözleşme ile üstlendiği işi görerek kazanç elde etmektir. Alt işverenin üstlendiği işin ifası için işçi istihdam etmesi asıl işveren alt işveren

ilişkinini kuran Borçlar Hukuku sözleşmesinin konusu değil, sonucudur. Bu tabloda asıl işveren ile alt işverenin karşılıklı menfaatleri karşılaştırıldığında, İş Kanunu m. 2/6 uyarınca müteselsil sorumluluğun konusu olarak alt işveren işçilerinin istihdamında, doğrudan menfaat alt işverendedir. Bu işçiler sayesinde alt işveren üstlendiği işi görmekte ve asıl işverenden karşı edime hak kazanmaktadır. Asıl işveren, işinin görülmesinin karşılığında sözleşmede üstlendiği edimi alt işverene ifa ettiğinde, alt işverene karşı sorumluluktan kurtulmaktadır. Yoksa İş Kanunu m. 2/6 düzenlemesi sözleşme ilişkisi anlamında asıl işvereni alt işveren işçisinin muhatabı haline getirmemektedir⁴⁴.

Asıl işveren ile alt işveren arasında işin görülmesi konulu Borçlar Hukuku sözleşmesi yapılırken, karşılıklı edimlerin denkliği ilkesi gereği alt işverenin hak kazanacağı karşı edimi belirlerken tüm maliyetleri, bu arada işçilik giderlerini de dikkate alması beklenir. Dolayısıyla İş Kanunu m. 2/6 uyarınca asıl işverenin ödemek zorunda kalabileceği tutar, aslında alt işverene ödenen tutar içerisinde yer almaktadır. İş Hukukundaki işletme rizikosunun işverende olması esası, bu tespitimizi doğrular. Kaldı ki asıl işveren alt işveren ilişkisini kuran birçok sözleşmede, asıl işveren devrettiği işin maliyetleri bağlamında, alt işverene istihdam edeceği işçilerin kıdem tazminatı ile ilgili bir ek ödeme kararlaştırılmaktadır.

Belirtilen nedenlerle İş Kanunu m.2'ye uygun asıl işveren alt işveren ilişkilerinde, müteselsil borçlular olarak asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisinde, sözleşmede açık kararlaştırma bulunmadığı takdirde TBK m. 167'deki eşit oranda sorumluluk karinesinin yerine, borcun niteliği gereği müteselsil borçlulardan asıl işverenin İş Kanunu m. 2/6 uyarınca ödemek zorunda kaldığı tutarı alt işverenden bütünüyle rücu edebilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

4. Kanuna Aykırı Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Konusu

İş Kanunu m. 2/6 hükmüne aykırı olarak muvazalı ya da asıl işin devriyle ilgili getirilen sınırlandırmaya uyulmaksızın kurulan ilişkilerde, işçi açısından yaptırım kendisinin baştan itibaren asıl işveren işçisi olarak işlem görmesidir. Acaba bu durum, asıl işveren ile alt işveren

41 Akıntürk, s. 211.

42 Eren, s. 18.

43 Narmanlıoğlu, s. 61.

44 Narmanlıoğlu, s. 61.

arasındaki rücu ilişkisine dair bir üst başlıkta yer verilen değerlendirmede bir değişikliği gerektirir mi? Bize göre, evet çünkü böyle bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin konusu bir işin görülmesi değil işçi temini, uygulamadaki adı ile bordro işverenliğidir.

Kanuna uygun olmayan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren açısından Kanunun cevaz vermediği amaçlar söz konusudur. Asıl işveren bu surette işçi istihdamıyla ilgili işletme rizikosundan kurtulmayı, ekonomik yönden daha avantajlı bir durum elde etmeyi amaçlamaktadır. Asıl işveren tarafındaki bu kötüye kullanma, alt işveren tarafında kazanç elde etme maksadıyla asıl işverenin hukuka aykırı uygulamasına katılma, tarafı olma şeklinde ortaya çıkmaktadır. İş Kanunu m. 2/6'yu ihlal eden uygulamada, İş Hukuku anlamında korunmaya değer menfaatler bakımından asıl işveren ve alt işveren eşit düzeyde kusurludurlar. Dolayısıyla kanuna aykırı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde müteselsil borçlular arasındaki rücu bakımından BK m. 167 hükmünden hareket ile açık bir kararlaştırmanın varlığı halinde bunun; bir kararlaştırma bulunmadığı takdirde eşit paylaşım karinesinin uygulanması gerektiği görüşünderiz⁴⁵.

5. 6552 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliğin Etkisi

İş Kanununun "Bazı kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kıdem tazminatı" başlıklı 112. maddesine 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun m. 8 ile eklenen yeni fıkralarda, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde onlardan kamu ihale mevzuatı hizmet alım sözleşmeleri ile iş üstlenen yüklenici alt işverenlerin işçisi olarak çalışan işçilerin kıdem tazminatlarının, iş sözleşmesinin tazminata hak kazandırır biçimde sona ermesi şartıyla, yüklenici değişikliklerine rağmen işçinin aynı işyerinde geçen toplam hizmet süresine göre hesaplanacağı ve ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından ödeneceği düzenlenmiştir.

Bu değişikliğin yürürlüğe girmesi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarından kamu ihale mevzuatı hizmet alım sözleşmeleri ile iş üstlenen yükleniciler, bu işler kapsamında istihdam ettikleri işçilerin kıdem tazminatlarından sorumlu olmadıklarını, sorumluluğun mün-

hasıran kamu kurumunda olduğunu savunmuşlardır. Acaba İş Kanunu m. 112'de yapılan değişikliğin amacı, işlevi nedir?

Öncelikle bu değişiklikten önceki uygulamayı hatırlamak, değişiklik ile amaçlananın tam olarak anlaşılması için önemlidir. İş Kanununun asıl işveren alt işveren ilişkisini düzenleyen 2. maddesinde kamu ya da özel hiçbir ayrıma gitmeksizin⁴⁶ bu ilişkinin unsurları ile sınırları çizildiği halde, uygulamada kamu kurumları bir iş mahkemesi ilamı olmaksızın hükümde öngörülen birlikte sorumluluk şartlarına uymamakta; ödemede bulunmamaktaydı. Hatta İş Kanununun 2. maddesine, uygulamada kamu hizmet alımı sözleşmelerini daha da yaygın hale getiren 2006 tarihli 5538 sayılı Kanun ile iki yeni fıkra da eklenmiştir. Bu değişiklik ile kamu kurum ve kuruluşlarında, asıl işveren alt işveren ilişkisi hakkında kanunda yer verilen sınırlandırmaların ve dolayısıyla müteselsil sorumluluğun, kamu işverenleri bakımından ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.

5538 sayılı Kanunun değişiklikle ilgili madde gerekçesinde, kamu hizmet alım ihaleleri kapsamında alt işverenler tarafından istihdam edilen personelin, ilgili kamu kurum ya da kuruluşunun işçisi olduklarını iddia ederek asli kadrolara atanmayı, kamu kurum ve kuruluşunun kendi personeline uyguladığı haklardan yararlanmayı talep ettikleri, eklenen bu iki fıkra ile alt işveren işçilerinin asıl işverenin kamu kurum ve kuruluşu olmadığı hususuna açıklık getirilmek istendiği belirtilmiştir. Daha açık deyişle, İş Kanunu m.2'ye eklenen bu iki fıkra ile kamu hizmet alım sözleşmeleri kapsamında alt işveren işçisi olarak çalışan işçilerin, muvazaa iddiasında bulunmalarının önü kapatılmak istenmiştir.

Öğretide, kamu kesimi işverenlerini koruma, bu kuruluşları asıl işveren alt işveren ilişkisinin yüklediği sorumluluk ve yaptırımlardan kurtarma gayesi güdüldüğü ve bunun da eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçeleri ile eleştirilen⁴⁷ bu düzenleme, hukuk tekniği açı-

46 Öner Eyrenci, "Kamu Faaliyet Gösteren Alt İşveren İşyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi Sürecine İlişkin 6552 Sayılı Kanun Hükümleri", Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İSGHD, Özel Sayı, 2016, s. 136.

47 Ömer Ekmekçi, "Kamu İşverenin Özel Kesim İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar", Legal İSGHD, S. 2006/12, s. 1176 vd.; Gülsevil Alpagut, "Üç Yıllık Uygulamanın Ardından Alt

45 Krş. Aydın, s. 238 vd.; Aykaç, s. 320.

sından eleştirilir yönü bir tarafa, Yargıtay tarafından adeta yok sayılmıştır: “5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait ortaklıklara dair ayrıktan durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açıkça öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temelleri olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur”⁴⁸.

Görüldüğü üzere 5538 sayılı Kanun ile kamu işverenleri hakkında yapılan değişikliklerin, aynı hükümde asıl işveren-alt işveren ilişkisine dair genel sınırlamaların varlığını aynen koruması karşısında uygulanamaz olduğu kabul edilmiştir. İşte bu isabet-

li bakış açısı, konumuz 6552 sayılı Kanun ile değişik İş Kanunu m. 112 hakkında da geçerlidir. 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, asıl işveren olarak kamu kurumlarının bir iş mahkemesi ilamı bulunmadığı sürece İş Kanunu 2. maddedeki müteselsil sorumluluğunu yerine getirmemesine tepki niteliğinde olup çıkış noktası kamu işyerlerinde çalışan yüklenici alt işveren işçilerinin korunmasıdır, yoksa yüklenicinin kendisinin değil. Bu surette İş Kanunu m. 2 ve 6 ile 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 hükümlerindeki koşullarda yüklenici işçisinin kıdem tazminatına hak kazandığının açık olduğu durumlarda, ihale makamı asıl işveren İş Kanunu m. 2’den doğan müteselsil sorumluluğunun gereğini yerine getirecektir.

Açıklanan nedenlerle 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin işlevi, asıl işveren kamu kurum ve kuruluşlarının İş Kanunu m. 2’den doğan müteselsil sorumluluğunun vurgulanması olup, burada kıdem tazminatıyla ilgili sorumluluğun münhasıran asıl işveren kamu kurumunda bulunduğu, yüklenici alt işverenin bir sorumluluğunun olmadığına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Başka deyişle İş Kanunu m. 112, TBK m. 167 anlamında aksine bir kararlaştırma ya da borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği bağlamında, müteselsil borçlular olarak kamu asıl işvereni ile yüklenici alt işvereni arasındaki iç ilişkiyi düzenleyen bir hüküm değildir. Bunu doğrulayan bir başka yön, 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe rağmen İş Kanunu m. 2/6 hükmündeki müteselsil sorumluluk ilkesinin varlığını aynen korumasıdır.

Kaldı ki aksine bir düşünce hem sözleşmeler hukukunun temel ilkelerine aykırıdır hem de asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işin devrinden ziyade, işçi temininin amaçlandığı yolunda örtülü bir kabul anlamına gelir. Çünkü işveren olarak yüklenicinin iş sözleşmesinden doğan kıdem tazminatı sorumluluğundan kurtarılarak bunun asıl işverene yüklenmesinin, İş Hukukunun varlık sebebi olan işçinin korunması ilkesi karşısında açıklanması olanaklı değildir.

Sonuç olarak İş Kanununun 6552 sayılı Kanun ile değişik 112. maddesi kapsamındaki asıl işveren-alt işveren ilişkileri de dâhil, müteselsil borçlular olarak aralarındaki rücu ilişkisi, yukarıdaki genel açıklamalar uyarınca değerlendirilecektir. Yoksa yüklenici alt

İşveren Uygulamasında Yeni Arayışlar”, İntes, Mayıs-Haziran 2006, s. 3 vd. Nüvit Gerek, “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, S. 2007/4, s. 81 vd.; Kübra Doğan Yenisey, “Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar”, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Semineri, Ankara, 2010, s. 28; Mahmut Kabakcı, “Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Saper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, s. 91; Sarper Süzek, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Gerçekleştirilen Alt İşverenlik ve İşçi Temini Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I, İstanbul, 2016, s. 711.

48 Yarg.9.HD,01.11.2010 tarih ve E.2009/43812, K.2010/30888. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili 03.02.2011 tarih ve 7/28 sayılı kararında, Yargıtay’ın bakış açısında olduğu üzere, İş Kanunu’nun 2. maddesine 5538 sayılı Kanun ile eklenen fıkraların, başvuruda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı kurallar olmadığı gerekçesi ile itirazı reddetmiştir.

işverenin kıdem tazminatı yükünden kurtarıldığı, sorumluluğun bütünüyle kamu kurumu asıl işverende olduğu söylenemeyecektir.

IV. Değişen Alt İşverenlerin Sorumluluklarının Ayırıştırılması

1. Temel İlke: Her Alt İşverenin Kendi Dönemi ile Sınırlı Sorumluluğu

Asıl işveren ile alt işveren taraflarının değişmediği durumda, asıl işverenin ya da alt işverenin karşı tarafa rücuu kapsamı açıktır. TBK m. 167'deki esaslar dâhilinde alt işveren işçisine kendi sorumlu olduğu tutardan daha fazlasını ödeyen asıl ya da alt işveren, fazladan ödediği tutarı bütünüyle rücu edebilecektir. Rücu edilebilecek tutar, salt alacak aslı başka deyişle alt işveren işçisinin işçilik alacakları ile sınırlı olmayıp ödemenin bir mahkeme ilamı üzerine olduğu durumda işlemiş faizi, yargılama giderlerini ve vekâlet ücretini de kapsayacaktır.

Rücunun kapsamının belirlenmesiyle ilgili sorun, alt işveren tarafında birden fazla kimsenin bulunduğu hallerde aralarında sorumluluğun paylaşılması bakımından ortaya çıkmaktadır. İşçinin fiilen hep aynı asıl işveren işyerinde çalışmasına karşın süreç içinde hizmet alım sözleşmesinin yenilenmesi gibi nedenlerle alt işverenlerin değişmesi Yargıtay'ın iş hukuku dairelerinin uygulanmasında İş Kanunu m. 6 kapsamında işyeri devri olarak kabul edilmektedir⁴⁹. Sorunun kaynağı işyeri devri hükümlerine göre işverenin sorumluluğunun kendi dönemleri ile sınırlı olmayıp, kendisinden önceki alt işverenler yanında geçen sürelerden de sorumlu olmasıdır. Zira devralan işveren devir öncesi doğmuş alacaklardan sorumlu olduğu gibi, devir sonrasında hizmet süresiyle ilişkili hakların belirlenmesinde işçinin o işyerinde başladığı ilk günü esas almakla yükümlüdür⁵⁰.

İşyeri devri hükümlerine göre birden fazla alt işvere-

nin bulunduğu hallerde, asıl işverenin alt işverenlere rücuu kapsamı bakımından yüksek mahkeme, salt ihbar tazminatından ve yıllık izin ücretinden son alt işverenin münhasıran sorumlu olduğunu, diğer işçilik alacakları bakımından her bir alt işverenin kendi dönemi ile sınırlı rücu sorumluluğunun bulunduğunu vurgulamıştır⁵¹. Karara göre, "Öte yandan davacı Belediye'den tahsil edilen işçilik alacakları, dava dışı işçinin sadece davalı şirket nezdindeki çalışmasını değil, dava dışı diğer alt işverenler nezdindeki çalışmalarını da kapsamaktadır. İşçinin çalışmış olduğu her bir alt işveren dönemine isabet eden işçilik alacaklarından, ilgili olan alt işveren sorumlu olacağından, davalı alt işverenin sorumluluğu da sadece kendi dönemi ile sınırlı olmalıdır. Davalının 'son işveren' olması da bu sonucu değiştirmez. Bununla birlikte feshe bağlı bir hak olan ihbar tazminatından ise, diğer işverenler sorumlu olmayıp, sadece son işveren sorumludur. Başka bir ifade ile davacı asıl işveren, dava dışı işçiye ödemiş olduğu ihbar tazminatını ancak son işverenden rücu tahsilini talep edebilir. Bunun dışındaki tüm işçilik alacaklarından ise, işçinin çalışmış olduğu dava dışı ve davalı alt işverenler, davacı üst işverene karşı, kendi dönemleriyle sınırlı olmak üzere sorumludurlar".

Birden fazla alt işverenin sorumlu olduğu tutarların ayırıştırılması bakımından, ihbar tazminatı dışındaki işçilik alacaklarından her alt işverenin kendi dönemi ile sınırlı olduğu, ihbar tazminatından ve yıllık izin ücretinden ise sadece son alt işverenin sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁵². Örneğin "yıllık ücretli izin hakkından son alt işverenin sorumlu olmasının gerekmesine, dava dışı işçilere ihbar tazminatı ödenmesine davalının sebep olmasına, ihbar tazminatı

51 Yarg.13.HD, 15.12.2015, E. 2015/22811, K. 2015/36787.

52 "İş mahkemesinde görülen davada işçinin toplam kıdem tazminatı alacağı başka alt işveren yanında çalıştığı süreler de dikkate alınarak hesaplanmıştır. Son işveren olan davalı ...'nin ihbar tazminatı ile bu alacağa ilişkin yargılama giderinden sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik yoktur. Ancak, davalının kıdem tazminatı alacağı ile ilgili olarak davacıya karşı olan sorumluluğu kendi dönemine isabet eden miktarla sınırlı bulunduğundan, davalının kıdem tazminatına ilişkin sorumluluğunun buna göre belirlenmesi gerekirken, mahkemece bu yön gözetilmeden davalının ödenen kıdem tazminatının tamamından ve kıdem tazminatına isabet eden yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulması doğru olmamıştır" Yarg.11.HD, 16.01.2015, E. 2014/14971, K. 2015/541.

49 Örneğin Yarg.9.HD, 11.05.2016, E. 2016/15222, K. 2016/11860; Yarg. 9. HD, 08.12.2015, E. 2015/19142, K. 2015/34751; Yarg. 9. HD, 19.03.2013, E. 2013/5587, K. 2013/9305; Yarg. 9. HD, 27.11.2012, E. 2011/51419, K. 2012/39553. Ayrıca bkz. Süzek, s. 223- 224; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 73 vd.; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 240- 241.

50 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 90.

ve yıllık ücretli izin hakkı alacağına tamamlanmış ve sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır⁵³.

Her bir alt işverenin kendi dönemine isabet eden kıdem tazminatı tutarının belirlenmesi açısından, Yargıtay'ın salt hizmet süresini dikkate aldığı, tazminata esas ücret düzeyi açısından her bir alt işveren dönemiyle ilgili bir ayrıştırmaya gitmediği görülmektedir⁵⁴. Bundan, uygulamada sorumluluğun, tüm hizmet süresi ve son giydirilmiş ücret/tavan üzerinden hesap edilen kıdem tazminatından her bir alt işverenin kendi dönemi için kıst usulü sorumlu kabul edildiği anlaşılmaktadır.

2. Ücretlerden Sorumluluk

Müteselsil borçlular olarak birden fazla alt işverenin asıl işverene karşı rücu sorumluluğunun kapsamı bakımından Yargıtay'ın kısaca özetlenen içtihadının isabetli olduğu yönler olmakla birlikte, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak hak kazandığı ancak hesaplanmasında tüm hizmet süresinin dikkate alındığı haklar noktasında bu içtihadın tam isabetli olduğunu söylemek güçtür.

Öncelikle İş Kanunu m. 6'da devreden işverenin devir tarihi itibarıyla doğmuş ücretlerden olan sorumluluğunun devirden sonra 2 yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmış olması, işçinin talep hakkı bakımındadır. Yoksa asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkide zamanaşımı sınırları dahilinde asıl işverenin ya da son alt işverenin geçmişe dönük devir öncesi dönemi de kapsar biçimde ücret ödemek zorunda kaldığı durumda, asıl işverenin alt işverenlere rücu hakkı her bir alt işveren bakımından kendi dönemi ile sınırlı olacak, alt işverenin rücu bakımından da kendi dönemi dışındaki sürelerle ilişkin olabilecektir. Ancak burada zamanaşımı def'i ileri sürmüyerek, zamanaşımına uğramış dönem için ödemede bulunan asıl işverenin ya da alt işverenin önceki

alt işverenlere rücu hakkı olamayacağı belirtilmelidir. Çünkü TBK m. 164/2 hükmü uyarınca "müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur".

Aylık ücret, ikramiye, prim, fazla mesai ücreti, hafta tatilinde çalışma ücreti, genel tatil ücreti gibi işçilik alacakları bakımından rücu ilişkisinde alt işverenlerin sorumlu oldukları tutarların ayrıştırılması bir zorluk taşımaz. Çünkü bu haklar, çalışmanın karşılığı olarak o tarihte uygulanan ücret düzeyinden hesap edilir. Sorun iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı hak kazanılan ihbar ve kıdem tazminatı ile kullanılmayan yıllık izin süreleri karşılığı ücret bakımındandır.

Yukarıda tespit edildiği üzere Yargıtay kıdem tazminatı bakımından her bir alt işverenin kendi dönemi ile sorumlu olduğunu ancak ihbar tazminatı ile yıllık izin ücretinden son alt işverenin sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Bize göre Yargıtay'ın bu yaklaşımı kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı bakımından isabetli ise de, asıl işveren ile alt işveren arasında rücu ilişkisinin kaynağının Borçlar Hukuku sözleşmesi olduğu dikkate alındığında yıllık izin ücreti bakımından uygun değildir.

3. İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Bağlı Alacaklardan Sorumluluk

a) Kıdem Tazminatı

Öncelikle kıdem tazminatı bakımından konu ele alındığında, bu hakkın doğumu iş sözleşmesinin Kanunda öngörülen hallerden birine uygun olarak sona ermiş olmasıdır. Buna göre aynı asıl işveren işyerinde kesintisiz çalışıp da işyeri devri hükümlerine göre işveren değişikliği uyarınca tüm sürede tek iş sözleşmesinin kabul edildiği durumda, İş Kanunu m. 6'da açıkça ifade edildiği üzere toplam süre için son giydirilmiş ücret üzerinden hesap edilen kıdem tazminatından, sadece kıdem tazminatının doğduğu andaki son alt işverenin sorumlu kabul edilmesi, asıl işveren alt işveren arasındaki rücu ilişkisi bakımından aralarındaki Borçlar Hukuku sözleşmesinin süre açısından kapsamını aşan bir sorumluluk yüklenmesi anlamına gelir. Bu işçinin korunması esasına dayanan İş Kanunu m. 6 sisteminde kabul edilebilir ise de, müteselsil borçluların hukuki durumu bakımından kabul edilebilir değildir.

Bu nedenle işçinin tüm hizmet süresi için son ücret

53 Yarg.11.HD, 21.01.2014, E. 2012/10535, K. 2014/1298.

54 "Dava dışı işçilerin kıdem tazminatı alacaklarıyla ilgili olarak davalının, kendisinden önceki alt işverene bağlı olarak çalıştırılan süreler de dikkate alınarak yazılı şekilde sorumlu tutulmuştur. Ancak, kıdem tazminatı alacağı bakımından davalının, davacıya karşı sorumluluğu kendi dönemine isabet eden kısım ile sınırlıdır. O halde, davalının, kıdem tazminatıyla ilgili alacak kalemi bakımından dönemine isabet eden kısımdan sorumlu olduğu kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir", Yarg.11.HD, 21.01.2014, E. 2012/10535, K. 2014/1298.

düzeyinden hak kazandığı kıdem tazminatından her bir alt işverenin kendi dönemi ile sınırlı sorumlu olduğunun kabulü gerekir. İşçinin hak kazandığı kıdem tazminatı tutarı bakımından İş Kanununda öngörülen koşullar bir yana, rücu ilişkisi bakımından mutlak surette pro rata temporis esasından hareket edilmelidir. Dolayısıyla değişen alt işverenlerin işçiye karşı sorumlulukları bakımından her alt işveren kendisi ve öncesi dönemden, kendi nezdindeki son ücretten sorumlu ise de, rücu ilişkisi bakımından esas olan tazminatın kaynağı hizmet süresidir. İşçi geçmişe dönük tüm çalışma süresi için son ücret düzeyinden tazminata hak kazandığı için, önceki alt işverenlerin sorumlu olduğu tutarların ayrıştırılmasında her bir alt işveren dönemindeki ücret düzeyi dikkate alınmaksızın, toplam tutar ve toplam çalışma süresine göre her bir alt işveren yanında geçen süre için orantı yoluna başvurulmalıdır. Yargıtay da benzer bir yaklaşım ile rücu ilişkisini İş Hukukundaki kural ve ilkelerden bağımsız ele almakta,-; örneğin işçinin yanında çalışması bir yıldan kısa olan alt işverenleri dahi kıdem tazminatından orantılı biçime sorumlu kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, "Her ne kadar mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi raporu gereğince, dava dışı işçinin, davalılardan... .. Şirketlerindeki çalışmalarının, bir yıldan az bir süre olması nedeniyle rücu tazminat dışında kaldığı belirtilerek, adı geçen davalılar hakkındaki davanın reddine karar verilmişse de, az yukarıda da belirtildiği gibi dava, Borçlar Hukuku hükümlerine göre çözümlenmesi gereken asıl işverenin alt işverenlere karşı açmış olduğu rücu tazminat istemine ilişkin olduğundan, olayda iş hukuku mevzuatı hükümleri esas alınmaz. Dava konusu uyuşmazlığın, Borçlar Hukuku kapsamında, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğinden, dava dışı işçinin, her bir davalı nezdinde çalıştığı dönem itibarıyla davacının davalılara rücu edebileceği miktarlar ayrı ayrı belirlenerek, her bir davalının kendi dönemi ile sınırlı olmak üzere sorumluluklarına karar verilmesi gereklidir. Bu sürenin bir yıldan az olması da, asıl işverenin alt işverene karşı, işçinin kendi nezdinde çalıştığı dönem itibarıyla rücu tazminat isteminde bulunmasına engel değildir"⁵⁵.

b) İhbar Tazminatı

Belirtildiği üzere Yüksek Mahkeme ihbar tazminatının tümünden münhasıran son alt işverenin sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Buna, ihbar tazminatının miktarının İş Kanunu m. 17 uyarınca önel sürelerine göre değiştiği gerekçesi ile itiraz etmek olanaklıdır. Çünkü işçinin son alt işveren yanındaki çalışma süresi görece kısa olsa ve örneğin 2-4 hafta gibi kısa bir önel söz konusu olsa dahi, önceki alt işverenler yanındaki sürelerin dikkate alınması ile daha uzun bir önel süresinin, dolayısıyla ihbar tazminatının gündeme gelmesi olanaklıdır.

Ancak böyle bir yaklaşımın hatalı olduğunu düşünüyoruz. Çünkü iş sözleşmesi sona eren işçinin ihbar tazminatına hak kazanması mutlak olmayıp, işveren tarafından haklı neden olmadan yapılan fesihlerde önel verilmemesinin yaptırımıdır. Buna göre işçinin ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı, son alt işverenin elindedir,; haklı neden olmadan bir feshe gitğinde gerekli önel sürelerine uyararak bu tazminattan kaçınması olanaklıdır. Bu bakış açısından hareketle TBK m. 165'deki "Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz" hükmü uyarınca, ihbar tazminatının doğumuna neden olan son alt işverenin, bunu önceki alt işverenler ile paylaşması, onlara sorumluluk yüklemesi düşünülemez.

c) Yıllık İzin Ücreti

Yargıtay'ın yıllık izin ücretinden sorumluluğa ilişkin ihbar tazminatına benzer değerlendirmesine katılmak olanaklı değildir. Çünkü ihbar tazminatının tersine, işçi iş sözleşmesinin sona ermesinde salt son işverenin değil, her bir alt işverenin kusurlu olduğu oranda yıllık izin ücretine hak kazanır. İş Kanunu m. 53 vd. hükümlere göre hak kazanılan yıllık iznin takip eden yılda kullanılması esas olup kullanılmayan yıllık izinler kaç yıl olursa olsun iş sözleşmesi devam ettiği sürece ücrete dönüşmez. Bir başka önemli husus, iş sözleşmesi her ne şekilde sona ererse ersin, sona erme tarihinde kullanılmayan izin süresi varsa ücrete dönüşür. Dolayısıyla izin ücretine hak kazanmada sözleşmenin sona erme şekliyle ilgili son alt işverene atfedilebilecek bir yön bulunmamaktadır.

55 Yarg.13.HD, 12.05.015, K.2014/18882, K.2015/15117. Benzer şekilde "Mahkemece dava dışı işçinin davalı işyerinde 32 gün çalıştığı bir yılı doldurmadığından, kıdem tazminatına hak kazanamayacağı gerekçesiyle bu konudaki talebi reddetmiş ise de; işçinin devam edegelen tüm çalışmaları

nazara alındığında kıdem tazminatına hak kazandığı, davalının ise ödenen kıdem tazminatından kendi dönemi kadar sorumlu olacağından bu hususta bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir" (Yarg.23. HD, 22.10.2015, E.2015/100, K.2015/6796).

Bu açıdan kusur, izinlerin olağan süresinde kullandırılmaması olup bu da yıllık izin kullandırmayan her bir alt işverenin kusurlu olması sonucunu doğurur. Yıllık izin ücreti kıdem ve ihbar tazminatında olduğu üzere iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücret düzeyinden hesap edilirse de, kendi döneminde İş Kanununa aykırı yıllık izinleri kullandırmayan her bir alt işveren bu süreler rastlayan izin ücretinden münhasıran sorumlu kabul edilmelidir. Dolayısıyla kendi dönemi dışında kullandırılmayan izinler karşılığı ücret ödemek zorunda kalan alt işveren bu süreler için diğer alt işverenlere rücu edebilmelidir. Asıl işverenin rücu bakımından ise, tüm izin ücreti için son ya da önceki tek bir alt işverene değil, ücrette dönüşün izni ilgili olduğu her bir dönemdeki alt işverene rücu hakkı kabul edilmelidir.

V. Zamanaşımı, Temerrüt, Faiz, Görevli Mahkeme

Yargıtay'ın yukarıda tespit edilen asıl ve alt işveren arasındaki ilişkide ise iş hukuku değil, Borçlar Kanunu ve sözleşmeler hukukunun esas alınacağı, uyumsuzluğun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözüleceği görüşünün, rücu ilişkisinde hem zamanaşımı hem de temerrüt ile faiz bakımından sonuçları bulunmaktadır. Buna göre Türk Borçlar Kanununun haksız fiillerde rücu zamanaşımını düzenleyen 73. maddesindeki, "Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar" hükmü ilk bakışta asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkisinde uygulanabilir gözükmekteyse de, böyle bir değerlendirme hatalı olacaktır.

Asıl işverenin alt işverenin işçilerinin işçilik alacaklarından müteselsil sorumluluğunun kaynağı Kanun olup, asıl işverenin alt işveren işçisi ile sözleşmeler hukuku anlamında bir bağı bulunmamaktaysa da, rücunun tarafları olarak asıl işveren ile alt işveren arasında konusu işin görülmesi olan bir Borçlar Hukuku sözleşme ilişkisi vardır. Dolayısıyla sözleşmenin ihlali anlamında rücu hakkının doğduğu tarih

itibariyle temerrüt ile TBK m. 146'daki 10 yıllık genel sözleşme zamanaşımı işlemeye başlayacaktır⁵⁶.

Faiz başlangıcı açısından yüksek mahkeme haklı olarak, "taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunduğu ve dosya kapsamından davacının davalıyı temerrüde düşürdüğü tespit edilemediğinden, temerrüt faizine dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekirken ödeme tarihinden itibaren alacağa faiz yürütülmesi doğru olmamıştır" görüşünü açıklamıştır⁵⁷. Keza uygulanacak faizin türü, usul hukukundaki taleple bağlılık kuralı da gözetilmek suretiyle ticari avans faizidir. Buna göre, "tarafları tacir olduğundan, alacağın faizin doğduğu tarihte yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 4/1. maddesi uyarınca nispi ticari dava olan bu davada 3095 sayılı Kanun'un 2/2. maddesi uyarınca avans faizi ile birlikte tahsiline hükmedilmesi gerekir..."⁵⁸.

İş Mahkemeleri Kanunu düzenlemeleri dikkate alındığında asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu davalarında iş mahkemesinin görevli olmadığı açıktır⁵⁹. Genel mahkemelerden asliye hukuk ya da asliye ticaret mahkemesinden hangisinin görevli olduğu ise, Türk Ticaret Kanunu m. 3, 4 ve 5 hükümlerindeki ticari iş ve dava karinesine göre değerlendirilecektir. Buna göre alt işverenler arasında olası bir rücu davasında, her halükarda asliye hukuk mahkemesi görevlidir çünkü aralarında bir sözleşme gibi somut bir bağ yoktur. Rücu ilişkisinin kaynağı İş Kanununun işyeri devri halinde işçinin hukuki durumunu düzenleyen m. 6 hükmüdür. Bu anlamda rücu ilişkisinin kaynağı, İş Kanunu m. 2 ile benzer biçimde müteselsil borçluluk hükümleri çerçevesinde TBK m. 167/2'dir.

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu ilişkilerinde ise, çoğu durumda TTK anlamında ticari iş

56 Benzer şekilde Yarg.23.HD, 22.06.2015, E. 2014/6532, K. 2015/4784.

57 Yarg.23.HD, 07.08.2015, E. 2014/6590, K. 2015/5648; Yarg.13.HD, 20.10.2015, E. 2014/37831, K. 2015/30464.

58 Yarg.23.HD, 13.11.2014, E. 2014/9000, K. 2014/7235. Benzer şekilde aynı Daire, 23.03.2015, E. 2014/10738, K. 2015/1861.

59 Canbolat, s. 78.

niteliğinde bir Borçlar Hukuku sözleşmesi bulunduğundan asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

VI. Sonuç

Asıl işveren ile alt işveren arasındaki hukuki ilişki bir Borçlar Hukuku sözleşmesine dayandığından, asıl işverenin İş Kanunu m. 2'den doğan müteselsil sorumluluğu kapsamındaki rücu ilişkilerinde doğal olarak aralarındaki sözleşme hükümlerinden hareket edilecektir. Bu konuda İş Kanunu m. 2 işçinin hukuku durumunu ilgilendirdiği gibi, rücu bakımından bir açıklık taşımamaktadır. Buna göre asıl işveren ile alt işveren arasındaki rücu davalarında Yargıtay'ın TBK m. 167 hükmü uyarınca taraflar arasındaki sözleşmede konuyla ilgili açık bir düzenleme olduğunda sorumluluğun paylaşımını buna göre yapması, açık kararlaştırma bulunmadığı takdirde ise aynı yerdeki eşit paylaşım karinesinden hareket etmesi isabetli ancak eksiktir.

İş Kanunu m. 2'ye uygun bir asıl işveren - alt işveren ilişkisinin konusu işin devri olup asıl işverenden üstlendiği işi görmek için istihdam edeceği işçilerin hakları işveren olarak alt işverenin işletme rizikosunu alanını oluşturur. İşçiyi koruma için İş Kanunu m. 2/6'da istisna getirilerek asıl işveren bakımından kanuni bir müteselsil sorumluluk kabulü, işveren olarak alt işverenin hukuki durumunda farklı düşünmeyi gerektirmez. Bu nedenle asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmede sorumluluğun paylaşılmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı durumda, doğrudan Kanundaki eşit paylaşım karinesi işletilmemeli; hükümdeki "borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliği" ölçütünden hareket ile İş Kanunu m. 2'ye uygun bir ilişkide sorumluluğun bütünüyle alt işverende olduğu kabul edilmelidir. Aksine Kanuna uygun olmayan bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin konusu işçi temini, başka deyişle bordro işverenliği olduğundan, işçinin konumu itibarıyla hem asıl işveren hem de alt işveren aynı derecede kusurlu olduğundan, Kanundaki eşit paylaşım karinesine göre sorumluluğun paylaşılması kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent: "Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği", AÜHFD, C. 60, S. 4, 2011, s. 733- 773.
- Akıntürk, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara, 1971.
- Akyiğit, Ercan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, Ankara, 2011.
- Alpagut, Gülsevil: "Üç Yıllık Uygulamanın Ardından Alt İşveren Uygulamasında Yeni Arayışlar", İntes, Mayıs-Haziran 2006, s. 83- 85.
- Aykaç, Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul, 2011.
- Aydın, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Geliştirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2012.
- Canbolat, Talat: Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri, İstanbul, 1992.
- Çankaya, Osman Güven/ Çil, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, 2006.
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul, 2016.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986.
- Dalcı Özdoğan, Nurcihan: Müteselsil Sorumluluk, Ankara, 2015.
- Doğan Yenisey, Kübra: "Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar", Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar Semineri, Ankara, 2010, s. 19- 51.
- Ekmekçi, Ömer: "Kamu İşverenin Özel Kesim İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar", Legal İSGHD, S. 2006/12, s. 1173- 1180.
- Engin, Murat: "Asıl İşveren- Alt İşveren İlişki-

- sinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları, İstanbul, 2009, s. 14- 23.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, 2014.
 - Eyrenci, Öner: “Kamuda Faaliyet Gösteren Alt İşveren İşyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi Sürecine İlişkin 6552 Sayılı Kanun Hükümleri”, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Legal İSGHD, Özel Sayı, 2016, s. 135- 149.
 - Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2016.
 - Gerek, Nüvit: “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, S. 2007/4, s. 81- 90.
 - Kabakcı, Mahmut: “Kamu Hizmet Alım Sözleşmelerinin İş Hukuku Uygulaması Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Saper Süzek’e Armağan, C. I, İstanbul, 2011, s. 83- 124.
 - Kadir Berk Kapancı, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2015.
 - Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Kanununda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979.
 - Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara, 2013.
 - Kırca, Çiğdem: “6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler), İstanbul, 2013, s. 23- 58.
 - Koçano Rodoslu, Emine: Rücu Hakkı, Ankara, 2016.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara, 2014.
 - Narmanlıoğlu, Ünal: “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul, 2008, s. 53- 72.
 - Nomer, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2013.
 - Oğuzman, M. Kemal/Öz, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul, 2013.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul, 2016.
 - Süzek, Sarper: “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Gerçekleştirilen Alt İşverenlik ve İşçi Termini Sözleşmelerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. I, İstanbul, 2016, s. 707- 716.
 - Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
 - Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
 - Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2016.
 - www.legalbank.net

Uluslararası İşgücü Kanunu ile Yabancıların Çalışma İzinlerine İlişkin Getirilen Yenilikler

Öz

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu hükümlerine göre yabancıların Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde çalışmaya başlamadan önce çalışma izni alması gerekmekte olup, çalışma izni vermeye yetkili makam, 4817 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'dır.

Başvurusu olumlu değerlendirilen yabancıya, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla, gerçek veya tüzel kişiye ya da kamu kuruluşuna ait belirli bir işyerinde veya bunların aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışmak şartıyla ilk başvuruda en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir. Bir yıllık yasal çalışmadan sonra bu süre, aynı işverene bağlı olarak ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verilir.

Yabancı işçi çalıştıran işverenler, yabancı işçinin çalışmaya başladığı tarihten itibaren 15 gün içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirmekle yükümlüdürler. Çalışma izni olmaksızın yabancı çalıştıran işverene veya işveren vekiline her bir yabancı için 6.000 TL tutarında idari para cezası verilir. Çalışma izni olmaksızın bir işverene bağlı olarak çalışan yabancıya da 2.400 TL tutarında idari para cezası verilir. Ayrıca, çalışma izni bulunmadan çalıştığı tespit edilen yabancılar sınır dışı edilmek üzere İçişleri Bakanlığına bildirilir. Bundan başka, çalışma izni bulunmayan işçiyi çalıştıran işveren veya işveren vekiline, yabancıların ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine geri dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak yükümlülüğü de getirilmiştir (6735 s. K. m.23 f.9).

Anahtar Sözcükler:

Uluslararası İşgücü Kanunu, yabancı çalışanlar, çalışma izni, kayıtdışı istihdam, idari para cezası, sınır dışı edilme.

New Provisions Brought By International Workforce Act To Work Permit Issues of Non-Citizen Workers

Abstract

According to the International Workforce Act No. 6735; non-citizen people has to get a work permit before they begin to work within the boundaries of Turkish Republic and Ministry of Labour and Social Security is authorized

to grant the work permit as it was during the period which the old act no.4817 was in force.

The non-citizen whose application is to be assessed affirmative, a work permit not more than one year and not exceeding the dura-

*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
hediyeergin@gmail.com

tion of employment or service contract shall be granted on the condition to be employed in a workplace belonging to a natural or juristic person or a public institution or in another workplace in the same branch at a certain job. After a year of legal working, the duration of the work permit could be extended to two years for the first extension application and three years at most for the following extension applications for the same employer.

The employers who employ non-citizen workers are obliged to notify Ministry of Labour and Social Security within 15 days beginning from the date non citizen worker started to work. The employer who employs

a non-citizen worker without work permit shall be subjected to an administrative fine of 6.000 TL for each worker in this condition. The non-citizen worker working without work permit shall also be subjected to an administrative fine of 2.400 TL. Also the non-citizens working without work permit shall be notified to Ministry of Internal Affairs in order to be deported. Also the employer who employs the non-citizen worker without a work permit is also obliged to cover the accommodation costs of non-citizen worker and his/her family, necessary costs for returning back to their country and their health expenses (Act No. 6735 article 23, para.9).

Keywords:

International Workforce Act, non-citizen workers, work permit, unregistered employment, administrative fine, deport.

I. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın 48. maddesine göre, "*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" Anayasa'nın 48. m'nin 1. fıkrası çalışma hak ve özgürlüğünü prensip olarak yabancılar için de garanti altına almıştır. Ancak Anayasa'nın "Yabancıların durumu" başlıklı 16. maddesine göre: "*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*"¹ Bu madde, yabancıların çalışma hak ve özgürlüğü ile ilgili olarak belli meslek ve sanatların icrasında kısıtlamaların yapılabileceği hükmüne dayanak teşkil etmektedir.²

Yabancılar, yani 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na (TVK)³ göre Türk vatandaşı sayılmayan

kişiler ancak çalışma izni aldıkları takdirde Türkiye'de çalışabilirler. Bu konuda, 11.6.1932 tarihli ve 2007 sayılı Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanunu⁴ yürürlükten kaldıran 27.2.2003 tarihli ve 4817

RG.12.6.2009, 27256.

4 "Türkiye'deki Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında Kanun", Kanun Numarası: 2007, Kabul Tarihi:11/6/1932, Yayımlandığı R.Gazete Tarihi: 16/6/1932, Sayı:2126, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3, Cilt 13, Sayfa: 512. Yürürlükten kaldırılan 2007 sayılı Kanun, birçok küçük el sanatları ve hizmetleri yabancıların yapmasını yasaklamıştı. Kanun'un 1. maddesine göre: "A- Ayak satıcılığı, çalgıcılık, fotoğrafçılık, berberlik, müretteplik, simsarlık, elbise, kasket ve kundura imalciliği, borsalarda mubayaacılık, devlet inhisarına tabi maddelerin satıcılığı, seyahatlara tercümanlık ve rehberlik, inşaat demir ve ahşap sanayi işçilikleri, umumi nakliye vesaiti ile su ve tenvir, teshin ve muhabere işlerinde daimi ve muvakkat işçilik, tahmil ve tahliye işleri, şoförlük ve muavinliği, alelumun amelelik, her türlü müesseselerde ticarethane, apartman, han, otel ve şirketlerde bekçilik, kapıcılık; odabaşılık, otel, han, hamam, kahvehane, gazino ve dansing ve barlarda kadın ve erkek hizmetçilik (garson ve servant), bar oyuncu ve şarkıcılığı,

B- Baytarlık ve Kimyagerlik",

Türk vatandaşı olmayanlara yasaklanmıştı. Yine tayyare makinistliği ve pilotluğu ile Devlete veya Vilayetlere bağlı müessese ve belediyeler ile bunlara bağlı tesisat hizmetleri,

- 1 Yabancıların çalışmalarına getirilen kısıtlamalar genel olarak, kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu düzeni ve kamu yararı olmak üzere dörde ayrılmaktadır, ÇİÇEKLİ, Yabancıların Çalışma İzinleri, s. 13; TEKİNALP, Yabancılar Hukuku, s. 127-158.
- 2 TEKİNALP, Yabancılar Hukuku, s.122; ÇİÇEKLİ, Yabancıların Çalışma İzinleri, s.22.
- 3 29.5.2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu,

sayılı "Yabancıların Çalışma İzni Hakkında Kanun"⁵ ve "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği"⁶ ile yabancıların Türkiye'de çalışma usul ve esasları düzenlenmişti.⁷ Yabancıların çalışma izinlerine ilişkin 13.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 27. maddesinin 7. bendi ile 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.⁸ Bu makalede 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu ile getirilen başlıca yenilikler mülga 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun hükümleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmektedir.

II. Uluslararası İşgücü Kanunu

1. 6735 sayılı Kanun'un Kapsamı

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu, "Türkiye'de çalışmak için başvuruda bulunan veya çalışan, bir işveren yanında mesleki eğitim görmek üzere başvuruda bulunan veya görmekte olan, staj yapmak üzere başvuruda bulunan veya staj yapan yabancılar ile Türkiye'de geçici nitelikte hizmet sunumu amacıyla bulunan sınırötesi hizmet sunucusu yabancıları ve yabancı çalıştıran veya çalıştırmak üzere başvuruda bulunan gerçek ve tüzel kişileri kapsar." (Madde 2/1). Görüldüğü gibi, 4817 sayılı Kanundan farklı olarak, 6735 sayılı yürürlükteki Kanun staj yapmak üzere başvuruda bulunan veya staj yapan ve Türkiye'de geçici nitelikten hizmet sunumu amacıyla bulunan sınır ötesi hizmet sunucularını da kapsamaktadır. Ayrıca çalışma izni almaktan muaf tutulan yabancıların iş ve işlemleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür (Madde 2/2).

4817 sayılı Kanun'un uygulandığı dönemde

olduğu gibi, çalışma izinleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca verilecek olup, genel kural yabancıların çalışmaya başlamadan önce çalışma izni almaları gerektiği yönündedir.⁹ 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 6/2 ve 3. maddesine göre, "Bu Kanun kapsamında yer alan yabancıların çalışma izni olmaksızın Türkiye'de çalışmaları veya çalıştırılmaları yasaktır.

Diğer kanunlarda ya da Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar veya uluslararası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar, bu Kanuna göre çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler".¹⁰

Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerle sağlanan haklar saklı kalmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde çalışma izinleri; iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür koşullarının gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, işkolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir (6735 s. Kanun, madde 12/3).

6735 sayılı Kanun'un amacı, kurumsal altyapının güçlendirilmesiyle, kayıtdışı yabancı istihdamıyla mücadele edilmesini, uluslararası işgücü hareketliliği de izlenerek ihtiyaç duyulan yabancı istihdamının karşılanmasını, yabancı çalışanlara ve

9 4817 sayılı Kanun'un kabulünden önce yabancılar çalışma izni verecek olan yetkili makamlar çok geniş bir yelpaze oluşturmaktaydı. 4817 sayılı Kanun ile çok sayıda farklı Kanun (71) ve KHK (10)'de yer alan Türkiye'de yabancıların çalışması ile ilgili hükümlerin tek çatı altına alınması ve yabancıların çalışma izinlerinin düzenlenmesi konusunda başlıca yetkili Kurumun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olması hedeflenmiştir, bkz.: GÜVEN/ÇALIŞKAN, Yabancıların Türkiye'de Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Getirilen Yeni Değişiklikler, s. 216.

10 Mülga 4817 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre ise, "Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe yabancıların Türkiye'de bağımlı veya bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerekir." Ülke menfaatlerinin gerekli kıldığı hallerde veya mücbir sebebe bağlı olarak, çalışmaya başlamadan önce ilgili makama bilgi vermek koşuluyla, çalışma süresi bir ayı geçmemek ve Bakanlıktan onay alınmak suretiyle çalışma izni işe başladıktan sonra da verilebiliyordu (YÇİHK, m.4 f. 2).

Bakanlar Kurulu'nun özel izni ile yapılacak hizmetler arasında sayılmıştı (Mülga 2007 sayılı Kanun, m. 2).

5 RG. 6.3.2003, 25040.

6 RG. 29.08.2003, 25214.

7 Bkz.: CİN, Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde veya Çalışma İzni Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi, s. 23-45.

8 RG. 13.08.2016, 29800.

işverenlerine uygulanacak yabancı istihdamının karşılanmasını, yabancı çalışanlara ve işverenlerine uygulanacak ulusal ve uluslararası mevzuatla uyumlu çağdaş kuralların oluşturulmasını, ülke ekonomisinin gelişimine katkı sunan ve Devletin takdir yetkisi içerisindeki yabancı istihdamına ilişkin işlemlerin etkin yönetilmesini sağlamaktır (6735 sayılı Kanun, Genel Gerekeç).¹¹

2. Uluslararası İşgücü Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler

a) Turkuaz Kart Uygulaması

6735 sayılı Kanun'un 3. maddesi deki tanıma göre, "Turkuaz Kart: Yabancıya, Türkiye'de süresiz çalışma hakkı, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ise ikamet hakkı veren belgeyi" ifade eder (Madde 3/ğ). 6735 sayılı Kanun ile getirilen önemli bir yenilik olarak, Uluslararası İşgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilecektir (Madde 11/1).

Turkuaz Kart, ilk üç yılı geçiş süresi olmak kaydıyla verilir. Bakanlık, geçiş süresi içinde işveren veya yabancından yürütülen faaliyetlere ilişkin bilgi ve belge talep edebilir. Geçiş süresi içinde 15 inci madde uyarınca iptal edilmeyen Turkuaz Kartta yer alan geçiş süresi kaydı, yabancı'nın başvurusu hâlinde kaldırılır ve süresiz Turkuaz Kart verilir. Bu başvuru, geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kalmasından itibaren, her durumda geçiş süresi dolmadan yapılır. Bu süre dolduktan sonra geçiş süresi kaydının kaldırılmasına ilişkin yapılan başvuru reddedilir ve Turkuaz Kart geçersiz hale gelir (Madde 11/2). "**Turkuaz Kart sahibi yabancı bu Kanunda düzenlenen süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır.**" (Madde 11/5). Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile

başvuru sonrası ilk üç yıllık geçiş süresi sonunda yapılan değerlendirmede olumlu bulunan nitelikli yabancılar, Turkuaz Kart sahibi süresiz çalışma izninin sağladığı tüm haklardan yararlanma hakkı elde etmiş olur.

Turkuaz Kart uygulamasında; akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları bulunanlar ile bilim, sanayi ve teknolojide ülkemiz bakımından stratejik kabul edilen bir alanda öne çıkmış olanlar ya da ihracat, istihdam veya yatırım kapasitesi olarak ulusal ekonomiye önemli katkı sağlayan ya da sağlaması öngörülenler **nitelikli yabancı** olarak değerlendirilir.

Turkuaz Kart sahibi yabancı'nın, mevzuat hükümlerine göre eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına Turkuaz Kart sahibi yakını olduğunu gösteren ve ikamet izni yerine geçen belge verilir (Madde 11/3). Geçici koruma sağlanan yabancılara ise 6735 sayılı Kanun'un 11. maddesinde düzenlenmiş olan Turkuaz kart almaya ilişkin hükümler uygulanmaz (Madde 11/6).

b) Yabancı Öğrencilerin Çalışma Hakkı

6735 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile Türkiye'de bir yükseköğretim kurumunda örgün öğretim programlarına kayıtlı yabancı öğrencilere çalışma izni alma koşuluyla çalışma hakkı getirilmektedir. Ancak, öğrencilere tanınan bu çalışma hakkının bazı sınırlamaları ve koşulları bulunmaktadır. Şöyle ki, ön lisans ve lisans düzeyindeki öğrenciler ilk yıldan sonra ve kısmi süreli olarak çalışabileceklerdir. Kısmi süreli çalışmadan kastedilen 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde ve Çalışma Sürelerine İlişkin Yönetmelikte¹² düzenlenmiş olan düzenlenmiş olan kısmi süreli çalışmadır.¹³ "Bu hüküm ile öğrencilerin ülkeye geliş

12 İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, RG. 06.04.2004, S. 25425. Yönetmelikte Kısmi Süreli Çalışma, "İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır." şeklinde tanımlanmıştır.

13 İş Kanunu'nun 13. maddesine göre, "İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir."

11 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss403.pdf>

amacı olan eğitimlerine devam etmesini sağlamak ve çalışma izni verilecek asgari düzeyde eğitime devam eden ve başarı sağlayan öğrencilerin belirlenmesi amaçlanmaktadır.” (Madde gerekçesi).¹⁴ Örgün Öğretim programında kayıtlı Yüksek Lisans öğrencileri için ise bu sınırlamalar uygulanmaz (Madde 19/1, son cümle).

Maddenin 3.fıkra hükmüne göre, “Yabancı öğrencilere verilen çalışma izinleri, geçerli öğrenci ikamet iznini ve bu ikamet izninin sağladığı hakları sona erdirmez”. Kanunda yer alan çalışma izinlerinin ikamet izni yerine geçmesine dair hükme getirilmiş bir istisna olarak, yabancı öğrencilere verilen çalışma izinlerinin geçerli öğrenci ikamet iznini ve bu ikamet izninin sağladığı hakları sona erdirmeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Madde gerekçesine göre, bu hüküm ile hem öğrencilere sahip oldukları öğrenci ikamet izni ile sunulan ve bazı konularda genel ikamet izinlerinin sunduğu haklardan daha geniş olan hakların verilmesinin devamı, hem de öğrencilik statülerinin değişmesi amaçlanmaktadır.¹⁵

6735 sayılı Kanun’un 19.maddesinde, yabancı öğrencilerin çalışmasına ilişkin usul ve esasların Göç Politikaları Kurulunca belirlenen esaslar dikkate alınmak suretiyle, İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça daha sonra belirleneceği düzenlenmiştir. Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlayan yabancıların mezuniyet tarihinden itibaren bir yıl içinde çalışma izni başvurusu yapması hâlinde, başvuru Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulunca belirlenen esaslar doğrultusunda değerlendirilecektir (Madde 19/5).

c) Yabancı Mühendis ve Mimarların Çalışma Hakkı

6735 sayılı Kanun’un 20. maddesinde mühendis ve mimarların çalışma izinlerine ilişkin esaslar belirlenmiştir. Öğrenimlerini Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunun mühendislik ve mimarlık fakültelerinde veya yurt dışında ilgili ülke makamları ve Yükseköğretim Kurulu tarafından tanınmış bir

yükseköğretim kurumunda tamamlayarak mühendis ve mimar unvanlarını almış olan yabancılar bu Kanuna göre proje bazlı ve geçici süre ile çalışma izni alarak mühendislik ve mimarlık mesleklerinde çalışabilirler. Böylece, nitelikli personel sayılan ve ülkemizde gerçekleştirilen önemli projelerde kilit rol üstlenen yabancı mühendis ve mimarların başkaca bir işleme gerek kalmaksızın çalışma izni alabilmesine imkan sağlanması amaçlanmıştır.¹⁶

Mühendis ve Mimarların çalışma izni başvurularında, Mühendis ve Mimarlar Odalar Birliği’nin görüşünün alınması gerekmektedir. 6735 sayılı Kanun’un 27/1. maddesindeki hüküm ile 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu’nun 34. maddesi değiştirilmiş ve “Yabancı müteahhit veya yabancı kuruluşlar, Türkiye’de Devlet daireleri ile resmi ve özel kuruluş ve şahıslara karşı resen veya yerli kuruluşlarla birlikte taahhüt ettikleri mühendislik veya mimarlıkla ilgili işlerde, yalnız bu işe münhasır kalmak kaydıyla, Odalar Birliğinin görüşü alınarak, çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen çalışma izni ile yabancı mühendis ve mimar çalıştırabilirler.” düzenlenmesi getirilerek çalışma izni verilmeden önce Mühendis ve Mimarlar Odalar Birliği’nin görüşünün alınması gerektiği düzenlenmiştir.

d) Anonim Şirket Ortakları ve Yöneticileri İçin Çalışma İzni Muafiyeti

6735 sayılı Kanun’un 13. maddesinde, çalışma izni muafiyeti kapsamında olan yabancıların, çalışma izni muafiyeti almak kaydıyla çalışabilecekleri düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olup da ülkemizde ikamet etmeyen yabancıların ve yönetici niteliği olmayan şirket ortaklarının çalışma izni muafiyeti kapsamında olduğu belirtilmiştir. Yasal düzenlemeye göre, “6102 sayılı Kanuna göre kurulmuş anonim şirketlerin Türkiye’de ikamet etmeyen yönetim kurulu üyesi ve diğer şirketlerin yönetici sıfatı olmayan ortağı ile Türkiye’de gerçekleştirdiği faaliyetleri yüz seksen gün içinde doksan günü geçmeyen sınırı ötesi hizmet sunucusu, çalışma izni muafiyeti kapsa-

14 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss403.pdf>

15 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss403.pdf>

16 Bkz. Madde gerekçesi: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss403.pdf>

mında değerlendirilir.” (Madde 13/7).

Çalışma izni muafiyeti başvuruları yurt içinde doğrudan Bakanlığa, yurt dışında yabancıların vatanında olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri ya da başkonsolosluklarına yapılır. Yurt dışında yapılan bu başvurular Türkiye Cumhuriyeti büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarınca Bakanlığa iletilir. Çalışma izni muafiyeti başvuruları yetkili aracı kurum tarafından da yapılabilecektir (Madde 13/3).

e) Ön İzin Uygulaması

6735 sayılı Kanun’un 8. maddesinde, mesleki yeterlilik gerektiren mesleklerde çalışma izni düzenlenebilmesi için ön izin alınması düzenlenmiştir. Buna göre, eğitim ve sağlık hizmetlerindeki mevcut ön izin uygulaması korunurken, Yükseköğretim Kurumlarında çalışacak yabancı öğretim elemanları da bu uygulamaya dahil edilmiştir. Madde gerekçesine göre, “Ön izin uygulamasının amacı, yabancıların, hizmet sunacakları meslekler için gerekli niteliklere sahip olup olmadıklarının ilgili kamu otoritelerince etkili bir şekilde değerlendirilebilmesidir”.¹⁷ Bu kapsamda ön izin; sağlık hizmetlerinde çalışacak yabancılar için Sağlık Bakanlığı’ndan, eğitim hizmetlerinde çalışacak yabancılar için Millî Eğitim Bakanlığı’ndan ve Yükseköğretim Kurumlarında çalışacak yabancı öğretim elemanları için Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı’ndan alınacaktır.

Ön izin, başvuru alan meslekler için yeterlilik anlamına geldiğinden ve yabancıların bu niteliklere sahip olup olmadığının ilgili kamu otoritelerince belirlenmesi gerektiğinden, mesleki yeterlilik gerektiren bu mesleklerde çalışmak için ön izin alan yabancıların çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, çalışma izni başvurusunun ret nedenlerinden olan “yabancıların gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığının anlaşılması” hükmünün uygulanmaması düzenlenmiştir.

Ayrıca, Yükseköğretim Kurulu tarafından Türkiye’deki bir Yükseköğretim Kurumunda istihdam

edilmesine ilişkin ön izin düzenlenen yabancı öğretim elemanının çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesine istisnai bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, yabancı öğretim elemanlarının çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde, yabancıların kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından çalışmasında sakınca görülmesi durumu veya 6458 sayılı Kanun¹⁸ uyarınca Türkiye’ye giriş yasağı veya Türkiye’den sınır dışı etme kararı alınmış olması ya da vize verilmeyecek yabancıların olması halleri ile Dışişleri Bakanlığı’nın uygun görüşü hariç olmak üzere diplomatik ilişki bulunmayan veya tanınmayan ülke vatandaşı olma hali dışında, çalışma izni başvurusunun reddedilmesi hüküm altına alınmaktadır. Bu istisnai hüküm, yabancı öğretim üyelerinin 2547 sayılı Kanun gereğince ilgili Üniversitenin yönetim kurulu kararıyla atanmasının ve Yükseköğretim Kurulu tarafından ön izin verilerek Bakanlığa bildirilmesinin bir gereği olarak düzenlenmektedir.

28/2/2008 tarihli ve 5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat kapsamında Ar-Ge Merkezi Belgesi olan firmalarda Ar-Ge personeli olarak çalışacak yabancıların çalışma izni başvuruları Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının olumlu görüşü olması hâlinde değerlendirilir (6735 s. Kanun, m.8/6). Bu hüküm ile Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının uzmanlık ve görev alanlarına giren bu alanlarda çalışacak yabancılarla verilecek çalışma izinlerinin ilgili Bakanlığın politikalarıyla uyum içinde olması amaçlanmaktadır.¹⁹

f) Çalışma İzni ile İkamet İzni Arasındaki İlişki

6735 sayılı Kanun’un 12. maddesine göre, “Bu Kanuna göre verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti, 6458 sayılı Kanunun 27nci maddesi uyarınca ikamet izni yerine

17 Bkz. Madde gerekçesi: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss403.pdf>

18 6458 sayılı ve 4.4.2013 tarihli Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, RG.11.4.2013, 28615.

19 Bkz. Madde gerekçesi: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss403.pdf>

geçer." Bu düzenleme gereğince, çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti sahibi yabancılar, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın ikamet iznine sahip olacaklardır.²⁰ 6735 sayılı Kanun ile getirilen bu hüküm ile 6458 sayılı Kanunla uyumlu olarak çalışma izninin ve çalışma izni muafiyetinin ikamet izni yerine geçtiği hüküm altına alınmıştır. Ancak, "6458 sayılı Kanunda tanımlanan mülteci ya da ikincil koruma statüsü dışında yabancıların herhangi bir nedenle ikamet izni olması yabancıya çalışma hakkı vermez." (Madde 12/1).

Ayrıca, çalışma izni verilen yabancıya, çalışma izninin geçerliliğinin başladığı tarihten itibaren altı ay içerisinde Türkiye'ye giriş yapma zorunluluğu getirilmiştir. "Bu süre içinde Türkiye'ye gelmeyen yabancıların çalışma izni iptal edilir." (Madde 12/2) Belirtilen süreden sonra ülkeye çalışma amaçlı giriş yapmak isteyen yabancıların tekrar çalışma izni başvurusu yapmaları gerekmektedir. Madde gerekçesine göre, "Bu zorunluluk, ikamet izinlerine ilişkin uygulamaya uyum sağlamanın yanında, çalışma izninin belirli bir süre geçerli olması ilkesi gereğince olası suiistimalleri engellemek üzere getirilmektedir".²¹

III. Çalışma İzni Türleri

6735 sayılı Kanun'da, mülga 4817 sayılı Kanun'da olduğu gibi, Türkiye'de çalışmak isteyen yabancılar için çalışma izinlerini, "sürelili çalışma izni", "süresiz çalışma izni", "bağımsız çalışma izni", "istisnai çalışma izni" olmak üzere dört gruba

ayırmıştır.²²

1. Sürelili çalışma izni

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 10/1. maddesine göre, "Başvurunun olumlu değerlendirilmesi halinde yabancıya, iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla, gerçek veya tüzel kişiye ya da kamu kuruluşuna ait **belirli bir işyerinde veya bunların aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışmak şartıyla** ilk başvuruda en çok bir yıl geçerli çalışma izni verilir."

Bir yıllık yasal çalışmadan sonra bu süre, aynı işverene bağlı olarak ilk uzatma başvurusunda en çok iki yıl, sonraki uzatma başvurularında ise en çok üç yıla kadar çalışma izni verilir. Ancak, farklı bir işveren yanında çalışmak üzere yapılan başvurular bu maddenin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilir.²³

2. Süresiz çalışma izni

Türkiye'de uzun dönem ikamet izni veya en az sekiz yıl kanuni çalışma izni olan yabancılar süresiz çalışma iznine başvurabilir. 6735 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasına göre, uzun dönem ikamet izni olan veya toplam sekiz yıllık kanuni çalışması olan yabancılar, belirli bir işletme, meslek, mülki veya coğrafi alanla sınırlandırılmaksızın süresiz çalışma izni verilebilir. Bu iznin verilmesinde Bakanlığın takdir yetkisi bulunmakta olup, yabancı bir kimsenin Türkiye'de sekiz yıl ikamet etmesi veya uzun dönem ikamet izni bulunması durumunda Bakanlık izin vermek zorunda değildir. 3. fıkradaki "Ancak, yabancıların başvuru şartlarını taşıması yabancıya mutlak hak sağlamaz." ifadesi de bunu doğrular niteliktedir.

20 Mülga 5863 sayılı Kanun'a göre, Türkiye'de çalışma izni talebinde bulunan yabancıların geçerli bir ikamet iznine sahip olması da gerekmektedir (5863 s. K. m. 14/c). Çalışma izni işlemi ile ikamet izin işlemi mevzuatta iki ayrı işlem olarak yer almakta olup, bir yabancıların Türkiye'de çalışmaya başlayabilmesi için tek bir işlem yeterli olmamaktaydı. Yabancıların ikamet iznine sahip olması çalışma izninin verilip verilmemesinde belirleyici rol oynamakta olup, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkındaki Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde, yabancıların geçerli bir ikamet tezkeresinin bulunmaması durumunda çalışma izin talebinin reddedileceği düzenlenmişti (Yön. m. 7).

21 Bkz. Madde gerekçesi: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss403.pdf>

22 *Bağımsız Çalışma İzni ve İstisnai Çalışma İzinleri Hakkında bkz.: KIRAL, s. 42-50; ÇİÇEKLİ, Yabancıların Çalışma İzinleri, s. 43-51.*

23 4817 sayılı Kanun'a göre ise, bir yıllık yasal çalışmadan sonra bu süre, aynı işyeri veya işletme ve aynı meslekte çalışmak üzere ilk uzatmada en çok iki yıl, üç yıla kadar ve bu süre sonunda da aynı meslekte ancak bu defa dilediği işverenin yanında çalışmak üzere altı yıla kadar uzatılabiliyordu (4817 s. Kanun, m. 5/2-3). *Sürelili çalışma izninin belirli koşullar ve süreler altında uzatılabilme imkânı, Türk-AB Ortaklık Konseyinin 1/80 sayılı Kararının 6. maddesindeki Türk ve AB vatandaşı işçilerin serbest dolaşımına ilişkin düzenleme ile aynı olmasa bile paralellik göstermektedir, bkz. ÇİÇEKLİ, Yabancıların Çalışma İzinleri, s. 41.*

Süresiz çalışma izni olan yabancı, uzun dönem ikamet izninin sağladığı tüm haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancı, özel kanunlardaki düzenlemeler hariç, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmak şartıyla, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanır. Süresiz çalışma izni olan yabancının seçme, seçilme ve kamu görevlerine girme hakkı ile askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü yoktur (6735 s. K. m.10/4).

3. Bağımsız çalışma izni

6735 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre, profesyonel meslek mensubu yabancılara, diğer kanunlarda belirtilen özel şartların sağlanması kaydıyla bağımsız çalışma izni verilebilir.²⁴

Bağımsız çalışma izninin uluslararası işgücü politikası doğrultusunda değerlendirilmesinde, yabancının; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi, yabancı şirket ortağı ise sermaye payı ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri doğrultusunda Bakanlıkça belirlenecek diğer hususlar dikkate alınır (6735 s.K. m. 10/7).

Bağımsız çalışma izni, bu maddede yer alan süre sınırlamalarına tabi olmaksızın süreli olarak düzenlenir (6735 s.K. m. 10/8).

4. İstisnai çalışma izni

6735 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre, zaman sınırlamalarına bağlı kalmaksızın, istisnai olarak çalışma izni verilebilecek yabancılar aşağıdaki gibidir:

1. *Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim*

24 4817 sayılı Kanuna göre ise, bağımsız çalışan yabancılara, Türkiye'de en az beş yıl kanuni ve kesintisiz ikamet etmiş olmak koşulu ile bağımsız çalışma izni verilebiliyordu (m.7).

Bağımsız çalışma izni verilirken, ikamet koşuluna ilave olarak, yabancının çalışmasının ekonomiye katma değer yaratması ve istihdam üzerinde olumlu etki yapacak olması da aranmaktaydı (Yön. m 36/1). İstihdam üzerindeki etkinin belirlenmesinde ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşleri de dikkate alınıyordu (Yön. m. 36/2).

ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilen,

2. *Bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilen,*
3. *Belirli bir süre için işvereni tarafından Türkiye'de gerçekleştirilen bir projede istihdam edilen,*
4. *İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğu bildirilen,*
5. *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı,*
6. *Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşı,*
7. *6458 sayılı Kanun uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibi, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan veya vatansız ya da mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağduru,*
8. *Bir Türk vatandaşı ile evli ve eşiyile Türkiye'de evlilik birliği içinde yaşayan,*
9. *Yabancı devletlerin ve uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde diplomatik dokunulmazlığı olmadan çalışan,*
10. *Alanındaki başarısı ile uluslararası düzeyde temayüz etmiş olarak bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif amaçla Türkiye'ye gelen,*
11. *Sınırötesi hizmet sunucusu, yabancılara bu Kanunun 7 nci, 9 uncu ve 10 uncu maddelerinin uygulanmasına ilişkin istisnalar tanımlanabilecektir.²⁵*

25 4817 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğine göre aşağıda sayılan kişilere istisnai çalışma izni verilebiliyordu:

- (1) Türk vatandaşı ile evli yabancılar, (2) Yerleşmiş sayılan yabancılar ve çocukları, (3) Belirli koşullar altında Türk vatandaşlığını kaybedenler, (4) Rüşt yaşını doldurmadan Türkiye'ye gelerek eğitimini Türkiye'de tamamlayanlar, (5) 2510 sayılı İskan Kanunu'na göre muhacir, mülteci veya göçebe kabul edilen yabancılar (m. 8/d), (6) Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşları ile bunların eş ve çocukları (m. 8/e), (7) Büyükelçilik, konsolosluk ve uluslararası kuruluşların Türkiye'deki temsilciliklerinde görevlendirilenler ile eşleri ve çocukları, (8) Bilimsel, kültürel ve sportif amaçlarla kısa süreli gelenler, (9) Kilit personel niteliğindeki yabancılar, (10) Büyükelçilikler veya konsolosluklar bünyesindeki okullardaki yabancı öğretmenler, kültür

IV. Çalışma İzin Talebinin Reddi

Yurtdışındaki temsilciliklerimize veya yurt içinde doğrudan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına yapılan çalışma izni başvuruları hakkında karar verme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına aittir (6735 s.K. m.7). Çalışma izni talebi 6735 s. Kanun'un 9. maddesinde sayılan durumların mevcut olması halinde reddedilir:

1. Uluslararası işgücü politikasına uygun olmayan,
2. Sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılan,
3. Yabancı istihdam edilmesine ilişkin gerekçesi yeterli görülmemeyen,
4. Diğer kanunlarda Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılan,
5. Gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığı anlaşılan yabancılara ilişkin olan,
6. Bakanlıkça belirlenen değerlendirme kriterlerini karşılamayan,
7. 6458 sayılı Kanununun 7 nci, 15 inci ve 54 üncü maddeleri kapsamında olduğu İçişleri Bakanlığınca bildirilen yabancılara ilişkin olan,
8. Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca görülen yabancılara ilişkin olan,
9. Dışişleri Bakanlığının uygun görüşü olması durumu hariç, Türkiye Cumhuriyetinin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşları için yapılan,
10. Kanuni süresi içinde yapılmayan veya eksiklikleri tamamlanmayan, başvurular reddedilecektir.²⁶

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvurusunun reddi ve düzenlenen belgelerin iptaline ilişkin kararları, yabancıya veya varsa işverenine tebliğ eder (6735 s. Kanun m. 21/1). Bakanlık tarafından verilen bu gibi kararlara karşı ilgililer, kararın tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde itiraz edebilirler. İtirazın reddi halinde idari yargı yoluna başvurulabilir (6735 s. Kanun m.21/2).

V. Çalışma İzninin İptali ve Geçerliliğini Kaybetmesi

6735 sayılı Kanun'un 15.maddesinde çalışma izinlerinin iptali ve çalışma izinlerinin hangi hallerde geçerliliğini kaybedeceği belirtilmiştir. Buna göre;

- a. Çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin geçerlilik tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'ye gelmemesi,
- b. İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığının uygun görüşünün bulunması hâli hariç, pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması,
- c. Bu Kanunda belirtilen hükümlere aykırı olarak çalıştığı tespit,
- ç. Çalışmasının herhangi bir nedenle sona ermesi,
- d. Çalışma izni başvurusunun sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapıldığının sonradan tespiti,
- e. 11 inci madde kapsamında olması ve geçiş süresi içinde talep edilen bilgi ve belgeleri sunmaması ya da bunların niteliklerini kaybettiğinin anlaşılması,

kurumlarında görevlendirilenler ile din kurumlarında görev alacak yabancılardır.

26 4817 sayılı Kanun'a göre ise çalışma izni talebi aşağıda sayılan durumların mevcut olması halinde reddedilmekteydi: a) İş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ve istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişikliklerinin çalışma izni verilmesine elverişli olmaması, b) Başvurulan iş için ülke içinde dört haftalık süre içerisinde o işi

yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunması, c) Yabancıların geçerli bir ikamet tezkeresinin bulunmaması, d) Bir işyeri, işletme veya meslek için izin talebi reddedilen yabancıların aynı işyeri, işletme veya aynı meslek için izin talebinin reddedildiği tarihten itibaren bir yıl geçmeden yeniden izin talebinde bulunması, e) Yabancıların çalışmasının milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık için tehdit oluşturması (4817 s.K m.14. maddesi, Uygulama Yönetmeliği m. 21)

- f. 6458 sayılı Kanununun 7 nci, 15 inci ve 54 üncü maddeleri kapsamında olduğunun İçişleri Bakanlığınca bildirilmesi,
- g. Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye’de çalışmasında sakınca olduğunun ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bildirilmesi,
- ğ. Sağlık sebepleri veya zorunlu kamu hizmeti gibi mücbir sebepler dışında süreli çalışma izinlerinde aralıksız olarak altı aydan, bağımsız ve süresiz çalışma izinlerinde ise aralıksız olarak bir yıldan uzun süre Türkiye dışında kalması,
- h. *Turkuaz Kart sahibi olması hâlinde yurt dışında kalış süresinin Bakanlıkça belirlenen süreyi aşması, durumlarında iptal edilir.*²⁷

Aşağıdaki hallerde ise yabancıların çalışma izinleri geçerliliklerini kaybeder:

1. *Çalışma izninin ve çalışma izin muafiyetinin geçerlilik süresinin dolması,*
2. *Çalışma izninin ve çalışma izin muafiyetinin Bakanlıkça iptal edilmesi* (6735 s. K. m.15/1).²⁸

27 Mülga 4817 sayılı Kanununun 15 ve 16. maddeleri ile bu Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nin 22, 23 ve 24. maddelerinde çalışma izinlerinin iptali ve çalışma izinlerinin hangi hallerde geçerliliğini kaybedeceği belirtilmişti. Buna göre;

- Yabancı, 4817 sayılı Kanun’un 11. maddesinde düzenlenen süre, sektör, meslek, işkolu, mülki veya coğrafi alan sınırlamalarına aykırı olarak çalışması,

- Kanununun 13. maddesi gereğince, yabancıların çalışmalarına izin verilmeyen meslek, sanat veya işlerle ilgili yasaklamaları ihlal ederek çalışmış olmaları,

- Kanununun 14. maddesinde düzenlenen, çalışma izin talebinin reddini gerektiren hallerden birinin varlığı,

- Yabancı, ya da işverenin çalışma izni talep dilekçesinde eksik veya yanlış bilgi verdiğinin sonradan tespit edilmesi,

28 4817 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliğine göre aşağıdaki hallerde yabancıların çalışma izinleri geçerliliklerini kaybetmekteydi:

- Çalışma izninin geçerlilik süresinin dolması,

- Yabancı, ikamet tezkeresinin herhangi bir nedenle geçersiz hale gelmesi ya da geçerlilik süresinin uzatılmaması,

VI. Bildirim ve İzin Alma Yükümlülüğüne Uymamanın Yaptırımı: İdari Para Cezası

Yabancı işçi çalıştıran işverenler, yabancı işçinin çalışmaya başladığı tarihten itibaren 15 gün içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirmekle yükümlüdürler (6735 s. Yasa m. 22). Çalışma izni alan yabancıyı çalıştıran işverenler sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini kanuni süresi içinde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine göre yerine getirirler.

Kamu idarelerinin denetim elemanları ile kolluk kuvvetlerinin, kendi mevzuatları gereğince işyerlerinde yapacakları her türlü denetim, inceleme ve kontrol sırasında yabancı çalıştıran işverenler ile yabancıların bu Kanundan doğan yükümlülükleri yerine getirmediklerini tespit etmeleri halinde, durum Bakanlığa bildirilir (6735 s. K. m. 23).

Uluslararası İşgücü Kanunu’nun 23. maddesine göre;

1. Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeksizin yabancı çalıştıran işverene her bir yabancı için 400 TL;
2. Çalışma izni olmaksızın yabancı çalıştıran işverene veya işveren vekiline her bir yabancı için 6.000 TL tutarında idari para cezası verilir.

-Bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeksizin;

- Yabancı, pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması,

- Yabancı, mücbir sebepler dışında aralıksız olarak altı aydan fazla süreyle yurt dışında kalması (4817 s. Kanun m.16, Yön. m.24).

1. Bağımsız veya süresiz çalışma izni ile çalışan yabancıya 400 TL,
2. Bağımsız çalışan yabancıya 4.800 TL tutarında idari para cezası verilir.

Çalışma izni olmaksızın bir işverene bağlı olarak çalışan yabancıya da 2.400 TL tutarında idari para cezası verilir. Bu fiillerin tekrarı halinde idari para cezaları bir kat artırılarak uygulanır. 6735 sayılı Kanuna göre verilen idari para cezaları genel bütçeye gelir kaydedilir.

Çalışma izni bulunmadan çalıştığı tespit edilen yabancılar sınır dışı edilmek üzere İçişleri Bakanlığına bildirilir. Bundan başka, Yasa, çalışma izni bulunmayan işçiyi çalıştıran işveren veya işveren vekiline, **yabancının ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine geri dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak yükümlülüğü de getirmiştir** (6735 s. K. m.23 f.9).

VII. Sonuç

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu ile yabancıların Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde çalışmaya başlamadan önce çalışma izni alması gerektiğine ilişkin genel kural korunmuştur. Çalışma izni vermeye yetkili makam, 4817 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olup, bu izinler Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulunun önerileri dikkate alınarak oluşturulacak uluslararası işgücü politikası kapsamında verilecektir.

4817 sayılı Kanundan farklı olarak, 6735 sayılı Kanun staj yapmak üzere başvuruda bulunan veya staj yapan ve Türkiye’de geçici nitelikten hizmet sunumu amacıyla bulunan sınır ötesi hizmet sunucularını da kapsama almıştır. Ayrıca çalışma izni almaktan muaf tutulan yabancıların iş ve işlemleri de 6735 sayılı Kanun hükümlerine göre yürütülecektir.

6735 sayılı Kanun ile getirilen önemli bir

yenilik ise Turkuaz Kart uygulaması olmuştur. Turkuaz Kart sahibi yabancı bu Kanunda düzenlenen süresiz çalışma izninin sağladığı haklardan yararlanır. Başvuru sonrasındaki ilk üç yıllık geçiş süresi sonunda yapılan değerlendirmede olumlu bulunan nitelikli yabancılar, Turkuaz Kart sahibi süresiz çalışma izninin sağladığı tüm haklardan yararlanma hakkı elde etmiş olacaktırlar.

6735 sayılı Kanun’un 19. maddesi ile Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunda örgün öğretim programlarına kayıtlı yabancı öğrencilere çalışma izni alma koşuluyla çalışma hakkı getirilmiştir. Ancak, öğrencilere tanınan bu çalışma hakkının bazı sınırlamaları ve koşulları bulunmaktadır. Şöyle ki, ön lisans ve lisans düzeyindeki öğrenciler ilk yıldan sonra ve kısmi süreli olarak çalışabileceklerdir. 6735 sayılı Kanun ile 4817 sayılı Kanundan farklı olarak çalışma iznine ilişkin iş ve işlemlerin uygulanması ile ilgili önemli değişiklikler getirilmiştir. Bu bağlamda, çalışma izni başvurusunun değerlendirilmesine ilişkin objektif ölçütler düzenlenmiş, özel mesleki yeterlilik gerektiren bazı mesleklerde çalışacak yabancılar için ilgili bakanlıklardan ön izin alınması ile süresiz ve bağımsız çalışma izinleri alabilecek yabancılar ve bu izinlerden yararlanma şartları, yabancının işinin niteliğine ve ülkeye katkısına göre yeniden belirlenmiştir. Ayrıca çalışma izni muafiyetlerinin kapsamı ve şartları yeniden düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olup da ülkemizde ikamet etmeyen yabancıların ve yönetici niteliği olmayan şirket ortaklarının çalışma izni muafiyeti kapsamında olduğu belirtilmiştir.

6735 sayılı Kanun’un 5. maddesi ile Yabancı Başvuru, Değerlendirme ve İzleme Sistemi’nin çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca kurulması düzenlenmiştir. Böylelikle, diğer kurumlarla oluşturulan çevrimiçi bağlantılar aracılığıyla yabancı çalışanların bölge, il, sektör, işyeri

bazında eşzamanlı izlenmesi ve kayıtdışılıkla etkin mücadele edilmesi amaçlanmıştır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Kaplan-Senayen, Emine Tuncay: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2013.
- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Asar, Aydoğan: Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları, 2. Bası, Ankara 2004.
- Cin, Mustafa: Yabancıların Kendilerine Yasak İşlerde veya Çalışma İzni Almadan Çalışmasının İş Sözleşmesine Etkisi, Kamu-İş 2005, Sayı: 2, s. 23-45.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 28. Bası, İstanbul 2015.
- Çelikel, Aysel/Gelgel, Günseli: Yabancılar Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2014
- Çiçekli, Bülent: Yabancıların Çalışma İzinleri, TİSK Yayın No: 240, Ankara 2004.
- Çiçekli, Bülent: Yabancılar Hukuku, Ankara 2007.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1984.
- Ekşi, Nuray: Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 1. Bası, İstanbul 2006.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Ergin, Hediye: Yabancı İşçinin Çalışma İzni Alamamasının İş Sözleşmesine Etkisi, Legal YKİ, 2007/4, s.215-244.
- Ergin, Hediye: Yabancıların Çalışma ve İkamet İzninin İş Sözleşmesine Etkisi, Legal İSGHD 2007 Sayı: 16, s. 1357- 1402.
- Güven, Pelin/Çalışkan, Yusuf: Yabancıların Türkiye'de Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Getirilen Yeni Değişiklikler, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2004, s.197-233.
- Kırıl, Halis: Yabancıların Türkiye'de Çalışma Esasları, TİSK Yayını No:270, Ankara 2006.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhtittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul2014.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2016.
- Şakar, Müjdat: İş Kanunu Yorumu, 7. Bası, İstanbul 2015
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul 2015.
- Tekinalp, Gülören: Türk Yabancılar Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2003.

Makale Gönderim Tarihi: 19 Kasım 2016

Makale Kabul Tarihi: 25 Kasım 2016

İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf

Öz

20.07.2016 tarihinde Türk Medenî Yargı Sistemi'nde istinaf kanun yolu, fiilen uygulamaya başlamıştır. İstinafin fiilen uygulanmaya başlaması, âdil yargılanma hakkı bakımından önemli bir kazançtır. Bununla birlikte yeni bir kanun yolu, önemli sorun ve belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Bu makalenin temel amacı, istinaf kanun yolunun genel olarak tanıtılması ve özellikle de iş yargısı bakımından etki ve sonuçlarının tespitidir. Bu çerçe-

de makalede, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevresi, hangi kararlara karşı istinaf yoluna başvurulacağı, istinafa başvuru süresi, istinafa başvuru usulü, istinaf sebepleri, istinaf yargılaması ve istinaf incelemesi sonucunda verilebilecek kararlar ele alınacaktır. Tüm bu incelemelerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İş Mahkemeleri Kanunu esas alınacak, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı'nın ilgili hükümleri de irdelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

İstinaf, iş uyuşmazlıkları, iş yargısı.

Labour Conflicts and Appeal

Abstract

In Turkish Civil Procedure System, Court of Appeals has begun implemented actually on 20.07.2016. The initiation of the appeal is an important gain in terms of the right to fair trial. However, appeal system brings significant problems and uncertainties with it. In this study, it is aimed to introduce generally the appeal and especially to determine the effect and consequences of labour jurisdiction. Within this framework, judicial circles of

regional courts of justice, decisions that can be resort to the court of appeal, application period, application procedure, reasons for application, decisions to be given as a result of appeal judgment and appeal examination will be examined in this study. All these examinations will be based on the Code of Civil Procedure and the Code of Labor Courts and the relevant provisions of the Draft of the Code of Labor Courts will also be examined.

Keywords:

Appeal, labour conflicts, labour jurisdiction.

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
mnamli@istanbul.edu.tr

Giriş

26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun¹ ile medenî yargıdaki kanun yolu sistemimizde istinaf ihdas edilmiş olsa da, çeşitli sebeplerden ötürü bölge adliye mahkemeleri bir türlü faaliyete geçirilememiştir. Nihâyet uzun bir sürenin sonunda Adalet Bakanlığı 07.11.2015 tarihli kararında, bölge adliye mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinde tüm yurttan göreve başlayacağını bildirmiştir². Böylece 20.07.2016 tarihinden itibaren, Türk Hukuku'nda medenî yargıda üç dereceli sisteme geçilmiştir.

5235 sayılı Kanun ile medenî yargıda istinaf kanun yolunun ihdas edilmesi, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda (İş Mah. K.)³ da değişiklik yapılmasını gerektirmiştir. Bu ihtiyaç, 02.03.2005 tarih ve 5308 sayılı Kanun⁴ ile giderilmiş ve bu Kanun ile İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8. maddesi istinaf esas alınarak değiştirilmiştir.

Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinin yanı sıra, bilindiği üzere Adalet Bakanlığı, iş yargısı reformu üzerinde çalışmalar yapmaktadır. Bu bağlamda hazırlanan İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı (Taslak), 23.03.2016 tarihinde görüşe sunulmuştur.

Bu çalışmada her şeyden önce, istinaf kanun yolunun tanıtılması amaçlanmaktadır. Bu amaç çerçevesinde ise özellikle iş yargısı ele alınacak ve istinaf kanun yolunun iş yargısı bakımından yansımaları ve karşılaşılabilecek olası sorunlardan bazıları incelenecektir. Bu genel perspektif içinde ise, temel eksen 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun(HMK)⁵ hükümleri olmakla birlikte, hem İş Mahkemeleri Kanunu hem de Taslak'ın ilgili hükümleri de irdelenecektir.

1 RG., 07.10.2004, S. 25606.

2 RG., 07.11.2015, S. 29525.

3 RG., 30.01.1950, S. 7424.

4 RG., 18.03.2005, S. 25759.

5 RG., 04.02.2011, S. 27836.

I. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Kabul Edilen İstinafın Temel Özellikleri

Türk Hukuku'nda genel olarak kabul edildiği üzere kanun yolları, ilk derece mahkemelerinin nihâi kararlarına karşı başvurulabilen, aktarıcı ve erteleyici etkileri haiz hukukî çârelerdir⁶. Buna göre, bir hukukî çârenin "kanun yolu" olarak nitelendirilebilmesi, o hukukî çârenin, aktarıcı etki ile erteleyici etkinin ikisini birden bünyesinde barındırmasına bağlıdır.

Erteleyici ve aktarıcı etkiden ne anlaşılması gerektiği hususunda HMK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde genel olarak erteleyici etki, "*şeklî anlamda kesinleşmenin önlenmesi*" olarak tanımlanmaktadır⁷. Aktarıcı etki ise yine doktrinde genel olarak, "*uyuşmazlığın bir üst derece mahkemeye intikal ettirilmesi*" olarak kabul edilmektedir⁸.

Yukarıdaki iki etki bakımından istinaf kanun yolu değerlendirildiğinde, bir yandan istinaf tale-

6 Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 445; Deren-Yıldırım, Nevhis, "Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, s. 8; Kanun yolları, s. 8; Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı. 3. Bası, Alternatif Yayınları, İstanbul 2012, s. 774-775; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 738.

7 Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku-Kanun yolları ve Tahkim. 3. Bası, İÜHF Yayınları İstanbul 1977, s. 129; s. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 445; Sungurtekin, Meral, "Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi", YD, 1990, S. 16, s. 476 dnot 20; Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Turhan Kitabevi, Ankara 1977, s. 10 dnot 8.

8 Bilge, Necip, Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme, AÜHF Yayınları, Ankara 1973, s. 7; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 445; Üstündağ, s. 816; Arslan, s. 9; Öztekin, Selçuk, "HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı", Hukuk Araştırmaları, 1987/2, s. 62; Yıldırım, M. Kamil, Hukuk Devletin Gereği: İstinaf. Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s. 41-42; Sungurtekin, s. 475.

binde bulunulması ile ilk derece mahkemesi kararının şekli anlamda kesinleşmesi önlenmiş olacaktır. Diğer yandan ise, istinaf talebi sonucunda uyuşmazlık, bir üst derece mahkeme olan bölge adliye mahkemesine intikal edecektir. Hâl böyle olunca her iki etkiyi de içinde barındırması itibariyle, istinaf bir kanun yoludur.

Kanun yolları, “geri almaya yönelik kanun yolları” (*voies de rétraction*) ve “düzeltmeye yönelik kanun yolları” (*voies de réformation*) olmak üzere ikiye ayrılabilir. Buna göre geri almaya yönelik kanun yolları, bir nihaî kararın, o davada kararı veren mahkeme tarafından gözden geçirilmesini ve bunun sonucunda ilk kararın geri alınarak yeni bir karar verilmesini sağlamaktadır⁹. Düzeltmeye yönelik kanun yolları ise, bir mahkemenin verdiği kararın bir üst mahkeme tarafından denetlenmesini, böylelikle ilk kararın bu üst derece mahkeme tarafından düzeltilmesini amaçlamaktadırlar¹⁰. Bir kanun yolunun düzeltmeye yönelik kanun yolu olarak nitelendirilebilmesi için talebi inceleyen üst derece mahkemesinin davayı esaslan inceleme, yani vakıa denetimi yapma yetkisinin bulunması gerekmektedir¹¹. Aşağıda da üzerinde duracağımız gibi, istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararı üzerinde vakıa ve hukukî denetim yapabilecek ve bunun sonucunda ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak yeni bir karar verebilecektir. Bu bağlamda istinaf, düzeltmeye yönelik bir kanun yoludur.

Kanun yolları, bir başka sınıflandırmaya göre, “olağan-olağanüstü” olmak üzere ikiye ayrılabilir. Bu sınıflandırmada farklı kriterler kullanılsa da¹², ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere, henüz

şekli anlamda kesinleşmemiş bir karara karşı başvurulabilen kanun yolları “olağan” olarak nitelendirilirken, şekli anlamda kesinleşmiş kararlara başvurulabilen kanun yolları ise “olağanüstü kanun yolları” olarak adlandırılmaktadır¹³. HMK m. 341/1 uyarınca ilk derece mahkemelerinden verilen nihaî kararlara karşı bu yola başvurulabilmesi itibariyle, istinaf bir “olağan kanun yolu”dur¹⁴.

İstinaf kanun yolunu benimseyen hukuk düzenleri bakımından bir inceleme yapıldığında, istinaf kanun yolu, “tam istinaf – sınırlı istinaf” olmak üzere ikiye ayrılabilir¹⁵. Tam istinafı benimseyen sistemlerde, istinaf yargılaması tamamen yeni bir usûl kesiti olarak kabul edilmektedir¹⁶. Bu sistemde istinaf yeni bir usûl kesiti olduğuna göre, taraf-

düzenleme bulunmadığı sürece herkese ve her türlü karara karşı başvurulabilecek kanun yolları “olağan”, ancak kanunda belirlenen kişiler tarafından, kanunda belirlenen kararlara karşı, kanunda belirlenen şartlar dâhilinde başvurulabilen kanun yolları ise “olağanüstü kanun yolları” şeklinde nitelendirilmektedir. İsviçre Hukuku’nda bir görüş uyarınca bu ayırım, hakkında bu yola başvurulabilen kararın “şekli anlamda kesinleşip kesinleşmediği”ne göre yapılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mert Namlı, Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku’nda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 70-75.

13 Berki, Şakir, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1958, s. 147; Bilge, s. 16; Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku, 3. Bası, AÜHF Yayınları, Ankara 1978, s. 641; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, c. VI, 6. Bası, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 4484-4485; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medenî Usul Hukuku, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 587; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 739-740; Sungurtekin, s. 477.

14 Yılmaz, Ejder, İstinaf, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 58; Öztekin, Selçuk, “Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, s. 105.

15 Bu ayırım “geniş istinaf – dar istinaf” şeklinde de gerçekleştirilmektedir. Bu yönde bkz. Akkaya, Tolga, Medenî Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 96.

16 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 508; Deren-Yıldırım, Nevhis, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”. İstinaf Mahkemeleri Uluslar arası Toplantı(7-8.03.2003), s. 268; Deren-Yıldırım, Kanun Yolları, s. 10; Hohl, Fabienne, Procédure Civile, v. II, Staempfli, Bern 2002, s. 405; Akkaya, s. 97; Meraklı Yayla, Deniz, Medenî Usul Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 21; Albayrak, Adem, Hukukta İstinaf Uygulaması, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s.7.

9 Cuhe, Paul/Vincent, Jean, Précis De Procédure Civile, 13. Éd., Dalloz, Paris 1963, s. 476; Guinchard, Serge/Ferrand, Frédérique, Procédure Civile: Droit Interne et Droit Communautaire. 28. Éd., Dalloz, Paris 2006, s. 1144; Cadiet, Loic/Jeuland, Emmanuel, Droit Judiciaire Privé, 5. Éd., Litec, Paris 2006, s. 500; Héron, Jacques/Le Bars, Thierry, Droit Judiciaire Privé, 3. Éd., Montchristien, Paris 2006, s. 525.

10 Cuhe/Vincent, s. 476-477.; Héron/Le Bars, s. 525.

11 Guinchard/Ferrand, s. 1144; Cadiet/Jeuland, s. 500-501; Julien, Pierre/Fricero, Natalie, Droit Judiciaire Privé, 2. Éd., LGDJ, Paris 2003, s. 362.

12 Örneğin Fransız Hukuku’nda aksine kanunda bir

lar, ilk derece mahkemesi önünde toplanan dava malzemesini tamamlayıp yenileyebilmektedirler¹⁷. Böylece tam istinafta istinaf mahkemesi, tarafların yeni vakia ve delil ileri sürebildikleri bir olay mahkemesine bürünmektedir¹⁸.

Sınırlı istinafta ise istinaf mahkemesinin temel işlevi, ilk derece mahkemesinin kararının denetimidir¹⁹. Bu sistemde taraflar, istinaf yargılamasında kural olarak yeni dava malzemesi ileri sürmemekte, ayrıca istinaf yargılaması da taraflarca ileri sürülen sebepler ile sınırlı olarak gerçekleştirilmektedir²⁰. Bir başka anlatımla dar istinafta, dava malzemesinin toplanması işi asıl olarak ilk derece yargılamasına aittir ve bu nedenle de, istinaf derecesinde dava malzemesi kural olarak toplanmayacaktır²¹. Burada istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı usûlden ve esastan incelemekte; ilk derece yargılamasındaki hata veya eksiklikleri tamamlamak suretiyle ilk derece mahkemesinin verdiği kararı düzeltmeyi amaçlamaktadır²².

Türk Hukuku'nda kabul edilen istinaf yolu incelendiğinde, HMK m. 355'e göre istinaf incelemesi, kamu düzenine aykırılık dışında taraflarca ileri sürülen istinaf sebepleriyle sınırlı olarak gerçekleştirilecektir. Ayrıca HMK m. 357'de istinaf yargılamasında yapılamayacak işlemler düzenlenmektedir ki burada kanun koyucu, diğer işlemlerin yanında, bazı istisnalar haricinde yeni vakia ve delil getirilmesini kural olarak yasaklamıştır. Tüm bunlar HMK m. 341-360 arasında düzenlenen istinafın, bu ayırım bakımından "sınırlı istinaf" olarak nitelendirilebileceğini ortaya koymaktadır²³.

Türk Hukuku'nda kabul edilen istinafın temel

özellikleri bir arada değerlendirildiğinde, istinaf kanun yolunun öncelikli amacı, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararı denetlemek ve gerekirse yeniden bir yargılama yapmak suretiyle yeniden karar vermektir. Bu çerçevede ilk derece yargılaması ve mahkemenin kararı hem maddî hem de hukukî bakımdan denetlenecek; bir yandan ilk derece mahkemesinin vakia ve delillere ilişkin değerlendirmesiyle hukukî değerlendirmesi gözden geçirilecek, diğer yandan ise ilk derece yargılamasındaki usûlî hata ve eksiklikler de kontrol edilecektir.

II. İstinafın Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Bölge adliye mahkemeleri 20.07.2016 tarihi itibarıyla faaliyete geçmiş olmalarına rağmen, istinaf kanun yolunun zaman bakımından hangi kararlar hakkında uygulama alanı bulacağı, özellikle hâlihazırda verilen kararların akıbetinin ne olacağı tereddütlere yol açabilecektir.

HMK'nın geçici 3/2 maddesi, konuyla ilgili olarak şu düzenlemeyi içermektedir:

"Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacaktır."

Yukarıda yer alan düzenleme uyarınca, doktrinde haklı olarak, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçtiği tarihten (20.07.2016) önce, ilk derece mahkemesi bir karar vermiş ve bu karara karşı da temyiz yoluna başvurulmuşsa, artık 20.07.2016'dan sonra da bu karar bakımından eski kanun yolu sisteminin uygulanacağı kabul edilmekteydi²⁴.

01.07.2016 tarih ve 6723 sayılı Kanun²⁵ ile, HMK

17 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 508

18 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 508; Akkaya, s. 97.

19 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 508; Deren-Yıldırım, İstinaf, s. 268; Hohl, s. 405; Akkaya, s. 100; Albayrak, s. 8.

20 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 508; Deren-Yıldırım, İstinaf, s. 269; Hohl, s. 405; Meraklı Yayla, s. 21.

21 Deren-Yıldırım, İstinaf, s. 269; Akkaya, s. 100

22 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 508; Akkaya, s. 100.

23 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 508; Yılmaz, İstinaf, s. 56; Akkaya, s. 103-104.

24 Özekes, Muhammet, 100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi: İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 61-62.
25 RG., 23.07.2016, S. 29779.

Geçici Madde 3/2'deki "aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan" ibaresi "verilen" şeklinde değiştirilmiştir. Hâl böyle olunca, istinafa ilişkin düzenlemelerin zaman itibarıyla uygulanması hususunda, "ilk derece mahkemesinin nihaî kararını verdiği tarih" kıstas olarak benimsenecektir. Buna göre, ilk derece mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinden önce verdikleri nihaî kararlar bakımından eski kanun yolu sistemi uygulanmaya devam edecektir. Örneğin ilk derece mahkemesi 20.07.2016 tarihinden önce bir karar vermiş olup henüz bu karara karşı kanun yoluna başvurulmamış ise, bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmesine rağmen, bu karara karşı da eski kanun yolu sistemine göre kanun yolu başvurusu yapılacaktır²⁶. Buna karşılık ilk derece mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinden itibaren verdikleri nihaî kararlar hakkında istinaf talebinde bulunulması gerekmektedir.

İstinafın zaman bakımından uygulama alanı belirlenirken İş Mah.K. Geçici 1. madde de gözönünde bulundurulmalıdır. Söz konusu maddeye göre, bölge adliye mahkemelerinin, göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında yapılan temyiz başvuruları, kesinleşinceye kadar Yargıtay tarafından sonuçlandırılacak olup, bu kararlar hakkında İş Mahkemeleri Kanunu'nun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyize ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Bu hükümler çerçevesinde ilk olarak, iş mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinden önce vermiş oldukları kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı tespit edilebilecektir. İş mahkemeleri tarafından 20.07.2016 tarihinden önce verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. İş mahkemesi tarafından 20.07.2016 tarihinden önce verilen bir karara karşı temyiz yoluna başvurulması üzerine, bu kararın bozulması halinde, dosya kararı veren iş mahkemesine gönderilecektir. Bu noktada bozma kararı üzerine iş mahkemesinin vereceği yeni karara karşı hangi yola başvurulacağı tered-

düt yaratabilecektir. Bu noktada İş Mah. K. Geçici 1. maddede, "bölge adliye mahkemelerinin, göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında yapılan temyiz başvuruları, kesinleşinceye kadar Yargıtay tarafından sonuçlandırılacağı" düzenlenmiştir. Hâl böyle olunca, bozma kararı üzerine iş mahkemesinin vereceği yeni karara karşı da istinaf yoluna değil, temyiz yoluna başvurmak gerekmektedir²⁷.

III. Bölge Adliye Mahkemelerinin Yargı Çevresi

5235 sayılı Kanunun geçici 2. maddesine göre, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren en geç iki yıl içinde (01.06.2007'ye kadar) bölge adliye mahkemelerinin kurulması gerekmektedir. Bu zorunluluğun yerine getirilmesi amacıyla 22.05.2007 tarihinde Adalet Bakanlığı, dokuz adet bölge adliye mahkemesi kurulduğunu²⁸, ancak bunların hangi tarihte faaliyete geçeceğinin gerekli hazırlıklar yapıldıktan sonra bildirileceğini açıklamıştır.

5235 sayılı Kanun'un 25. maddesi çerçevesinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) olumlu görüş kararı ve Adalet Bakanı'nın 13.06.2011 tarihli oluru ile altı yerde daha bölge adliye mahkemesi kurulmasına karar verilmiştir²⁹.

Bu gelişmeler ışığında 15 ilde bölge adliye mahkemesinin faaliyete geçeceği beklenir iken, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 29.02.2016 tarih ve 53 no'lu kararı ile, 20.07.2016 tarihinde faaliyete geçecek bölge adliye mahkemesi sayısı 7'ye düşürülmüştür. Bu kararda, bölge adliye mahkemelerinin ilk etapta her coğrafi bölgede bir tane olmak üzere, Ankara, Antalya, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir ve Samsun il merkezlerinde faaliyete geçeceği açıklanmıştır.

26 6723 Sayılı Kanun ile HMK Geçici Madde 3/2'ye eklenen cümleye göre, ilk derece mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinden önce verdikleri nihaî kararlara karşı yapılan temyiz başvuruları, bölge adliye mahkemelerine gönderilemeyecektir.

27 Kuru, Baki, İstinafa Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul 2016, s. 878, dnot 43.

28 Burada, dokuz bölge adliye mahkemesinin kurulacağı iller, Adana, Ankara, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, İstanbul, İzmir, Konya ve Samsun olarak belirlenmiştir.

29 Bu altı il, Antalya, Gaziantep, Kayseri, Sakarya, Trabzon ve Van'dır.

Önceki bölümde de üzerinde durduğumuz gibi istinaf, ilk derece mahkemesince verilen karar üzerinde hem vakia hem de hukukî denetim yapılacak bir kanun yoludur. İstinaf kanun yolunun bu özelliği gözönünde bulundurulursa, yedi bölge adliye mahkemesinin bu iş yükü altında gerekli incelemeyi sağlıklı bir şekilde yapabileceğini savunmak kanaatimizce mümkün değildir³⁰. Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri incelendiğinde, bazı iller ile bağlı olduğu bölge adliye mahkemesi arasındaki uzaklığın oldukça fazla olduğu dikkat çekmektedir. Bu durum ise, âdil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkını oldukça zorlaştırabilecektir. Yine bölge adliye mahkemelerinin yargı çevresine dâhil olan il sayısının oldukça fazla olması, doğrudanlık ilkesi, hukukî dinlenilme hakkının tam olarak sağlanması vb. bakımlardan da düşündürücüdür³¹. Bu noktada bizce 2011 yılında kabul edildiği gibi, 15 bölge adliye mahkemesinin kurulması faaliyete geçmesi istinaf kanun yolundan beklenen yararın elde edilebilmesi için çok önemlidir.

Bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri, HSYK'nın 07.06.2011 tarih ve 187 sayılı kararı ile belirlenmiştir. Kanun koyucu, bölge adliye mahkemelerinin yetkisi bakımından yetki sözleşmesi yapılamayacağını kabul etmiştir (HMK m. 357/2). Bu düzenleme karşısında bölge adliye mahkemesinin yetkisinin kesin ve kamu düzeninden olduğu sonucuna varılabilecektir³².

30 HSYK'nın 29.02.2016 tarih ve 53 no'lu kararı uyarınca Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin yargı çevresi tam 19 ili kapsamaktadır. Yargı çevresi bu kadar geniş olan bir bölge adliye mahkemesinin istinaf yargılamasını sağlıklı yürütebilmesi ise son derece zordur. Aynı görüşte; Özekes, 100 Soruda, s. 58; Tanrıver, Süha, "Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler". BATİDER, 1995, c. XVIII, s. 155.

31 Aynı görüşte Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 533.

32 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 528; Kuru, Medeni Usul, s. 680; Yılmaz, İstinaf, s. 64-65; Özekes, Muhammet, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf", Legal HD, 2004, c. 23, s. 3106; Haluk Konuralp, "Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usul (Hukuk Davaları Açısından)", TBB Uluslararası Toplantı(07-08.03.2003), s. 249.

Bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi, bir ilk derece mahkemesi kararına karşı hangi bölge adliye mahkemesine başvurulabileceğinin tespit edilmesini sağlamaktadır³³. Burada önemli olan, kararı vermiş olan ilk derece mahkemesinin, istinaf başvurusunu inceleyecek olan bölge adliye mahkemesinin yargı çevresinde bulunmasıdır³⁴. Bu bağlamda, kararı veren ilk derece mahkemesi, kanun veya yetki sözleşmesi gereğince yetkili ise istinaf başvurusu da kararı veren ilk derece mahkemesinin yargı çevresine dâhil olduğu bölge adliye mahkemesine yapılacaktır³⁵.

IV. İstinaf Yoluna Başvurulabilecek Kararlar

A- Genel Kural: Nihâî Kararlara Karşı Başvurabilme

Hangi kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin temel düzenleme HMK m. 341'de yer almaktadır. Buna göre, ilk derece mahkemelerinden verilen nihâî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir. Böylece iş mahkemelerinin verecekleri usûle veya esasa ilişkin nihâî kararlara karşı istinaf yolu açık olacak; buna karşılık iş mahkemesinin ara kararlarına karşı ancak nihâî karar ile birlikte istinaf yoluna başvurmak mümkün olabilecektir. Bunların yanında tarafların davaya son veren işlemleri (feragat, sulh ve kabul) halinde verilen nihâî kararlar ile davanın konusuz kalması halinde verilen nihâî kararlar da istinafın konusunu oluşturabilecektir³⁶.

Kanun koyucu, hakkında istinafa başvurulabilecek ilk derece mahkemesi kararları bakımından ikili bir ayırım gözetmektedir. Buna göre, eğer malvarlığına ilişkin bir karar söz konusu ise, aşağıda

33 İstinaf El Kitabı, s. 39.

34 İstinaf El Kitabı, s. 38.

35 İlk derece mahkemesi yetkili olmamakla birlikte, süresinde yetki itirazında bulunulmaz ise (yetkinin kamu düzenine ilişkin olduğu hâller hariç), davaya bakmaya yetkili hâle gelecek ve istinaf başvurusu da yine bu yetkili hâle gelen mahkemenin yargı çevresine dâhil olduğu bölge adliye mahkemesinde ileri sürülecektir. Bkz. İstinaf El Kitabı, s. 38.

36 Kuru, Medeni Usul, s. 671.

ayrıca ele alacağımız üzere, istinafa başvurulabilmesi için bir “değer sınırı” belirlenmiştir. Malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından ise kanunda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Hâl böyle olunca da, iş mahkemelerinin malvarlığına ilişkin olmayan davalarda verecekleri tüm kararlara karşı kural olarak istinaf yoluna başvurulabilecektir.

İş yargısına konu olan uyuşmazlıklar incelendiğinde, tüm uyuşmazlıklar içinde malvarlığına ilişkin olanların büyük yer kapladığı görülmektedir. Öyle ki 2015 yılında iş mahkemelerinde toplam 217.987 dava açılmış olup; bunlardan 133.838 tanesi alacak, 21.316’sı ise tazminat, 6.427’si itirazın iptali, 1529’u menfi tespit ve 321’i ise istirdat davasıdır³⁷. Tüm bu malvarlığına ilişkin davalar sonucunda verilecek nihai kararlar hakkında, aşağıda belirteceğimiz değer sınırının sağlanması hâlinde istinaf yoluna başvurulabilecektir.

B- İstinafa Başvurmada Değer Sınırı

İstinafın konusunu ilk derece mahkemelerinin nihai kararları oluşturmakla birlikte, kanun koyucu, bu noktada “uyuşmazlığın değeri”ni esas alarak bir sınırlandırmaya başvurmuştur. Buna göre, miktar veya değeri 1.500 TL’yi geçmeyen malvarlığı³⁸ davalarına ilişkin olan kararlar kesin olup bunlara karşı kanun yoluna başvurulamayacaktır (HMK m.341/2)³⁹. Bununla birlikte İş Mahkemele-

ri Kanunu’nun 8/1. maddesinde bu sınırın daha düşük tutulmaktaydı. Öyle ki söz konusu hükme göre, “para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkındaki nihai kararlar kesin niteliktedir.

24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴⁰ ile istinafa başvuruda değer sınırı bir kez daha değişikliğe uğratılmıştır. Söz konusu kanunun 41. maddesi ile, HMK m. 341/2’deki istinafa başvuru sınırı 3.000 TL olarak değiştirilmiştir. Aynı kanunun 5. maddesinde ise, İş mahkemelerinin verdikleri kararlara karşı istinaf sınırı da 3.000 TL’ye yükseltilmiştir. Böylece 6763 sayılı Kanun ile hem istinafa başvuru sınırı arttırılmış, hem de İş Mahkemeleri Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasında yeknesaklık sağlanmıştır.

Taslak’ta ise istinafta değer sınırına ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. Hâl böyle olunca Taslak m. 8/1 hükmü gereğince, değer sınırı HMK m. 341/2’ye göre tespit edilecektir.

İstinapta kesinlik sınırı belirlenirken “asıl alacak” dikkate alınacak, faiz ve giderler kesinlik sınırı bakımından hesaba katılmayacaktır⁴¹. Yine istinafa başvuru bakımından belirlenen değer sınırı, istinaf yoluna başvuran tarafın menfaati açısından değerlendirilecektir. Buna göre, alacağın bir kısmı dava edilmişse, kesinlik sınırı alacağın tamamına göre belirlenecektir (HMK m. 341/3). Alacağın tamamı dava edilmişse, asıl talebin kabul edilmeyen kısmına bakılacaktır. Eğer kabul edilmeyen kısım istinafa başvuru sınırını aşılıyorsa, istinaf yoluna başvurulabilecektir (HMK m. 341/4).

HMK m. 110’a göre davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilecektir. Objek-

37 İstatistikler için bkz. www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2015/ihtisas/13.pdf.

38 HMK m. 341/2’de “değere bağlı istinaf” sistemi, yalnızca malvarlığına ilişkin davalar bakımından kabul edilmiştir. Bu nedenle ilk derece mahkemelerinin malvarlığına ilişkin bulunmayan her türlü nihai kararına karşı istinaf yolu açıktır. Bkz. Özkes, İstinaf, s. 3104.

39 Değere bağlı istinaf sisteminin kabul edilmesinin, bu sınırın altında kalan davalar bakımından “hak arama özgürlüğü” ve “eşitlik ilkesi”ni ihlâl edip etmediği, Anayasa Mahkemesi’nin 1986 tarihli bir kararına konu olmuştur. Bu kararda Mahkeme, bu tür sınırlandırmaların hak arama özgürlüğü ile eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varmış ve iptal talebini reddetmiştir. Kararın metni için bkz. RG., 16.04.1986, S. 19080.

Kanun yoluna başvurma hakkının “değere” bağlı olarak sınırlandırılmasına birçok ülke sisteminde de tanık olunmaktadır. Bununla birlikte Alman Hukuku’nda “izne bağlı istinaf”, Fransız Hukuku’nda ise “iptal amaçlı istinaf” yolları kabul edilerek bu durum telâfi edilmeye çalışılmıştır. Bu noktada Türk Hukuku’nda da bunlara benzer bir yola yer vermek suretiyle sisteme esneklik

kazandırılması, kanaatimizce hak arama özgürlüğünün tam olarak sağlanabilmesi bakımından da yerinde olacaktır. Alman Hukuku’ndaki izne bağlı istinaf hakkında bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 518; Nevhis Deren-Yıldırım, “İstinafın Gerekçelenendirilmesi ve İstinaf Sebepleri”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 696-697.

40 RG., 02.12.2016, S. 29906.

41 Kuru, Medeni Usul, s. 672.

tif dava birleşmesi olarak adlandırılan bu kurum, bilindiği üzere iş yargısında-özellikle de işçi tarafından işverene karşı açılan alacak davalarında- oldukça yaygındır. Bu noktada değere bağlı istinaf sisteminin kabulü, objektif dava birleşmesinde taleplerden birinin kesinlik sınırının üzerinde, diğerinin ise altında bulunması hâlinde, kesinlik sınırının nasıl belirleneceği sorununu beraberinde getirecektir. Objektif dava birleşmesinde, her ne kadar ortada tek bir dava mevcut gibi görünse de, aslında talep sayısı kadar dava bulunmaktadır⁴². Her talep farklı bir davanın konusunu oluşturduğuna göre, istinaf yolunun açık olup olmadığı belirlenirken de, her talebin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir⁴³.

C- Malvarlığına İlişkin Olmayan Davalar

Malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından ise kanunda herhangi bir sınırlama yapılmadığı için, iş mahkemelerinin bu davalarda verecekleri kararlar hakkında kural olarak istinaf yolu açıktır. Bunların içinde uygulamada en fazla karşılaşılan dava, hiç şüphesiz işe iade davalarıdır. İşe iade davaları bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde özel bir hüküm sevk edilmiş ve davanın iki ay içinde sonuçlandırılacağı, mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay'ın bir ay içinde kesin olarak karar vereceği düzenlenmiştir. İşe iade davalarında verilecek nihaî karara karşı istinaf yoluna başvurulması, kanunda bu hususta bir sınırlama yapılmaması itibarıyla mümkündür. Bu noktada Tasarı, bu hususta bir sınırlandırma getirmektedir. Buna göre işe iade davasında verilen karara karşı istinaf yoluna başvurulursa, bölge adliye mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurmak mümkün olmayacaktır (Tasarı m. 9/1 (a)).

İş mahkemelerince verilen malvarlığına iliş-

kin olmayan kararlar hakkında istinaf yolu kural olarak açık olmakla birlikte, kanun koyucu bazı kararlar bakımından özel düzenlemeler getirecek bu kararlara karşı istinaf yolunu kapatmıştır. Öyle ki 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 9/3⁴⁴, 15/1⁴⁵, 16/2⁴⁶, 17/5⁴⁷, 19/4⁴⁸, 43/3⁴⁹, 61/2⁵⁰ ve 65/2-3. maddelerinde⁵¹ düzenlenen hâllerde ilk derece mahkemesinin vereceği hükmün kesin nitelikte olacağı kabul edilmiştir.

D- Geçici Hukukî Koruma Kararları

Davanın açılmasından hükmün verildiği âna kadar geçecek zaman diliminde dava konusu veya deliller bakımından oluşabilecek değişiklikler, bi-

- 44 Sendika ve konfederasyonların genel kurul dışındaki organlarına seçilebilmek için Kanunun 6. maddesinde aranan şartlara sahip olmak gerekmektedir. Bu şartlara sahip olmayan birinin seçildiğini tespit eden valiliğin veya Bakanlığın başvurusu üzerine mahkeme, bu kişinin görevine son verecek olup, mahkemenin bu kararı kesin niteliktedir.
- 45 Genel kurulda yapılan organ ve delege seçimlerinin devamı sırasında yapılan işlemlere ilişkin olarak seçim sonuç tutanaklarının düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde yapılacak itirazlar hâkim tarafından aynı gün incelenecek olup, bu karar kesin nitelikte olacaktır.
- 46 Genel kurul dışında yapılan delege seçimlerine seçim sonuçlarının ilanından sonra iki gün içinde yapılacak itirazlar hakkında mahkemenin vereceği karara karşı istinaf yolu kapalıdır.
- 47 Sendikaya üyelik başvurusu, haklı bir neden gösterilmeden üyelik başvurusu kabul edilmeyenler, bu kararın kendilerine tebliğinden itibaren otuz gün içinde dava açabileceklerdir. Mahkemenin bu davada verdiği karar ise kesin niteliktedir.
- 48 Sendika üyeliğinden çıkarılma kararına karşı üye, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde mahkemeye itiraz edebilir. Mahkeme iki ay içinde vereceği karara karşı istinaf yolu kapalıdır.
- 49 İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazlar üzerine mahkemenin vereceği karar kesin olup, buna karşı istinaf yoluna başvurulamayacaktır.
- 50 Grev oylamasına ilişkin itirazlar, oylama gününden başlayarak üç iş günü içinde mahkemeye yapılacak olup, itiraz üzerine mahkemenin verdiği karar kesindir. Üç iş günü içinde kesin olarak karara bağlanır.
- 51 Grev ve lokavt dışında kalacak işçilerin niteliği, sayısı ve yedekleri, işveren veya işveren vekili tarafından toplu görüşmenin başlamasından itibaren altı iş günü içinde işyerinde yazı ile ilan edilir ve bu ilan bir örneği taraf işçi sendikasına tebliğ edilir. Bu tebliğden itibaren altı iş günü içinde işçi sendikası itirazda bulunabilecektir ki bu itiraz üzerine mahkemenin verdiği karara karşı istinaf yoluna başvurulamayacaktır.

42 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 404.

43 Y. 11. HD., E. 2007/13628, K. 2009/2622, kt. 09.03.2009: "(...) Somut olayda, davacılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu ve objektif dava birleşmesinde, her dava bağımsız olup, kesinlik sınırı, toplama göre değil, her dava için ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir."(www.kazanci.com).

reylerin ileri sürdükleri vakıaları ispatlayamamalarına, böylece belki de gerçeğe ulaşamaması ya da dava sonunda verilen hükümden beklediği hukukî korumayı elde edememesine neden olabilecektir. İşte hukuk düzenleri, bu gibi durumları önlemek ve bireylere sağladıkları hukukî korumayı daha da etkin kılmak için davanın açılmasından hükmeye bağlanmasına kadar geçecek sürede “geçici hukukî koruma kararları” verilmesine imkân sağlamaktadırlar. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bu ihtiyacın karşılanması amacıyla, “Geçici Hukukî Korumalar” başlığı altında ihtiyatî tedbirler (HMK m. 389-399), delil tespiti (HMK m. 400-405) ve diğer geçici hukukî korumalar (HMK m. 406) düzenlenmiş olup, bunun haricinde özellikle iş yargısında sık sık ihtiyatî haciz talepleriyle karşılaşmaktadır.

Öncelikle ihtiyati tedbir kararları ile başlamak gerekirse, iş mahkemesinin ihtiyati tedbir talebini reddetmesi hâlinde, ret kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilecektir (HMK m. 341/1, 391/3). İhtiyati tedbir talebinin kabulü hâlinde, kanun koyucu bu karara karşı kanun yolunu kapatmış ancak bu karara karşı itiraz edilebileceğini öngörmüştür. İtiraz üzerine iş mahkemesinin vereceği karara karşı ise yine istinaf yolu açıktır (HMK m. 341/1, 391/3)⁵². İhtiyati tedbirler bakımından istinafa başvurulurken kanunda düzenlenen değer sınırının dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. Bu noktada bir görüş, ihtiyati tedbirin konusunun para ile ölçülemediği gerekçesiyle değer sınırının gözetilmemesi gerektiğini savunmaktadır⁵³. Buna karşılık diğer görüş ise, dava konusunu bir malvarlığı hakkının oluşturması durumunda değer sınırının dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir⁵⁴.

İhtiyati tedbir hakkında belirtilenler, kural olarak ihtiyati haciz bakımından da geçerlidir. Öyle ki ihtiyati haciz talebinin reddi hâlinde buna karşı istinaf

yoluna başvurulabilecektir (İİK m. 258/3)⁵⁵. Aynı şekilde, ihtiyati haciz talebi kabul edilirse, bu karara karşı istinaf yolu kapalı olup, itiraz etmek mümkündür. Mahkemenin itiraz üzerine vereceği karara karşı ise yine istinaf yoluna başvurulabilecektir (İİK m. 265/5)⁵⁶. İhtiyati haciz para alacaklarını güvence altına alan bir geçici hukukî koruma olduğundan, bu kararlar bakımından istinafa başvurulması noktasında kanunda belirlenen değer sınırı gözetilecektir⁵⁷.

V. İstinafa Başvuru Süresi

HMK m. 345’te istinafa başvuruları için taraflara iki haftalık bir süre tanınmıştır⁵⁸. Aynı maddede kanun koyucu, bu sürenin başlangıcı hususunda, “ilk derece mahkemesi ilâmının tebliği tarihi”ni esas almıştır (HMK m. 345/1 c.2)⁵⁹.

Kanun koyucu, bir yandan HMK m. 345’de bu düzenlemeleri kabul etmiş; diğer yandan ise özel kanunlarda yer alan hükümleri de saklı tutmuştur (HMK m. 345/1 c.3). Burada sözü edilen özel kanunlardan biri de İş Mahkemeleri Kanunu’dur. Öyle ki İş Mahkemeleri Kanunu, hem istinafa başvurma süresi, hem de bu sürenin işlemeye başlayacağı tarih bakımından HMK m. 345’ten ayrılmaktadır. Gerçekten de İş Mah. K. m. 8/2’de, istinafa başvurma süresi sekiz gün olarak belirlenmiştir. Bu sürenin işlemeye başladığı an bakımından da İş Mah. K. m. 8/1’de ikili ayırım kabul edilmiştir. Buna göre istinafa başvuru

55 Bölge adliye mahkemesinin burada verdiği karar kesin nitelikte olacaktır (İİK m. 258/3).

56 Bölge adliye mahkemesinin burada verdiği karar da kesindir (İİK m. 265/5).

57 Kurt Konca/Damar, s. 207.

58 Doktrinde bazı yazarlar, iki haftalık istinafa başvuru süresini kısa bulmakta ve istinaf süresinin temyiz süresinden daha uzun tutulması gerektiğini belirtmektedirler. Bu yönde bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 526. Yine doktrinde Özbek de, 5235 sayılı Kanun Tasarı iken sunduğu bir tebliğde, istinafa başvuru süresinin temyiz süresinden uzun tutulmasının yerinde olduğunu, çünkü istinafa başvuran tarafa dilekçesini kapsamlı bir şekilde hazırlamasına imkan tanımak gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Özbek, Tasarı, s. 107.

59 İki haftalık süre “tebliğ” ile işlemeye başlayacağına ve nihai karar da taraflara farklı tarihlerde tebliğ edilebileceğine göre, istinafa başvurma süresi, taraflardan her biri için farklı tarihlerde işlemeye başlayabilecektir.

52 Bölge adliye mahkemesinin, ihtiyati tedbir talebinin reddi kararı ile ihtiyati tedbire itiraz kararı hakkında verdiği kararlar kesin olup, bunlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacaktır (HMK m. 391/3).

53 Çiftçi, Mehmet Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, İstanbul 2011, s. 96-97.

54 Nesibe Kurt Konca/Ceren Damar, İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu, TBDD, 2016/125, s. 206-207.

ma süresi, karar yüze karşı verilmişse tefhim, tarafların yokluklarında verilmişse “tebliğ” tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

İstinafa başvurma süresinin “tefhim” tarihinden itibaren başlaması iş yargısında önemli bir sorunu da beraberinde getirmektedir. Öyle ki karar tefhim edilirken büyük çoğunlukla yalnızca kısa karar tefhim edildiğinden, bu karara karşı istinaf yoluna başvurmak isteyen taraf, henüz kararın gerekçelerini öğrenmeksizin istinaf başvurusunda bulunmak zorunda kalmaktadır.

İki dereceli yargılama sisteminin yürürlükte olduğu dönemde bu sakınca, uygulamada “süre tutum dilekçesi” olarak anılan bir dilekçeyle aşılma-ya çalışılmaktadır. Buna göre kararı temyiz etmek isteyen taraf, kararın tefhiminden itibaren 8 gün içinde bir dilekçe vererek “temyiz iradesi”ni ortaya koymakta ve temyiz sebeplerini de içerecek gerekli temyiz dilekçesinin, gerekçeli kararın kendisine tebliğinden itibaren kanuni süresi içinde sunacağını beyan etmekteydi.

Temyiz süresinin işlemesi bakımından tefhimin esas alınması nedeniyle beliren sakınca ve uygulamada yerleşen süre tutum dilekçesi çözümü, Anayasa Mahkemesi’nin 20.03.2014 tarih ve 2012/1034 sayılı bireysel başvuru kararına da konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, iş mahkemelerinin verdikleri kararlara karşı temyiz süresinin kararın tefhimi tarihinden itibaren işlemeye başladığı için, bazı mahkemelerin gerekçeli kararı taraflara tebliğ etmediklerini; bu durumun da bir yandan bireyleri gerekçelerini bilmedikleri bir karara karşı temyiz yoluna başvurmak, diğer yandan ise Temyiz Mahkemesi’ni tarafların temyiz nedenlerini bilmeksizin bir temyiz incelemesi yapmak zorunda bıraktığını belirtmiştir. Mahkeme’ye göre her iki durum da Anayasa’nın 141. maddesinde düzenlenen “gerekçeli karar hakkı”na ve bunun da bir unsurunu teşkil ettiği yine Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı”na aykırı düşmektedir.

İstinaf süresinin kısa kararın tefhimi tarihinden itibaren işlemeye başlaması, tarafları, gerekçelerini bilmedikleri bir karara karşı istinaf yoluna başvur-

maları sonucuna yol açacaktır. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere istinaf incelemesinin tarafların ileri sürdükleri sebepler ile sınırlı olarak gerçekleştirileceği gözönüne alındığında, taraf, gerekçelerini bilmediği bir karara karşı istinaf başvurusu yaptığı için, istinafta ilk derece mahkemesi kararının vakıa denetiminin yapılabilmesi de mümkün olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi’nin de belirttiği üzere, kanaatimizce bu durum âdil yargılanma hakkını da zedeleyecektir.

Sakınca bu denli önemli olmakla birlikte, uygulamada yerleşmiş olan “süre tutum dilekçesi”nin kanunî temelinin bulunmadığı da unutulmamalıdır. Bu noktada kanaatimizce İş Mah. K. m.8/1’de yer alan düzenleme, hukukî dinlenilme hakkı ve kanun yoluna başvurma amacını gözönüne alınarak yorumlanmalıdır. Öyle ki her ne kadar iş mahkemesinin kararı “tefhim” ile varlık kazanmış olsa da, kanun yoluna başvurmak için bu durum yeterli olmayıp, kanun yolu denetiminin sağlanabilmesi için kararın gerekçelerinin öğrenilmiş olması gerekmektedir⁶⁰. Ayrıca İş Mahkemeleri Kanunu’nda sürenin tefhimden başlatılmasının nedeni, işçinin haklarının korunması bakımından iş mahkemelelerinde çabuk karar verilme zorunluluğudur. Ancak bugün itibarıyla bu amaçla getirilmiş bir düzenleme, amacının tam aksi yönünde sonuçlara yol açabilmektedir. Tüm bunlar sonucunda kanaatimizce, İş Mah K. m 8/1’de sözü geçen “tefhim” kavramı, “ilk derece mahkemesinin nihaî kararının, gerekçeler de dâhil olmak üzere tüm unsurlarıyla tefhimi” şeklinde anlaşılmalıdır⁶¹. Eğer mahkeme, nihaî kararını gerekçeleri ile birlikte tefhim edebiliyor ise, istinaf süresi de tefhim tarihinden itibaren işlemeye başlamalıdır. Buna karşılık mahkeme yalnızca kısa kararı tefhim etmişse, bu durumda sürenin, “gerekçeli kararın tebliği” ile işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir⁶². Bu yorumun kabul edilmesi hâlinde,

60 Aynı yönde Özkes, Muhammet, “Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınları, Ankara 2009, s. 389-390.

61 Aynı görüşte Özkes, Süre Tutum, s. 393; Özkes, 100 Soruda, s. 70-71; Albayrak, s. 73.

62 Aynı görüşte Özkes, Süre Tutum, s. 393; Özkes, 100 Soruda, s. 70-71; Albayrak, s. 73.

hiçbir kanunî temeli bulunmayan “süre tutum dilekçesi”ne de gerek kalmayacaktır⁶³. Bu noktada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2015 tarihinde verdiği bir kararda, İş Mah. K. m. 8’de yer alan “tefhim” ibaresini “hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklandığı hal” olarak yorumlamıştır⁶⁴. Yargıtay’ın bu görüşünün istikrar kazanması, hem Medenî Usûl Hukuku’nun tekniği hem de bireylerin haklarının zedelenmemesi için elzemdir.

İş Mahkemeleri Kanunu Taslağı’nda ise kanun yoluna başvurma süresi bakımından iki değişiklik getirilmektedir. Bunlardan ilki, Taslak’ın “kanun yolu” kenar başlıklı 8. maddesinde, istinafa başvurma süresi hususunda özel bir düzenleme yer almamasıdır. Bu nedenle Taslak m. 8/1 hükmü gereğince Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacak ve artık iş yargısındaki istinafa başvurma süresi de iki hafta olacaktır. İkinci olarak, istinafa başvurma süresinin işlemeye başladığı an bakımından da HMK m. 345’de düzenlenen genel kural kabul edilmiştir. Öyle ki Taslak’ın 8/2. maddesinde yerinde bir değişikliğe gidilerek kanun yoluna başvuru süresinin tebliğden itibaren işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir⁶⁵. Taslak’ın

kanunlaşması ile birlikte, zâten kanunî temelden yoksun bulunan “süre tutum dilekçesi” hususunda Yargıtay ve bölge adliye mahkemeleri istikrarlı bir tutum izlemeli ve böyle dilekçeleri kabul etmemelidirler.

İstinafa başvurma süresi, kanun tarafından belirlenmiş bir süre olduğu için kesin niteliktedir (HMK m. 94/1). Süresi içinde istinaf yoluna başvurmayan taraf, ancak eski hâle getirme (HMK m.95-101) veya katılma yoluyla istinaf (HMK m. 348) kurumları çerçevesinde bu başvurusunu gerçekleştirebilecektir⁶⁶.

VI. İstinafa Başvuru Usulü

A- İstinaf Dilekçesi

HMK m. 342/1 uyarınca istinaf başvurusunun dilekçe ile yapılması gerekmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre istinaf dilekçesinde şu unsurların bulunması gerekmektedir: 1-) Başvuran ile karşı tarafın davadaki sıfatları, adı-soyadı, TC kimlik numarası ve adresleri, 2-) varsa kanunî temsilci ve vekillerinin adı-soyadı ve adresleri, 3-) kararın tarihi, sayısı ve hangi mahkemeden verildiği, 4-) kararın başvurana tebliğ edildiği tarih, 5-) kararın özeti, 6-) başvuru sebepleri ve gerekçesi, 7-) talep sonucu, 8-) başvuranın veya varsa kanunî temsilci ya da ve-

63 Aynı görüşte Özekes, Süre Tutum, s. 395-396; Özekes, 100 Soruda, s. 70-71.

64 Y. HGK., E. 2014/9-1438, K. 2015/580, kt. 21.01.2015: “(...)30/01/1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 02/03/2005 tarih ve 5308 sayılı Kanunla değişmeden önceki 8.maddesine göre iş mahkemesinin nihai kararları tefhim tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilebilecektir. Maddedeki “tefhim” kavramının “hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklandığı hal” olarak anlaşılması zorunludur. Bu nedenle, yukarıda açıklanan nitelikte bir tefhim varsa temyiz süresi tefhim tarihinden itibaren, aksi halde gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacaktır. Usul hukukunda yer almamakla birlikte uygulamada, tefhimden sonra temyiz süre tutum dilekçesi veya kararın tebliğinden sonra gerekçeli temyiz dilekçesi sunmak suretiyle kararın temyiz edildiği hallerde, kararın gerekçesini dikkate alarak yeni temyiz gerekçelerine dayanılması mümkün olduğundan, gerekçeli kararın bu hallerde de taraflara tebliği gerekir.”(www.kazanci.com).

65 İş Mah K. Taslağı m. 8/2’de yapılan değişiklik olumlu olmakla birlikte, kanaatimizce kanun yapma tekniği bakımından gerekli değildir. Zira Taslak’ın 8/1. maddesinde, “Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümleri, iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanır.” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Hâl böyle olunca, eğer Taslak m.8/2’deki düzenlemeye hiç yer verilmeseydi, Taslak m.8/1 hükmü

gereği HMK m. 345 uygulama alanı bulacak ve yine istinafa başvurma süresinin “tebliğ” ânından itibaren işlemeye başlayacağı sonucuna varılması gerekecekti. Bununla birlikte kanun koyucu, muhtemelen uygulamada hiçbir tereddüte yer bırakmamak adına Taslak m. 8/2’de açık bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir.

66 Eski hale getirmede taraflardan biri, kanunun veya hakimin belirlediği kesin süre içinde kusuru olmaksızın bir işlemi yapamaması halinde, mahkemeden, işlemi yapabilmek için kendisine bir hak daha verilmesini talep etmektedir. Eski hale getirme talebinde bulunan taraf HMK m. 95’te belirlenen şartların varlığını ispat etmesi ve mahkemenin de bu talebi kabul etmesi gerekmektedir. Oysa katılma yoluyla istinafta taraf, diğer tarafın istinaf talebinde bulunması üzerine, cevap dilekçesi ile birlikte, herhangi bir şartın varlığını ispat etmeye ve mahkeme tarafından kabul edilmesine gerek olmaksızın istinaf yoluna başvurabilmektedir. Bkz. Özbay, İbrahim/Okumuş, Nagehan, “Kanun Yollarına İlişkin Son Değişiklikler ve Yargı Kararları Işığında Medenî Usul Hukukunda Katılmalı Kanun Yolu”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınları, Ankara 2009, s.353.

kilinin imzası (HMK m. 342/2).

Kanun koyucu aynı maddenin üçüncü fıkrasında, başvuranın kimliği ve imzası ile başvuru kararın yeteri kadar belli olması hâlinde, yukarıda sayılan diğer unsurlar bulunmasa dahi istinaf dilekçesinin reddedilmeyerek HMK m. 355 çerçevesinde gerekli incelemelerin yapılacağını hükme bağlamıştır. Böylece kanun koyucu, dilekçedeki usûlî eksiklik nedeniyle hak kaybı yaşanmasının önüne geçmek istemiştir⁶⁷. Ancak unutulmamalıdır ki, istinaf incelemesi, tarafların ileri sürdükleri talepler ve sebepler ile sınırlı olmak üzere gerçekleştirilecektir (HMK m. 355). İstinaf dilekçesinde sebep gösterilmemesi durumunda ise, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını yalnızca "kamu düzenine aykırılık" bakımından denetime tâbi tutabilecektir. Bu nedenle de istinaf dilekçesinin, özellikle de istinaf sebepleri ile talep sonucu unsurlarının titiz bir şekilde hazırlanması taraflar bakımından büyük önem arz etmektedir.

İstinaf dilekçesi, yetkili bölge adliye mahkemesine hitâben yazılmalıdır⁶⁸. Bununla birlikte daha önce de belirtildiği gibi, bölge adliye mahkemelelerinin yetkisi kesin olduğu için, mahkeme dosyayı, dilekçede yazılan ile bağlı kalmaksızın ilgili bölge adliye mahkemesine gönderecektir.

İstinaf dilekçesi, kararı veren ilk derece mahkemesine⁶⁹ veya o mahkemeye gönderilmek üzere bir başka yer mahkemesine⁷⁰ verilecektir (HMK m.

343/1). HMK m. 343'de yer alan düzenleme karşısında, istinaf başvurusunun doğrudan bölge adliye mahkemesine yapılması mümkün değildir⁷¹. Buna göre doğrudan bölge adliye mahkemesine yapılan başvuru, istinafa başvuru süresinin korunmasını sağlamayacak ve istinaf başvurusu yapılmamış sayılacaktır⁷².

B- Kararı Veren Mahkemenin Yapacağı İnceleme

İstinaf dilekçesinin verilmesi üzerine kararı veren mahkemenin, kural olarak istinaf başvurusunu inceleme yetkisi bulunmamaktadır⁷³. Bununla birlikte kanun koyucu, kararı veren mahkemeye, istinaf dilekçesini, hakkında istinafa başvuru karar, istinafa başvuru süresi ile harç ve giderler⁷⁴ bakımından inceleme görevi yüklemiştir.

Harç ve giderlerin hiç ödenmediği veya eksik ödendiği anlaşılırsa, kararı veren mahkeme, başvurana bir haftalık kesin süre verecektir (HMK m. 344, c.2). Bir haftalık kesin süre içinde başvuran harç ve giderleri tamamlamazsa, mahkeme, başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verecektir (HMK m. 344, c.3).

Kararı veren ilk derece mahkemesi, hakkında istinafa başvuru kararın kesin nitelikte olduğunu veya istinaf başvurusunun süresi içinde yapılmadığını tespit ederse, istinaf dilekçesinin reddine hükmedecektir (HMK m. 346/1). İstinaf başvurusunun

üzerinden gönderilmesi gerekmektedir (Yönetmelik m. 48/5). Bununla birlikte herhangi bir nedenden ötürü elektronik ortamda işlem yapılamazsa, durum bir tutanakla tespit edilerek kayıt işlemi fizikî ortamda yapılacaktır. Elektronik sistem açıldığında fizikî ortamda yapılan işlemler gecikmeksizin elektronik ortama aktarılacaktır (Yönetmelik m. 48/6).

67 Yılmaz, İstinaf, s. 65.

68 Yılmaz, İstinaf, s. 64; Özkes, İstinaf, s. 3107.

69 İstinaf dilekçesinin kararı veren ilk derece mahkemesine sunulması hâlinde, kararı veren mahkeme, dilekçeyi bölge adliye mahkemesi başvuru defterine kaydedecek ve başvurana ücretsiz bir alındı belgesi verecektir (HMK m. 343/1). Alındı belgesi, kanun yolu dilekçesinin sisteme kaydedilmesi üzerine verilen belge olup, bu belgede mahkemenin adı, dosyanın esas ve karar numarası, karar tarihi, tarafların ve varsa müdahillerin ad ve /soyadları, davanın konusu, başvuru kanun yolu mercii, başvuru tarih ve saati yazılı olacaktır (Yönetmelik m. 48/3).

70 İstinaf dilekçesinin bir başka yer mahkemesine verilmesi hâlinde ise yine bu mahkeme istinaf dilekçesini bölge adliye mahkemesi başvuru defterine kaydedecek ve başvurana ücretsiz bir alındı belgesi verecek; ardından ise dilekçeyi örnekleriyle birlikte kararı veren mahkemeye gönderecektir (HMK m. 343/2). Burada, kural olarak, dilekçenin tüm ekleriyle birlikte UYAP

71 Yılmaz, İstinaf, s. 65; Akkaya, s. 171. Bu düzenlemenin gerekçesinin bir yandan başvuruda basitliğin sağlanması, diğer yandan ise başvuru ile gerçekleşen "kesinleşmenin önlenmesi" sonucunun bir an önce etkisini gösterebilmesi olduğu belirtilmektedir. Bu yönde Öztek, Tasarı, s. 108.

72 Akkaya, s. 171.

73 Özkes, 100 Soruda, s. 76.

74 Bölge adliye mahkemesinde ödenecek harçlar ile ilgili olarak 5235 Sayılı Kanununun 32. Maddesi ile Harçlar Kanunu'na ilâve yapılmıştır. Böylece (1) Sayılı Tarife çerçevesinde maktu "başvurma harcı" (A, I, 3) ile maktu (A, III, 2, c) veya nisbî (A, III, 1, e) karar ve ilâm harcı ödenmesi gerekmektedir.

yapılmamasına veya istinaf dilekçesinin reddine ilişkin karara karşı da bu kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulabilecektir (HMK m. 346/2)⁷⁵.

Kararı veren mahkeme, istinaf yolunun açık olduğu bir kararın bulunduğu, istinaf süresine uygun davranıldığı ve harç ve giderlerin ödendiğini belirlemesi hâlinde istinaf dilekçesini karşı tarafa tebliğ edecektir (HMK m. 347/1). Karşı taraf, tebliğden itibaren iki hafta içinde cevap dilekçesi verebilecektir (HMK m. 347/2)⁷⁶.

Karşı tarafın cevap dilekçesini vermesi veya cevap süresinin sona ermesi üzerine kararı veren mahkeme, dosyayı, dilekçede gösterilen daire ile bağlı kalmaksızın, ilgili bölge adliye mahkemesine gönderecektir (HMK m. 343/4). Böylece istinaf dilekçesinin hitâben yazıldığı bölge adliye mahkemesi doğru belirlenmemiş ise, kararı veren mahkeme, bu durumu gözönüne alarak yetkili bölge adliye mahkemesini kendiliğinden belirleyecek ve dosyayı yetkili bölge adliye mahkemesine gönderecektir⁷⁷.

C- Katılma Yoluyla İstinaf

Kanun koyucu, HMK m. 348'de, istinaf dilekçesinin tebliği üzerine, karşı tarafın, istinafa başvuru hakkı bulunmasa veya başvuru süresi dolmuş olsa dahi, iki hafta içinde vereceği cevap dilekçesi ile katılma yolu ile istinafa başvurabileceğini kabul etmiştir⁷⁸.

İstinaf yürürlüğe girmeden önce Yargıtay, artık yerleşik hâle gelmiş kararlarında, iş yargısında katılma yoluyla temyiz mümkün olmayacağına hükmetmekteydi. Yargıtay, eski tarihli kararlarında bu görüşüne gerekçe olarak, "*iş mahkemelerinde sözlü yargılama yapılmasını, buna karşılık katılma yoluyla temyiz ise ancak cevap dilekçesi ile yapılabileceğini*" göstermekteydi⁷⁹. Bununla birlikte sözlü yargılamada cevaplar ilk duruşmada sözlü olarak sunulabilmekte ise de, bu cevapların süresi içinde bir cevap dilekçesi ile sunulmasının önünde de herhangi bir kanunî engel bulunmamaktaydı. Dolayısıyla karşı taraf, cevap dilekçesi ile cevaplarını ileri sürebilecek olup, bu nedenle yine aynı cevap dilekçesinde katılma yoluyla temyiz başvurusunda da bulunabilmesi gerekirdi⁸⁰. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise sözlü yargılamayı tamamen kaldırmıştır. Bunun bir sonucu olarak Yargıtay'ın yukarıdaki hatalı kararından dönmesi gerekir iken; maalesef ki Temyiz Mahkemesi, "*iş yargısında katılma yoluyla temyiz mümkün olmayacağı*" yönündeki içtihadını sürdürmüştür. Temyiz Mahkemesi bu kararlarında gerekçe olarak ise, "*İş Mahkemeleri Kanunu'nda katılma yoluyla temyize ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmadığı*"⁸¹ni göstermektedir. Oysa İş Mah. K. m. 15 uyarınca, bu kanunda açıklık bulunmayan hâllerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanacak olup; HUMK m. 433/2'de de katılma yoluyla temyiz düzenlenmektedir. Hâl böyle olunca, kanaatimizce Yargıtay'ın bu görüşü hatalıdır⁸².

75 Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması hâlinde, kararı veren mahkeme, gerekli giderlerin yatırılması hâlinde dosyayı bölge adliye mahkemesine gönderecektir. Bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunun yapılmaması veya istinaf dilekçesinin reddi kararını yerinde görmezse, ilk istinaf dilekçesini esas alarak gerekli incelemeyi gerçekleştirecektir (HMK m. 346/2).

76 Karşı taraf cevap dilekçesini, kararı veren mahkemeye veya bu mahkemeye gönderilmek üzere bir başka yer mahkemesine verebilecektir.

77 Yılmaz, İstinaf, s. 65.

78 Uygulamada hükmün küçük bir bölümü aleyhine olan taraf, genellikle hükmün bir an önce kesinleşmesi saikiyle hükme karşı istinaf yoluna başvurmayı tercih etmemektedir. Ancak karşı tarafın hükme karşı istinafa başvurduğunu öğrendiğinde (dilekçenin tebliği ile), bu taraf da istinafa başvurmaya karar verebilmekte ancak çoğu zaman istinaf süresi sona ermiş olacaktır. Bu durumda bu tarafa katılma yoluyla istinafa başvurma

imkanının tanınması, menfaatler dengesine de uygun olacaktır. Ayrıca katılmalı istinaf, hem usul ekonomisi ilkesine de hizmet etmektedir. Aynı yönde Kuru, Medeni Usul, s. 685; Özbay/Okumuş, s. 354-356.

79 Y. 9. HD., E. 1986/11190, K. 1987/46, kt. 15.01.1987 (Umar, Şerh, s. 986).

80 Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 968.

81 Y. 7. HD., E. 2013/1937, K. 2013/10151, kt. 30.05.2013: "(...) Öte yandan İş Mahkemesinden verilen kararların katılma yoluyla temyizine ilişkin 5521 sayılı Yasada bir hükümden bulunmadığı (...) ayrıca yukarıda bahsedildiği şekliyle İş Mahkemelerinde katılma yolu ile temyiz de mümkün olmadığından (...)"(www.kazanci.com).

82 Doktrinde Özbek de İş Mahkemeleri Kanunu'nda "katılma yoluyla temyizi yasaklayan" bir hüküm bulunmadığını, dolayısıyla bu hakkın kullanılmasına engel olabilecek kanuni bir dayanak bulunmadığını

Daha ilginç olan husus ise, uygulamada iş yargısında temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmemesidir⁸³. Bundan ötürü temyiz başvurusundan haberdâr olamayan taraf, doğal olarak katılma yoluyla temyiz başvurusu yapamamaktadır. İş yargısındaki bu uygulama, kanaatimizce hukukî dinlenilme hakkının ihlâlî niteliğindedir⁸⁴.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun istinafa ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde, katılma yoluyla istinaf hakkında herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Hâl böyle olunca İş Mah. K. m. 15'teki atıf gereğince, HMK m. 348'deki düzenleme iş yargısı bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle de biz, iş yargısında katılma yoluyla istinafin kabul edilmesinin önünde hiçbir kanunî engel bulunmadığını, hattâ yukarıda düzenleme çerçevesinde iş yargısında katılma yoluyla istinafin kabul edilmesi gerektiği düşüncesini taşımaktayız⁸⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2015 tarihli bir kararında, iş yargısında katılma yoluyla temyiz başvurusunda bulunulabileceğine hükmetmiştir⁸⁶. Bu karar oldukça sevindirici bir gelişme olmakla birlikte,

belirtmektedir. Bkz. Özbek, Mustafa, "İş Mahkemelerinde Yürütülen Yargılamalarda Katılma Yoluyla Temyiz", Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan, c.II, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 942-943.

83 Günay, Cevdet İlhan, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s.249.

84 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 503; Kuru, Hukuk Muhakemeleri, c. V, s. 4613; Özekes, Muhammet, Medeni Yargılama Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 210; Özbek, s. 944-945; Akkaya, s. 178; Mercimek, Serkan, "İş Mahkemelerinden Verilen Nihai Kararlar Temyiz Edildiğinde Temyiz Dilekçesinin Karşı Tarafa Tebliği Gerekir mi?", ABD, 2000/2, s. 99.

85 Benzer görüş için bkz. Özbek, s. 944-945; Akkaya, s. 178, Kurucu, Oğuz, İçtihatlarla İş Yargısı, Ankara 1994, s. 957.

86 Y. HGK., E. 2015/7-2488, K. 2015/2187, kt. 30.09.2015: "(...)Her ne kadar uygulamada iş mahkemesinde karşı temyiz yolu ile temyiz hakkı tanınmamakta ise de gerek iş hukuku mevzuatında gerekse de HUMK'nun temyize ait hükümlerinde bunu engelleyen bir hüküm bulunmadığı açıktır. Bu nedenle 6217 sayılı Kanununun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 433/1. maddesi gereğince temyiz dilekçesinin hüküm veren mahkeme aracılığı ile karşı tarafa tebliğ edilmesi ve karşı tarafa temyiz dilekçesine karşı cevap verme ve karşı temyiz isteminde bulunmak hakkının tanınması gereklidir."(www.kazanci.com).

önemli olan bu görüşün diğer hukuk daireleri tarafından da bir an önce benimsenmesidir.

Katılma yoluyla istinafta önemle üzerinde durulması gereken bir husus da, katılma yoluyla istinaf başvurusunun asıl istinaf başvurusuna bağlı nitelikte olmasıdır⁸⁷. Bu özelliğin bir sonucu olarak, asıl istinaf başvurusunda bulunan taraf feragat ederse, katılma yoluyla istinaf başvurusu da reddedilecektir (HMK m. 348/2). Yine asıl istinaf başvurusu esasa girilmeksizin reddedilirse, katılma yoluyla istinaf başvurusunun da reddi gerekmektedir (HMK m. 348/2). Buna karşılık asıl istinaf başvurusunda esasa girilirse, bundan sonra bu talebin reddi, katılma yoluyla istinaf talebinin incelenmesine engel olmayacaktır⁸⁸. Daha açık bir ifade ile, asıl istinaf başvurusu esasa girildikten sonra reddedilse dahi, katılma yoluyla istinaf başvurusu inceleneyecektir.

D- İstinafa Başvurulmasının Hükümün İcrasına Etkisi

İstinaf başvurusunda bulunulması, istinafin erteleyici etkisi nedeniyle, ilk derece mahkemesi kararının şekli anlamda kesinleşmesini engelleyecektir. Bununla birlikte HMK m. 350/1'de açıkça düzenlendiği üzere, istinaf yoluna başvurma, kural olarak, ilk derece mahkemesi kararının icrasını durdurmayacaktır⁸⁹.

Bir iş mahkemesi tarafından verilen bir nihâi karara dayanılarak icra tákibi başlatılması hâlinde, bu karara karşı istinaf başvurusunda bulunulması icra tákibini kendiliğinden durdurmayacak; icranın durdurulması için İİK m. 36 çerçevesinde icranın geri bırakılması kararının elde edilmesi gerekmektedir (HMK m. 350/1).

İİK m. 36'ya göre istinaf yoluna başvuran borçlu, hükmolunan para ya da eşyanın resmi bir merciye depo edildiğini ispat eder veya icra mahkemesinin

87 Yılmaz, İstinaf, s. 68.

88 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 531; Yılmaz, İstinaf, s. 68.

89 Bu noktada kanun koyucu, "kişiler hukuku", "aile hukuku" ve "taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar" bakımından bu kurala istisna getirmiştir. Öyle ki sözü edilen kararların kesinleşmedikçe icra edilmeleri mümkün değildir(HMK m. 350/2).

ce kabul edilecek teminat gösterirse veya borçlunun yeterli miktarda malı haczedilmişse, icranın geri bırakılması için bölge adliye mahkemesine başvuracaktır. Bu çerçevede öncelikle borçlu, icra dairesine başvurarak bölge adliye mahkemesinden icranın geri bırakılması hakkında karar getirinceye kadar uygun bir süre verilmesini isteyecektir⁹⁰. İcra dairesinden teminat karşılığında süre almış olan borçlu, ilgili bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine başvurarak icranın geri bırakılması talebinde bulunacaktır. Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, icranın geri bırakılmasına karar vermek zorunda değildir.

VII. İstinaf Sebepleri

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun istinafa ilişkin hükümleri incelendiğinde, istinaf sebepleri hususunda yalnızca iki hükmün sevk edildiği görülmektedir. Bunlardan ilki olan HMK m.342/2'de istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerinin belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. İkinci olarak ise HMK m. 355'de kanun koyucu, kamu düzeni istisna olmak üzere, istinaf incelemesinin istinaf dilekçesinde belirtilen sebepler ile sınırlı olarak gerçekleştirileceğini belirtmekle yetinmiştir.

Türk Hukuku'nda kanun koyucu, istinaf sebeplerini kanunda belirleme yöntemini izlememiştir⁹¹. Hâl böyle olunca, ilk derece mahkemesindeki yargılama veya kararın yanlış ya da eksik olmasına neden olabilecek her hata, istinaf sebebi teşkil edebilecektir⁹².

Sayı bakımından herhangi bir sınırlandırmaya tâbi tutulmayan istinaf sebepleri, temel olarak "usûle ilişkin - esasa ilişkin istinaf sebepleri" şeklinde bir ayrıma tâbi tutulabilecektir. Usûle ilişkin istinaf sebepleri, ilk derece mahkemesinde cereyan eden yargılamanın hukuka uygunluğunun

denetlenmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede kanun koyucu, bazı ağır usûlî hataların tespiti hâlinde, esas hakkında inceleme yapılmaksızın kararın kaldırılacağını öngörmektedir. HMK m. 353/1'e göre, kararı veren hâkim hakkında yasaklılık sebebinin bulunması, haklı ret talebine rağmen hâkimin davaya bakmış olması, mahkemenin görevli veya yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış olması, dava şartlarına aykırılık, mahkemenin usûle aykırı olarak davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesi veya ayrılmasına, merci tâyinine karar vermiş olması, tarafların gösterdikleri deliller hiç toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmesi, bu sonuca yol açacak ağır usûlî hatalardır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, usûle ilişkin istinaf sebepleri bunlarla sınırlı olmayıp; her türlü usûl kuralına aykırılık istinaf sebebi olarak ileri sürülebilecektir.

Esasa ilişkin istinaf sebepleri de sınırlı olmamakla birlikte, iki sebep üzerinde özellikle durulmalıdır. Bunlardan ilki, maddî hukuk kurallarına aykırılıktır. Buna göre, ilk derece mahkemesi tarafından maddî hukuk kurallarının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanması bir istinaf sebebi teşkil edecektir⁹³. İlk derece mahkemesi, uyuşmazlık hakkında uygulanacak hukuk normunu yanlış saptar veya yürürlükte bulunan bir hükmü uygulamaz ise maddî hukuk kuralının hiç uygulanmamasından söz edilebilecektir⁹⁴. Maddî hukuk kuralının yanlış uygulanması ise, en fazla yorum ve atlama hataları ile kendisini gösterecektir. Hukuk kuralının içeriği ve sınırları bakımından yanlış tespitler yapılması "yorum hatası" olarak nitelendirilebilecek ve bir istinaf sebebi oluşturacaktır⁹⁵.

Esasa ilişkin istinaf sebepleri arasında özellikle zikredilmesi gereken bir diğer durum da vakıa tespitlerine ilişkin hatalardır. Burada tarafların ileri sürdükleri sebepler çerçevesinde ilk derece mahkemesinin vakıa tespitlerinin doğru olduğu hususunda şüphe oluşmuş ise, bölge adliye mahkemesi, yeniden tahkikat yaparak bu şüpheleri

90 Borçluya verilecek sürenin belirlenmesinde icra müdürünün takdiri yetkisi tanınmıştır. İcra müdürünün bu konuda vereceği kararlar İİK m. 16 çerçevesinde şikayet yoluna başvurulabilecektir.

91 Karşılaştırmalı hukukta istinaf sebeplerinin düzenlenme şekli hakkında bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 518-526; Deren-Yıldırım, Gerekçelendirme, s. 701-704.

92 Özkes, İstinaf, s. 3105.

93 Akkaya, s. 204 vd.

94 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 508; Akkaya, s. 205.

95 Akkaya, s. 206.

ortadan kaldıracaktır⁹⁶. Ancak şüphenin oluşması bakımından tarafların ileri sürdükleri sebeplerin çok önemli bir role sâhip olduğu unutulmamalıdır.

VIII. İstinaf Yargılaması

A- Genel Olarak

Bölge adliye mahkemelerinde gerçekleştirilecek istinaf incelemesi, temel olarak "ön inceleme" ve "tahkikat" olmak üzere iki aşamada cereyan edecektir. İlk aşama olan ön incelemede bölge adliye mahkemesi, başvurunun caiz olup olmadığını inceleyecektir. Eğer başvuru caiz bulunursa inceleme aşamasına geçilecek ve istinaf başvurusunun haklı olup olmadığı ele alınacaktır.

B- Ön İnceleme

Ön inceleme aşamasında bölge adliye mahkemesi, esas hakkında inceleme gerçekleştirmeyecek; esas hakkında inceleme yapılmasına ve karar verilmesine engel olan bir usûlî eksiklik bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Bu çerçevede incelemenin başka bir dairece yapılmasının gerekip gerekmediği, kararın kesin nitelikte olup olmadığı, başvuru süresi, başvuru şartları ile istinaf sebep ve gerekçesinin dilekçede gösterilip gösterilmediği hususları inceleme konusu yapılacaktır (HMK m. 352).

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin görevi, Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu kararıyla belirlenmektedir. Bu bağlamda dosyanın gönderildiği hukuk dairesi, yapacağı ön inceleme sonucunda incelemenin başka bir hukuk dairesi tarafından yapılması gerektiğini tespit ederse, dosyanın ilgili hukuk dairesine gönderilmesine karar verecektir⁹⁷.

HMK m. 352 uyarınca bölge adliye mahkemesi,

⁹⁶ Akkaya, s. 212.

⁹⁷ Bir hukuk dairesinin verdiği karar sonucunda dosya bir başka hukuk dairesine gönderilmişse, gönderilen hukuk dairesi de yapacağı ön inceleme sonucunda görevli olmadığına karar verebilecektir. Bu durumda olumsuz iş bölümü uyuşmazlığı ortaya çıkacak ve dosya Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu'na gönderilecektir. Başkanlar Kurulu'nun bu hususta verdiği karar bağlayıcıdır.

hakkında istinaf yoluna başvuru kararın kesin nitelikte olup olmadığını inceleyecektir. Eğer ortada ilk derece mahkemesi tarafından verilen "kesin" bir karar mevcut ise, istinaf talebi reddedilecektir. Bu bağlamda, bir ara karara karşı istinafa başvurulmuşsa, bu husus da ön inceleme aşamasında dikkate alınmalıdır⁹⁸.

İstinafa başvuru şartları çerçevesinde, istinaf dilekçesinin asgarî şartları taşıyıp taşımadığı ve harç ve giderlerin yatırılıp yatırılmadığı incelenecektir. Bu bağlamda özellikle istinaf dilekçesinde başvuru kararın yeteri kadar belirlenmesine dikkat edilmelidir.

HMK m. 352'de ön inceleme aşamasında istinaf sebep ve gerekçesinin dilekçede gösterilip gösterilmediğinin de inceleneceği düzenlenmiştir. Bu noktada istinaf dilekçesinde istinaf sebep ve gerekçesinin hiç gösterilmemiş olması durumunda bölge adliye mahkemesinin nasıl davranacağı üzerinde özellikle durulmalıdır. Doktrinde birinci görüş, bu ihtimalde istinaf başvurusunun hemen reddedilmeyeceği, HMK m. 342/3 uyarınca diğer şartların varlığı hâlinde, istinaf sebepleri hiç gösterilmemiş olsa dahi bölge adliye mahkemesinin esasın incelemeye geçeceğini ve HMK m. 355 çerçevesinde ilk derece mahkemesi kararı üzerinde yalnızca "kamu düzeni" bakımından inceleme yapacağını savunmaktadır⁹⁹.

Doktrinde diğer bir görüş, istinaf dilekçesinde istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemiş olmasının, istinaf başvurusunun reddi için yeterli olduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁰. Bu görüş uyarınca, HMK m. 342 ve 355'de yer alan hükümler caiz bir istinaf başvurusu bakımından geçerli olmalıdır. Ancak istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemiş olmaması durumunda, caiz bir istinaf başvurusundan söz edilemeyecek ve karar üzerinde kamu düzeni bakımından da inceleme gerçekleştirilemeyecektir¹⁰¹. Ayrıca bu görüş uyarınca, bu ihtimalde kamu düzeni incelemesinin yapılmasının kabulü edil-

⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 754; Konuralp, Usul, s. 184.

⁹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.

¹⁰⁰ Akkaya, s. 250.

¹⁰¹ Akkaya, s. 250.

mesi, bölge adliye mahkemelerinin iş yükünü artmasına, yargılamanın uzamasına ve yargıya olan güvenin azalmasına neden olacaktır¹⁰².

Söz konusu tartışma, kamu düzenine ilişkin düzenlemeleri sıklıkla içermesi nedeniyle İş Hukuku'na ilişkin uyuşmazlıklar bakımından özellikle önemlidir. Biz bu noktada ilk görüşün haklı olduğunu düşünceyiz. Çünkü öncelikle HMK m. 342/3'de kanun koyucu, istinaf dilekçesinde başvuranın kimliği ve imzası ile başvuru kararı yeterli ölçüde belli edecek kayıtların bulunması hâlinde, diğer hususlar mevcut olmasa dahi dilekçenin hemen reddedilmeyeceğini ve HMK m. 355 çerçevesinde (kamu düzeni bakımından) inceleme yapılacağını düzenlemektedir. Ayrıca istinaf dilekçesinde istinaf sebepleri hiç gösterilmemesine rağmen kamu düzeni bakımından inceleme yapılmasının, gerçekten de bölge adliye mahkemelerinin iş yükünün artmasına ve yargılamanın uzamasına neden olabileceği hususunda ikinci görüşe katılıyoruz. Ancak bize göre, usûle ilişkin hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasında salt usûl ekonomisi veya işyükü gözetilmemeli, bunlar ile yargılamanın temel amacı olan "bireylerin sübjektif haklarının gerçeklik temelinde sağlanması" arasında denge gözetilmelidir. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında ise, ikinci görüşte belirtilen aksine, istinaf dilekçesinde istinaf sebebi hiç gösterilmediği için kararın kamu düzeni bakımından incelemeye tâbi tutulmaması yargıya duyulan güvenin azalmasına neden olabilecektir. Bu nedenlerle de istinaf dilekçesinin başvuranın kimliği ve imzası ile başvuru kararı yeteri kadar belli eden kayıtları içermesi durumunda, istinaf dilekçesinde istinaf sebepleri hiç gösterilmese dahi bölge adliye mahkemesi esas-tan incelemeye geçecek ve İş Hukuku'nda yer alan kamu düzenine ilişkin düzenlemeleri de gözönüne alarak ilk derece mahkemesinin kararını inceleyecektir.

HMK m. 352'de ön incelemenin bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi tarafından gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce bu düzenleme, ön incelemenin mutlaka heyet hâlinde yapılması gerektiği şeklinde yorumlanmamalı-

dır¹⁰³. Çünkü HMK m. 354/1'de esas hakkında incelemenin, davanın özelliğine göre görevlendirilecek bir üye tarafından da yapılabileceği belirtilmektedir. Esas hakkında inceleme bakımından dahi buna cevaz veren kanun koyucunun, daha somut bir incelemeyi gerektiren ön incelemede evleviyetle bunu kabul edeceği sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla ilgili hukuk dairesi başkanı, ön incelemeyi gerçekleştirmesi için daire üyelerinden birini görevlendirebilmeli; bu üyenin hazırladığı raporu hukuk dairesi heyet hâlinde müzakere ederek karar verebilmelidir¹⁰⁴.

HMK m. 352'de ön incelemenin dosya üzerinden gerçekleştirileceği açıklanmaktadır. Ön inceleme safhasında incelenecek hususlar dikkate alındığında, bu safhada duruşma yapılmaması buradaki ön incelemenin niteliğine uygun düşmektedir.

C- İnceleme

1. Genel Olarak

Ön inceleme aşamasında esas hakkında inceleme yapılmasına ve karar verilmesine engel olan bir usûlî eksiklik bulunmadığı sonucuna varılırsa HMK m. 354 vd. uyarınca "inceleme" aşamasına geçilecektir. İnceleme aşamasında ilk derece mahkemesinin kararı ele alınarak istinaf talebinin haklı olup olmadığı incelenecektir.

2. İncelemenin Kapsamı

İstinaf yargılamasında bölge adliye mahkemesi, öncelikle ön inceleme aşamasında, esas hakkında inceleme yapılmasına ve karar verilmesine engel olan bir usûlî eksiklik olup olmadığını inceleyecektir. Bunun ardından kanun koyucu, HMK m. 353/1 (a)'da, bölge adliye mahkemesinin bazı hâllerde esasa girmeksizin karar vereceğini düzenlemiştir. Bunların haricinde ise bölge adliye mahkemesi, davanın esasına girerek tahkikat yapacaktır. Ancak bu noktada üzerinde özellikle durulması gereken husus, istinaf yargılamasındaki tahkikat ile ilk derece yargılamasındaki tahkikatın aynı nitelikte olmamalarıdır. Öncelikle, istinaf yargılamasındaki

102 Akkaya, s. 251.

103 Aynı görüşte Akkaya, s. 241.

104 Aynı görüşte Akkaya, s. 241.

tahkikat aşağıda da üzerinde duracağımız gibi sınırlıdır. Öyle ki HMK m.355 gereğince bölge adliye mahkemesinde tahkikat, kural olarak, tarafların ileri sürdükleri istinaf sebepleri ile sınırlı olarak gerçekleştirilecektir.

Tahkikatın istinaf sebepleriyle bağlı olarak yapılması kuralı, sadece taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından söz konusudur. Buna karşılık re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise bu kural uygulanmayacaktır¹⁰⁵. Bu bağlamda, iş yargısında örneğin hizmet tespiti davalarında re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğu için¹⁰⁶, iş mahkemelerinin bu davalarda verecekleri kararlar bakımından istinaf yargılamasında bölge adliye mahkemesi, istinaf sebepleriyle bağlı olmayacaktır. Buna karşılık alacak davalarında taraflarca getirilme ilkesi hâkim olduğundan¹⁰⁷, bu kararlar bakımından yapılacak istinaf yargılaması, kural olarak istinaf sebepleriyle bağlı olarak yapılacaktır.

İstinaf yargılamasında "istinaf sebepleriyle bağlılık" kuralı olarak benimsenmiş olsa da, "kamu düzenine aykırılık" bu kuralın istisnası olarak kabul edilmiştir. Öyle ki HMK m. 355'e göre, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık görmesi hâlinde bunu re'sen gözetecektir.

Kanun koyucunun "kamu düzenine aykırılığı" istisna olarak belirlemiş olması, doktrinde, bu kavramın muğlak ve değişken olması itibariyle eleştiri-

rilmiştir¹⁰⁸. Hattâ bu bağlamda, bu kavramın maddî hukuktaki kadar geniş şekilde kabul edilmemesi, "usûlî kamu düzeni" kavramı üzerinde durulması doktrinde teklif edilmiştir¹⁰⁹. Bununla birlikte bizim de katıldığımız doktrinde ağırlıklı olan görüş, hem usûlî hem de maddî hukuka ilişkin konularda kamu düzeninden sayılan hususların istinaf yargılamasında re'sen dikkate alınacağını kabul etmektedir¹¹⁰.

Kamu düzeninden olan hususların re'sen dikkate alınacak olması, İş Hukuku'nun kamu düzenine ilişkin birçok hüküm barındırması nedeniyle iş yargısı bakımından özellikle önemlidir. Öyle ki İş Hukuku, kanun koyucu tarafından düzenlenenlerin haricinde yargı kararları ile de yaratılan emredicilikten beslenen bir alandır¹¹¹. Bunun haricinde yine İş Hukuku, işçi lehine yaratılmış, aksi kararlaştırılabilen nisbî emredici normlardan oluşan, kanundaki nisbî emredici hükümlerin ötesinde, toplu iş sözleşmeleri ve yargı kararlarıyla şekillenen sosyal kamu düzeni kavramının kabul edildiği bir alandır¹¹². Bu bağlamda örneğin kıdem tazminatına ilişkin hükümler¹¹³, cezaî şart, ibranâme ve ikaleye getirilen sınırlandırmalar kamu düzenine ilişkin oldukları için, bunlar bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen gözönüne alınacaktır.

3. İstinaf İncelemesinde Dava Malzemesi

a-) Genel Olarak

İlk derece mahkemesinde vakıa ve delil incelemesinin eksik veya hatalı yapılmış olması hâlinde, bölge adliye mahkemesi, tahkikatı tamamlayarak esas hakkında yeniden karar verecektir.

İstinaf yargılamasında tahkikat yapılacak olsa da, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkeme-

¹⁰⁵ Yılmaz, s.74; Akkaya, s. 265.

¹⁰⁶ Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 264; Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 346. Aynı yönde Y. 10. HD., E. 2013/5565, K. 2013/6396, kt. 01.04.2013: "(...)Bu tür aidiyet ve tespit davalarında gerçeğin tam olarak saptanması için, işin kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde etraflıca araştırılması gereği ortadadır. Vazgeçilemez ve devredilemez nitelikteki temel haklardan olan sosyal güvenlik hakkının yaşama geçirilmesine yönelik tespit ve aidiyet davalarının kamu düzenine ilişkin davalardan olduğu gözetilerek, davacının iddiasının gerçekliğinin resen araştırma ile saptanması gereklidir."(www.kazanci.com).

¹⁰⁷ Y. HGK., E. 2013/22-2384, K. 2015/1510, kt. 05.06.2012: "(...) Öte yandan, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konudur. Bu nedenle hâkimin resen delil toplama yetkisinden de söz edilemez."(www.kazanci.com).

¹⁰⁸ Haluk Konuralp, "İstinafta Kamu Düzeni", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, s. 134.

¹⁰⁹ Akkaya, s. 268-269.

¹¹⁰ Özekes, 100 Soruda, s. 87.

¹¹¹ Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 194.

¹¹² Doğan Yenisey, s. 195.

¹¹³ Y. 9. HD., E. 2003/19197, K. 2004/8296, kt. 12.04.2004: "(...) Zira 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere kıdem tazminatı ile ilgili hususlar kamu düzeni ile ilgili olup bu maddede yazılı esaslara uygulamanın yaptırımı da aynı yasada belirtilmiştir."(www.kazanci.com).

si önünde cereyan eden tahkikatı tamamen yeniden gerçekleştirmek zorunda değildir. Bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından doğru olarak yapılan işlemleri kendi yapacağı tahkikatta esas alabilecektir. Zâten bu nedenledir ki doktrinde de, istinafın ilk derece mahkemelerinin önemini azaltmayacağı, aksine istinaf yargılamasının ilk derece mahkemesinde kurulan temel üzerine inşa edileceği haklı olarak vurgulanmaktadır¹¹⁴.

İstinaf yargılamasında bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin yaptığı vakia tespitleri ile bağlı olup olmayacağı hususunda kanunda somut bir hüküm yer almamaktadır. Bu noktada, istinaf incelemesinin sınırlarını belirleyen HMK m. 355'den yararlanılabilecektir. Anımsanacağı üzere HMK m. 355'e göre inceleme, kural olarak istinaf sebepleriyle sınırlı olarak gerçekleştirilecektir. Hâl böyle olunca, taraflar vakıaların tespitinde hata yapıldığı hususunu istinaf sebebi olarak ileri sürmezler ise, bölge adliye mahkemesi de istinaf yargılamasında vakıaların tespitini tekrar tartışma konusu yapamayacaktır¹¹⁵. Buna karşılık taraflar vakıaların tespitinin hatalı veya eksik olduğunu bir istinaf sebebi olarak ileri sürerler veya ileri sürülen istinaf sebepleri, ilk derece mahkemesinde yapılan vakia tespitini şüpheli kılarırsa, bu durumda bölge adliye mahkemesi de ilk derece mahkemesinin vakia tespitleriyle bağlı olmayacaktır¹¹⁶. Bu durumda bölge adliye mahkemesi, vakıaların hatalı veya yanlış tespit edilmesine neden olan yargılama hatalarını düzeltebilecektir. Bu çerçevede bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi önünde dinlenen tanıkları yeniden dinleyebilecek, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabilecek veya yeniden keşif yapılmasına karar verebilecektir.

b-) Yeni Vakıaların İleri Sürülmesi

İstinaf yargılamasında yeniden tahkikat yapılarak dava malzemesi yeniden ele alınabilecek olsa

da, kanun koyucu bunu da sınırlamalara tâbi tutmuştur. Öyle ki HMK m. 357/1 uyarınca, re'sen gözönünde tutulanlar hariç olmak üzere, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar dinlenemeyecek, yeni delillere dayanılamayacaktır¹¹⁷.

HMK m. 357/1'de de açıkça belirtildiği üzere kanun koyucu, istinaf yargılamasında yeni vakia ve delil ileri sürülmesini yasaklamıştır. Bu bağlamda, ilk derece yargılamasında mevcut olup da ileri sürülmemiş olan, yani ilk kez istinaf yargılamasında ileri sürülen vakia ve deliller "yeni" sayılacaktır¹¹⁸. Bu çerçevede, ilk derece yargılamasında ileri sürülen iddia ve savunmaları tamamlama veya açıklama amacıyla yapılan açıklamalar yeni iddia ve savunma olarak değerlendirilmemelidir¹¹⁹.

Yeni vakıaların ileri sürülmesi bakımından iki ihtimal üzerinde ayrıca durulmalıdır. Bunlardan ilki, ilk derece yargılamasında mevcut olmalarına rağmen taraflarca bilinmeyen vakialardır (*nova reperta*). Doktrinde bir görüş, tarafların bilmedikleri bir vakıaya dayanmaları beklenemeyeceği için, bu vakıanın istinaf yargılaması sırasında öğrenilmesi hâlinde, bunun istinafta "yeni vakia yasağı"na takılmaksızın ileri sürülebileceğini savunmaktadır¹²⁰. Bununla birlikte bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise kanun koyucu, yeni vakia yasağını düzenlerken "mücbir sebeple gösterilmesi mümkün olmayan vakıaları" istisna tutmadığından, bu vakıalar da istinafta ileri sürülemeyeceklerdir¹²¹. Çünkü kanun koyucunun irâdesi aksi yönde olsa idi, deliller bakımından olduğu gibi, yeni vakia yasağı bakımından da "mücbir sebep" bir istisna olarak kabul edilirdi.

Üzerinde durulması gereken ikinci ihtimal ise, ilk derece yargılamasından sonra ortaya çıkan va-

114 Tutumlu, Mehmet Akif, "İstinaf Yargılamasında Yeni Vakia-Delil Getirme Yasağı ve İstisnaları", Terazi, 2007, S. 7, s.60. Buna karşılık doktrinde Tanrıver, istinaf derecesinde davanın kısmen veya tamamen yeni baştan görülmesinin, ilk derece mahkemelerinin halkın gözündeki değerini azaltacağını düşünmektedir. Bkz. Tanrıver, s. 155.

115 Akkaya, s. 285-286.

116 Akkaya, s. 285-286.

117 Doktrinde bazı yazarlar, istinaf aşamasında yeni vakia ve delil getirilmesinin yasaklanması ile, istinaf yargılamasının özünü teşkil eden "davanın yeniden baştan ele alınıp görülerek karara bağlanması" düşüncesinden uzaklaşıldığını belirtmektedirler. Bu yönde bkz. Tanrıver, s. 152-153.

118 Akkaya, s. 287.

119 Akkaya, s. 287.

120 Akkaya, s. 288-289.

121 Deren-Yıldırım, Gerekçelendirme, s. 709.

kıalardır (*nova producta*). Doktrinde bir görüş, bu vakıaların ayrı bir davanın konusunu oluşturacağı gerekçesiyle istinaf aşamasında ileri sürülemeyeceğini belirtmektedir¹²². Buna karşılık bize göre bu vakıaların istinaf yargılamasında ileri sürülmeleri mümkün olmalıdır¹²³. Çünkü öncelikle ilk kez istinaf aşamasında ortaya çıkan bir vakıanın taraflarca ilk derece yargılamasında ileri sürülebilmesi zâten imkânsızdır. Ayrıca bu vakıa dikkate alınmadan verilecek bir kararın gerçeği yansıtmayacağı da kuvvetle muhtemeldir. Son olarak ise, istinaf aşamasında ortaya çıkan bir vakıa için yeniden dava açılması, usûl ekonomisi ile de örtüşmeyecektir.

Yeni vakıaların ileri sürülmesi yasağı, kural olarak dava malzemesinin taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu davalarda uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise yeni vakıaların ileri sürülmesi mümkündür¹²⁴.

c-) Yeni Delillerin İleri Sürülmesi

Kanun koyucu, istinaf sırasında yeni deliller ileri sürülmesini de kural olarak yasaklamıştır. Bununla birlikte kanun koyucu, HMK m. 357/3'te, vakıalardan farklı olarak¹²⁵, bu yasağı yumuşatarak bazı hallerde delil ileri sürülmesine de imkân tanımıştır. Bu hükme göre, ilk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller bölge adliye mahkemesince incelenebilecektir.

Yeni delil yasağının istisnaları arasında yer verilen "mücbir sebep" kavramının ne anlama geleceği üzerinde durulmalıdır. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan İstinaf El Kitabı'nda buradaki mücbir sebebin HUMK m. 445/1'de¹²⁶ yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında yer verilen "mücbir se-

bep" ile aynı anlamda olduğu açıklanmaktadır¹²⁷. Doktrinde, HUMK m. 445/1'te yer alan "mücbir sebep" kavramından yargılamanın yenilenmesini talep eden tarafın kusuruna dayanmayan sebeplerin anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹²⁸. Dolayısıyla bu madde anlamında mücbir sebep, Borçlar Hukuku'ndakinin aksine "objektif" olarak değil "sübjektif olarak kaçınılması mümkün olmayan sebep" şeklinde değerlendirilmektedir. Buradan da hareketle doktrinde, ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında mevcut olan bir belgenin çalınması HUMK m. 445/1 anlamında bir "mücbir sebep" olarak görülmekte ve çalınan bu belgenin nihai kararın verilmesinden sonra ele geçirilmesinin bir yargılamasının iadesi sebebi teşkil edeceği ifade edilmektedir¹²⁹. Yargıtay, istikrar kazanmış kararlarında, belgenin ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında elde edilememesinde, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunan tarafa bir kusur yükletilememesi gerektiğine karar vermektedir¹³⁰.

Bunların haricinde, taraflarca gösterilen deliller hiç toplanmamış veya hiçbir şekilde değerlendirilmemiş ise, yine istinaf derecesinde delil ileri sürülmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü bu du-

127 İstinaf El Kitabı, s. 58. HUMK m. 445/1 çerçevesinde "mücbir sebep" kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Namli, s. 263 vd.

128 Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İÜHF Yayınları, İstanbul 1939, s. 397; Ansay, s. 378; Arslan, s. 85; Üstündağ, s. 914; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 742.

129 Ansay, s. 379; Arslan, s. 86; Umar, Bilge, "Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme", İÜHF, 1963/1-2, s. 269; Bilge/Önen, s. 711.

130 Y. 11. HD., E. 2005/996, K. 2006/931, kt. 06.02.2006: "(...) Maddede belirtilen zorlayıcı nedenden anlaşılması gereken, yargılamanın yenilenmesini isteyen tarafın söz konusu belgeyi dava sırasında elde edememesinin kendi kusuruna dayanmamasıdır."(www.kazanci.com.); Y. 10. HD., E. 2002/817, K. 2002/886, kt. 11.02.2002: "(...) Yeni bir senet veya belgenin ele geçirilmiş olmasına ilişkin yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabul edilebilmesi için; bu senet veya belgenin asıl davaya ilişkin yargılama aşamasında mevcut olması, kararı etkileyecek nitelikte bulunması, hükmün verilmesinden önce ele geçirilememiş olması, yargılama aşamasında ele geçirilememenin iade-i muhakeme isteyen kusurundan kaynaklanmamasına ilişkin koşulların birlikte gerçekleşmiş olması gerekir."(www.kazanci.com).

122 Deren-Yıldırım, Gereçlendirme, s. 709.

123 Benzer görüşte Akkaya, s. 289-290; İstinaf El Kitabı, s. 55.

124 Akkaya, s. 290.

125 Yeni vakıa ileri sürülmesi yasağı bakımından kanunda açıkça düzenlenmiş bir istisna mevcut değildir.

126 HUMK m. 445/1'de, yargılama sırasında mevcut olup da bir mücbir sebep veya lehine hüküm verilen tarafın fiili nedeniyle elde edilememiş bir belge veya senedin sonradan ele geçirilmesi bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmektedir.

rumda bölge adliye mahkemesi kararı kaldırarak, dosyayı ilk derece mahkemesine gönderecektir.

Yeni delillerin ileri sürülmesi yasağı da, kural olarak dava malzemesinin taraflarca getirme ilkesinin geçerli olduğu davalarda uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise yeni delillerin ileri sürülmesi mümkündür¹³¹.

4. İncelemenin Usûlü

HMK m. 354/1 uyarınca inceleme, bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi tarafından, davanın özelliğine göre heyet veya görevlendirilecek bir üye tarafından gerçekleştirilecektir. İncelemenin heyet veya üye tarafından gerçekleştirilmesi hususunda kanun koyucu, kıstas olarak "davanın özelliği"ni benimsemiştir. Kezâ maddenin gerekçesinde ise, "incelenen konunun önemi ve kapsamı"na göre incelemenin heyet veya heyetçe görevlendirilecek bir üye tarafından gerçekleştirileceği açıklanarak, bu hususta mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır.

İstinaf talebi üzerine bölge adliye mahkemesinin, gerekli görmesi hâlinde tahkikat işlemleri gerçekleştirebileceğini daha önce belirtmiştik. Bu bağlamda bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerinin oldukça geniş olduğu göz ardı edilmemelidir¹³². Hâl böyle olunca bölge adliye mahkemesi hukuk dairesi, sık sık mahkemenin bulunduğu il merkezi sınırlarının dışında işlemler yapabilecektir. Kanun koyucu da bu gibi durumları gözönüne almış ve HMK m. 354/2'de, gereken hâllerde başka bir bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesine istinabe edilebileceğini hükme bağlamıştır.

İstinaf yargılamasında uygulanacak yargılama usûlü hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almamakta, kanun koyucu yalnızca HMK m. 360'da ilk derece mahkemesinde uygulanacak yargılama usûlünün bölge adliye mahkemesinde de uygulanacağını belirtmekle yetinmektedir. Bu durumda bir iş mahkemesinin ka-

rarına karşı istinaf talebinde bulunulması üzerine, HMK'da yer alan özel hükümler haricinde, bölge adliye mahkemesinde de basit yargılama usûlüne göre inceleme yapılacaktır¹³³.

5. İstinaf İncelemesinde Duruşma

HMK m. 356'da açıkça ifâde edildiği üzere, istinaf yargılaması kural olarak duruşmalı olarak gerçekleştirilecektir. Kural bu olmakla birlikte, kanun koyucu bazı hâllerde duruşma yapılmayacağını düzenlemiştir. Bu bağlamda, tekrar edilmelidir ki HMK m. 352'ye göre, istinaf yargılamasındaki ön inceleme duruşma yapılmaksızın, dosya üzerinden gerçekleştirilecektir. Bunun haricinde HMK m. 353'de inceleme aşamasında duruşma yapılmasına gerek olmayan hâller düzenlenmiştir. Madde incelendiğinde, duruşma yapılmadan karar verilecek hâller "usûle ilişkin ve esasa ilişkin" olmak üzere ikiye ayrılabilir.

Usûle ilişkin hâller; kararı veren hâkim hakkında yasaklılık sebebinin bulunması, haklı ret talebine rağmen hâkimin davaya bakmış olması, mahkemenin görevli veya yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış olması, dava şartlarına aykırılık, mahkemenin usûle aykırı olarak davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesi veya ayrılmasına, merci tâyinine karar vermiş olması, tarafların gösterdikleri deliller hiç toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır (HMK m. 353/1 (a)).

HMK m. 353/1 (b)'de ise esasa ilişkin bazı hâllerde de duruşma yapılmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, incelenen kararın usûl veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılırsa, yargılamada eksiklik bulunmamakla birlikte kanunun olaya uygulanmasında hata yapılmış olup yeniden yargılama yapılmasına da ihtiyaç duyulmuyorsa ve yargılamada bulunan eksiklikler duruşma yapılmaksızın tamamlanacak nitelikte ise duruşma yapılmaksızın karar verilecektir.

HMK m.352 ile 353/1 (a) ve (b)'de düzenlenen hâller haricinde, istinaf yargılamasında inceleme "duruşmalı" olarak gerçekleştirilecektir. Duruşmalı

¹³¹ Akkaya, s. 293.

¹³² Her bölge adliye mahkemesinin yargı çevresine birden fazla ilin girdiği muhakkaktır. Bunların içinde örneğin Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin yargı çevresine 19 il dâhildir.

¹³³ Akkaya, s. 261; Kurt Konca/Damar, s. 220.

olarak gerçekleştirilen incelemelerde, duruşma günü taraflara tebliğ edilecektir (HMK m. 356/1). Taraflara tebliğ edilen bu dâvetiyede, duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde tahkikatın yokluklarında yapılarak karar verileceği, ayrıca başvuran tarafa çıkartılacak davetiyede ise yapılacak tahkikatla ilgili olarak bölge adliye mahkemesince belirlenen gideri duruşma gününe kadar avans olarak yatırması gerektiği açıkça belirtilecektir (HMK m. 358/1). İstinaf başvurusunda bulunan taraf geçerli bir mazerete dayanarak duruşmaya gelemezse, yeni bir duruşma tarihi belirlenerek yine taraflara bildirilecektir (HMK m. 358/2). Eğer istinafa başvuran mazeretsiz olarak duruşmalara katılmaz tahkikatla ilgili giderler süresi içinde yatırmazsa, dosyanın mevcut durumuna göre karar verilecektir. Ancak tahkikat yapılmadan karar verilmesine imkân bulunmuyorsa, istinaf başvurusu reddedilecektir (HMK m. 358/2).

6. İstinaf Yargılamasında Yapılamayacak İşlemler

Kanun koyucu, sınırlı istinafi kabul etmesini tâkiben, bazı işlemlerin istinaf aşamasında hiç yapılamayacağını düzenleyerek yargılamanın gereksiz olarak uzamamasını sağlamaya çalışmıştır.

HMK m. 357/1 uyarınca, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinde karşı dava açılmayacak, davaya müdahale talebinde bulunulamayacak, davanın ıslahı ve davaların birleştirilmesi (HMK m. 166 hariç) istenemeyecektir.

Yukarıda da ifâde edildiği üzere, Türk Hukuku'nda "dar istinaf" tercih edilmiş olup; bunun sonucunda istinafin temel işlevi, ilk derece mahkemesinin nihaî kararının denetimi olmuştur. Hâl böyle olunca da istinafta karşı dava açılması bu tercihin doğal sonucu olarak görülebilecektir.

HMK m. 66'ya göre fer'î müdahale talebi tahkikat aşaması sona erinceye kadar ileri sürülebileceği için istinafta fer'î müdahale talebinde bulunulamaması da doğaldır. Aslî müdahalede aslî müdahil davanın taraflarına yeni bir dava açtığı

için, bu talebin istinafin denetim işleviyle örtüşmeyeceği ifade edilebilecektir¹³⁴.

IX. Bölge Adliye Mahkemesinin Verebileceği Kararlar

A- Ön İnceleme Sonucunda Verilebilecek Kararlar

Ön inceleme safhasında bölge adliye mahkemesi, incelemenin başka bir dairece yapılmasının gerekip gerekmediği, başvuru kararının kesin nitelikte olup olmadığı, istinaf süresi, istinafa başvuru şartları ve istinaf sebeplerinin gösterilip gösterilmediği hususlarını inceleyecektir.

Ön inceleme sonucunda incelemenin başka bir daire tarafından yapılması gerektiği sonucuna varılırsa, dosyanın ilgili daireye gönderilmesine karar verecektir.

Hakkında istinafa başvuru kararına karşı istinaf yolu açık değilse, yani karar "kesin" nitelikte ise veya ortada bir nihaî karar yoksa ya da istinaf başvurusu süresi içinde yapılmamışsa, istinaf talebi reddedilecektir.

İstinaf dilekçesi, başvuranın kimliği veya imzasını taşıyor ya da hakkında istinafa başvuru karar yeterli ölçüde belli edilmemişse, yine istinaf talebinin reddedilmesi gerekecektir. Ancak istinaf dilekçesi başvuranın kimliği ve imzasını içeriyor ve hakkında başvuru karar da yeterli ölçüde belli edilmişse, istinaf dilekçesinde bulunması gereken diğer unsurların yokluğu, istinaf talebinin reddini gerektirmeyecektir. Bu durumda inceleme aşamasına geçilecek ve ilk derece mahkemesinin kararı,

¹³⁴ Davanın ihbarı bakımından kanunda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte davanın ihbâr edildiği kişi, HMK m. 63 uyarınca davaya fer'î müdahil olarak katılabilecektir. Oysa HMK m. 357/1'de istinafta fer'î müdahalede bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır. Hâl böyle olunca, her ne kadar kanunda açık bir hüküm mevcut olmasa dahi, bu düzenlemeler karşısında istinafta davanın ihbâr edilmesinin de dolaylı olarak yasaklandığı kanaatini taşımaktayız. Aynı görüşte Atalı, Murat, Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 88-89; Akkaya, s. 296-297.

yalnızca “kamu düzeni” bakımından incelemeye tâbi tutulacaktır. Bu çerçevede tekrar edilmelidir ki, istinaf sebeplerinin hiç gösterilmemiş olması başlı başına istinaf talebinin reddini gerektiren bir durum değildir¹³⁵.

B- İnceleme Sonucunda Verilebilecek Kararlar

1. İstinaf Başvurusunun Haksız Bulunması Hâlinde

Ön incelemeyi müteakiben ilk derece mahkemesinin kararını incelemeye tâbi tutan bölge adliye mahkemesi, bu kararın usûl ve esas yönünden hukuka uygun olduğu sonucuna varırsa istinaf başvurusunun esastan reddine karar verecektir. Bu çerçevede bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamanın usûle uygun olduğu, vakıa tespitlerinde hata veya eksiklik bulunmadığı ve maddî hukukun da doğru uygulandığı kanaatine ulaşırsa istinaf başvurusunu esastan reddedecektir¹³⁶.

İstinaf yargılaması sonucunda istinaf talebinin esastan reddedilmesi, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın doğruluğunun da teyit edilmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda istinaf talebinin esastan reddi kararı, Yargıtay tarafından verilen onama kararı ile benzerlik göstermektedir¹³⁷. Bununla birlikte bölge adliye mahkemeleri Yargıtay gibi “hukukî denetim mahkemeleri” olmadıkları için, istinaf talebinin esas reddi kararı da teknik anlamda “onama” kararı olarak nitelendirilemeyecektir¹³⁸.

İstinaf başvurusunun haksız bulunması hâlinde, HMK m. 351 hükmü de gözden uzak tutulmamalıdır. Öyle ki söz konusu hükme göre, istinaf başvurusunun kötünietle yapıldığının anlaşılması hâlinde, HMK m. 329 uygulama alanı bulacaktır. HMK m. 329 ise, kötünietli olan tarafın aleyhine disiplin

para cezasına hükmedileceğini öngörmektedir¹³⁹.

2. İstinaf Başvurusunun Haklı Bulunması Hâlinde:

a-) Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi Kararı

İstinaf yargılaması sonunda bazı önemli usûlî hata veya eksikliklerin bulunduğunu tespit eden bölge adliye mahkemesi, HMK m. 353/1 (a) hükmü uyarınca, davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verecektir.

HMK m. 353/1 (a) uyarınca, kararı veren hâkim hakkında yasaklılık sebebinin bulunması, haklı ret talebine rağmen hâkimin davaya bakmış olması, mahkemenin görevli veya yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış olması, dava şartlarına aykırılık, mahkemenin usûle aykırı olarak davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesi veya ayrılmasına, merci tâyinine karar vermiş olması, tarafların gösterdikleri deliller hiç toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması hâlinde bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak dosyanın ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verecektir.

Bu noktada, uygulamada sorunlara yol açabilecek olması itibariyle yukarıda sayılan son sebebe değinilmelidir. Öyle ki bölge adliye mahkemesinin dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebilmesi için, deliller hiç toplanmadan veya toplanan deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması gerekmektedir. Buna karşın delillerin son derece sınırlı bir şekilde toplanmış veya toplanan delillerin yetersiz bir şekilde değerlendirilmiş olması, gönderme kararı verilmesi için yeterli değildir; bu ihtimalde bölge adliye mahkemesi, tahkikatındaki eksiklikleri tamamlayarak esas hakkında karar vermelidir¹⁴⁰. Ayrıca kanaatimizce

135 Bkz. Yukarıda VIII, B.

136 Akkaya, s. 321.

137 Akkaya, s. 322.

138 Özekes, İstinaf, s. 3113; Albayrak, s. 157. Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar, bunun bir “onama” kararı olduğunu belirtmektedir. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 536; Yılmaz, İstinaf, s. 79.

139 Her ne kadar HMK m. 329’da böyle bir düzenleme yer alsada, maalesef ki gerek ilk derece mahkemeleri, gerek de Yargıtay bu hükmün uygulanmasında oldukça çekingen davranmaktadırlar.

140 Konuralp, Usul, s. 185; Akkaya, s. 328; Albayrak, s. 154. Maddenin lâfzı bu sonucu gerekli kılmakla birlikte, bu durumun, delillerin toplanması işindeki ağırlığı

bölge adliye mahkemeleri, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ihtimaline yalnızca burada düzenlenen sebeplerle sınırlı olarak ve bunları da dar şekilde yorumlayarak başvurmalılar, mümkün oldukça “yeniden karar verme” yolunu tercih etmelidirler¹⁴¹. Aksi bir tutum, yargılamanın da çok daha fazla uzamasına neden olabilecektir¹⁴².

Dosyanın gönderileceği mahkeme, duruma göre kararı veren ilk derece mahkemesi olabileceği gibi, bölge adliye mahkemesinin kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesi de olabilecektir. Ayrıca kararı veren mahkemenin görevsiz veya yetkisiz olması durumunda ise dosya, görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmelidir.

b-) İlk Derece Mahkemesi Kararının Kaldırılarak Davanın Esası Hakkında Karar Verilmesi

HMK m. 353/1 (a)'da sayılan hâller haricinde, taraflarca ileri sürülen istinaf sebeplerinin haklı olduğu kanaatine varan bölge adliye mahkemesi, tahkikat safhasındaki hataları düzeltmek ve eksiklikleri tamamlamak suretiyle davanın esasına girecek ve yapacağı inceleme sonucunda, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın esası hakkında yeniden karar tesis edecektir.

bölge adliye mahkemelerine kayması ve ilk derece yargılamaının önemini kaybetmesi sonucunu doğurabileceği endişesi taşıdığımızı da belirtmekte yarar vardır. Sınırlı istinafta istinaf yargılamaının asıl işlevinin “denetim” olduğu ve dava malzemesi toplanması işinin asıl olarak ilk derece yargılamaına ait olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle bir yandan ilk derece mahkemesi hâkimleri, delillerin toplanması ve değerlendirilmesi noktasında özenli davranmalılar, diğer yandan bölge adliye mahkemeleri de bu hükmü, “dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi için bir çâre” şeklinde yorumlamamalıdır.

141 Yılmaz, İstinaf, s. 80. Örneğin doktrinde Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, bölge adliye mahkemesinin esasa girerek istinaf talebini kabul etmesi durumunda, kural olarak bozma kararı ile yetinmeyerek yeniden uyuşmazlığın çözümüne ilişkin karar vermesi gerektiğini ifâde etmektedirler. Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 537.

142 Yılmaz, İstinaf, s. 80.

X. İstinaftan Sonra Temyiz Yoluna Başvurulabilecek Kararlar

İstinafın yürürlüğe girmesiyle birlikte temyiz, bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen kararlar üzerinde hukukî denetimin gerçekleştirildiği kanun yolu hâline bürünmüştür. Hangi kararlar hakkında temyize başvurulacağı sorusuna ise HMK m. 361-363 cevap vermektedir.

HMK m. 361, temyiz edilebilecek kararlar bakımından kuralı ortaya koymaktadır. Buna göre, bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen nihaî kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. Görüldüğü gibi bu sistemde temyiz, kural olarak, bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı başvurulabilen bir yol olup; ilk derece mahkemelerinin verdikleri nihaî kararlara karşı kural olarak temyiz yolu kapalıdır.

Kural bu olmakla birlikte kanun koyucu, HMK m. 362'de, temyiz edilebilen kararlar bakımından bazı sınırlamalar öngörmüştür. Bu bağlamda ilk olarak, temyiz için de bir “değer sınırı” belirlenmiştir. Öyle ki HMK m. 362/1 (a) uyarınca, miktar veya değeri 25.000 TL'yi geçmeyen (bu tutar dâhil) davalarda verilen bölge adliye mahkemesi kararları kesin nitelikte olacak, bunlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Eğer kısmî dava açılmışsa, temyiz sınırı alacağın tamamına göre belirlenecektir (HMK m. 362/2). Alacağın tamamının dava edilmesi hâlinde ise, asıl talebinin kabul edilmeyen bölümüne bakılacaktır. Asıl talebinin kabul edilmeyen kısmı 25.000 TL'yi geçmeyen taraf, kararı temyiz edemeyecektir (HMK m. 362/2)¹⁴³. Bununla birlikte İş Mah. K. m. 8/3'de bu sınır çok daha düşük bir şekilde belirlenmiş idi. Öyle ki bu maddeye göre, 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

143 Bununla birlikte bu durumda, asıl alacağının kabul edilmeyen kısmı 25.000 TL'yi geçmeyen taraf, katılma yoluyla temyizden yararlanabilecektir (HMK m. 362/2).

başlayarak sekiz gün içinde temyiz yoluna başvurabiliyordu. 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun, temyize başvurma sınırı bakımından önemli bir değişiklik getirmiştir. Öyle ki bu kanunun 42. maddesine göre, HMK m. 362'de kabul edilen 25.000 TL tutarındaki değer sınırı 40.000 TL'ye yükseltilmiştir. Aynı Kanunun 5. maddesine göre ise, İş Mahkemeleri Kanunu'nda kabul edilen 5.000 TL tutarındaki değer sınırı da 40.000 TL olarak değiştirilmiştir. İş Mahkemeleri Kanunu'nda kabul edilen temyiz sınırının bir anda sekiz kat artırılması, iş uyuşmazlıklarına ilişkin verilen kararların önemli bir kısmının temyiz denetiminden yoksun kalmasına neden olacaktır. Taslak'ta ise kesinlik sınırına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda ise Taslak m. 8/1 uyarınca göre kesinlik sınırı HMK m. 362/2'ye göre belirlenecektir.

Kanun koyucunun temyize başvurabilme hususunda koyduğu sınırlamalar, değer kıstası belirlemekten ibâret değildir. Öyle ki sulh hukuk mahkemesinin görevine giren davalarda verilen kararlar, merci tâyinine ilişkin kararlar, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar, nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin kararlar, davanın görülmesine hukukî veya fiilî engellerin çıkması hâlinde davanın yargı çevresi içindeki bir başka mahkemeye nakline ilişkin kararlar ve geçici hukukî koruma kararlarına karşı temyiz yoluna başvurmak mümkün olamayacaktır (HMK m. 362/1).

İş Mahkemeleri Kanunu Taslağı ise bu konuda önemli bir düzenlemeye yer vermektedir. Öyle ki Taslağın 9. maddesinde bir özel hüküm getirilmekte ve iş yargısına ilişkin olarak bölge adliye mahkemesi tarafından verilecek bazı kararlara karşı temyiz yolu kapatılmaktadır. Bu çerçevede, 4857 sayılı İş Kanunu'na dayanılarak açılan iki dava bakımından temyiz yolunun kapatıldığı görülmektedir. Buna göre İş K. m. 20 çerçevesinde açılacak işe iade davası ile işveren tarafından toplu iş sözleşmesi veya işyeri düzenlemeleri uyarınca işçilere verilen disiplin cezalarının iptali talebiyle açılacak davalarda bölge adliye mahkemesi kararına karşı temyiz yoluna başvurmak mümkün olamayacaktır. Taslağın 9. maddesinde, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na dayanan davalar bakı-

mından ise daha geniş bir liste kabul edilmiştir. Bu bağlamda, iş kolu tespitine dair yetki tespit davaları (m. 5/2), genel kurul ve seçimlere itiraz davaları (m. 15/2), işyeri sendika temsilcisinin ve işyerinde çalışan sendika yöneticilerinin iş sözleşmesinin fesihine karşı açılacak davalar (m. 24/1 ve 5), işletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin davalar (m. 34/4), bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinin (işkolu barajı) tespitinde Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistiklerin gerçeğe uygun olmadığı gerekçesiyle açılan dava, toplu iş sözleşmesi yapma hususundaki tespite karşı yapılan itiraz (olumsuz yetki bildirimine itiraz) davası (m. 41/6), yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikasının yetkili olup olmadığının tespiti için açtığı dava (m. 43/4), toplu iş sözleşmesinin yorumu davası (m. 53/1), karar verilen veya uygulanmakta olan bir grev veya lokavtın kanun dışı olup olmadığının tespiti davasında (m. 71/1) bölge adliye mahkemesi tarafından verilecek karara karşı temyiz yoluna başvurmak mümkün olamayacaktır.

Maddenin gerekçesinde, sayılan hâllerde temyiz yolunun kapatılmasının nedeni, bu davaların daha çabuk kesinleşmesinde yarar bulunması ve Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi olarak açıklanmaktadır. Öncelikle gerekçede, bu davaların daha çabuk kesinleşmesinde nasıl bir yarar bulunduğu açıklanmış değildir. Ayrıca kanaatimizce temyiz yolunun kapatılması noktasında "Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması" bir amaç olarak ortaya konulmamalıdır. Kanaatimizce temyiz yolu kapatılırken, kanun yollarına başvurulmasının âdil yargılanma hakkı kapsamındaki "hak arama özgürlüğü"nü bir parçası olduğu¹⁴⁴ gözönüne alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmekte olup; eğer bu bağlamda istinaf ile yeterince etkin korumanın sağlanacağı sonucuna varılacak ise temyiz yolunun kapatılması uygun olacaktır. Bir başka anlatımla,

¹⁴⁴Bu yönde bkz. Alangoya, Yavuz, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükümü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Yayınları, Ankara 2004, s. 17 vd.

Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması yalnızca bir sonuç olup, "amaç" olarak benimsenmemelidir¹⁴⁵.

Sonuç Yerine

20.07.2016 tarihinde yeterli sayıda olmasa da, bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte, medenî yargı sistemimiz "sınırlı (dar) istinaf" ile tanışmıştır. İstinaf incelemesinin kural olarak taraflarca ileri sürülen sebepler ile sınırlı olarak gerçekleştirilmesi ve kural olarak istinaf aşamasında yeni dava malzemesinin ileri sürülebilmesi, bu sistemin temel özelliklerindedir.

Bölge adliye mahkemeleri 20.07.2016 tarihinde faaliyete geçmelerine rağmen, ilk derece mahkemelerinin 20.07.2016 tarihinden önce verdikleri nihâi kararlar bakımından eski kanun yolu sistemi uygulanmaya devam edeceği unutulmamalıdır.

Faaliyete geçecek bölge adliye mahkemesi sayısının 15 olacağı beklenir iken, HSYK'nın 29.02.2016 tarih ve 53 no'lu kararı ile bu sayı 7'ye düşürülmüştür. İstinafta hem vakıa hem hukukî denetim yapılacağı düşünülürse, yedi bölge adliye mahkemesinin bu iş yükü altında gerekli incelemeyi sağlıklı bir şekilde yapabileceğini savunmak kanaatimizce mümkün değildir. Ayrıca bölge adliye mahkemelerinin yargı çevresine birçok ilin dâhil olması, bir yandan âdil yargılama hakkının unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkını oldukça zorlaştıracaktır. Ayrıca bu durum, doğrudanlık ilkesi, hukukî dinlenilme hakkının tam olarak sağlanması vb. bakımlardan da düşündürücüdür.

İş mahkemelerinin verecekleri usûle veya esa-

sa ilişkin nihâi kararlara karşı istinaf yoluna kural olarak başvurulabilecektir. Bu noktada, malvarlığına ilişkin davalarda verilen kararlar bakımından kanun koyucu bir değer sınırı belirlemiş ve ancak bu sınır aşılsa istinafa başvurulabileceğini kabul etmiştir. Bu sınır, HMK m. 341/2'de 1.500 TL olarak tespit edilmiş iken, İş Mah. K. m. 8/1'de bu sınır 1.000 TL olarak düzenlenmiştir. İş mahkemelerinin malvarlığına ilişkin olmayan kararlarına karşı ise herhangi bir sınırlama olmaksızın istinaf yolu açıktır. Yine iş mahkemesinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebinin reddine ilişkin kararlarına karşı da istinafa başvurulabilecektir. Nihâyet iş mahkemesinin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebinin kabulüne ilişkin kararına karşı yalnızca itiraz edilebilecek; buna karşılık itiraz üzerine verilen karar hakkında yine istinaf başvurusunda bulunulabilecektir.

İstinafa başvurma süresi HMK m. 345/1'de iki hafta olarak belirlenmiş iken, İş Mah. K. m. 8/2'de bu süre 8 gün olarak düzenlenmiştir. Yine HMK m. 345/1'e göre süre "tebliğ" ile başlar iken, İş Mah. K. m. 8/1'de bu sürenin karar yüzü karşı verilmişse tefhim, tarafların yokluklarında verilmişse tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmüştür. Kanunda sürenin "tefhim"den itibaren işlemeye başlatılması, uygulamada kanunî temelden yoksun olan "süre tutum dilekçesi" verilmesi ve hattâ bunun yerleşik olarak uygulanmasına neden olmuştur. Altı önemle çizilmelidir ki, süre tutum dilekçesinin hiçbir kanunî temeli bulunmamaktadır. Bu noktada yapılması gereken, kanunda yer alan "tefhim" ibaresinin, "ilk derece mahkemesinin nihâi kararının, gerekçeler de dâhil olmak üzere tüm unsurlarıyla tefhimi" şeklinde yorumlanmasıdır. Bu noktada Taslağın 8/2. maddesinde sürenin tebliğ tarihinden başlatılması yerinde olmuştur.

Yargıtay birçok kararında "İş Mahkemeleri Kanunu'nda katılma yoluyla temyize ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmadığı"ni gerekçe göstererek iş yargısında katılma yoluyla temyizi kabul

¹⁴⁵Doktrinde Tanrıver de 5235 Sayılı Kanun henüz kanunlaşmadan kaleme aldığı makalesinde, Tasarının genel gerekçesinde istinaf mahkemelerinin teşkilinin gerekçelerinden biri olarak Yargıtay'ın iş yükünün azaltılmasının gösterildiğini, oysa istinaf yargılamaındaki amacın bir mahkemenin iş yükünün azaltılması değil, güvenceli adaleti temin etmek olduğunu haklı bir şekilde ifade etmektedir. Bkz. Tanrıver, s. 155.

etmemektedir. Oysa İş Mah. K. m. 15 uyarınca, bu kanunda açıklık bulunmayan hâllerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanacak olup; HUMK m. 433/2'de de katılma yoluyla temyiz düzenlenmektedir. Kanunun bu açık hükmü karşısında Yargıtay'ın bu görüşünün doğru olmadığı kanaatindeyiz. İstinaf bakımından da İş Mah. K. m. 15 uyarınca katılma yoluyla istinafi düzenleyen HMK m. 348 iş yargısında da uygulanmalı, iş yargısında katılma yoluyla istinafa başvurmak mümkün olmalıdır.

İstinaf incelemesi, kamu düzeni haricinde, kural olarak tarafların ileri sürecekleri sebepleri ile sınırlı olarak gerçekleştirilecektir. Bu nedenle, istinafa başvuru dilekçelerinin hazırlanmasında büyük bir titizlik gösterilmeli ve istinaf sebebi teşkil edebilecek hususlar mutlaka iyice araştırılmalıdır. Bununla birlikte kamu düzeninden olan hususların re'sen dikkate alınacak olması, İş Hukuku'nun kamu düzenine ilişkin birçok hüküm barındırması nedeniyle iş yargısı bakımından özellikle önemlidir.

HMK m. 356'da açıkça ifâde edildiği üzere, istinaf yargılaması kural olarak duruşmalı olarak gerçekleştirilecektir. HMK m.352 ile 353/1 (a) ve (b)'de düzenlenen hâller haricinde, istinaf yargılamasında inceleme "duruşmalı" olarak gerçekleştirilecektir.

İstinaf incelemesi sonunda bazı önemli usûlî hata veya eksikliklerin bulunduğunu tespit eden bölge adliye mahkemesi, HMK m. 353/1 (a) hükmü uyarınca, davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verecektir. Bu maddede sayılan sebeplerden biri de, tarafların gösterdikleri deliller hiç toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olmasıdır. Kanaatimizce bölge adliye mahkemeleri, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ihtimaline, bu sebebi dar şekilde yorumlayarak başvurmalılar, bunun yerine ise mümkün oldukça "yeniden karar verme" yolunu tercih etmelidirler

İstinafın yürürlüğe girmesiyle birlikte temyiz, bölge adliye mahkemeleri tarafından verilen kararlar üzerinde hukukî denetimin gerçekleştirildiği kanun yolu niteliğini kazanmıştır. Kanun koyucu, HMK m. 362'de temyiz edilebilen kararlar bakımından bazı sınırlamalar öngörmüştür. Bu bağlamda ilk olarak, temyiz için de bir "değer sınırı" belirlenmiştir. Öyle ki HMK m. 362/1 (a) uyarınca, miktar veya değeri 25.000 TL'yi geçmeyen (bu tutar dâhil) davalarda verilen bölge adliye mahkemesi kararları kesin nitelikte olacaktır. Bu düzenleme, iş mahkemesi kararları bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Taslağın 9. maddesinde ise bu hususa ilişkin olarak bir özel düzenleme daha yapılmış ve iş yargısına ilişkin olarak bölge adliye mahkemesi tarafından verilecek bazı kararlara karşı temyiz yolu kapatılmıştır. Bunun gerekçesi olarak ise, bu davaların daha çabuk kesinleşmesinde yarar bulunması ve Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi gösterilmiştir. Kanaatimizce temyiz yolunun kapatılması noktasında "Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması" bir amaç olarak ortaya konulmamalıdır. Çünkü kanun yollarına başvurulması âdil yargılanma hakkı kapsamındaki "hak arama özgürlüğü"nü bir parçası olup, değerlendirme hep bu bakış açısıyla gerçekleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akkaya, T. (2009). Medeni Usul Hukukunda İstinaf. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Alangoya, Y. (2004). "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı". 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı. Ankara, 17 vd.
- Alangoya, Y./Yıldırım, M.K./Deren-Yıldırım, N. (2009). Medenî Usul Hukuku Esasları. 7. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları.
- Albayrak, A. (2016). Hukukta İstinaf Uygulaması. 2. Baskı. Ankara: Adalet Yayınları.
- Ansay, S, Ş. (1960). Hukuk Yargılama Usulleri.

7. Bası. Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası.
- Arslan, R. (1977). Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi. Ankara: Turhan Kitabevi.
 - Atalı, M. (2007). Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı. Ankara: Yetkin Yayınları.
 - Belgesay, M.R. (1939). Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi. İstanbul: İÜHF Yayınları.
 - Berki, Ş. (1958). Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara.
 - Bilge, N. (1973). Medenî Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme. Ankara: AÜHF Yayınları.
 - Bilge, N./Önen, E. (1978). Medenî Yargılama Hukuku, 3. Bası, Ankara: AÜHF Yayınları.
 - Cadiet, L./Jeuland, E. (2006). Droit Judiciaire Privé, 5. Éd. Paris: Litec Editions.
 - Cuche, P./Vincent, J. (1963). Précis De Procédure Civile, 13. Éd., Paris: Dalloz Editions.
 - Deren-Yıldırım, N. (2008). "Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler". Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI, 3-17.
 - Deren-Yıldırım, N. (2003). "Teksif İlkesi Açısından İstinaf". İstinaf Mahkemeleri Uluslar arası Toplantı (7-8.03.2003), 267-284.
 - Deren-Yıldırım, N. (2006). "İstinafın Gerekçelendirilmesi ve İstinaf Sebepleri". Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, 693-712.
 - Doğan-Yenisey, K. (2014). İş Hukukunun Emredici Yapısı. İstanbul: Beta Yayınları.
 - Guinchard, S./Ferrand, F. (2006). Procédure Civile: Droit Interne et Droit Communautaire. 28. Éd. Paris: Dalloz Editions.
 - Günay, C.İ. (2014). İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi. Ankara.
 - Güzel, A./Okur, A.R./Caniklioğlu, N. (2014). Sosyal Güvenlik Hukuku. 15. Bası. İstanbul: Beta Yayınları.
 - Héron, J./ Le Bars, T. (2006). Droit Judiciaire Privé, 3. Éd. Paris: Montchrestien Editions.
 - Hohl, F. (2002). Procédure Civile, v. II, Bern: Staempfli Editions.
 - Julien, P./Fricero, N. (2003). Droit Judiciaire Privé, 2. Éd. Paris: LGDJ Editions.
 - Karslı, A. (2012). Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı. 3. Bası. İstanbul: Alternatif Yayınları.
 - Konuralp, H. (2003). "HUMK Tasarısına Göre İstinaf Derecesi". Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı (03-05.10.2003).
 - Konuralp, H. (2003). "Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl (Hukuk Davaları Açısından)". TBB Uluslar arası Toplantı (07-08.03.2003), s. 247 vd.
 - Konuralp, H./Hanağası, E. (2007). "Fransız Hukukunda İptal Amaçlı İstinaf Yolu". MİHDER. 2007/1, s. 13 vd.
 - Kuru, B. (2001). Hukuk Muhakemeleri Usulü, c. VI, 6. Bası, İstanbul: Demir-Demir Yayıncılık.
 - Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E. (2012). Medeni Usul Hukuku. 23. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.
 - Kuru, B. (2016). İstinafa Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku. İstanbul: Legal Yayınları.
 - Kurucu, Oğuz (1994). İçtihatlarla İş Yargısı. Ankara.
 - Meraklı Yayla, D. (2014). Medenî Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması. Ankara: Yetkin Yayınları.
 - Mercimek, S. (2000). "İş Mahkemelerinden Verilen Nihai Kararlar Temyiz Edildiğinde Temyiz Dilekçesinin Karşı Tarafa Tebliği Gerekir mi?". ABD. 2000/2.
 - Namli, M. (2014). Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi. İstanbul: Beta Yayınları.

- Özbay, İ./Okumuş, N. (2009). "Kanun Yollarına İlişkin Son Değişiklikler ve Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Katımlı Kanun Yolu", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan,
- Özbek, M. (2003). "İş Mahkemelerinde Yürütülen Yargılamalarda Katılma Yoluyla Temyiz", Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan, 939-962.
- Özekes, M. (2004). "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi-Özellikle İstinaf", Legal HD. 23, 3103-3116.
- Özekes, M. (2009). "Hukuk Yargılamasında Süre Tutum Müessesesi Yoktur". Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, s. 381 vd.
- Özekes, M. (2003). Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı. Ankara.
- Özekes, M. (2016). 100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi: İstinaf ve Temyiz. 3. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Öztekin, S. (1987). "HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı". Hukuk Araştırmaları. 2, 62 vd.
- Öztekin, S. (2000). "Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı". Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, 104-114.
- Pekcanıtez, H./Atalay, O./Özekes, M. (2015) Medenî Usûl Hukuku. 3. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Sungurtekin, M. (1990). Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi. Yargıtay Dergisi, 16, 475 vd.
- Tanrıver, S. (1995). "Adliye Mahkemeleri İle Üst Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı İle İlgili Bazı Düşünceler". BATİDER. XVIII. 151-156.
- Tuncay, A. C./Ekmekçi, Ö. (2015). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. 17. Bası. İstanbul: Beta Yayınları.
- Tutumlu, M. A. (2007). "İstinaf Yargılamasında Yeni Vakıa-Delil Getirme Yasağı ve İstisnaları". Terazi. S. 7.
- Umar, B. (1963). "Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme". İÜHF, 1963/1-2, 261 vd.
- Umar, B. (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Üstündağ, S. (1977). Medeni Yargılama Hukuku-Kanunyolları ve Tahkim. 3. Bası. İstanbul: İÜHF Yayınları.
- Yıldırım, M.K. (2000). Hukuk Devletinin Gereği: İstinaf. İstanbul: Nesil Matbaacılık. 48/3.
- Yılmaz, E. (2005). İstinaf. 2. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları.

Dr. Dilek Dulay YANGIN

Makale Gönderim Tarihi: 12 Kasım 2016

Makale Kabul Tarihi: 21 Kasım 2016

6715 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi

Öz

Son otuz yıl içerisinde meydana gelen ekonomik, teknolojik ve sosyal değişiklikler, klasik istihdam modellerinde önemli değişimler meydana getirmiştir. Bu değişikliklere bağlı olarak kısmi süreli çalışma, belirli süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışma, tele çalışma ve evde çalışma gibi atipik çalışma modelleri ortaya çıkmıştır. İş görme borcunun ifa edildiği yer bakımından tipik iş ilişkilerinden ayrılan ve atipik bir özellik gösteren evde çalışma ve tele çalışma, 6715 sayılı Yasa ile "uzaktan çalışma" üst başlığı altında bir bütün olarak düzenlenerek İş Kanunu md.14

kapsamına dahil edilmiştir. Klasik çalışma düzeni olarak ifade edebileceğimiz çalışma ortamı düşünülerek oluşturulmuş iş hukuku kurallarının, bu çalışma şekillerine uygulanmasında zorluklar yaşanabilecektir. Çalışmamızın konusunu, işverenin gözetiminden ve denetiminden uzak bir mekanda iş görme borcunun ifa edildiği evde çalışma ve tele çalışmanın yasal düzenleme ve uluslararası belgeler çerçevesinde irdelenmesi, bağımlılık unsurunun tespiti ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunlar oluşturmaktadır.

Anahtar Sözcükler:

Evde çalışma, tele çalışma, uzaktan çalışma, atipik çalışma, atipik iş sözleşmeleri.

The Provisions of Code 6715 With Regards to Remote Work and Evaluation

Abstract

Economic, technological and social changes which has occurred in the last thirty years caused significant changes in the classical employment models. Depending on these changes atypical employment models came up such as fixed term employment contracts, part-time work, call-on work, telework and house work. House work and telework which apart from the classical employment relationships in terms of place where the work is performed and have atypical features adop-

ted in the Code of 6715 and named "Remote Work" under the Labour Code. Labour law codes which has enacted with the idea of classical work place may cause problems with the performing of these employment models. In our study we will try to analyze house work and telework with the framework of national and international arrangements and we will try to clarify the concept of subordination and the problems which may occur in the practice.

Keywords:

House work, tele work, remote work, atypical work, atypical employment contracts.

dulaydilek@gmail.com

Giriş

İş Hukukunun üzerinde temellendiği tipik iş ilişkisi, genel anlamıyla, belirsiz süreli bir iş sözleşmesine dayanarak, sıkı bir hiyerarşik ilişki içerisinde işverenin emir ve talimatı altında, coğrafi olarak sınırları belirli olan işyerinde (fabrika) ve tam gün süre ile çalışma esasına dayanır¹. İş görme borcunun işverenin doğrudan denetim ve gözetimi altında, onun tarafından organize edilmiş bir çalışma düzeni içerisinde ifa edilmesini ifade eden bu çalışma düzeni son 30 yıl içerisinde meydana gelen ekonomik ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak büyük bir değişim ve hatta dönüşüm geçirmiştir. Bu değişim atipik iş modellerinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Atipik istihdam modelleri işin görüldüğü yer, çalışma süresi, işverenin emir ve talimat verme yetkisi gibi hususlar bakımından tipik iş ilişkilerinden farklılık arz etmektedir. 6715 sayılı Yasa ile İş Kanunu kapsamına alınan ve uzaktan çalışma üst başlığı altında düzenlenen evde çalışma ve tele çalışma, iş görme borcunun ifa edildiği yer bakımından farklılık göstermektedir. Bu istihdam şekillerinde işçi, iş görme borcunu evinde yahut bilgi ve iletişim teknolojisi vasıtaları aracılığıyla ana işyeri dışında ifa etmektedir.

Uzaktan çalışmanın alt türlerinden biri olan evde çalışmaya mevzuatımızda ilk olarak 6098 sayılı TBK 461 vd. maddelerinde "Evde Hizmet Sözleşmesi" kenar başlığı altında yer verilmiş ve sınırlı nitelikte hususlara ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. 6715 sayılı Yasa² ile değişik İş Kanunu md.14/f.2 de ise bu çalışma şekli tele çalışma ile birlikte "Uzaktan Çalışma" kenar başlığı altında genel olarak düzenlenmiş; özellik gösteren hususlarda yönetmelikle düzenleme yapılacağı öngörülmüştür. Herşeyden evvel belirtmek gerekir ki yasa koyucu 6715 sayılı Yasa ile yalnızca tele çalışmayı düzenlememiş;

"işçinin ... iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi..." ne vurgu yaparak evde çalışmayı da uzaktan çalışmanın kapsamına almıştır³. Nitekim madde gerekçesinde de evden çalışma ve tele çalışmanın bir arada düzenlendiğine işaret edilmiştir⁴. Bu sebeple 6715 sayılı yasa ile değişik İş Kanunu md.14/f.2 ile 6098 sayılı TBK'nın evde hizmet sözleşmesi arasındaki ilişkilerin ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Biz bu çalışmamızda öncelikle genel olarak uzaktan çalışma kavramını ortaya koyacak, sonrasında 6715 sayılı Yasada getirilen düzenlemeler ile TBK'nın evde hizmet sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri arasındaki ilişkiyi ele alacağız. Son olarak da madde hükmünde ayrıca yer verilmiş olması sebebiyle, uzaktan çalışmada işverenin eşit davranma ve işçiyi gözetme borcunu uluslararası düzenlemeleri de göz önünde tutmak suretiyle inceleyeceğiz.

I. Uzaktan Çalışma Kavramı ve 6715 Sayılı Yasada Getirilen Düzenlemeler

A. Mesafe Unsuru

6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.14/f.2 uyarınca "Uzaktan çalışma; işçinin işve-

3 Doktrinde ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT'a göre uzaktan çalışmaya ilişkin hüküm yalnızca tele çalışmayı düzenlemektedir. Bu sebeple bu çalışma biçimini diğer çalışma biçimlerinden ayıran unsur işin tamamen ya da kısmen bilgisayar, internet, elektronik posta gibi araçlarla ifa edilmesidir. Doktrinde SÜZEK de uzaktan çalışanlar ile evde çalışanları ayırmakta ve uzaktan çalışmanın kapsamına yalnızca tele çalışmanın girdiğini kabul etmekle birlikte ileride de açıklanacağı üzere evde çalışanların İş Kanunu kapsamında yer aldığını ve İş Kanunu hükümlerinin bu çalışan kesimi bakımından öncelikli olarak uygulanacağını ileri sürmektedir. Çelik, Nuri/Canbolat, Talat/Caniklioğlu, Nurşen: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Baskı, Eylül 2016, İstanbul, s.161; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 12.Baskı, İstanbul 2016, s.292, 297 (İş Hukuku 2016).

4 Gerekçe metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0597.pdf>;

1 Kandemir, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal Yayıncılık, Nisan 2011, İstanbul, s.21 (Tele Çalışma).

2 20.05.2016 tarihli ve 29717 sayılı Resmi Gazete.

ren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir...” Madde hükmünde evde çalışma ve tele çalışma istihdam modelleri mesafe unsuru göz önünde tutulmak suretiyle “Uzaktan Çalışma” üst başlığı altında ele alınmıştır. İşin fabrika tipi istihdam modeline dayalı olarak işverenin doğrudan gözetim ve denetimi altında, sınırları belirli olan ve ana işyeri olarak nitelendirilen coğrafi alan dışında ifa ediliyor oluşu bu istihdam modellerini karakterize eden unsurdur. Bu sebeple yasa koyucu tarafından mesafe unsuruna vurgu yapılarak bu kavramın seçilmiş olması kanımızca isabetlidir.

Uzaktan çalışmanın kapsamının net olarak saptanabilmesi ve sınırlarının çizilebilmesi için ilk olarak bu çalışma şeklini karakterize eden mesafe unsurunun açıklanması gerekmektedir. Uzaktan çalışmada bu unsur, iş görme borcu ile bu borcun ifası neticesinin beklendiği yer arasında mesafe olması ve işverenin, edimin yerine getirilmesini gözetleme ve denetleme imkanından fiziksel olarak yoksun bulunması şeklinde ifade edilebilir⁵.

Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşmasının⁶ 2. maddesi uyarınca “tele çalışma, bir iş ilişkisi veya iş sözleşmesi çerçevesinde işverene ait işyerinde de gerçekleştirilmesi mümkün olan

bir işin, bilgi teknolojisi kullanılarak ve düzenli biçimde işverene ait işyeri dışında yerine getirildiği iş organizasyonudur”. Anlaşmada mesafe unsuruna işverene ait işyeri dışında düzenli olarak iş görülmesi şeklinde yer verilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 1996 tarihli 177 No.lu Evde Çalışma Sözleşmesi ve 184 No.lu Tavsiyesinin 1 (a) maddesine göre,

“Evde çalışma, evde çalışan olarak adlandırılabilir, ulusal mevzuat ve mahkeme kararları uyarınca bağımsız çalışma için gerekli olan özerklik ve ekonomik bağımsızlığa sahip olmayan kişi tarafından,

(i) kendi evinde veya işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendi seçtiği diğer yerlerde,

(ii) bir ücret karşılığında

(iii) malzeme, ekipman ve diğer girdilerin, kim tarafından temin edildiğine bakılmaksızın, işverence belirlenen mal veya hizmetlerin üretimi için çalışmadır.” Örgüt tarafından verilen tanımda mesafe unsuru yalnızca işçinin evini değil, işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendisinin seçmiş olduğu yerleri de kapsamaktadır.

6715 sayılı Yasada ise uzaktan çalışmada iş görme borcunun işverenin iş organizasyonu içerisinde kalmak koşulu ile işçinin evinde yahut teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirileceği belirtilmektedir. Yasanın genel gerekçesinde işverenin doğrudan bir yönetim ve denetimi olmaksızın bir malın üretilmesi veya hizmetin sunulmasına değinilmiş, madde gerekçesinde ise iş görme borcunun işverenin gözetiminden uzak bir mekanda, işyerinin dışında evinde ya da ofisinde veya başka bir mekanda ifa edileceği ifade edilmiştir⁷.

B. İşverenin İş Organizasyonu İçerisinde İş Görme

a. Genel Olarak İş Organizasyonu Kavramı

Yasada “Uzaktan Çalışma” üst başlığı altında

5 Aydınöz, Gonca: İş Hukukunda Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2015, s.53-54.

6 AB Komisyonu’nun çağrısı üzerine Avrupa Sosyal Tarafları ETUC (Avrupa Sendikalar Konfederasyonu), UNICE/UEAPME (Avrupa İşverenler Konfederasyonu ve Kobiler Üst Örgütü), CEEP (Kamu İştirakli ve Kamusal İşletmeler Merkezi) diyalogu yolu ile, Roma Antlaşması’nın 139. maddesinin 2.fıkrası çerçevesindeki usule uygun olarak 16.7.2002 tarihinde “Tele Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşma” hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Avrupa düzeyinde sosyal diyalogun yaratıcı ve katılımcı bir örneği olarak kabul edilen bu anlaşma, Roma Antlaşması’nın 139. maddesi gereği üye ülkelerde uygulamaya konulmuş ve bu sürecin 3 yılda tamamlanması planlanmıştır. Sürecin uygulanmasında ortak bir Uygulama ve Sosyal Diyalog Komitesi oluşturulmuş, Komitenin hazırladığı rapor (Implementation of the European Framework Agreement on Telework) dördüncü yılın sonunda yayınlanmıştır.

7 Gerekçe metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0597.pdf>.

düzenleme konusu yapılan evde çalışmada iş görme borcu işçinin evinde yahut kendi seçmiş olduğu bir başka yerde ifa edilirken; tele çalışmada iş görme borcu bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtası ile evde, tele çalışma merkezlerinde yahut sabit bir merkeze bağlı olmaksızın hareket halinde (gezici) ifa edilmektedir. İş Kanunu md.14/f.2 uyarınca klasik anlamda işyeri dışında yapılan çalışmaların madde kapsamına girmesi, işçinin iş görme borcunu işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu içerisinde görmesine bağlıdır. Diğer bir deyimle evde, tele merkezlerde yahut gezici olarak yapılan çalışmaların "Uzaktan Çalışma" istihdam türü olarak İş Kanunu kapsamına girmesi için işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonuna dahil olması gerekmektedir. İşverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme ölçütü, evde ve tele çalışma gibi işverenin emir ve talimat verme yetkisinin güçleştiği atipik iş ilişkilerinde bağımlılık ilişkisinin tespitinde işlev gören bir kıstastır⁸ ve kanımızca yasa koyucu yalnızca bağımlı nitelikteki uzaktan çalışma şekillerini kapsamına almak maksadı ile iş görme borcunun "...işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında..." ifa edileceğini ortaya koymuştur⁹. Madde gerekçesinde de uzaktan çalışmaya dayanan iş ilişkisinde ücret, iş görme ve bağımlılık unsurlarının varlığını sürdürdüğü ifade edilmiştir. Bu sebeple bağımlılığın bir göstergesi olarak iş organizasyonu kavramının açıklanması ve klasik anlamda işyeri dışında yapılan çalışmaların ne ölçüde bu kavramın kapsamına girdiğinin ortaya konması gerekmektedir.

İşyeri, iş hukuku kurallarının kapsamının belirlenmesinde ve uygulanacak olan hükümlerin saptanmasında temel bağlama noktalarından birini oluşturmakla birlikte, üretim yapısının değişmesi, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin yarattığı dönüşüm neticesinde atipik istihdam modellerinin ortaya çıkması ile birlikte yeni bir anlam kazanmıştır. Çalışma yeri ile klasik anlamda işyeri birbirinden ayrılmış, fiziksel bir mekan olarak işyeri kablolarla birbirine bağlanmış bir bilgisayar ağı niteliğini kazanmıştır¹⁰. İş Kanunu md.2'nin gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, işveren, kurulan "iş organizasyonu" işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde (ilaç fabrikası satış elemanları gibi) veya ilin içinde (beyaz eşya bakım ve onarım işlerinde çalışanlar gibi) işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimini duymuştur. Bu olgular dikkate alınarak ve Avrupa Birliğine üye devletlerdeki değerlendirme ve kavramsal gelişmeler göz önünde tutularak maddeye üçüncü fıkra olarak "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bü-tündür." hükmü eklenmiştir".

İş organizasyonu ölçütü iş görme edimini ifa ederken geniş bir serbestiye sahip olan çalışan kesimi açısından ortaya çıkan sorunlarda, geleksel anlamda hukuki bağımlılık unsurunun yetersiz kalması karşısında bir çözüm olarak benimsenmiştir. Hukuki ve kişisel bağımlılık unsuruna geniş bir anlam kazandıran bu ölçüt, hizmet sözleşmesi kavramının daha geniş bir kapsamda algılanmasını sağlamış ve iş hukukunun koruyucu mekanizmasını genişletici bir rol üstlenmiştir¹¹.

8 Güzel, Ali: "Fabrika'dan İnternete İşçi Kavramı ve Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, Haziran 1997, s.109-110.

9 Doktrinde ALP, uzaktan çalışmanın tanımı yapılırken, İş Kanunu md.2/III'de işyerini ve dolaylı olarak iş sözleşmesinin varlığını belirleyen iş organizasyonu kavramının da yer alması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre bu sayede tele çalışmanın iş sözleşmesi kapsamında sayılıp sayılmayacağını ayırt etmek de daha kolay mümkün olabilecektir. Alp, Mustafa: "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, s.799.

10 Däubler, Wolfgang: Internet und Arbeitsrecht, 2.Auflage, Frankfurt am Main 2001, Rn.400 (Internet und Arbeitsrecht).

11 Güzel, s.109-112.

b. Tele Çalışanların İşverenin İş Organizasyonuna Dahil Olması

İş görme borcunun bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtası ile işyeri dışında ifa edilmesini ifade eden tele çalışma, işçinin işletme merkezine gidip gelme zorunluluğunu ortadan kaldıran ve iletişim teknolojisi araçları ile işin ifasını mümkün kılan her türlü çalışma şeklini ifade etmektedir. Bu çalışma şeklinde bilgi ve iletişim teknolojisi araçları işe gidip gelmeyi ikame etmekte, bu araçlar sayesinde işçinin işveren tesisinde bulunması zorunluluğu ortadan kalkmaktadır¹².

Tele çalışma yapılan işin türüne, çalışma şekli ile yerine ve iletişim şekline göre farklı biçimlerde ortaya çıkmaktadır. İşyeri ile doğrudan ve sürekli bağlantı kurulduğu hallerde on-line tele çalışma ortaya çıkarken, off-line tele çalışmada tek taraflı bir bilgi aktarımı söz konusu olmaktadır¹³. On-line tele çalışmada karşılıklı ve doğrudan bir bilgi aktarımı vardır ve ana işyeri ile doğrudan bağlantı sağlanmaktadır. Bu durum on-line tele çalışanların işverenin iş organizasyonuna dahil olmasını ve bağımlılık ilişkisinin ortaya çıkmasını mümkün kılmaktadır¹⁴. Tek taraflı bir bilgi aktarımının söz konusu olduğu off-line tele çalışmada ise teknik bir husus olan doğrudan bağlantı kurulmaması tek başına bağımlılık unsurunu dışlayıcı bir sonuç doğurmayacaktır¹⁵. Doğrudan bir bağlantı olmasa dahi işverenin denetleme, emir ve talimat verme yetkisinin teknik yollarla devam ettiği hallerde tele çalışanın iş

görme borcunu işverenin iş organizasyonu içerisinde ifa ettiği kabul edilmelidir¹⁶.

İşin yapıldığı yer bakımından ise evde tele çalışma, tele merkezden çalışma, gezici tele çalışma ve dönüşümlü tele çalışma modelleri karşımıza çıkmaktadır. İş Kanunu md.14/f.2 uyarınca işçinin, iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getireceği hükme bağlanmış; madde gerekçesinde de işçinin, işyerinin dışında evinde ya da ofisinde veya başka bir mekanda çalışacağı ifade edilerek bu çalışma şekilleri yasal düzenlemenin kapsamına dahil edilmiştir.

Evde tele çalışmada çalışan üstlenmiş olduğu işi, bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtası ile kendi evinde görmektedir. "Ev ofis" ya da "ev büro"¹⁷ olarak ifade edilen bu çalışma alanlarında iş görme borcunun ifasında telefon, teleks, telefaks, bilgisayar ve internet gibi bilgi ve iletişim teknolojisi araçları kullanılmaktadır. Bu çalışma şekli mimarlık, mühendislik, bilgisayar programcılığı, iş danışmanlığı gibi fikri emeğin yoğun olduğu alanlarda uygulama alanı bulmaktadır¹⁸. Bir sekreterin iletişim vasıtaları ile kendisine gönderilen konuşmayı metin haline getirip elektronik posta ile işyerine göndermesi evde tele çalışmaya örnek olarak gösterilebilir¹⁹. İş sözleşmesi çerçevesinde işverenin sahip olduğu denetleme, emir ve talimat verme yetkisini doğrudan ve kişisel temasla kullanması zorunlu değildir. İşverenin emir ve talimatlarının bilgi ve iletişim teknolojisi araçları ile veriliyor olması, diğer bir deyimle emir ve talimatların "tele" yahut "dijital" olması bağımlılık unsurunu dışlayıcı bir sonuç doğurmayacaktır²⁰. Her sabah yapılacak olan işlerin elektronik ortamda iletildiği ve ilet-

12 Alp, s.798-799.

13 Erdem, Ziya: Tele Çalışma, İstanbul 2004, s.101; Kuban, Arzu: Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN Anısına, İstanbul 1997, s.59.

14 Kilian, Wolfgang/Borsum, Wolfgang/Hoffmeister, Uwe: Telearbeit und Arbeitsrecht- Forschungsbericht Nr.139, hrsg. Vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1987 (Telearbeit), s.104; Kappus, Matthias: Rechtsfragen der Telearbeit, Heidelberg 1986, s.129; Pfarr, M. Heide/Drüke, Helmut: Rechtsprobleme der Telearbeit, Baden-Baden 1989, s.46.

15 Alp, s.818.

16 Lenk, Thomas: Telearbeit, Möglichkeiten und Grenzen einer Telekommunikativen Dezentralisierung von betrieblichen Arbeitsplätzen, Berlin 1989, s.161.

17 Wank, Rolf: "Telearbeit", NZA 1999, s. 225.

18 Erdem, s.75.

19 Alp, s.802.

20 Alp, s.817.

len bu işlerin gecikmeden yapılarak bir rapor ile işverene elektronik ortamda gönderildiği, iş olmasa dahi evde tele çalışanın hazır olarak bekletildiği durumlarda işverenin iş organizasyonuna dahil olma unsuru gerçekleşmiş olacaktır²¹.

Uzaktan çalışmanın çalışanlar üzerindeki izole etkisini ortadan kaldıran dönüşümlü tele çalışmada²² ise ev ile ofis arasında koordinasyon bilgi ve iletişim teknolojileri ile sağlanmakta, çalışanların hangi gün ve saatlerde ofiste bulunacağı önceden belirlenmektedir. Çalışanlar işyerlerinde kendilerine ait bir çalışma masasına sahip olabilecekleri gibi, "desk-share" olarak ifade edilen bir sistem dahilinde, çalışma masalarının çalışanlar arasında dönüşümlü olarak kullanılması da mümkündür²³. Çalışma süresinin ev ile ofis arasında

paylaştırıldığı bu çalışma şeklinde işçi işveren tarafından oluşturulmuş olan iş organizasyonuna dahil olmakta ve işyeri dışında geçirdiği sürede işveren tarafından kendisine verilen işi yapmaya devam etmektedir. Çalışma süresinin ağırlıklı olarak işyeri dışında geçirilmesi bu sonucu değiştirmeyecek ve çalışanın işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme borcunu ifa ettiği kabul edilecektir. İşyeri dışındaki çalışmada işveren için değil, bir başkası için iş alındığı hallerde ise işyerinde geçirilen süre ile sınırlı kısmi bir iş ilişkisi yahut bağımsız çalışma düşünülebilir²⁴.

Gezici (mobil) tele çalışmada iş görme borcu, sabit bir yere bağlı kalınmaksızın, elektronik posta, cep telefonu, işletme veri tabanına bağlantı sağlayan sistemler gibi bilgi ve iletişim teknolojisinin sağladığı imkanlar kullanılmak suretiyle ifa edilmektedir²⁵. Bu çalışma şeklinde işin ne şekilde görüleceği, ziyaret edilecek müşteriler, fiyatların saptanması gibi hususlarda bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtası ile işyerinden talimatlar alınması çalışanın işverenin iş organizasyonuna dahil olması sonucunu doğurmaktadır²⁶. Tele çalışanın iş görme borcunun ifasında işyerinden destek alması veya belli düzeydeki nihai kararlar için işverenin talimatını almak üzere işyerine bağlanma gereği duyması da iş görme ediminin işverenin iş organizasyonu kapsamında yer aldığını gösteren emarelerdir²⁷. Gezici olarak görev yapan satış elemanının hangi müşterileri ziyaret edeceğine ilişkin bilgiyi işverenden elektronik ortamda aldığı ve yapılan işin sonuçları hususunda yine elektronik ortamda rapor olarak bilgi verdiği durumda bağımlılık unsuru vücut bulacak ve işverenin iş organizasyonuna dahil olma ölçütü gerçekleşmiş olacaktır²⁸. Emir ve talimat verme ile denetleme unsur-

21 Wedde, Peter: Telearbeit, Arbeitsrecht-Socialrecht-Datenschutz, München 2002, s.40.

22 Avrupa Komisyonu 1999 yılında hazırlamış olduğu bir raporda, evde tele çalışanları, çalışma zamanlarının %90'ını evde geçirenler (permanent teleworking at home-süreklili evde tele çalışanlar), en az haftanın bir gününü evde çalışarak geçirenler (alternating teleworking at home-dönüşümlü evde tele çalışanlar) ve bir günden daha az günü evde çalışarak geçirenler (supplementary teleworking at home-tamamlayıcı evde tele çalışanlar) olmak üzere üç alt gruba ayırmıştır. 12 th European Conference on Information Technology Evaluation, Finland, 29-30 September 2005, Edited by Dan Remenyi, s.203.

23 Jäckel, Michael/Rövekamp, Christoph; Alternierende Telearbeit, Akzeptanz und Perspektiven einer neuen Form der Arbeitsorganisation, Wiesbaden 2001, s.88-89. Haftanın en az 1, en çok 3 gününün evde tele çalışma yapılarak geçirildiği dönüşümlü evde tele çalışma biçimi, 1989 yılında Almanya'da IBM tarafından uygulanmış ve bu şekilde işyerindeki ekipman ihtiyacının yarıya düştüğü belirtilmiştir. Fransa'da bu çalışma şekline Renault bünyesinde yapılan toplu iş sözleşmesinde şu şekilde yer verilmiştir: "Renault şirketinde evde tele çalışma, işçinin yapmakla görevli olduğu işin, bilişim teknolojisi gereçleri vasıtasıyla ve nöbetleşe olarak, haftanın en az bir ve en çok dört günü evde, haftada en az bir gün olmak üzere diğer iş günlerinde ise işyerinde iş gördüğü organizasyon biçimidir". Hoeland, Armin: "A Comparative Study of the Impact Electronic Technology on Workplace Disputes: National Report on Germany", Comparative Labour Law and Policy Journal, Vol.24, 2002, s.149; Aydınöz, s.68; Nevens, Koen: "Home Work, Telework and the Regulation of Working Time: A Tale of (Partial) Similar Regulatory Needs, in Spite of Historically Rooted Conceptual Divergence", The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations 26, No.2 (2010), s.199.

24 Alp, s.810.

25 Kandemir, Tele Çalışma, s.48; Alp, s.803.

26 Heenen, Norbert in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3.Auflage 2009, §316 Rn.16.

27 Aydınöz, s.37;

28 Wedde, s.40.

larının tamamen ortadan kalktığı, çalışanın işin yürütümü ve organizasyonu konusunda tam bir serbestiye sahip olduğu, birden fazla işveren için hizmet verildiği, çalışanın portföyünde yer alan ürünleri kendisine ait araçlarla, tamamen kendisinin belirlediği bir organizasyon dahilinde piyasaya sunduğu durumlarda ise bağımsız çalışmanın varlığı kabul edilebilir²⁹.

Tele çalışmanın bir işletmenin faaliyetlerinin adem-i merkezileşmesine imkan sağlayan tele merkezlerde yapıldığı hallerde işverenin iş organizasyonuna dahil olma unsuru daha kolay tespit edilebilir³⁰. Komşu bürolar, uydu tele çalışma merkezleri ve tele köyler olarak kategorize edilen bu merkezler çalışanların işletme merkezinden uzakta çalışabileceği, bilgi ve iletişim teknolojileri ile donatılmış işyerleridir³¹. Bu merkezler bir şube veya bağlı işyeri olarak görülebilir ve tele merkezde çalışanın da işyerinde iş görme borcunu ifa ettiği kabul edilebilir³². Tele merkezin çalışanlar tarafından kurulup işletildiği ve fakat e-posta ya da diğer iletişim teknolojileri ile işveren yahut işveren vekili tarafından talimatlar verildiği durumda iş görme borcu işverenin belirlediği iş düzenine uygun olarak görülmüş olacağından, işverenin iş organizasyonuna dahil olduğu kabul edilmelidir³³.

c. Evde Çalışanların İşverenin İş Organizasyonuna Dahil Olması

Tarihsel olarak en eski atipik çalışma şekli olan ve paketlenme, sarma, dokuma, işleme gibi el emeği yoğun işlerde geniş bir uygulama alanı bulan evde çalışma, son 30 yıl içerisinde meydana gelen ekonomik ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak değişim geçirmiştir. Kadınlar yahut iş gücü piyasasına dahil olamayan engelliler açısından gelir elde etme olanağı sağlayan bu çalışma şekli günümüzde, bilgi ve iletişim teknolojilerinin devreye girmesi ile uzmanlık gerektiren işlerde de, bir çok işletme açısından maliyetleri düşürme ve küreselleşen rekabet ortamına ayak uydurmada kolaylık sağlama gibi sebeplerle tercih sebebi olmuştur³⁴.

Evde çalışmaya mevzuatımızda ilk olarak TBK 461 vd. maddelerinde hizmet sözleşmesinin bir alt türü olarak "Evde Hizmet Sözleşmesi" kenar başlığı altında yer verilmiştir. Anılan hükme göre, "Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir". Maddenin gerekçesinde ise, evde hizmet sözleşmesinde işçinin bizzat kendisinin veya aile bireyleri ile birlikte, örneğin bir mağazaya, çeyiz, yatak örtüleri, giysiler dikip vermeyi, kendisine teslim edilen ürünleri paketlenmeyi üstlenebileceği belirtilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu³⁵

34 Eyrenci, Öner/Bakırcı, Kadriye: Dünyada ve Türkiye'de Evde Çalışma ve Eve İş Verme, İstanbul 2000, İTO Yayınları, s.7; ILO sanayileşmiş ülkelerde son on beş yıl içerisinde atipik istihdam biçimlerinin yaygınlaştığını kabul etmekte ve bu durumu işletmelerin uluslararası rekabete ve bütünleşmeye ayak uydurmak için şirket yapılarını ve bu kapsamda istihdam modellerini değiştirmeleri ile açıklamaktadır. Buna göre dünyanın birçok yerinde benimsenen esnek firma modelinde şirketler, güvenceli bir grup çekirdek işçi ile geçici ve düzensiz işçiler, evde çalışanlar ve taşeronlar istihdam etme stratejisi izlemektedirler. Örgüte göre bu yapılanma yedek iş gücü sağlamakta, işletmenin iş gücünü piyasanın değişen koşullarına uyarlamasına imkan vermektedir. Üstelik bu durum işletmenin maksimum üretim ihtiyacını, sürekli bir iş gücü maliyetine katlanmaksızın karşılamasına da imkan sağlamaktadır. International Labour Conference, 82.Session, Report V.1, Home Work, ILO Geneva, s.9.

35 Evde çalışma İsviçre'de yalnızca Borçlar Kanunu kapsamında değil, aynı zamanda İsviçre Federal Evde Çalışma Yasası çerçevesinde özel olarak ele alınmıştır. İsviçre Federal Evde Çalışma Yasası el emeğine dayanan geleneksel nitelikte evde çalışmaları kapsamına alırken, tehlike yaratan işler ve bunlardan korunma, asgari yaş sınırı, talimatlar, malzeme ve araçlar, masrafların ödenmesi gibi hususlarda hükümler içermektedir. Berenstein, Alexandre/ Mahon, Pascal/Dunand, Jean Philippe: Labour Law in Switzerland, Kluwer Law International 2011, Netherlands, s.87-88; Portmann,

29 Alp, s.813.

30 Kandemir, Tele Çalışma, s.45; Alp, s.809.

31 Martino, Di Vittorio/Wirth, Linda: "Tele-Work: A New Way of Working and Living", International Labour Review, Vol.129, N.5, s. 530; Alp, s.802.

32 Alp, s.809.

33 Wedde, s.28.

mehaz alınmak suretiyle getirilen düzenlemeler ile yasa koyucu evde yapılan bağımlı nitelikteki çalışmaları kapsamına almış, evde çalışmaya ilişkin özel nitelikteki hükümlerde boşluk bulunan hallerde hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır (md.469).

Evvelce de ifade edildiği üzere, iş görme borcunun ifasında bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanıldığı durumlarda evde tele çalışma modeli ortaya çıkmakta ve bu araçlar evde tele çalışan ile işletme arasında bağlantı kurarak emir ve talimatların "tele" yahut "dijital" olarak verilmesine imkan sağlamaktadır. Bilgi ve iletişim teknolojileri sayesinde işletme ile sıkı bir bağlantı içerisinde bulunan bu çalışan kesiminin, iş görme edimini işveren tarafından oluşturulan organizasyonu çerçevesinde ifa ettiği kabul edilecektir.

Evde kumaş dokuma, işleme, paketlenme, ürün temizlenmesi gibi el emeği yoğun işlerin ifa edildiği durumlarda evde tele çalışmadan farklı olarak, işverenin doğrudan denetleme, emir ve talimat verme yetkisinin bulunmaması bu çalışma şeklinde bağımlılığın zayıflamasına neden olmaktadır. Her somut olayda işverenin evde çalışan üzerinde kişisel ve hukuki bağımlılığa vücut verecek düzeyde emir ve talimat verme yetkisinin mevcut olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu istihdam şeklinde işverenin iş organizasyonu içerisinde, ona bağımlı olarak iş görme kıstasının varlığı araştırılırken çalışanları mümkün olduğu kadar İş Kanunu ve TBK'nın evde hizmet sözleşmesi kapsamına alacak şekilde yorum yapılması ve tipik iş ilişkilerinde var olan düzeyde yoğun ve sıkı bir bağımlılık ilişkisi aranmaması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi durum iş görme borcunu evde ifa etmesi sebebiyle iş hukukunun koruma alanı dışında bırakı-

lan yeni bir sömürü grubunun ortaya çıkmasına zemin hazırlayabilecektir³⁶.

Tipik iş ilişkilerinde var olan yoğunlukta olmasa dahi, işverenin kısmen de olsa emir ve talimat verme yetkisini kullanabildiği; doğrudan ya da dolaylı olarak denetleme imkanına sahip olduğu hallerde evde çalışanın işverene bağımlı olarak onun tarafından oluşturulmuş iş organizasyonu içerisinde iş görme borcunu ifa ettiği kabul edilmelidir. Yapılan işin işveren ya da ekip başı olarak adlandırılan kişiler tarafından denetlenmesi, işveren veya işveren vekilinin belirli aralıklarla eve gelerek denetimde bulunması, evde çalışanın doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bilgi ve hesap verme yükümlülüğünün bulunması, işverenin çalışma süresinin çalışılan günlere nasıl bölüneceği, belirli bir dönemde ne kadar çalışma yapılacağı (haftalık ya da aylık) ya da günlük çalışmanın başlangıç ve bitiş saatini belirleme yetkisinin varlığı, mülkiyeti evde çalışana ait olsa dahi işverenin işin belirli araç, gereç ve malzemelerle işin görülmesini zorunlu kılması ve işin ne şekilde hangi sıra ile görüleceği hususunda çalışanın denetim altında tutulmasını sağlayıcı bir organizasyon oluşturması bağımlılık ilişkisinin kurulduğunu ortaya koyan emareler arasındadır³⁷. Doğrudan

³⁶ Eyrenci'ye göre, "...ülkemizde evde tele-çalışanlar için değil, fakat uzun süreden beri özellikle konfeksiyon sanayinde yaygın bir uygulaması olan evlere iş verilerek üretim yapılması halinde, bunların tamamen istisna akdi çerçevesinde bağımsız çalışanlar içinde düşünülerek onlara iradelerine rağmen bir girişimci statüsü verilmesi ile ekonomik açıdan benzer bir işçinin düzeyinden aşağıya itildikleri de bir gerçektir. Böylece, İş Hukukunun uygulama alanı dışına çıkılarak, yeni sömürü türleri yaratılmıştır." Eyrenci, Öner: "Tele Çalışma ve İş Hukuku", İHD, 1991, Cilt 1, s. 207.

³⁷ Centel, Tankut: "Türkiye'de Yeni İstihdam Türleri ile İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi", Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994, s.242, 243 (Esneklik); Alp, s.820; Yargıtay pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararında, pazarlamacı niteliği taşıyan kişilerin satış şartları ve ürünlerin fiyatları konusunda kendilerine verilen talimatlarla bağlı oldukları ve bunun dışında işlem yapmak istedikleri takdirde firmadan onay almaları gerektiğini belirterek bağımlı çalışıklarına hükmetmiştir. Y.

Wolfgang/Stöckli, Jean-Fritz; Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 2013, s.252.

evde çalışmaya ilişkin olmamakla birlikte Federal Mahkeme aynı yaklaşımdan hareketle, birkaç dilde yayın yapan "Deutsche Welle" programında topladığı haberleri metin haline getirerek okuyan kimsenin, işin başlama ve bitiş zamanı konusunda serbestiye sahip olmasına rağmen, bu işi yapabilmesi için yoğun bir biçimde çalışma yapması gerektiğini dikkate alarak işçi statüsünde olduğuna karar vermiştir³⁸.

Çalışma ilişkisi nitelendirilirken yalnızca tarafların iş görme ve iş verme yükümlülükleri üzerinde odaklanıp, ifa biçiminin dikkate alınmaması doğru sonuçlar vermeyecektir³⁹. İş görme borcunun ifasında yardımcı eleman kullanma ve verilen görevi serbestçe reddetme yetkisinin varlığı genel olarak bağımsız çalışmanın göstergesi olmakla birlikte evde çalışma bakımından bu kıstaslara ihtiyatla yaklaşılması gerekmektedir. Evde çalışmada iş görme borcunun bizzat veya aile bireyleri yardımı ile ifa edileceği hükme bağlanarak şahsen ifa kuralına istisna getirilmiştir. Bu sebeple iş görme ediminin ifasında yardımcı eleman kullanma, genel olarak çalışma ilişkisinin bağımsızlığının bir göstergesi olarak kabul edilebilse de, iş görme borcunun şahsen ifasına evde çalışma bakımından istisna getiren yasal düzenleme karşısında bu ölçüt doğru sonuçlar vermeyecektir.

Evde çalışmada çalışanın verilen işi reddetme hakkı bulunduğu durumlarda dahi, yeni görevler için hazır bekleyip bekleyemediği ve işini

kaybetme riski bulunmaksızın serbestçe reddetme yetkisinin var olup olmadığı araştırılmalıdır. Evde çalışanın iş sahibinin gönderdiği her işi yapma yükümlülüğü bulunmasa dahi bu durum, sıklıkla tekrarlanması halinde iş sahibinin çalışma ilişkisinin devamını gözden geçirmesine sebep oluyorsa serbest bir ret yetkisinin var olmadığı kabul edilecektir.

C. Geçerlilik Şartı Olarak Yazılı Şekil Şartı

a. Genel Olarak

Evde hizmet sözleşmesi bakımından özel hüküm niteliğinde olan TBK md.461 vd. maddelerinde şekil şartına ilişkin olarak düzenleme getirilmediğinden bu sözleşme, şekil serbestisi ilkesi gereğince açık irade beyanı ile ya da susmak suretiyle zımni olarak, doğrudan ya da dolaylı olarak, sözlü olarak, telefonla ya da yazılı olarak kurulabilecektir. İşin görülmesi sırasında kullanılan malzemenin işçi tarafından sağlandığı durumda, her yeni iş verişte malzeme için yapılacak ödeme tutarı ile iş için ödenecek olan ücretin işçiye yazılı olarak bildirilmesi gerektiğini öngören TBK md.462/f.1 hükmü ise emredici değildir ve geçerlilik şartı olan yazılı şekil şartı ile bağlantısı bulunmamaktadır⁴⁰. İşverenin bu şekilde bir bildirimde bulunmaması ve işçinin sözlü olarak kararlaştırılan şekilde işi görmesi halinde ise TBK md.462/f.2 gereğince, işçiye hem temin ettiği malzeme hem de gördüğü iş için söz konusu işte uygulanan alışımlı ücret uygulanacaktır.

6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.14/f.1,2 uyarınca uzaktan çalışmayı konu alan iş sözleşmesi yazılı olarak akdedilmeli ve bu

9.HD, 19.10.2015, E.2015/22587, K.2015/28954, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Evde çalışmada bağımlılık ilişkisinin tespitine ilişkin olarak tek bir ölçüte bağlı kalınmaması, tarafların sosyal konumları ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Doğan, Sevil: "İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru: Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi", Seçkin, Eylül 2016, s.348.

38 BAG AP Nr.15 zu §611 BGB Abhängigkeit.

39 Başterzi, Süleyman: "Avukatla Bağlılanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, S.17, s.188.

40 Rehbinder/Stöckli, Art 351a, Rn.9; Centel, Tankut: "Türk Borçlar Kanunu'nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması", TİSK Akademi 2011/II, s.17 (Hizmet Sözleşmeleri); Kandemir, Murat: "Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHFİM C.I, XXII, S.2 2014, s.157 (Evde Çalışma).

yazılı sözleşme işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümleri içermelidir. Yasa koyucu bu hüküm ile İş Kanunu md.8'de öngörülmüş olan şekil serbestisi ilkesine bir istisna getirmiş olup, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin geçerliliğini yazılı olarak yapılmasına bağlamıştır. Kendine özgü niteliği olan atipik bir çalışma şekli olarak uzaktan çalışmada, iş sözleşmesinin sözlü olarak kurulması işçi açısından belirsizlikler doğurması nedeniyle aleyhe sonuçlar yaratabileceğinden, geçerlilik şartı olarak şekil şartının getirilmiş olmasının isabetli bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Md.14/f.2 de belirtilmiş olan "...işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması..." dışında uzaktan çalışmada taraflar arasında ortaya çıkması muhtemel ve sözleşmenin içeriğine dahil edilerek düzenleme getirilmesi işçi açısından yararlı olabilecek hususları ise şu şekilde sıralamak mümkündür: İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve özellikle işin evde görülmesi halinde denetimin ne şekilde gerçekleştirileceği, işverenin denetim yetkisi karşısında evde çalışan işçinin özel hayatının korunması, uzaktan çalışan işçinin sadakat borcu çerçevesinde işletme verilerinin korunması ve güvenliğinin sağlanması, iş sırrının korunması kapsamında alınacak olan önlemler, dinlenme sürelerinin takibi, işçinin ana işyerine dönüş hakkı, işçinin izole olmasını önleyici tedbirler.

b. Evde Çalışmada Yazılı Şekil Şartının TBK ve İK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

TBK md.461 vd. maddelerinde düzenlenmiş

olan evde hizmet sözleşmesinde şekil serbestisi benimsenmiş olmasına rağmen, evde çalışmayı da kapsamına alan İK md.14/f.2 de geçerlilik şartı olarak yazılı şekil şartı getirilmiş olması karşısında, bu çalışma şeklinde yazılı şekil şartının her iki yasa arasındaki ilişki bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ele alacağımız üzere, uzaktan çalışmanın henüz İş Kanununda yasal dayanağının oluşturulmadığı dönemde, doktrinde **SÜZEK** tarafından ileri sürülen ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüşe göre, yasa koyucu TBK md.461'de, evde çalışanları özel olarak düzenlemek suretiyle, bu işlerde çalışan kişileri İş Kanunu dışına çıkarmayı amaçlamamış; söz konusu çalışma modelinin kendine has özellikleri nedeniyle farklı birtakım düzenlemeler getirmiştir. Buna göre yasa koyucunun amacı, sonraki kanun niteliğinde olan TBK hükümleri ile İş Kanunu hükümlerinin birlikte uygulanmasıdır. Evde çalışanlar İş Kanunu hükümlerinden faydalanacaklar, İş Kanunu'nda öngörülen borçlarla yükümlü olacaklardır⁴¹. İş kanunlarının işçiyi daha fazla koruyan ve daha ayrıntılı hükümlerle donatılmış olması karşısında Borçlar Kanunu hükümleri İş Kanununa göre genel hüküm niteliğindedir ve İş Kanununda açık hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulur. Nitekim yasa koyucu, 6098 sayılı TBK karşısında sonraki kanun niteliğinde olan İş Kanunu md.14'de değişiklik getiren 6715 sayılı Yasa ile, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sözlü olarak kurulmasının işçi açısından doğurabileceği belirsizlikleri göz önünde tutarak yazılı şekil şartını getirmiştir. Evde yapılan bağımlı nitelik-

41 Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 8.Baskı, İstanbul 2012, s.286 (İş Hukuku); Aynı görüşte, Gülver, Ender: "Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHF M C.1, XXII, S.2 2014, s.121; Y. 9.HD, 19.10.2015, E.2015/22587, K.2015/28954, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

teki çalışmaları konu alan iş akitleri bundan böyle yazılı olarak yapılmak zorundadır.

Bu başlık altında son olarak ele alınması gereken husus, İş Kanununun uygulama alanı dışında kalan md.4/1-d hükmüdür. Anılan hüküm uyarınca, "Bir ailenin üyeleri ve 3. dereceye kadar (3. derece dahil) hısımları arasında, dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde" İş Kanunu uygulanmayacaktır. Bu hükmün kapsamına giren bir hukuki ilişki, TBK md.461 uyarınca evde hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı takdirde, herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın kurulabilecektir.

II. Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin TBK Hükümleri ile İş Kanununun Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri Arasındaki İlişki

A. Bir İş İlişkisi Olarak Evde Hizmet Sözleşmesi

818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde evde yapılan çalışmaların ücretlendirme sistemi genel itibarıyla "parça başına ücret" olduğundan, konuya ilişkin olarak BK md. 322 hükmü uygulama alanı bulmakta idi⁴². Anılan hükme göre "İşçi, parça üzerine yahut götürü çalışıp da iş sahibinin nezareti altında bulunmazsa işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasından mesuliyeti hakkında istisna akdine dair hükümler, kıyasen tatbik olunur". Bu dönemde doktrinde bir görüş, evde yapılan çalışmaların hukuki

niteliğinin istisna akdi olduğunu ileri sürerken⁴³; baskın olan diğer görüş ise evde çalışmada, çalışanın işverenin yararına onun iş organizasyonu içerisinde iş gördüğü hallerde, sıkı bir bağımlılık ilişkisi aranmaksızın iş sözleşmesi ve dolayısıyla işçi sıfatının varlığının kabul edileceğini ileri sürmekteydi⁴⁴.

Yasa koyucu TBK md.461 vd. hükümleri ile anılan bu tartışmaları açıklığa kavuşturmuş, evde yapılan bağımlı nitelikteki çalışmaları hizmet sözleşmesinin bir alt türü olarak ele alarak koruyucu nitelikte hükümler sevk etmiştir. Doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, "hizmet sözleşmesi" ile "iş sözleşmesi" arasında bir fark bulunmamaktadır ve Borçlar Kanunu'nda düzenlenen evde hizmet sözleşmesi iş sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Bağımlılık unsurunun tipik iş ilişkilerine kıyasla nispeten zayıfladığı ve esnek bir şekilde değerlendirildiği bu iş ilişkisine tabi olarak çalışanlar, diğer işçiler ile aynı haklara sahip olup, İş Kanununda getirilen güvencelerden faydalanacaklardır⁴⁵.

42 Engin, Murat: "Türk İş Hukukunda Evde Çalışma", Kamu-İş, C.5, S.3, Nisan 2000, s.275; Doktrinde TUNCAY, anılan düzenlemenin evde çalışmaya ilişkin özel bir düzenleme değil, işlenen malzeme noktasında sorumluluğu öngören bir düzenleme olduğunu ileri sürmekte idi. Tuncay, A.Can: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 2000 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s.183 (Değerlendirme 2000).

43 Tuncay, A.Can: "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs-Ağustos 2001, s.28 (Hizmet Akdi); Doktrinde ENGİN tarafından ileri sürülen görüşe göre, evde çalışmanın, kişisel bağımlılığın bulunmaması ve çalışanın istisna akdinde olduğu gibi işin sonucundan sorumlu olması karşısında iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak yasa koyucu istisna akdinde işi görenin mesuliyetine dair hükümlerin bu çalışma şekli bakımından kıyasen uygulanacağını belirtmek suretiyle atipik bir sözleşme yaratmıştır. Yazara göre, yasa koyucunun özel bir tür iş ilişkisinin iş hukuku kapsamında değerlendirilmesi amacını taşıdığı düşünülebilir. Engin, s.274.

44 Atabek, Reşat: İş Kazası ve Sigortası, İstanbul 1978, s.11-12 (İş Kazası); Ekonomi, Münir: "Türk Endüstri İlişkileri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Çözümler", Kamu-İş, C.1, S.5, Temmuz 1988, s.17; Eyrenci, s.205-206; Eyrenci/Bakırcı, s.58; Süzek, Sarper: "İş Akdinin Türleri", Mercek Dergisi, Nisan 2001, s.30 (İş Akdinin Türleri); Akyiğit, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Ankara 2008, s.453; Uşan, Fatih: "Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu", s.14-15., http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_6.pdf (erişim:2.12.2015) (Hukuki Nitelik).

45 Centel, Hizmet Sözleşmeleri, s.16-18; Süzek, İş Hukuku, s.284; Gülver, s.106; Doktrinde ALP, meseleyi evde tele çalışanlar bakımından ele almış ve TBK'nın evde hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olan evde tele çalışanlar ile İş Kanunu'na tabi olan ve işçi sıfatını taşıyan evde

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin olarak vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında da Yargıtay, gerekçesinde evde hizmet sözleşmesine de yer vererek, bu sözleşmelerin İş Kanunu'nun 4. maddesinde yer verilen istisnalar arasında sayılmadığını ve atipik bir iş sözleşmesi niteliği taşıdıklarını ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre yasa koyucu bugüne kadar İş Kanunu kapsamında bu gibi kişilerin (pazarlamacı-evde hizmet sözleşmesi) faaliyet biçiminin özelliğinden ötürü ayrıntılı hükümlere yer vermek istemiş ve bunu TBK içerisinde özel hükümler sevk etmek suretiyle gerçekleştirmiştir. Atipik bir nitelik taşıyan bu sözleşmelerin TBK içerisinde düzenlenmiş olması, iş sözleşmesi olma niteliğini engellemeyeceği gibi, İş Kanunu kapsamı dışında kalmalarına da yol açmayacaktır⁴⁶.

İş Kanunu md.4/I-d hükmü uyarınca bağımlı olarak yapılırsa dahi *"Bir ailenin üyeleri ve 3. dereceye kadar (3. derece dahil) hısımları arasında, dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde"* İş Kanununun uygulanması mümkün değildir. Kanunda getirilen düzenleme işçilik haklarını sınırlayıcı nitelikte olduğundan dar yorumlanması ve kan hısımları dışında kalan kayın hısımlarının madde kapsamında ele alınmaması gerektiği kanaatindeyiz.

tele çalışanlar arasında ayırım yaparak farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Yazara göre, yasa koyucunun TBK kapsamında evde çalışanlar için özel koruyucu önlemler getirmesinin temel sebebi bu sözleşme çerçevesinde çalışan kimselerin işverene karşı olan "ekonomik bağımlılık"larıdır. İsviçre hukukunda da kabul edildiği üzere, evde hizmet sözleşmesine tabi çalışanlara, istisna akdine özgü olan, işçinin teslim ettiği üründeki ayıpları gidermesi, işverenin ayıpları zamanında bildirmesi, aralıklı çalışmalarda ürün tesliminde ücretin ödenebilmesi gibi hükümlerin uygulanmasının sebebi işverene ekonomik olarak bağımlı olmalarıdır. Evde hizmet sözleşmesi kapsamındaki bir çalışan, işverenin iş organizasyonuna dahil olmadan üretim yaptığı takdirde kişisel ve hukuki bağımlılık ilişkisi ortaya çıkmayacaktır. Ancak evde çalışan, üretim sonucunu piyasada pazarlamayıp işverene teslim ettiğinden ona ekonomik olarak bağımlıdır. Ekonomik bağımlı olan evde çalışan kesiminin güvence altına alınması ise TBK'nın evde hizmet sözleşmesi hükümleri ile mümkün olmaktadır. Alp, s.813-815.

46 Y.9.HD, 19.10.2015, E.2015/22587, K.2015/28954, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

Ayrıca yapılan işin İş Kanunu kapsamı dışında kalması için *"el sanatları"* niteliğinde olması gerekmektedir. *"El sanatları"* üzerinde el emeğinin yoğun olduğu, halıcılık, dokumacılık, kunduracılık, işlemecilik gibi işler olarak algılanmalıdır⁴⁷.

B. Evde Çalışanların Tabi Olacağı Hükümlerin Tespiti

Türk Borçlar Kanunu'nun Altıncı Bölümü'nde *"Hizmet Sözleşmeleri"* başlığı altında üç ayrıma yer verilmiş, getirilen düzenlemeler ile İsviçre Borçlar Kanunu ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili hükümleri göz önünde tutulmuş; hizmet sözleşmesine ilişkin genel nitelikteki hükümler ile İş Kanunu hükümleri yakınlaştırılmaya çalışılmıştır⁴⁸. Birinci ayırımda *"Genel Hizmet Sözleşmesi"*, ikinci ayırımda *"Pazarlamacılık Sözleşmesi"*, üçüncü ayırımda *"Evde Hizmet Sözleşmesi"* düzenlenmiştir. Tek fıkradan oluşan 461. maddede evde hizmet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: *"Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyebileceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir."* *"Çalışma Koşullarının Bildirilmesi"* kenar başlıklı 462. maddede, evde hizmet sözleşmesinde çalışma koşullarının işçiye bildirilmesi hükmüne yer verilmiştir. *"II. İşçinin Özel Borçları"* kenar başlıklı 463. ve 464. maddede, işçinin işin yapılmasına ilişkin özel borçları, işin yapılması ve malzeme ve iş araçları şeklinde iki fıkra halinde düzenlenirken; *"İşverenin Özel Borçları"* kenar başlıklı 465-467. maddelerde işverenin ürünü kabul etme, ücret ödeme ve çalışmanın engellenmesi halinde ücret ödeme borçları düzenlenmiştir. 468. maddede evde hizmet sözleşmesinin sona ermesi düzenlenirken, 469. maddede evde hizmet sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere

47 Süzek, İş Hukuku, s.226; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 6.Baskı, İstanbul 2013, s.41.

48 Koç, Sedef: "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Hizmet Sözleşmesi İle İlgili Düzenlemeleri", Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C.I, Özel Hukuk, GSÜ Dergisi, Yıl:3, 2004/1, s.585 vd.

yollama yapılmıştır.

6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.14/ f.2'de ise evde ve tele çalışma bir bütün olarak "Uzaktan Çalışma" üst başlığı altında düzenlenmiş; 2.fıkarda yazılı olarak yapılması gereken sözleşmenin içeriğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. 3.fıkarda, işveren açısından ayrımcılık yasağı ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alarak işçiyi bu hususta eğitime tabi tutma ve bilgilendirme yükümlülüğü hükme bağlanmış; özellik arz eden diğer hususlar ise Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır.

Evde hizmet sözleşmesinin TBK içerisinde düzenlenmiş olmasının, iş sözleşmesi olma niteliğini engellemeyeceği ve dolayısıyla İş Kanunu kapsamı dışında kalmasına da yol açmayacağını evvelce ifade etmiştik. Bu durum TBK'nın evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri ile evde çalışmayı da kapsamına alan İş Kanununun uzaktan çalışmaya ilişkin hükümleri arasındaki ilişkinin ne şekilde kurulacağı ve ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümünde hangi yasa hükümlerinin uygulanacağı meselesini de beraberinde getirmektedir. Uzaktan çalışmanın İş Kanunundaki yasal dayanağını oluşturan 6715 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden evvel, bu mesele doktrinde TBK hükümleri ile İş Kanunu hükümleri arasındaki ilişki çerçevesinde tartışılmıştır.

MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, evde çalışmaya ilişkin olarak İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığını gerekçe göstererek yalnızca Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürerken⁴⁹, **ERGİN** evde hizmet sözleşmesine ilişkin olarak Kanunun gerekçesinde verilen örnekleri de göz önünde tutarak, evde hizmet sözleşmesiyle geleneksel el sanatları vb. çalışmaların düzenlendiğini, bu sebeple evde hizmet sözleşmesinin İş Kanununun 4. maddesindeki istisnaya yakın olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre bu çalışma modeline İş Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁵⁰.

49 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, 5.Baskı, Ekim 2012, s.422, 423.

50 Ergin, Hediye: "Özel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni

ALP, ekonomik ve kişisel/hukuki bağımlılık ayırımına giderek, yasa koyucunun Türk Borçlar Kanunu'nda evde çalışmaya ilişkin özel hükümler getirmek suretiyle klasik ölçütlere göre işçi olarak nitelendirilemeyen ancak işverenle ekonomik bağımlılık içerisinde bulunan çalışanları koruyucu mekanizmalardan yoksun kılmamayı amaçladığını ileri sürmüştür. Yazara göre salt ekonomik bağımlılığın bulunduğu hukuki ilişkilerde öncelikle TBK evde hizmet sözleşmesi hükümleri, burada hüküm bulunmayan hallerde TBK genel hükümlerinin uygulanması gerekir; kişisel ve hukuki bağımlılığın saptanabildiği hallerde öncelikle İş Kanunu hükümleri, boşluk bulunan durumlarda da TBK'nın genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁵¹.

SÜZEK tarafından ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre⁵², evde çalışanlar İş Kanunu hükümlerinden faydalanacaklar, İş Kanunu'nda öngörülen borçlarla yükümlü olacaklardır. İş Kanunu'nda boşluk bulunan hallerde ise bu ilişkilere TBK'da düzenlenen evde hizmet sözleşmesi hükümleri, burada hüküm bulunmayan hallerde ise TBK'nın "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İş Kanunu hükümleri ile TBK hükümleri arasında farklı düzenleme bulunduğu hallerde ise⁵³, hem

Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012, s.210-211.

51 Alp, Tele Çalışma, s.896.

52 Süzek, İş Hukuku, s.286; Aynı görüşte Gülver, s.121.

53 Sözleşmenin süresine ilişkin olarak İK 11 ile TBK 468/1; Ücretin ödenme zamanına ilişkin olarak İK 32/5 ile TBK 466/1 arasındaki farklılık örnek gösterilebilir. Süzek, İş Hukuku, s.286; Doktrinde TUNCAY pazarlamacılık sözleşmesinin İş Kanunu md.4 de sayılan istisnalar arasında yer almadığı için İş Kanununa tabi olduğunu ifade ettikten sonra İş Kanununda hüküm bulunmadığı ölçüde 6098 sayılı TBK hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Yazara göre TBK'nın pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin özel hükümlerinde düzenleme bulunmayan hallerde gidilecek olan hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine aykırı düşmemesi gerekmektedir. Tuncay, Can: Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, Çimento İşveren Dergisi, Mart 2012, s.17 (Pazarlamacılık); Yargıtay yeni tarihli bir

"sonraki hüküm" hem de "özel hüküm" olması itibarıyla TBK'da yer alan kural uygulanmalıdır.

6715 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi ile birlikte bundan böyle evde yapılan ve işverenin iş organizasyonu içerisinde olan bağımlı nitelikte çalışmalar İş Kanunu kapsamına dahil olacaktır. Burada hüküm bulunmayan hallerde TBK'nın evde hizmet sözleşmesi ve hizmet sözleşmesine ilişkin genel nitelikteki hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiği kabul edilmelidir.

Yasa koyucunun, 6098 sayılı TBK karşısında sonraki kanun niteliğinde olan İş Kanunu md.14'de değişiklik getiren 6715 sayılı Yasa ile, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sözlü olarak kurulmasının işçi açısından doğurabileceği belirsizlikleri göz önünde tutarak yazılı şekil şartını getirdiğini ve evde yapılan bağımlı nitelikteki çalışmaları konu alan iş akitlerinin bundan böyle yazılı olarak yapılması gerektiğini evvelce ifade etmiştik. Yazılı şekil şartı dışında meselenin, madde hükmünde özel olarak düzenlenmesi sebebiyle, işverenin eşit davranma ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu yönünden ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Anılan bu hususlar uzaktan çalışmada işverenin eşit davranma ve işçiyi gözetme borcu başlığı altında detaylı olarak ele alınacağından konuya ilişkin açıklamalarımızı burada noktalıyoruz.

III. Uzaktan Çalışmada İşverenin Eşit Davranma ve İşçiyi Gözetme Borcu

A. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Kapsamında Bilgilendirme, Eğitim Verme ve İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerini Alma Borcu

kararında, İş Kanunu'nda özel hükümler bulunmadığı ölçüde TBK pazarlamalık sözleşmesine ilişkin özel hükümlerinin öncelikle uygulanacağını, burada hüküm bulunmayan hallerde ise İş Kanunu ve sonrasında da Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine başvurulacağını belirtmektedir. Y. 9.HD, 19.10.2015, E.2015/22587, K.2015/28954, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programları.

İşveren işçiyi gözetme borcu gereği, TBK md.417/f.2 uyarınca hakkaniyet dairesinde kendisinden beklenebilecek her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemini almak zorundadır ve işe bağlı olarak ortaya çıkması mümkün olan tehlikelerden işçiyi korumakla yükümlüdür. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma borcunun hukuki kaynakları olarak kabul edilen kurallar hem TBK'da hem de Avrupa Birliği mevzuatına uyum amacıyla çıkarılmış olan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda⁵⁴ yer almaktadır⁵⁵. 6331 sayılı Yasada işverenin yükümlülüğü genel bir biçimde "...çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliği sağlamak..." şeklinde ifade edilmiştir. Uzaktan çalışmada işin işyeri dışında görülüyor olması işvereni sorumluluktan kurtarmayacak, yalnızca sorumluluğun kapsamının tayini bakımından belirleyici bir rol oynayacaktır⁵⁶. İşveren yapılan işin niteliğine ve iş görme borcunun ifa edildiği yerin özelliklerine uygun olarak alınması gerekli ve mümkün olan tüm önlemleri almak zorundadır. Nitekim 6715 sayılı Yasa ile değişik İş Kanunu md.14/f.3,c.2 uyarınca "...İşveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanın bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gö-

54 RG. 30.6.2012, 28339

55 6331 sayılı Yasa'nın 2. maddesi uyarınca "Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır." Bu çerçevede Yasa'nın, 4857 sayılı Kanuna tabi olarak çalışanlar yanında Türk Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanununa tabi olarak çalışanları kapsamına aldığı gibi, kamu görevlisi statüsünü haiz memur ve sözleşmeli personelin de Kanun kapsamına alındığı görülmektedir. Ertürk, Şükran: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2012, S.27, s.13-14; Caniklioğlu, Nursen: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, Eylül 2012, s.78; Alpagut, Gülsevil: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", İÜHFM C. LXXII, S. 2 2014, s.32.

56 Engin, s.283; Civan, E. Orhan: "İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)", Legal İHSGHD, 2010/26, s.563; Alp, s.835; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.165-166.

zetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür.” Madde gerekçesinde ise işin niteliği dikkate alınarak hangi işlerin uzaktan çalışmanın konusu olabileceği, özellikle kimyasal, kanserojen ve mutajen maddelerin üretilmesi, işlenmesi, kullanılması, depolanması, atık ve artıkların arıtılması işlemlerini içeren işlerin uzaktan çalışanlara yaptırılmasının önlenmesinin Bakanlık tarafından çıkarılacak olan Yönetmelikle saptanacağı belirtilmiştir.

ILO'nun evde çalışmaya ilişkin 177 No.lu Sözleşmesinin 7. maddesi uyarınca, “İş sağlığı ile ilgili mevzuat, kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak evde çalışmaya uygulanacaktır ve sağlık ve güvenlik gerekçeleri ile evde çalışmadaki hangi tür işler ve maddelerin kullanımının yasaklanabileceği koşulları ortaya koymalıdır.” Evde çalışma modeli kapsamında alınması gerekli olan iş sağlığı ve güvenliği önlemleri yapılan işin niteliğine göre farklılık arz etmekle birlikte 184 No.lu Tavsiye md.20'de işverenlerin alması gereken önlemler genel bir biçimde düzenlenmiştir. Anılan bu düzenlemeye göre; (a) İşverenler evde çalışanları, kendilerine verilen çalışma ile ilişkili olabilecek, bilinen veya bilinmesi gereken tehlikeler ve alınması gereken önlemler konusunda bilgilendirmek ve uygun olduğunda onlara gerekli eğitimi sağlamak ile birlikte; (b) Sağlanan makine, alet veya diğer ekipmanların, uygun güvenlik cihazları ile donatılmış olmasını temin etmeli ve düzgün bir şekilde korunmasını sağlayacak makul adımlar atmali; (c) Evde çalışanlara gerekli her türlü kişisel koruyucu donanımları ücretsiz olarak sağlamalıdır. Bununla birlikte Tavsiye'nin 19.maddesi uyarınca yetkili makamın, işverenler ve evde çalışanların uyması gereken sağlık ve güvenlik düzenlemelerinin ve önlemlerinin anlatıldığı kılavuzların dağıtılmasını sağlaması gerekir. Mümkünse bu kılavuzlar evde çalışanların anlayabileceği dillere tercüme edilmelidir.

Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Antlaşmasının “sağlık ve güvenlik” başlıklı 8.maddesi uyarınca; “İşveren, tele çalışanın iş sağlığı ve

güvenliğinin 89/391 sayılı Direktif özel direktifler, ulusal mevzuat ve toplu iş sözleşmelerine uygun olarak korunmasından sorumludur. İşveren, tele çalışan işçiyi, işletmenin iş sağlığı ve güvenliği politikası hakkında ve özellikle görüntüleme ekranlarına ilişkin gerekler konusunda bilgilendirir. İşçi söz konusu işletme politikasını doğru şekilde uygulamakla yükümlüdür.” 10. maddeye göre ise işçilere kullanmaları için verilen teknik donanım ile işin organizasyonu hakkında uygun eğitim verilecektir. İşçinin tabi olduğu yönetici ve birlikte çalıştığı diğer işçilere de uygun eğitimin verilmesi gerekmektedir.

Uzaktan çalışma şeklinde iş görme borcunun ifa edildiği yerin arz ettiği özellikten dolayı alınacak olan iş sağlığı ve güvenliği önlemleri ana işyerinde yapılan çalışmalara göre farklı bir boyut kazanmaktadır. Gerekli havalandırma sisteminin oluşturulması ve yangına karşı önlemlerin alınması, yüz maskesi ve koruyucu eldiven gibi ekipmanların sağlanması, tehlikelere karşı gerekli sistemi kurma (güvenli elektrik hatları oluşturma, yaralanmaları engelleyen otomatik koruyucular vb.), olası tehlikeleri ve alınması gerekli olan önlemleri uygulamalı olarak gösterme örnek olarak gösterilebilir⁵⁷. Özellikle evde çalışma şeklinde çalışan açısından kullanılan malzemeler, yapıştırıcı maddeler, havaya karışan kimyasallar gibi etkenler de iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike yaratarak çeşitli hastalıklara sebep olmaktadır. Bu sebeple yanıcı, patlayıcı ve zehirli maddelere ilişkin getirilen tüzük ve yönetmelikler ile ILO normları evde çalışmaya da uygulanmalıdır⁵⁸.

57 Brecht, Hans-Theo: Heimarbeitsgesetz, München 1977, §16 Rn. 3,4; “...bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda, işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içerisine girer.” Akın, Levent: “İş Kazasından Doğan Tazminat Davalarında İşveren Kusurunun Belirlenmesinde Ölçüt”, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C.27, S.6, Kasım 2013, s.45; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.166.

58 Engin, s.683.

İşverenin çalışma biçiminin iş sağlığı ve güvenliği konusunda gösterdiği özelliklere ilişkin bilgilendirme ve eğitim verme yükümlülüğü dışında, iş araç ve gereçlerinin bakımını tam olarak yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır. Evde çalışmada evdeki alt yapı, elektrik tesisatı ve benzeri hususlar işin uygunluğu açısından denetlenmeli, iş sağlığı ve güvenliği risklerinden uzak uygun bir çalışma ortamı hazırlanmalıdır. Tele çalışmada ise gerek işin başında gerekli donanım kurulurken gerekse iş ilişkisi devam ederken işverenin gerekli denetimleri yapması ve işyerindeki kullanılan araç ve gereçler ile aynı güvenlik standartlarını sağlaması gerekmektedir⁵⁹.

Evde çalışmada iş görme borcunun ifa edildiği yerin aynı zamanda işçinin yaşamını sürdürdüğü konut niteliği taşıması, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve özellikle işçiyi denetleme konusunda bazı sorunlara yol açabilir. Doktrinde baskın olan bizim de katıldığımız görüşe göre⁶⁰, bu denetim hiçbir şekilde çalışanın özel hayatını ve kişilik haklarını ihlal niteliğini taşımamalı, sözleşme ile peşinen bir rıza alınmış olmasına rağmen, her denetimden evvel ayrıca çalışanın rızası alınmalı, denetim dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde kendisine önceden bildirilmiş olmalıdır. ILO'nun evde çalışmaya ilişkin 184 No.lu Tavsiyesi md.8'e göre, "Özel hayata saygıya ilişkin ulusal mevzuat ile uyumlu olarak, evde çalışma için tatbik edilebilir hükümlerin uygulanması ile yetkilendirilmiş iş müfettişleri veya diğer yetkililerin çalışmalarını yapacağı özel tesislere ve evin bölümlerine girmeleri-

ne izin verilmelidir." Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Antlaşmasında ise işverenin tele çalışan işçinin evini denetleyebileceği kabul edilmekle birlikte birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Anılan bu düzenlemeye göre "İş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin doğru uygulanmasını temin etmek amacıyla işveren, işçi temsilcisi ve yetkili kişilerin, ulusal mevzuat ve toplu iş sözleşmelerinin öngördüğü sınırlar çerçevesinde tele çalışmanın yapıldığı yere erişimi sağlar. İşçinin evde tele çalışması halinde bu erişim, işçiye önceden yapılacak bir bildirim ve işçinin onayına tabidir. Tele çalışan işçi, denetim ziyareti talep etme yetkisini haizdir." Evde çalışma istihdam şeklinde işverenin denetim amacıyla eve girişine ilişkin düzenlemelere toplu iş sözleşmelerinde de yer verilmesi mümkündür. Nitekim Almanya'da Deutsche Telekom bünyesinde yapılmış olan dönüşümlü tele çalışmaya ilişkin toplu iş sözleşmesinde 8. maddede işçinin, işveren ve yetkili kimselerin yasadaki kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek üzere eve girişlerine izin vermek zorunda olduğu belirtilmiş ancak denetimlerin işçi ile birlikte önceden kararlaştırılmış olması zorunlu kılınmıştır⁶¹.

Evde çalışma istihdam modelinde, işin görüldüğü yerde işverenin doğrudan denetim yetkisine sahip olmaması, görülen iş ile meydana gelen kaza arasındaki illiyet bağının tespiti meselesine farklı bir boyut kazandırmaktadır. Bu halde illiyet bağının bulunup bulunmadığı her somut olayın kendi özellikleri içerisinde değerlendirilerek saptanmalıdır. Evde çalışan işçinin işini bir süre bırakıp yemek hazırlamak için mutfaka gittiği esnada meydana gelen tüp patlamasının yahut eve gelen üçüncü bir kişi ile kavga etmesi sonucunda yaralanmasının işle ilgili olmadığı açıktır. Ne var ki evde çalışmada illiyet bağının tespiti bakımından sorun yaratması muhtemel en önemli mesele ispata ilişkindir. İşçiyi doğrudan denetleme imkanına sahip

59 Alp, s.836; Yargıtay'a göre işveren sadece koruyucu malzemeyi vermekle yükümlü olmayıp, verilen malzemenin kullanılmasını sağlamak, önlemlerin uygulanıp uygulanmadığını sürekli ve etkin bir biçimde denetlemek zorundadır. Y.10. HD, 30.9.1986, E.4453, K.4793, *Tekstil İşveren Dergisi*, Ocak 1987, s.19.

60 Engin, s.284; Civan, s.563; Alp, s.836; Kandemir, *Tele Çalışma*, s.134; Doktrinde ALP, sözleşme ile peşinen bir rıza alınmamış olsa dahi zorunlu ve dürüstlük kurallarına uygun olarak gerçekleştirilecek denetimlere işçinin izin vermemesi halinde işverenin kendisini uyardıktan sonra iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmektedir. Alp, s.836.

61 *Tarifvertrag über Telearbeit bei der Deutschen Telekom AG/T-Mobil, NZA 1998, s.1215.*

olmayan işverenin kazanın işle ilgili olarak meydana geldiğini ispatı oldukça zor görünmektedir. Çalışma zamanının sözleşme ile belirlendiği hallerde, bu süreler içerisinde ve iş görme borcunun ifa edildiği evde meydana gelen kazaların işle ilgili olduğunu kabul etmek ve aksi durumun ispatını işverene bırakmak, evde çalışanın korunması bakımından bir çözüm tarzı olarak benimsenebilir. Toplu iş sözleşmelerinde bu tarz hükümlere yer verilmesi ve sosyal taraflarca meydana gelen kazanın işle ilgili olduğu durumlara ilişkin düzenlemeler getirilmesi mümkündür⁶². Kamera ile gözetleme, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından etkili bir denetim işlevi görmekle beraber özel hayatın gizliliğini ihlal riskini beraberinde getirdiğinden ihtiyatla yaklaşılması gerekmektedir. Hukukumuzda buna elverişli bir düzenleme bulunmamakla birlikte evde çalışan işçinin, kazanın işin yürütümü esnasında meydana geldiğine ilişkin bulunacağı beyana itibar etmekte ispat meselesinin çözümü bakımından değerlendirilebilir. İşin ifasında yardımcı olarak aile üyelerinin konuya ilişkin beyanlarının alınıp alınmayacağı, alınacaksa bu beyanlara ne ölçüde itibar edileceği ise tartışmalı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır⁶³.

İş görme borcunun ifası esnasında evde çalışanın bir kazaya maruz kalması durumunda işverenin sorumluluğunun kapsamının ne şekilde tayin edileceği ele alınması gereken bir başka mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde bas-
kın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre⁶⁴,

62 Belçika'da iş kazaları hakkında 10 Nisan 1971 tarihli Kanunun 7. maddesine, 6 Mayıs 2009 tarihli Kanunla yapılan eklemeye göre "Aşağıdaki hallerde tele çalışanın uğradığı kaza, aksi ispatlanmadığı sürece iş sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifası esnasında gerçekleşmiş kabul edilir: i) Kaza, tele çalışanın iş göreceği yer veya yerler olarak yazılı şekilde belirlenmiş bir yerde gerçekleştiyse; ii) Kaza, tele çalışanın, iş görme edimini yerine getireceği zaman aralığı olarak yazılı şekilde belirlenmiş zamanda gerçekleştiyse. Yazılı sözleşmede böyle bir belirlemenin olmaması halinde, tele çalışanın işyerinde faaliyet göstermesi halinde tabi olacağı çalışma saatleri içerisinde de aynı karine geçerlidir." Aydınöz, s.178.

63 Kandemir, *Tele Çalışma*, s.222.

64 Engin, s.283; Süzek, İş Akdinin Türleri, s.31; Uşan, Fatih: İş

evde çalışma modelinde işverenin fabrika tipi çalışma modelinde olduğu gibi, her an denetimde bulunması mümkün değildir ve işin evde görülmesi sebebi ile bazı tedbirlerin alınması mümkün olmayabilir. Bu nedenle işverenin sorumluluğuna gidilirken somut olayın özellikleri göz önünde tutularak, mümkün olan önlemleri alıp almadığı ve özellikle gerekli eğitimi verip vermediği yahut koruyucu ekipmanları sağlayıp sağlayamadığı gibi hususlar göz önünde tutulmalıdır. İşverenin işin niteliğine uygun olarak ve işin görüldüğü yer bakımından alınması mümkün olan tüm tedbirleri alması ve gerekli bilgilendirmeleri yapmış olması gerekmektedir. Evde çalışanın ortak kusurunun bulunduğu yahut işin evde görülmesi sebebi ile bazı tedbirlerin alınmasının mümkün olmadığı hallerde hakim tazminat sorumluluğunu kaldıracak yahut azaltabilir⁶⁵.

Tele çalışmada iş görme borcunun bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtası ile ifa edilmesi, çalışan üzerinde göz ve beden sağlığı açısından tehlikeler yaratmakta, ortopedik rahatsızlıkların ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Bu çalışan kesimi açısından mevzuatımızda yer alan ve

ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara 2003, s.96 (Parça Başına Ücret); Alp, s.837; Aksi yönde Aydınöz, s.173.

65 Yargıtay HGK, işverence su dağıtım işinde görevli olarak bir başka binaya gönderilen işçinin, bozuk olan asansör kapısını açarken boşluğa düşmesi neticesinde ölmesi olayını iş kazası saymış ancak burada hayat deneyimlerine göre işverence iş güvenliği önlemleri alınmasının mümkün olmadığı, böyle bir beklentinin hayati deneyimlere uymadığı gerekçesi ile işvereni kazadan sorumlu tutmamıştır. Y. HGK, 3.2.2010, E.21-36, K.67, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Doktrinde ALP, evde çalışan işçinin, evindeki diğer bireylerin zarar görmesini veya görülen işin zarar vermesini önleme sorumluluğu bulunduğunu kabul etmektedir. Yazara göre işverenin işçinin evine istediği zaman ve istediği şekilde girememesi karşısında, işçinin üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğunun kabul edilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. İşçinin sorumluluğunun kapsamı tayin edilirken araç, gereç ve malzemenin iş sağlığı ve güvenliği kurallarına uygun olarak sağlanıp sağlanmadığı, düzenli bakımların işverence yaptırılıp yaptırılmadığı, işçiye gerekli eğitimin verilip verilmediği, işverenin evde çalışmaya geçerken işçinin ev ortamı hakkında araştırma yapıp yapmadığı gibi hususlar göz önünde tutulmalıdır. Alp, s.834.

AB'nin 90/270 sayılı Yönergesine⁶⁶ uygun olarak hazırlanan "Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik"⁶⁷ ayrı bir önem arz etmektedir. Yönetmelik monitör, klavye, çalışma masası ve çalışma yüzeyi, çalışma sandalyesi ile ilgili olarak standartlar getirmekte, çalışma ortamının aydınlatması, yansıma ve parlamaların önlenmesi, kullanılan teknik araçların belirli ısı, gürültü ve radyasyon düzeyini aşmaması, kullanılacak olan bilgisayar programlarının seçiminde uyulacak olan kriterler, çalışanın göz ve beden sağlığının korunması için alınacak olan önlemler, işverenin bilgilendirme ve eğitim verme yükümlülüğü, çalışanlar ve temsilcilerinin yönetmelikte belirtilen konularda görüş ve önerilerini alma ve katılımlarını sağlama gibi konularda özel düzenlemeler getirerek, işveren açısından çeşitli yükümlülükler öngörmektedir.

Dönüşümlü tele çalışma biçimi dışında uzaktan çalışma işçiyi, işyerinden ve iş arkadaşlarından uzaklaştırarak psikolojik bir yüke maruz bırakmakta ve bu durum işçinin ruh sağlığı bakımından birçok problemi beraberinde getirmektedir. Bu sebeple, konunun işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini sağlama borcu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Uzaktan çalışan işçinin düzenli olarak iş arkadaşları ile bir araya gelmesi ve işletme ile ilgili gelişmeler hakkında bilgi almasının sağlanması bir tedbir olarak düşünülebilir⁶⁸. İşletmenin iletişim listesinde, belge dolaşımında evde çalışanlara da yer verilmesi ve bunların işletme tarafından organize edilen davet ve etkinliklerden haberdar edilmesi de işçinin izole olmasını engelleyecektir. Çerçeve Anlaşmanın "işin düzenlenmesi" başlıklı 9. maddesinin üçüncü fıkrasında işçinin izole olmasının önlenmesi amacıyla, "İşveren,

düzenli olarak iş arkadaşlarıyla bir araya gelme ve işletmeyle ilgili bilgilere erişme imkanı oluşturmak gibi, tele çalışan işçinin, işyerinde çalışan diğer işçilerden izole olmasını engellemeye yönelik tedbirlerin alınmasını sağlar" hükmüne yer verilmiştir. Sözleşmede ifade edilmiş olan izole olmayı önleyici tedbirlerin neler olduğunun taraflar arasındaki sözleşmede, uzaktan çalışanın kişisel özellikleri de göz önünde tutularak düzenlemesi ve toplu iş sözleşmelerinde taraflarca buna yönelik hükümler getirilmesi yerinde olacaktır. Nitekim Fransa'da telekomünikasyon işkolunda yapılan toplu iş sözleşmesinin 2. maddesinde işletme, tele çalışanların yalnızlaşmasını (isolation) önlemek amacıyla hiyerarşik üsleriyle ve işletmede bulunan diğer çalışanlarla düzenli olarak bir araya gelmesini kolaylaştırmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur⁶⁹.

B. İşverenin Eşit Davranma Borcu

İşverenin işçileri arasında keyfi bir biçimde ayırım yapılmasını yasaklayan ve bu çerçevede işverenin davranış özgürlüğünü sınırlayıcı bir işlev gören eşit davranma borcu İş Kanunu md.5'de "Eşit Davranma Borcu" kenar başlığı altında genel bir biçimde düzenlenirken; uzaktan çalışan işçiler bakımından md.14/f.2'de özel olarak güvence altına alınmıştır. Anılan düzenlemeye göre, "Uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz...". Uzaktan çalışmada işverenin eşit davranma borcunun saptanmasında, işverenin klasik anlamda işyerinde tipik iş sözleşmesine göre çalışan ve uzaktan çalışan işçi ile aynı veya benzer işi yapan işçinin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nitelikte bir işçinin bulunmaması durumunda ise İş Kanunu md.13/f.3 gereği ilgili iş kolundaki aynı veya benzer işi yapan işçilerin esas alınması uygun olacaktır⁷⁰.

66 Directive 90/270/EEC of 29 May 1990 on the minimum safety and health requirements for work with display screen equipment, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31990L0270&from=EN>

67 R.G 23.12.2003, 25325.

68 Blanpain, Roger: Labour Law in Belgium, Kluwer Law International, Netherlands 2010, s.117.

69 Aydınöz, s.182.

70 Tele çalışmada aynı görüş için bkz. Alp, Tele Çalışma, s.829; Çalışmalarının bağımlı mı bağımsız mı olduğu konusu çok tartışmalı olan gazeteciler ve radyo istasyonlarında

İşveren eşit davranma borcu çerçevesinde, uzaktan çalışan işçiye gerekli özel eğitimleri vermek ve klasik anlamda işyerinde çalışan işçi ile aynı kariyer olanaklarını sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlüdür. Özellikle evde tele çalışma bakımından eşitlik ilkesinin sağlanması bakımından ele alınması gereken en önemli husus, çalışanın iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, süreç yönetimi, iş araç ve gereçleri ile yeni teknolojilerin kullanımına ilişkin olarak özel bir bilgi ve beceriye ihtiyaç duyması ve bu bağlamda işverene özel eğitim verme yükümlülüğünü getirmesidir. Diğer bir deyimle evde tele çalışma, işverenin ana işyerinde çalışan işçi ile kıyaslandığında, evde tele çalışan işçi aleyhine bir eşitsizlik yaratmaktadır. İşverenin eşit davranma borcu çerçevesinde, evde tele çalışan işçiye gerekli eğitimi sağlama yükümlülüğü doğmaktadır.

İşyerinde verilen öğle yemeğinden yahut ulaşım hizmetlerinden faydalanamama gibi durumlar ile iletişim masraflarının karşılanması için tele çalışana ek ödeme yapılması yahut evde çalışmaya bağlı donanımın kurulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır⁷¹. Lüksemburg'da 21 Şubat 2006 tarihinde Lüksemburg İşverenleri Sendikası (UEL), Lüksemburg Bağımsız İşçi Sendikaları Konfederasyonu (OGB-L) ve Lüksemburg Hıristiyan İşçi Sendikaları Konfederasyonu (LCGB) arasında tele çalışmaya ilişkin

çalışanlarla ilgili uyuşmazlıkların çözülmesi sırasında Almanya'da Federal İş Mahkemesi tarafından bağımlı çalışmaya karine olarak geliştirilen bir ölçüt de, çalışmasının bağımsız olduğu ileri sürülen kişinin gördüğü işin aynı işyerinde işçiler tarafından da görülüyor olmasıdır. Böyle bir durum tespit edildiğinde, çalışmasının bağımsız olduğu ileri sürülen gazetecinin işçi olarak kabul edilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir. Bu görüşün ortaya çıkmasının temelinde yatan düşünce, genel eşitlik ilkesidir. Aynı işyerinde aynı işi yapanların bir kısmının bağımlı, diğer bir kısmının ise bağımsız çalışan kabul edilmesi eşitlik ilkesine aykırı görülmektedir. Däubler, Wolfgang: "Working People in Germany", Comparative Labor Law and Policy Journal, Vol.21, 1999, s.81 (Working People).

71 Alp, Tele Çalışma, s.830; İşçiye yapılacak uygun bir ek ödeme ile mahrum kaldığı bu sosyal yardımın telafi edilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.165.

olarak imzalanmış olan toplu iş sözleşmesinin⁷² "Çalışma Koşulları" kenar başlıklı 8.maddesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir⁷³: "Tele çalışanlar, çalışma koşulları bakımından, işyerindeki karşılaştırılabilir işçiyle kanun ve uygulanabilir toplu iş sözleşmesinde öngörülen aynı haklardan yararlanır ve aynı borçlardan sorumlu tutulur. Tele çalışanlara, klasik işçilerle eşit davranma ilkesi çalışma koşulları bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte objektif sebeplerle tele çalışanlara yönelik farklı davranışta bulunulması, ayrımcılık yasağı ve eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmez. Tele çalışan, tele çalışmaya geçmesi sebebiyle, önceden hak kazandığı bir menfaati kaybeder veya kendisiyle aynı işi yapan ve işyerinde çalışan işçilerin yararlandıkları bir menfaatten tele çalışma sebebiyle mahrum kalırsa, bu sebeple işçinin uğradığı zarar işverence aynen veya nakden tazmin edilir. Bu tazminata ilişkin hususlar taraflar arasında kararlaştırılır. Ancak tele çalışan, iş görme borcunun işyerinde yerine getirilmesine bağlı olan menfaatler için tazminat hakkına sahip değildir".

ILO'nun 177 No.lu Evde Çalışma Sözleşmesi'nin 4. maddesinde, evde çalışma modeli bakımından işverenin eşit davranma borcu şu şekilde düzenlenmiştir: 1. Evde çalışma ulusal politikası mümkün olduğunca evde çalışanlar ve diğer ücretliler arasındaki muamele eşitliğini, evde çalışmaya özgü nitelikleri ve uygun olduğunda bir işletmede yürütülen aynı veya benzer türdeki işe uygulanabilir koşulları dikkate alarak teşvik edecektir. 2. Muamele eşitliği özellikle aşağıdaki noktalarda ilgili olarak teşvik edilecektir. (a) Evde çalışanların kendi seçtikleri kuruluşları kurma ve bu kuruluşların faaliyetlerine katılma hakkı; (b) İstihdam ve meslekte ayrımcılığa karşı korunması (c) İş sağlığı ve güvenliği alanında korunması (d) ücret (e) yasal sosyal güvenlik koru-

72 Commission Staff Working Paper, Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework, Brussels, 2.7.2008, Commission of the European Communities, s.23.

73 Aydınöz, s.217; Toplu iş sözleşmesi metni için bkz. http://www.cc.lu/uploads/tx_usercavis/4588_Teletravail_Convcoll_4588SBE.pdf.

ması (f) eğitime erişim (g) çalışma ya da işe kabul için asgari yaş (h) analık korunması. 184 No.lu Tavsiyede ise Sözleşmeden farklı olarak genel bir biçimde eşitlik ilkesine yer verilmemiş, feshine ilişkin 27. madde ile çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin 23. ve 24. maddelerde, evde çalışanların diğer işçiler ile aynı haklara sahip olacakları ifade edilmiştir. Tavsiye 15. maddede parça başına ödeme miktarı ile ilgili olarak getirilen düzenleme eşitlik ilkesi çerçevesinde dikkat çekicidir. Anılan düzenleme uyarınca; "Parça başına ödenen belirli bir iş için evde çalışan ücretlerinin oranı, işverenin işyerinde çalışan bir işçinininki ile eğer böyle bir işçi yoksa ilgili bölge ve işkolundaki başka bir işletmenininki ile karşılaştırılabilir olmalıdır." Örgüt bu düzenleme ile eşitlik ilkesinden hareket etmek suretiyle evde çalışanların ücretinin işverenin işyerinde tipik iş sözleşmesi ile çalışan işçi ile karşılaştırılabilir olması esasını benimsemiştir. Madde hükmünde ifade edilmiş olan "karşılaştırılabilir olma" ifadesi kanımızca İş Kanunu md.5'de ifade edilmiş olan ayrımcılık yasağının farklı bir ifadesidir.

Tele Çalışmaya ilişkin Avrupa Çerçeve Anlaşmasının "Çalışma Koşulları" başlıklı 4. maddesinde, "Çalışma koşulları bakımından tele çalışanlar, işletmeye ait işyerinde çalışan karşılaştırılabilir işçilerle aynı yasal ve sözleşmesel haklardan yararlanır. Ancak tele çalışmaya ilişkin özel durumlar göz önüne alınarak bireysel ve toplu düzeyde özel ve tamamlayıcı düzenlemeler yapılması gerekebilir." hükmüne yer verilmiştir. Çerçeve Anlaşmanın 10. maddesinde tele çalışanlar lehine özel bir eğitim hakkına yer verilmiştir. Buna göre işyerinde çalışan işçilerden farklı olarak tele çalışana, çalışma koşullarında eşitlik sağlamak amacıyla, teknoloji ve iletişim eğitimi verilmesi gerekmektedir. Özel eğitim yükümlülüğü kapsamında ayrıca, bu çalışma biçimi ve onun idaresi hakkında tele çalışanın üstlerinin ve çalışma arkadaşlarının bilgilendirilmesi öngörülmüştür. Sözleşme uyarınca sosyal taraflar, tele çalışana ek olarak, mümkünse tele çalışanın işyerinde ilişki içerisinde olduğu hiyerarşik üstü ve çalışma arkadaşlarına, bu iş

organizasyonu hakkında eğitim verilmesinin yararlı olacağı hususunda anlaşmışlardır. Özel eğitim verme yükümlülüğü dışında, işveren, tele çalışan işçiye, ana işyerinde çalışan işçi ile aynı kariyer olanaklarını sağlayıcı tedbirleri de almakla yükümlüdür. Eğitim ve yükseltme olanaklarından tele çalışan işçi, ana işyerinde çalışan işçi ile aynı zamanda ve aynı içerikte haberdar edilmelidir. Anlaşmanın 10. maddesinde bu yükümlülük şu şekilde hükme bağlanmıştır: "Tele çalışan işçi, işyerinde çalışan karşılaştırılabilir durumdaki işçilerle aynı meslek içi eğitime ve aynı kariyer geliştirme imkanlarına erişim olanaklarına sahip olmalıdır".

Sonuç ve Değerlendirme

Uzaktan çalışmada iş görme borcu ile bu borcun ifası neticesinin beklendiği yer arasında mesafe vardır ve işveren, edimin yerine getirilmesini gözetleme ve denetleme imkanından fiziksel olarak yoksun bulunmaktadır. Bunu göz önüne alan yasa koyucunun evde çalışma ve tele çalışmayı da içerisine alacak ve mesafe unsuruna vurgu yapacak biçimde "Uzaktan Çalışma" terimini seçmiş olması kanımızca isabetlidir.

Klasik anlamda işyeri dışında yapılan çalışmaların uzaktan çalışma sayılarak İK md.14/f.2 kapsamına girmesi, işçinin iş görme borcunu işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu içerisinde görmesine bağlıdır. İşverenin emir ve talimatlarının bilgi ve iletişim teknolojisi araçları ile "tele" yahut "dijital" olarak verildiği tele çalışmada, bağımlılık unsuru ve işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonuna dahil olmanın tespiti kolaydır. Zira bu çalışma şeklinde teknolojik gelişmeler sayesinde işin görüldüğü yer, işçinin evi, gezerek çalışılan hallerde herhangi bir yer yahut bir tele merkez olabilir ve işçi bu iletişim teknolojileri vasıtası ile işverenden emir ve talimatlar almaktadır⁷⁴. Evde kumaş dokuma, işleme, paketlenme gibi el

74 Alp, s.848.

emeği yoğun işlerin ifa edildiği durumlarda ise işverenin doğrudan denetleme, emir ve talimat verme yetkisinin bulunmaması bu çalışma şeklinde bağımlılığın zayıflamasına neden olmaktadır. Bu durumda her somut olayda işverenin evde çalışan üzerinde kişisel ve hukuki bağımlılığa vücut verecek düzeyde emir ve talimat verme yetkisinin mevcut olup olmadığının araştırılması ve tipik iş ilişkilerinde var olan düzeyde yoğun ve sıkı bir bağımlılık ilişkisi aranmaması gerektiği kanaatindeyiz. İşverenin kısmen de olsa emir ve talimat verme yetkisini kullanabildiği; doğrudan ya da dolaylı olarak denetleme imkanına sahip olduğu hallerde evde çalışanın işverene bağımlı olarak onun tarafından oluşturulmuş iş organizasyonu içerisinde iş görme borcunu ifa ettiği kabul edilmelidir.

TBK md.461 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan evde hizmet sözleşmesinde şekil serbestisi benimsenmiş olmasına rağmen, evde çalışmayı da kapsamına alan İK md.14/f.2 de geçerlilik şartı olarak yazılı şekil şartı getirilmiş ve bu durum evde çalışmada yazılı şekil şartının her iki yasa arasındaki ilişki bakımından irdelenmesini zaruri kılmıştır. Evde çalışanlar bakımından İş Kanunu hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu hükümleri birlikte uygulanmalıdır. Diğer bir deyimle evde çalışanlar İş Kanunu hükümlerinden faydalanacaklar, İş Kanunu'nda öngörülen borçlarla yükümlü olacaklardır. 6098 sayılı TBK karşısında sonraki kanun niteliğinde olan ve İş Kanunu md.14'de değişiklik getiren 6715 sayılı Yasa ile, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sözlü olarak kurulmasının işçi açısından doğurabileceği belirsizlikler göz önünde tutularak yazılı şekil şartı getirilmiştir. Bu sebeple evde yapılan bağımlı nitelikteki çalışmaları konu alan iş akitlerinin bundan böyle yazılı olarak yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Uzaktan çalışmada işveren, yapılan işin niteliğine ve iş görme borcunun ifa edildiği yerin özelliklerine uygun olarak alınması gerekli ve

mümkün olan tüm önlemleri almak zorundadır. Çalışma biçiminin iş sağlığı ve güvenliği konusunda gösterdiği özelliklere ilişkin bilgilendirme ve eğitim verme, iş araç ve gereçlerinin bakımını tam olarak yaptırmak, gerekli havalandırma sisteminin oluşturulması ve yangına karşı önlemlerin alınması, yüz maskesi ve koruyucu eldiven gibi ekipmanların sağlanması, tehnelere karşı gerekli sistemi kurma (güvenli elektrik hatları oluşturma, yaralanmaları engelleyen otomatik koruyucular vb.), olası tehlikeleri ve alınması gerekli olan önlemleri uygulamalı olarak gösterme bu önlemler arasında sayılabilir. Evde çalışmada iş görme borcunun ifa edildiği yerin aynı zamanda işçinin yaşamını sürdürdüğü konut niteliği taşıması, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla yapılacak denetimlerde özel hayatın gizliliğini ihlal tehlikesini beraberinde getirmektedir. Bu denetim hiçbir şekilde çalışanın özel hayatını ve kişilik haklarını ihlal niteliğini taşımamalı, sözleşme ile peşinen bir rıza alınmış olmasına rağmen, her denetimden evvel ayrıca çalışanın rızası alınmalı, denetim dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde kendisine önceden bildirilmiş olmalıdır.

İşveren eşit davranma borcu çerçevesinde; uzaktan çalışan işçi bakımından klasik anlamda işyerinde çalışan işçi ile aynı kariyer olanaklarını sağlayıcı tedbirleri almak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, süreç yönetimi, iş araç ve gereçleri ile yeni teknolojilerin kullanımına ilişkin olarak özel bir bilgi ve beceriye ihtiyaç duyulması halinde özel eğitim vermeye yükümlüdür. Eşit davranma borcunun saptanmasında ise işverenin klasik anlamda işyerinde tipik iş sözleşmesine göre çalışan ve uzaktan çalışan işçi ile aynı veya benzer işi yapan işçinin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz.

İş Kanunu'nda değişiklik getiren 6715 sayılı Yasada uzaktan çalışmanın tanımı yapıldıktan sonra, uzaktan çalışmaya dayanan iş sözleşmesinde düzenlenmesi gereken hususlar örnek-

leyici bir biçimde sayılmıştır. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve özellikle işin evde görülmesi halinde denetimin ne şekilde gerçekleştirileceği, işverenin denetim yetkisi karşısında evde çalışan işçinin özel hayatının korunması, uzaktan çalışan işçinin sadakat borcu çerçevesinde işletme verilerinin korunması ve güvenliğin sağlanması, iş sırrının korunması kapsamında alınacak olan önlemler, dinlenme sürelerinin takibi, işçinin ana işyerine dönüş hakkı, işçinin izole olmasını önleyici tedbirler gibi hususlar ise madde metninde örnekleyici olarak sayılanlar dışında kalan ve fakat düzenleme getirilmesi uzaktan çalışan işçi bakımından yararlı olabilecek noktalardır.

6715 sayılı Yasa, genel olarak, uzaktan çalışanlar bakımından İş Kanunu'nda yasal dayanağı oluşturmak ve bu yasada öngörülen güvencelerin anılan çalışan kesimi için de uygulanmasını sağlamak bakımından yerinde bir düzenleme olmakla birlikte bazı hususlardan eleştirilebilir niteliktedir. 6715 sayılı Yasa md. 2/f.3'de yer alan ve uzaktan çalışanlar bakımından işverenin eşit davranma ve işçiyi gözetme borcunu özel olarak düzenleyenler hükümler olmasaydı dahi eşit davranma ilkesi ve ayrımcılık yasağına dair İK md.5 hükmünün; iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması bakımından ise 6331 sayılı Yasa ve TBK md.417/f.2 hükümlerinin yeterli olacağı kanaatindeyiz. Uzaktan çalışmanın İş Kanunu md.14 kapsamında yasal dayanağının oluşturulması ile yetinilerek yalnızca özellik gösteren konularda düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı söylenebilir.

Yasa koyucu uzaktan çalışmanın usul ve esasları, işin niteliği dikkate alınarak hangi işlerde uzaktan çalışmanın yapılamayacağı, verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin işletme kurallarının uygulanması ile diğer hususların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirleneceğini hükme bağlamıştır. Yönetmelikle getirile-

cek olan düzenlemeler yalnızca uzaktan çalışmada özellik gösteren hususlara ilişkin olmalı ve İş Kanunu'nda işçiler için öngörülen güvencelerden bu çalışan kesimini yoksun bırakacak nitelikte olmamasına özen gösterilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent: "İş Kazasından Doğan Tazminat Davalarında İşveren Kusurunun Belirlenmesinde Ölçüt", Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C.27, S.6, Kasım 2013.
- Akyiğit, Ercan: İctihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3.Baskı, Ankara 2008.
- Alp, Mustafa: "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011.
- Alpagut, Gülsevil: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", İÜ-HFM C. LXXII, S. 2, 2014.
- Atabek, Reşat: İş Kazası ve Sigortası, İstanbul 1978.
- Aydınöz, Gonca: İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2015.
- Başterzi, Süleyman: "Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010.
- Berenstein, Alexandre/ Mahon, Pascal/Dunand, Jean Philippe: Labour Law in Switzerland, Kluwer Law International 2011, Netherlands.
- Blanpain, Roger: Labour Law in Belgium, Kluwer Law International, Netherlands 2010.
- Brecht, Hans-Theo: Heimarbeitsgesetz, München 1977.
- Caniklioğlu, Nurşen: "6331 Sayılı İş Sağlığı

- ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri, Eylül 2012.
- Centel, Tankut: “Türkiye’de Yeni İstihdam Türleri ile İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi”, Çalışma Hayatında Esneklik, İzmir 1994 (Esneklik).
 - Centel, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu’nda Hizmet Sözleşmelerinin Tanımı ve Kurulması”, TİSK Akademi 2011/II (Hizmet Sözleşmeleri).
 - Commission Staff Working Paper, Report on the implementation of the European social partners’ Framework Agreement on Telework, Brussels, 2.7.2008, Commission of the European Committies.
 - Çelik, Nuri/Canbolat, Talat/Caniklioğlu, Nurşen: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Bası, Eylül 2016, İstanbul.
 - Civan, E.Orhan: “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma)”, Legal İHSGHD, 2010/26.
 - Directive 90/270/EEC of 29 May 1990 on the minimum safety and health requirements for work with display screen equipment, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31990L0270&from=EN>
 - Däubler, Wolfgang: “Working People in Germany”, Comparative Labor Law and Policy Journal, Vol.21, 1999.
 - Däubler, Wolfgang: Internet und Arbeitsrecht, 2.Auflage, Frankfurt am Main 2001 (Internet).
 - Doğan, Sevil: “İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru: Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi”, Seçkin, Eylül 2016.
 - Ekonomi, Münir: “Türk Endüstri İlişkileri Sisteminde Yeni Arayışlar ve Çözümler”, Kamu-İş, C.1, S.5, Temmuz 1988.
 - Erdem, Ziya: Tele Çalışma, İstanbul 2004.
 - Ergin, Hediye: “Özel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012.
 - Ertürk, Şükran: “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2012, S.27.
 - Eyrenci, Öner/Bakırcı, Kadriye: Dünyada ve Türkiye’de Evde Çalışma ve Eve İş Verme, İstanbul 2000, İTO Yayınları.
 - Eyrenci, Öner: “Tele Çalışma ve İş Hukuku”, İHD, 1991, Cilt 1.
 - Gülver, Ender: “Türk Borçlar Kanunu’nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, Prof. Dr. Berin Ergin’e Armağan, İÜHFM C.I, XXII, S.2, 2014.
 - Güzel, Ali: “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Kamu-İş, C.4, S.2, Haziran 1997.
 - Heenen, Norbert in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3.Auflage, 2009.
 - Hoeland, Armin: “A Comparative Study of the Impact Electronic Technology on Workplace Disputes: National Report on Germany”, Comparative Labour Law and Policy Journal, Vol.24, 2002.
 - International Labour Conference, 82.Session, Report V.1, Home Work, ILO Geneva.
 - Jäckel, Michael/Rövekamp, Christoph: Alternierende Telearbeit, Akzeptanz und Perspektiven einer neuen Form der Arbeitsorganisation, Wiesbaden 2001.
 - Kandemir, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Gü-

- venlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal Yayıncılık, Ankara 2011 (Tele Çalışma).
- Kandemir, Murat: "Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHF C.I, XXII, S.2, 2014 (Evde Çalışma).
 - Kappus, Matthias: Rechtsfragen der Telearbeit, Heidelberg 1986.
 - Kilian, Wolfgang/Borsum, Wolfgang/Hoffmeister, Uwe: Telearbeit und Arbeitsrecht-Forschungsbericht Nr.139, hrsg. Vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1987.
 - Koç, Sedef : "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Hizmet Sözleşmesi İle İlgili Düzenlemeleri", Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C.I, Özel Hukuk, GSÜ Dergisi.
 - Kuban, Arzu : Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 1997.
 - Lenk, Thomas: Telearbeit, Möglichkeiten und Grenzen einer Telekommunikativen Dezentralisierung von betrieblichen Arbeitsplätzen, Berlin 1989.
 - Martino, Di Vittorio/Wirth, Linda: "Tele-Work: A New Way of Working and Living", International Labour Review, Vol.129, N.5.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin: İş Hukuku, 5.Baskı, Ekim 2012.
 - Portmann, Wolfgang/Stöckli, Jean-Fritz: Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Vollständig überarbeitete Auflage, Zürich 2013.
 - Pfarr, M. Heide/Drüke, Helmut: Rechtsprobleme der Telearbeit, Baden-Baden 1989.
 - Süzek, Sarper: "İş Akdinin Türleri", Mercek Dergisi, Nisan 2001 (İş Akdinin Türleri).
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 8.Baskı, İstanbul 2012 (İş Hukuku).
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 12.Baskı, İstanbul 2016 (İş Hukuku 2016).
 - Tarifvertrag über Telearbeit bei der Deutschen Telekom AG/T-Mobil, NZA 1998.
 - Tuncay, A. Can: "Hizmet Akdinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Mayıs-Ağustos 2001 (Hizmet Akdi).
 - Tuncay, A. Can: Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 2000 yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002 (Değerlendirme 2000).
 - Tuncay, A. Can: Pazarlamacılık (Ticari Gezin) Sözleşmesi ve Düşündükleri, Çimento İşveren, Mart 2012 (Pazarlamacılık).
 - Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 6.Baskı, İstanbul 2013.
 - Uşan, Fatih: İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara 2003 (Parça Başına Ücret).
 - Uşan, Fatih: "Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu", http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/4_6.pdf.
 - Wank, Rolf: "Telearbeit", NZA 1999.
 - Wedde, Peter: Telearbeit, Arbeitsrecht-Socialrecht-Datenschutz, München 2002.

YAZI TESLİM KURALLARI

1. Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in elektronik posta adresine e-posta yoluyla ya da MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'nın Merkez Mah. Geçit Sok. No. 2 34381 Şişli-İSTANBUL adresine tek yüze basılı olarak 4 kopya ve CD veya taşınabilir bellek ile birlikte gönderilmelidir.
2. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 2003 ve üzeri versiyonlar) formatında (doc. veya docx dosya uzantılı), en fazla 40 sayfa olarak yazılmalı ve yazıların sayfa düzeni için aşağıdaki şekil şartlarına uyulmalıdır:

Kağıt boyutu: A4; Üst, alt, sağ ve sol boşlukları: 2,5 cm.; Yazı tipi: Times New Roman (Türkçe yazı dili seçilerek); Punto: 12; Satır arası: 1,5; Hizalama: İki yana yaslanmış; Dipnotlar: Sayfa altında ve Times New Roman yazı tipinde, 10 punto, 1 satır arası ve iki yana yaslanarak hizalanmış. Ayrıca, en fazla 150'şer kelimededen oluşacak ve araştırmanın kapsamı ve amacının belirtildiği, kullanılan yöntemin tanımlandığı ve ulaşılan sonuçların kısaca yer verildiği Türkçe ve İngilizce özet, en az üç Türkçe ve üç İngilizce anahtar sözcük ile birlikte, yazının Türkçe ve İngilizce yazılmış başlığı, yazar ismi, kurumu ve yazarların açık adresleri ile telefon numaraları ve e-posta adresinin bulunduğu üst kapak sayfası gönderilmelidir. Başlığının Türkçe ve İngilizce ayrıca yer aldığı yazının ilk sayfasında yazar ismi yer almamalıdır.

3. Kaynaklar yazının sonunda ayrı bir sayfada "Kaynakça" başlığı altında yazar soyadlarına göre alfabetik sıraya dizilmelidir.
4. Yararlanılan ve gönderme yapılan kaynaklar, aşağıda örnekleri sunulan APA (American Psychological Association) ölçütlerine göre yazılmalıdır.

Metin İçinde Kaynak Gösterimi

- Metin içindeki atıflar, yazarın adı cümle içinde geçiyorsa;
Oğuzman (1981, s.125)
Yazarın adı cümle içinde geçmiyorsa;
(Oğuzman, 1981, s.125) şeklinde yazılmalıdır.
- Metin içinde ikiden fazla yazarlı kitaplara atıfta bulunurken ilk seferinde bütün isimler kullanılmalı; aynı yayına daha sonra yapılan atıflarda sadece birinci isim yazılmalı, diğer yazarlar için "ve diğerleri" ibaresi kullanılmalı, a.g.e., a.g.m. gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.

Oğuzman ve diğerleri (1979)

Metin içinde yer alması uygun görülmeyen açıklamalar için sayfa altı dipnot yöntemi kullanılmalıdır. Bu not içinde yapılacak atıflarda da yukarıdaki yöntem uygulanmalıdır.

Kaynakçaların Düzenlenmesi

- Kaynakça listesinde bütün yazarların isimleri soyadına göre alfabetik yer almalıdır. Atıf yapılan kaynaklar birden fazlaysa, atıflar noktalı virgülle ayrılmalıdır. Bir yazarın birden çok çalışması kaynakçada yer alacaksa yayın tarihine göre eskiden yeniye doğru bir sıralama yapılmalıdır. Aynı yılda yapılan çalışmalar için a, b, c ibareleri kullanılmalıdır ve bunlar metin içinde yapılan atıflarda da aynı olmalıdır.

Oğuzman 1981, 125; Elbir, 1980, 101

- Kitaplar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Başlık. Baskı. Basıldığı Yer: Basımevinin İsmi

Oğuzman, M.K. (1981). Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası

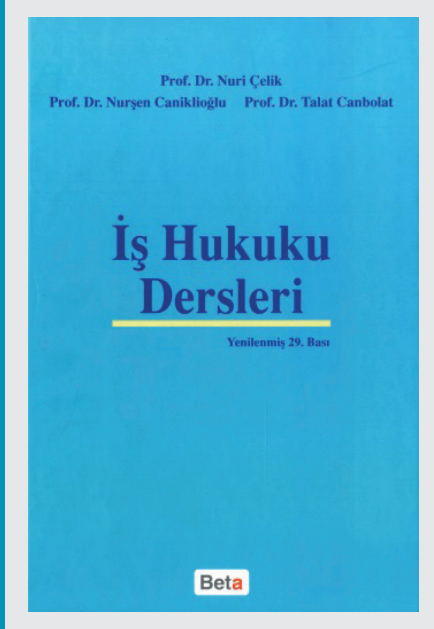
- Yazılar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Derginin İsmi. Cilt Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 10, 5-12

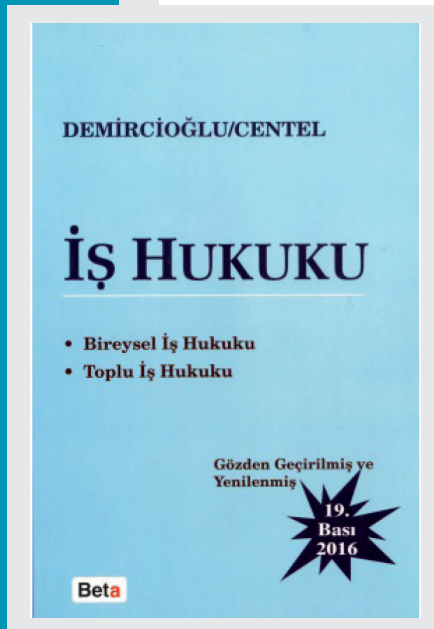
- İnternette alınan belgeler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Kaynağın İsmi. Sayfa Numaraları. (Erişim tarihi Gün/Ay/Yıl) <http://www.ile.başlayan.internet.adresi>

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri. 5-25. 15 Ocak 2014 tarihinde <http://www.mess.org.tr/ti.asp?eid=1000&i-cid=0> adresinden erişildi.

Yeni Yayınlar



İlk baskısı 1968 yılında yayımlanan “İş Hukuku Dersleri” adlı eserin yenilenmiş 29. basısı, **Prof. Dr. Nuri Çelik, Prof. Dr. Nursen Caniklioğlu ve Prof. Dr. Talat Canbolat** tarafından hazırlanarak Eylül 2016 tarihinde yayımlanmıştır. Eser, bireysel ve toplu iş hukuku mevzuatı yanında, yargı kararlarını ve bilimsel yayınları da yansıtmaktadır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile ilgili olarak kitapta önemli değişiklikler ve açıklamalar yapılmıştır. Ayrıca, eserin söz konusu basısı hazırlanırken kamuoyunda torba kanunu olarak anılan yeni kanunlar çıkarılmıştır. 6715 sayılı “İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile geçici iş ilişkisi ve uzaktan çalışma konularında çok temel değişiklikler yapılmıştır. 6663 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile ilköğretim çağını doldurmamış çocuğu olan ebeveynlere istedikleri takdirde tam süreli iş sözleşmesinden kısmi süreli iş sözleşmesine geçiş hakkı tanınmış, yine aynı kanunla hukukumuzda yeni bir kurum olarak doğum sonrası yarım çalışma izin hakkı öngörülmüştür. Sözü geçen tüm bu değişiklikler eserde etraflıca ele alınmış, anılan kanunların ilgili hükümleri kitaba işlenmiştir. Eserde “Genel Bilgiler” başlıklı birinci kısımda sırasıyla giriş, iş hukukunun temel kavramları; “Bireysel İş Hukuku” başlıklı ikinci kısımda ise sırasıyla iş kanununun kapsamı, iş sözleşmesi, işin düzenlenmesi bölümleri yer almaktadır. “Toplu İş Hukuku” başlıklı üçüncü kısımda da sendikalar, toplu iş sözleşmesi, toplu iş uyuşmazlıkları ve çözüm yolları başlıklı bölümlerde ilgili konular ayrıntılarıyla açıklanmaktadır.

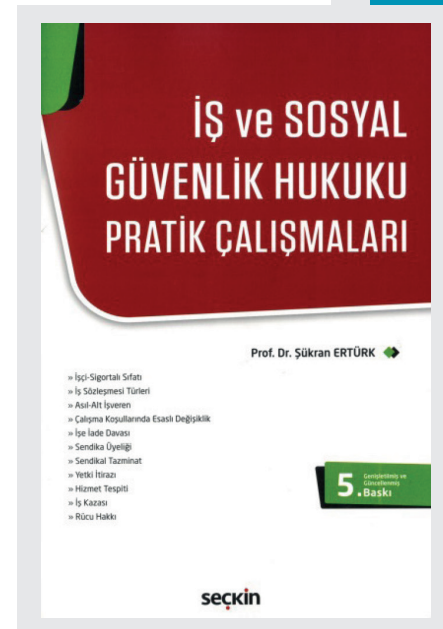


Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu ve Prof. Dr. Tankut Centel tarafından hazırlanan “İş Hukuku” adlı eserin gözden geçirilmiş 19. basısı, Ağustos 2016 tarihinde yayımlanmıştır. Söz konusu eserin yayımlanması iki nedene bağlı olarak değerlendirilmektedir. Bunlardan birincisi, ülkemizde şimdiye kadar iş hukuku alanında yazılmış ders kitaplarında, Batı’daki ders kitabı-şerh ayırımı anlayışına dayanılmayıdır. Nitekim, çok geniş ayrıntılı bilgileri içeren kalın hukuk ders kitapları, iktisadi ve idari bilimler ile mühendislik fakülteleri öğrencileri için sorun yaratmaktadır. Oysa, Batı’daki ders kitaplarında, bilginin az ve öz olması asıldır. Ders kitabının başarısı da, uygulamada öğrencinin az ve öz bilgiyi kullanabilecek duruma rahatlıkla gelmesine bağlıdır. İkinci olarak; iş hukuku, özellikle mühendislik fakültelerindeki öğretim için, giderek artan bir önem kazanmıştır. Nitekim, özellikle yirmi beş yılı aşkın bir süreden beri iş hukuku dersi, mühendislik fakültelerinde zorunlu olarak okutulan bir ders durumuna gelmiştir. Bunda, iş hukukunun, işletmelerde işçi çalıştırılması yüzünden mühendisler için taşıdığı önemin payı büyüktür. Eserin bireysel iş hukukuna ilişkin ilk bölümü, Tankut Centel ve toplu iş hukukuna ilişkin ikinci bölümü de, A. Murat Demircioğlu tarafından kaleme alınmış; daha sonra, her iki bölüm, her iki yazar tarafından birlikte gözden geçirilmiştir.

Prof. Dr. Melda Sur tarafından hazırlanan “**İş Hukuku Toplu İlişkiler**” adlı eserin güncellenmiş 6. basısı, Ocak 2017 tarihinde yayımlanmıştır. Söz konusu eserin yeni basısı hazırlanırken, daha önce de olduğu üzere temel olarak mevzuat ve yasa gerekçeleri esas alınmıştır. Bunun yanında, Türkiye'nin taraf olduğu başlıca uluslararası antlaşmalar ile Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın gelişen içtihadına da yer verilmektedir. Öğrencilerin kullanacağı bir araç olarak hazırlanan eserin aynı zamanda araştırmacı ve uygulamacılar için de bir kaynak olabilmesi için yasadaki sistematığa ve anlatıma uyulmuştur. Eserde ayrıca, tarihi gelişmelere ve yargı kararlarına da yer verilmekte, bazı tartışmalı konular irdelenmeye çalışılmaktadır. Eserde “İş Hukuku ve Toplu İlişkilerin Önemi” başlıklı giriş kısmından sonra sırasıyla; “Sendikalar Hukuku” başlıklı birinci bölümde tarihsel gelişme, sendika kavramı, güven-celer, kuruluş, üyelik, faaliyetler ve kamu görevlileri sendikaları incelenmiştir. “Toplu İş Sözleşmeleri” başlıklı ikinci bölümde, toplu iş sözleşmesi kavramı, yapılması, hükümleri, yorumu ve ifası anlatılmıştır. “Toplu İş Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları” başlıklı üçüncü bölümde, barışçı çözüm yolları, grev ve lokavt kavramları ayrıntıları ile ele alınmıştır.



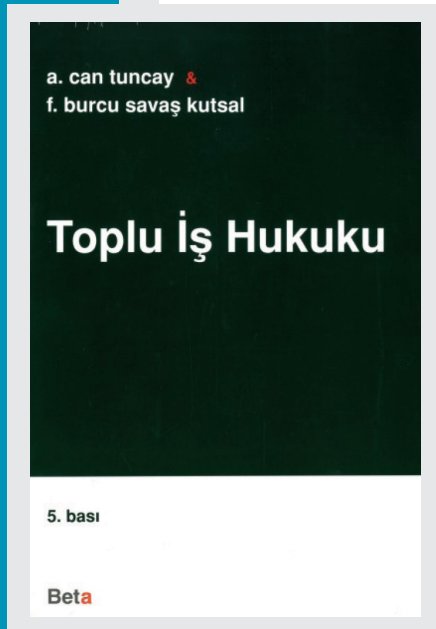
Prof. Dr. Şükran Ertürk tarafından hazırlanan “**İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları**” adlı eserin genişletilmiş ve güncellenmiş 5. baskısı Ekim 2016 tarihinde yayımlanmıştır. Söz konusu eser ile iş ve sosyal güvenlik hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle uyuşmazlığın hangi alanı ilgilendirdiği, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının hangisi olacağı ve bu hukuk kurallarının uygulanması sonucunda hangi hukuki sonuçların ortaya çıkabileceği açıklanmıştır. Bunun için yaşanmış hukuki uyuşmazlıklar birer pratik çalışma haline dönüştürülerek, bu uyuşmazlığa ilişkin sorular ve soruların cevaplarının ne olacağı anlatılmıştır. Ayrıca, özellikle öğrencilerin yararlanabilmesi amacıyla, bir hukuki sorunun çözümünde bir hukukçunun bakış açısının ne kadar geniş olması gerektiğinin önemi ortaya konulmuştur. Eserin bölümlerini; iş ve sosyal güvenlik hukukunda yer alan üç temel alan olan, “Bireysel İş Hukuku”, “Sendikalar ve Toplu İş Hukuku” ve son olarak “Sosyal Güvenlik Hukuku” oluşturmaktadır. Bu bölümlerin de her birinde bu alanı ilgilendiren tüm konulardan ziyade, uygulamada en çok uyuşmazlık çıkan konulara yer verilmiştir.



Yeni Yayınlar



Prof. Dr. A. Can Tuncay ile **Prof. Dr. Ömer Ekmekçi** tarafından hazırlanan **“Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri”** adlı eserin yenilenmiş 18. basısı Eylül 2016 tarihinde yayımlanmıştır. 17. basısı yayımlandıktan henüz bir yıl geçmeden tükenen esere; bu süre içerisinde yayımlanan ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatına önemli değişiklikler getiren 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 6715 sayılı İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu ve 6740 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun işlenmiştir. Yargıtay’ın yeni kararlarına ve yeni makale ve kitaplarda yer alan görüşlere de yer verilen kitabın öğrenciye hitap eden ve kolay anlaşılabilir formatı bozulmamaya çalışılmıştır. Eserin birinci bölümünde “Sosyal Güvenliğin Genel Esasları”, ikinci bölümünde “Türk Sosyal Güvenlik Sistemi”, üçüncü bölümünde “Sosyal Sigortaların Özellikleri, Finansmanı ve İşveren Yükümlülükleri”, dördüncü bölümünde “Sosyal Sigortaların Kapsamı ve İsteğe Bağlı Sigortalılık”, beşinci bölümünde “Sosyal Sigorta Türleri İtibariyle Kısa Vadeli Sigorta Kolları”, altıncı bölümünde “Sosyal Sigorta Türleri İtibariyle Uzun Vadeli Sigorta Kolları”, yedinci bölümde “Genel Sağlık Sigortası ve İşsizlik Sigortası”, sekizinci bölümde “Hizmetlerin Birleştirilmesi ve Borçlanma Yoluyla Değerlendirilmesi”, dokuzuncu bölümde “Bireysel Emeklilik Sistemi”, onuncu bölümde “Katılmasız Sosyal Güvenlik Sistemi” konuları yer almaktadır.



Prof. Dr. A. Can Tuncay ve **Yrd. Doç. Dr. Burcu Savaş Kutsal** tarafından hazırlanan **“Toplu İş Hukuku”** adlı eserin 5. basısı, Kasım 2016 tarihinde yayımlanmıştır.

İlk basısı 1999 yılında yapılan eser, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra Eylül 2013 tarihinde yeni yasaya göre güncellenerek yayımlanmış, ardından da son dönemde çıkarılan ve 6356 sayılı Kanunu da etkileyen torba kanunlara göre güncellenmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 22.10.2014 tarihli oturumunda 6356 sayılı Kanun’un eleştirilen bazı önemli hükümlerine ilişkin iptal kararlarına da kitapta değinilmiştir. Her şeyden önce öğrencilerin ders kitabı ihtiyacını karşılamayı amaç edinen eserde, Yargıtay kararlarına ve doktriner tartışmalara fazlaca girilmemeye çalışılmış, daha çok toplu iş hukukunun genel esaslarını ve özelliklerini vurgulamaya özen gösterilmiş ve mümkün olduğu ölçüde yabancı kaynaklara da yer verilmeye çalışılmıştır.

Eserde “Sendikalar” birinci bölümde, “Toplu iş sözleşmeleri” ikinci bölümde, “Toplu iş uyuşmazlıkları” üçüncü bölümde ve “Kamu görevlilerinin toplu pazarlık hakları” dördüncü bölümde ayrıntılarıyla yer almaktadır.