

# SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

## SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2017 Sayı/Issue: 37 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. Tevfikbey Mah. Halkalı Cad.

No: 162/7 Sefaköy-Küçükçekmece/İSTANBUL

### Yayın Türü/Type of Publication:

Yerel, Süreli, Hakemli Yayın/Peer wiewed, 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:

Temmuz 2017/July 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 AKYİĞİT** - 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 CANIKLIOĞLU** - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Tankut CENTEL** - Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Fevzi DEMİR** - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Murat DEMİRCİOĞLU** - 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 NARMANLIOĞLU** - 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.

## DEĞERLİ OKURLARIMIZ

**H**ukukçular, 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’de; yazarlara duyurumuz ise s. 164 ve s. 165’de yer almaktadır.

Sicil İş Hukuku dergimizin 37. sayısında 7 makale bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 37. sayısında; Prof. Dr. Hakan Keser’in “İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi”; Prof. Dr. Melda Sur’un “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”; Doç. Dr. Saim Ocak’ın “Doğum/ Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması”; Yrd. Doç. Dr. Emre Ertan ve Av. Fatma Arda Bicaç’ın

“İş Hukukunda Organik Bağ Kavramı”; Dr. Gizem Sarıbay Öztürk’ün “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı”; Av. Abbas Bilgili’nin “İşveren Sorumluluk Sigortası”; Metin Korkmaz’ın “Sosyal Güvenlik Kurumu’nca Yersiz Yapılan Sağlık Harcamalarının Geri Alınması” 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 37. 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** İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile İşverence Feshedilmesi  
**Prof. Dr. Hakan KESER**  
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü
- 33** İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası  
**Prof. Dr. Melda SUR**  
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 52** Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması  
**Doç. Dr. Saim OCAK**  
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 102** İş Hukukunda Organik Bağ Kavramı  
**Yrd. Doç. Dr. Emre ERTAN\* - Av. Fatma ARDA BİCAZ\*\***  
\*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı  
\*\*İstanbul Barosu
- 114** Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı  
**Dr. Gizem SARIBAY ÖZTÜRK**  
İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
- 142** İşveren Sorumluluk Sigortası  
**Av. Abbas BİLGİLİ**  
Adana Barosu
- 156** Sosyal Güvenlik Kurumu'nca Yersiz Yapılan Sağlık Harcamalarının Geri Alınması  
**Metin KORKMAZ**  
Sosyal Güvenlik Uzmanı

## Contents

### Articles

- 9** Termination of the Contract by Employer Based on Private Life, Family Life and Sexual Orientation Within the Scope of the Conduct of the Employee  
**Prof. Dr. Hakan KESER**  
University of Dokuz Eylül, Faculty of Economic and Administrative Sciences, Labour Economy and Industrial Relations Department
- 33** The Principle of Equal Treatment and Non-Discrimination in Labour Relations  
**Prof. Dr. Melda SUR**  
University of Dokuz Eylül, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 52** Part-Time Work Practice Due to Childbirth/Adoption of a Child  
**Doç. Dr. Saim OCAK**  
University of Marmara, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 102** The Concept of Organic Tie in the Labor Law  
**Yrd. Doç. Dr. Emre ERTAN\* - Av. Fatma ARDA BİCAZ\*\***  
\*University of Marmara, Faculty of Economy, Labour Economy and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law  
\*\*Istanbul Bar Association
- 114** Old Age Discrimination Concerning the Termination of the Employment Contract, with Regard to The Law on Turkish Human Rights and Equality Institution  
**Dr. Gizem SARIBAY ÖZTÜRK**  
İstanbul Technical University, Faculty of Administration, Labour and Social Security Law
- 142** Employer Liability Insurance  
**Av. Abbas BİLGİLİ**  
Adana Bar Association
- 156** Withdrawal of Redundant Health-Care Service Expenses Made by Social Security Institution  
**Metin KORKMAZ**  
Social Security Agent





Makale Gönderim Tarihi: 8 Mart 2017

Makale Kabul Tarihi: 13 Mart 2017

## İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebepi ile İşverence Feshedilmesi

### Öz

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 inci maddesi uyarınca, iş güvencesi kapsamına giren bir işçinin iş sözleşmesini bildirimli fesihle feshetmek isteyen işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunluluğu bulunmaktadır. İş Kanunu'nda bu sebepler ayrıntılı olarak açıklanmadığı için uygulamada özellikle işçi davranışlarına da-

yanan geçerli sebeplere ilişkin sıkça uyuşmazlıklar çıkmaktadır.

Çalışmamızda, işçi davranışları kapsamında, işçinin iş sözleşmesinin özel hayatı, aile hayatı ve cinsel yönelimleri sebepi ile feshedilmesinin geçerli veya haklı bir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu üzerinde durulmakta ve mevcut durum Yargıtay kararları doğrultusunda değerlendirilmektedir.

### Anahtar Sözcükler:

Geçerli sebep, işçinin özel hayatı, işçinin aile hayatı, işçinin cinsel yönelimleri, işveren feshi.

## Termination of the Contract by Employer Based on Private Life, Family Life and Sexual Orientation Within the Scope of the Conduct of the Employee

### Abstract

According to Article 18 of the Labour Code 4857, the employer who wants to terminate the contract of an employee included in the scope of job security with serving notice, must depend on a valid reason for such termination connected with the capacity or conduct of the employee or based on the operational requirements of the establishment or service. As those reasons haven't been explained in detail within the Labour Code, especially conflicts about the

valid reasons connected with the conduct of the employee appears usually in practice.

In this study, we dwell on the issue whether the termination of the contract of the employee based on private life, family life and sexual orientation would be considered as a valid reason or just cause or not within the scope of the conduct of the employee and in this regard present situation is evaluated according to Court of Appeal verdicts.

### Keywords:

Valid reason, private life of employee, family life of employee, sexual orientation of employee, termination by employer.

\*Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü  
hakan.keser@deu.edu.tr

## Giriş

4857 sayılı İş Kanunu, iş sözleşmesinin taraflarca feshine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerinde, eski 1475 sayılı İş Kanunu'nda da olduğu gibi iki tür fesih şekli öngörmüştür. Bunlardan ilki 17 nci maddesinde düzenlemiş bulunduğu "(sürelî) bildirimli fesih", ikincisi ise, 24 ve 25 inci maddelerinde düzenlemiş olduğu "(derhal) bildirimli fesih" tir. Bildirimli fesihte, iş sözleşmelerinin feshi bildirim süresinin geçmesinden sonra gerçekleşmekte, oysa bildirimli fesihte bu tür bir bildirim süresinin geçmesi gerekmemekte, fesih derhal gerçekleşmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 158 sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Hakkındaki ILO Sözleşmesinin ilgili hükümleriyle<sup>1</sup> örtüşen 18 inci maddesinde "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini 17 inci madde uyarınca bildirimli fesih yoluyla fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda" olduğunu belirten bir ifade yer almaktadır.

Diğer yandan, 4857 sayılı İş Kanunu 24 üncü ve 25 inci maddelerinde de, işçi ve işverenin haklı sebeple bildirimli fesih yapabilecekleri haklı sebepler düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere, 4857 sayılı İş Kanunu, ILO Sözleşmesi'nden farklı olarak, içeriğinde geçerli sebep ve haklı sebep kavramlarına birlikte yer vermektedir. Bu yüzden, uzun yıllardır uygulamada olan iş sözleşmesinin feshinde dayanılan haklı sebeplerim dışında, bir de geçerli sebeplerin İş Kanunu'na alınması uygulamada özellikle davranışlara dayalı olarak yapılan feshlerde tereddütlü durumlarla karşılaşılmasına sebebiyet vermiştir.

Çalışmamızda işçinin davranışları kapsamında, iş sözleşmesinin özel hayatı, aile hayatı ve cinsel yönelimleri sebebi ile feshedilmesinin geçerli veya haklı bir sebep olarak değerlendirilip de-

ğerlendirilemeyeceği hususu üzerinde durulacak, mevcut durum Yargıtay kararları doğrultusunda değerlendirilecektir.

## I – Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelim Kavramları

### A- Genel Olarak

Özel hayat, aile hayatı ve cinsel yönelim kavramları ulusal ve uluslararası mevzuatta birçok düzenlemede sıkça kullanılan kavramlar olmalarına rağmen, açık ve net olarak tanımlamaları yapılmamış kavramlardır.

Özel hayatın ve aile hayatının gizliliği hakkını tanıyan ama tanımlamayan en önemli Uluslararası belgeler İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Birleşmiş Milletler *Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi* ve *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*dir.

Avrupa Konseyine üye devletlerin Dışişleri Bakanları tarafından 04 Kasım 1950 tarihinde imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, kısa kullanımıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>2</sup>, söz konusu kavramlar açısından ülkemiz için ayrı bir öneme sahiptir. Zira, Anayasa'mızın 148 inci maddesinin 3 üncü fıkrası<sup>3</sup> uyarınca, herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şartıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddesi uyarınca, herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olacak ve bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının

1 ILO 158 m.4 "İşçinin kapasitesine veya işin yürütümüne veya işyeri gereklerine dayalı geçerli bir son verme nedeni olmadıkça hizmet ilişkisine son verilemez."

2 Bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. - GÖLCÜKLÜ, F.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara, 2011  
3 Ek fıkra: 07.05.2010-5982/18 md.

hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı olarak adlandırılan bu hak, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda<sup>4</sup> "özel hayatın gizliliği" başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasamızın 20 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olacak ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacaktır.

Diğer yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu<sup>5</sup> da "Özel hayatın gizliliğini ihlal" başlıklı 134 üncü maddesinde kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verileceğini düzenlemektedir.

## B- Özel Hayat ve Aile Hayatı Kavramları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de, ülkemiz açısından en üst düzeydeki ulusal belge olan 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da, saygı gösterilmesini talep hakkına konu olan bir değer olarak özel hayat ve aile hayatından söz edilmiş, ancak söz konusu maddelerde özel hayatın ve aile hayatının tanımları yapılmamıştır. Her iki düzenlemede de, öncelikle devletin bir birey için özel hayatı ve aile hayatını teminat altına aldığı belirtiltikten sonra, bazı şartlarda kamu yetkililerinin bu haklara müdahale etmesinin kabul edilebileceği belirtilerek, bu hakların mutlak olmadığı ifade edilmiştir.

Özel hayat ve aile hayatı kavramının tanımlanmasının zorluğu ve kapsamının belirsizliği, bir düzenlemede bunun tanımlanmasının yapılmasına bir anlamda engel olmuş ve kanımızca bir tanımlama yapılarak kapsamının daraltılmasından kaçınılmıştır.

Özel hayat ve aile hayatı kavramlarının tanımlanmasının zor olmasına karşın, özel hayata

saygı gösterilmesini talep hakkının özgürlük ve demokrasi için vazgeçilmez olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Demokratik bir toplumun temeli olarak görülen, kişilerin başkalarıyla sosyal ilişkiler kurmalarının ve bunu sürdürmelerinin sağlanması için kritik öneme sahip olan özerk bir hayat ve fiziksel huzur için gerekli olan bu hak, insanlığın tamamlayıcı bir parçası ve tüm özgürlüklerin başlangıcı olarak değerlendirilmektedir<sup>6</sup>.

Özel hayat ve aile hayatı kavramlarının açıklanmasında yararlanılabilecek en önemli kaynak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulayıcısı olarak, özel hayat ve aile hayatının korunmasına ilişkin çok sayıda karara imza atmış olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de söz konusu kavramların yorumu konusunda kesin kurallar belirlemekten kaçınmış ve çıkan uyuşmazlıklarda davanın durumuna göre karar vermeyi tercih etmiştir. Bu yaklaşım özel hayat ve aile hayatı gibi kavramların kapsamına nelerin girdiğini kategorik olarak tanımlamayı zorlaştırmıştır.

Mahkeme özel hayata ilişkin kesin bir tanım getirmemekle beraber, özel hayat kavramının her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, hem diğer insanlarla, hem de dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan, mahremiyetten daha geniş bir kavram olduğunu ifade etmiştir. Bu yaklaşımla, Mahkemece yıllar boyunca özel hayat kavramı; isim taşıma, kişinin görüntüsü, itibarının korunması, aile kökeni hakkında bilgilendirme, kişinin fiziksel ve manevi bütünlüğü, kişinin cinsel ve toplumsal kimliği, cinsel hayatı ve eğilimleri, kişisel özerklik gibi birçok değişik duruma uygulanmıştır.

Doktrinde de ifade edildiği üzere, özel hayatı ifade etmek için zaman zaman mahremiyet sözcüğü de, eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Ancak, özel hayat; kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, öteki tüm kişilerin bilgisinden uzak

4 RG. 09.11.1982, No: 17863 (Mükerrer).

5 RG. 12.10.2004, No: 25611.

6 SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar; Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 3, s.236.

tuttuğu ve başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği "giz alanı" ve kişinin giz alanına dâhil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi kendisine yakın kişilerle paylaştığı ve bunun dışındaki kişilere gizli kalmasını istediği "özel alanı" da içeren daha geniş bir kavramdır. Bu anlamda, "özel hayat" sadece kişinin hayatının "mahrem" (giz) alanını değil, "mahrem olmayan"(giz alanına dâhil olmayan) alanının bir kısmını da kapsamaktadır<sup>7</sup>.

Buna göre, özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir "iç alan"la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşım olacaktır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içerecektir<sup>8</sup>.

Sonuç olarak, özel hayat; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret olmayıp, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermektedir.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, özel hayat kavramının sınırlarını çizmiştir. Buna göre, "özel hayat kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korumaktadır. Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır."<sup>9</sup>

Aile hayatı kavramı ise, daha çok ilgili taraflar

arasında yakın kişisel bağlar olup olmadığına ilişkindir. Buna göre, kural olarak, her bir farklı olaydaki bilgilere dayanılarak aile hayatının var olup olmadığına karar verilebilecektir. Bu konuda uygulanacak genel prensip, yukarıda da ifade edildiği üzere, ilgili taraflar arasında yakın kişisel bağlar olup olmadığı olacaktır. Uluslararası uygulamaya bakıldığında da, aile hayatının olup olmadığına ilişkin her bir durumun ayrı ayrı değerlendirilmesi yaklaşımının, aile hayatını oluşturan ve oluşturmayan ilişkileri tespit etmeyi zorlaştırmasına karşın, giderek daha çok sayıda ilişki aile hayatı kapsamında sayılarak hukuki koruma kapsamına girmektedir<sup>10</sup>.

Aile hayatı kavramı, kanuni ve gerçek olduğu gösterilebilen evlilikleri her zaman kapsamaktadır. Bu anlamda evli ebeveyn ve çocukları arasındaki ilişki her zaman aile hayatı kapsamına girecektir. Buna karşılık, sadece bir hakkı elde etmek amacı ile esas olmayan veya sadece kağıt üstünde olan evlilikler ise, aile hayatı kavramı dışında kalabilecektir<sup>11</sup>.

Diğer yandan, özel hayat kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çok yönlü bir şekilde, aile hayatının kapsamına girmeyen önemli durumlara koruma sağlayan bir anlamda torba hüküm olarak kullanılmaktadır. Bu anlamda, aile hayatının kapsamına evlilik birliği kapsamında olmasa da, özel hayatı oluşturduğu durumlarda, koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkiler<sup>12</sup>, henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkiler<sup>13</sup>; çocuklu olsun veya olmasın ilişkiler<sup>14</sup> ve homoseksüeller ve partnerleri arasındaki ilişkiler<sup>15</sup>

7 SALİHPAŞAOĞLU, s.233. Ayrıca bkz. HELVACI, S.; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md.24/a fıkra I/ İMK md. 28/a fıkra I), İstanbul, 2001, s.62; ÜZELTÜRK, S.; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s.2-3.

8 AİHM. Costello Roberts- Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1993 tarihli, 13134/87 sayılı karar, Niemietz-Almanya davası, 16 Aralık 1992 tarihli 13710/88 sayılı karar, KILKELLY, Ursula; Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, s.16.

9 AYM. Başvuru Numarası. 2013/4825, 24.03.2016 t., RG.10.05.2016, No:29708.

10 KILKELLY, s.26.

11 Marckx-Belçika davası, 13 Haziran 1979 tarihli 8124/52 sayılı karar, KILKELLY, s.19.

12 İsviçre davası, 10 Temmuz 1978 tarihli ve 8257/78 sayılı karar, KILKELLY, s.20.

13 İsviçre davası, 01 Ekim 1990 tarihli ve 15817/89 sayılı karar, KILKELLY, s.20.

14 Kerkhoven-Hollanda davası, 19 Mayıs 1992 tarihli ve 15666/89 sayılı karar, KILKELLY, s.20.

15 Kerkhoven-Hollanda davası, 19 Mayıs 1992 tarihli ve 15666/89 sayılı karar; Mahkeme yalnızca, hemcins çiftlerin duygusal ve cinsel ilişkilerinin özel hayatı oluşturduğunu kabul etmiş, ancak uzun süre birlikte yaşayan çiftler olsa dahi bunun bir aile hayatı oluşturduğunu kabul etmemiştir. KILKELLY, s.24.

de özel hayat kapsamında sayılmaktadır.

Özel hayat ve aile hayatı, özel hukuk alanında ise, "kişilik hakları" kavramının kapsamında yer almaktadırlar. Kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenlemeler içeren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>16</sup>, kişilik hakkı kavramını tanımlamamıştır. Dar anlamda kişilik hakkı, haklara ve borçlara sahip olabilmeyi; hak ehliyetini ifade etmektedir. Geniş anlamda kişilik hakkı ise, hak ehliyetinin yanında, fiil ehliyetini, kişisel durumları ve kişilik haklarını da içine alan, son derece geniş kapsamı olan bir kavramdır. Bu bağlamda kişilik hakları, bir kimsenin maddi (bedensel), manevi ve iktisadi bütünlüğü ve varlıkları üzerindeki mutlak haklarıdır. Kişilik hakları kişiye "kişi" olması sebebiyle tanınmış haklardır. Bir başka anlatımla, kişinin hayatı, sağlığı, beden tamlığı, onuru, namusu, sırları, itibarı, özel hayatı, resmi ve ismi gibi tüm değerleri üzerindeki hakların tamamı kişilik haklarını oluşturmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 24 üncü maddesi uyarınca, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilecek, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırı sayılacaktır.

Kişilik haklarının kapsamı dikkate alındığında, herkesin maddi bütünlüğü üzerinde kişilik hakkının konusunu oluşturan vücudunun, sağlığının ve hayatının her türlü haksız saldırılardan korunmasını talep hakkı yanında, manevi varlıklarını oluşturan, özel hayatı, şerefi onuru, ismi, resmi, özgürlükleri, sırları ve inançlarının da kanun tarafından getirilen haksız saldırılara karşı korunmasını talep hakkı olduğu ifade edilebilecektir.

### C- Cinsel Yönelim Kavramı

Bir bireyin cinsel hayatı da, özel hayatının önemli bir unsurunu oluşturacaktır. Buna göre, bireyin cinsel ilişkiler dahil, cinsel kimliğini belir-

leme ve benimseme tercihi de özel hayatın korunması kapsamına girmektedir. Bu anlamda özel hayata saygı hakkı kapsamında birey diğer kişilerle cinsel ilişki dâhil olmak üzere her türlü ilişkileri kurma imkânına da sahip olacaktır.

Cinsel yönelim kişide cinsel duygu, istek ve davranışların belli bir cinsiyete çekimidir. Cinsel yönelim karşı cinse olduğunda heteroseksüellik, kendi cinsine dönük olduğunda eşcinsellik, her iki cinse dönük olduğunda ise, biseksüellik adı verilir. Her tür cinsel yönelimle ilgili genel kabul ise cinsel yönelimin bir seçim/tercih sonucu olmadığıdır<sup>17</sup>.

Bu anlamda, bireyler hayatlarının herhangi bir döneminde hangi cinsiyetten kişilerden hoşlanacaklarına, aşık olacaklarına, cinsel olarak uyarılacaklarına karar vermezler, bunun sonucu olarak cinsel yönelim seçilen değil, fark edilen, karşı karşıya kalının bir biyolojik durum olarak ortaya çıkmaktadır. Heteroseksüellik dışında cinsel yönelimi olanlar yaşadıkları toplumun hakim ölçüleri doğrultusunda bu yönlerinden huzursuzluk duyabileceklerinden, çeşitli şekillerde bu durumu inkar etmeye, farklı şekillerde adlandırmaya ya da baskılamaya çalışabilmekte ve bu durum da eşcinselliği ve biseksüelliği ortadan kaldırmasa da, toplum tarafından fark edilme sürecini uzatmaktadır<sup>18</sup>.

Herhangi bir tedavi süreci cinsel yönelimi değiştiremez ancak bu durumun baskılanmasını ya da inkar edilmesini destekleyebilir. Bir başka anlatımla, cinsel yönelim tercihe bağlı olmadığı gibi hiç bir çeşidi de hastalık değildir ve iyileştirilmesi gibi bir durum da söz konusu olmaz<sup>19</sup>.

Cinsel kimlik ile cinsel yönelim aynı şey değildir. Cinsel kimlik kişinin kendisini hangi cinsiyette tanımladığı ile ilgilidir. Cinsel yönelim ise kişinin hangi cinse karşı cinsel ilgi ve yakınlık kurduğuyula ilgilidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkeme-

17 Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği, <http://www.cetad.org.tr/news.aspx?detail=55>, 07.03.2017.

18 Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği, <http://www.cetad.org.tr/news.aspx?detail=55>, 07.03.2017.

19 Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği, <http://www.cetad.org.tr/news.aspx?detail=55>, 07.03.2017.

16 RG. 08.12.2001, No: 24607.

si, cinsel kimliğin, cinsel tercih ve faaliyetlerin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddesi tarafından korunan alanlardan biri olduğunu kabul etmektedir<sup>20</sup>.

Mahkemenin cinsel kimliğe yönelik bakış açısını ortaya koyan davalar daha çok transseksüellerin (cinsiyet değiştirenlerin) durumlarına ilişkindir. Mahkeme özel hayatın tanımlanmaya elverişli olmayan geniş bir kavram olduğunu bu tür davalarda da tekrar ettikten sonra, maddenin özel hayat kapsamı içerisinde cinsel kimliğin, cinsel yönelimin ve cinsel hayatın yanında diğer insanlarla ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek hakkını da koruduğunu ifade etmektedir. Mahkeme bu anlamda, 8 inci madde kapsamına kişisel özerkliği de eklemiştir.

Buna göre, Mahkeme kişisel özerklik (kendini belirleme) hakkının en temel unsurlarından birinin "kişinin kendini kadın ya da erkek olarak tarif etme özgürlüğü" olduğunu kabul etmekte ve bu durum dikkate alınmamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık oluşturacağını ifade etmektedir<sup>21</sup>. Mahkemeye göre, toplumun bir kesiminin eşcinselliği ahlak dışı görmesi ve bu durumu kabullenememesi de tek başına bu tür davranışların yasaklanmasını gerektirmemektedir<sup>22</sup>.

Görüldüğü üzere, kişinin cinsel hayatının da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddesi kapsamında yer alan unsurlardan biri olduğuna şüphe bulunmamaktadır. Ancak Mahkemece de kabul edildiği üzere, tüm cinsel aktiviteler özel hayat kapsamında değerlendirilemeyecektir. Birtakım cinsel ilişki biçimlerinin düzenlenmesi ve yaş, sağlık, ahlak gibi gerekçelerle sınırlandırılması "demokratik bir toplumda gerekli olma" ölçütüne uygun olup, sözleşme tarafı devletlerin takdir

yetkisinde olacaktır buna göre, bu tür ilişkilerin yasaklanması ve yaptırıma bağlanması, özel hayatın ihlali olarak kabul edilmeyecektir<sup>23</sup>.

## II- Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimlerin Bir Fesih Sebebi Sayılıp Sayılamayacağı

### A- Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 158 sayılı ILO Sözleşmesinin ilgili hükümleriyle örtüşen 18 inci maddesinde "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda" olduğunu belirten bir ifade yer almaktadır. Sonuç olarak, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işverenin en az altı aylık kıdemi olan işçisinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshedebilmesi için, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu 25 inci maddesinde de işverenin haklı sebeple fesih hakkını düzenlemektedir. Buna göre işveren; işçinin iş sözleşmesini sağlık sebepleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, zorlayıcı sebepler ile işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması durumlarında bildirim yapılmadan feshedebilecektir.

Çalışmamızın konusu kapsamında, işçinin iş sözleşmesinin İK'nun 17 inci maddesi uyarınca feshedilmesinde dayanılabilecek olan Kanunun 18 inci maddesinde sözü edilen işçinin yeterliliği ve işletmenin, işyerinin veya işin gereklerin-

20 Laskey, Jaggard & Brown- İngiltere davası, 19 Şubat 1997 tarihli 21627/93, 21826/93 ve 21974/93 sayılı kararlar, KILKELLY, s.23.

21 S. and Marper İngiltere davası, 04.12.2008 tarihli ve 30562/04, 30566/04 sayılı kararları; Perry, İngiltere davası 17.07.2003 tarihli ve 63737/00 sayılı kararı; Schüth Almanya davası, 23.09.2010 tarihli ve 1620/03 sayılı kararı, KILKELLY, s.23.

22 Norris v. İrlanda davası, 26.10.1988 tarihli ve 10581/83 sayılı kararı, KILKELLY, s.20.

23 SALİHPAŞAOĞLU, s.233; Bkz. Stubing Almanya davası, 12.04.2012 tarihli ve 43547/08 sayılı Kararı, Dudgeon İngiltere davası, 22.10.1981 tarihli ve 7525/76 sayılı kararı, KILKELLY, s.21.

den kaynaklanan geçerli sebepler ile İş Kanunu 25 inci maddesinde düzenlenmiş bulunan sağlık sebeplerinden, zorlayıcı sebeplerden ve işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması halinden kaynaklanan haklı sebepler inceleme dışında tutulabilecektir.

Bu anlamda, çalışmamızda, işçi davranışları kapsamında işçinin özel hayatının, aile hayatının ve cinsel yönelimlerinin, İş Kanunu'nun 18 inci maddesinde sözü edilen işçinin davranışlarından kaynaklanan bir geçerli sebep veya İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II numaralı alt bendinde düzenlenen ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri kapsamında bir haklı sebep oluşturup oluşturmayacağı incelenecektir.

## **B- İş Sözleşmesinin İşverence İşçi Davranışları ile Feshedilmesinde Geçerli Sebep - Haklı Sebep Ayırımı**

### **1- Genel Olarak**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, iş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından bildirimli olarak feshedilmesinde, işverence dayanılabilecek geçerli sebeplerden biri de, İK. m.18'de işçinin davranışları olarak gösterilmiştir. Bir başka deyişle, işveren iş sözleşmesinin bildirimli feshinde işçinin bazı davranışlarını geçerli sebep olarak kullanabilecektir.

Bununla beraber, işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilecek davranışlar, İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II numaralı alt bendinde yer alan Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri kapsamındaki davranışlar ağırlığında olmayan davranışlar olacaktır<sup>24</sup>. Bir başka ifade ile, işçinin geçerli bir feshe sebep olabilecek davranışlarının 4857 sayılı Kanun'un 25 inci maddesinin II numaralı alt bendinde yer alan işçinin Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri kapsamındaki davranışlarından farklı olduğu ifade edilebilecektir.

24 Yarg. 9. HD. 29.11.2010 t. E. 2009/35448, K. 2010/34835.

Yargılama sırasında bu sebeplerin ağırlıkları her olayın özelliğine göre değerlendirilerek, işçinin davranışı sonucunda, iş ilişkisine devam etmek işveren açısından iş ilişkisi çekilmez hale gelmişse, diğer bir anlatımla güven temeli çökmüşse, işverenin haklı sebeple derhal fesih hakkının doğduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

Buna karşılık, işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelinin çökertilecek ağırlıkta bulunmamasıyla, iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu sebeple iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa, 4857 sayılı İş Kanun'un 18/1 inci maddesi anlamında davranışlardan kaynaklanan bir geçerli sebebin varlığı kabul edilebilecektir<sup>25</sup>.

### **2- Feshe Sebebiyet Verebilecek İşçi Davranışı**

Kelime olarak, davranmak işi ya da biçimi, tutum, muamele veya hareket olarak tanımlanabilecek olan davranış<sup>26</sup>, organizmanın gözlenebilir ya da ölçülebilir eylemleridir. Ağlamak, kahkaha atmak, koşmak, selam vermek, konuşmak, tacizde bulunmak, işe sık sık geç gelmek gibi fiiller birer davranıştır. Davranışların bir kısmı dışarıdan gözlenebileceği gibi, sevinme, kıskanma, kızma, yalan söyleme gibi kimi davranışlar ise dışarıdan gözlenemez<sup>27</sup>. Bu anlamda davranışlar; bir organizmanın gösterdiği her türlü tepki, organizmanın çevrede ya da çevreyle olan ilişkisinde değişiklik yaratan eylemler olarak gerçekleşmektedir<sup>28</sup>.

İşçilerin kişiliklerine bağlı olarak belirli olaylar karşısındaki davranışları, amaçlarına, inançlarına, eğilimlerine, ihtiyaçlarına ve güdülerine bağlı olarak değişebilecektir. Buna göre, içinde yaşadığı

25 Yarg.22.HD. 04.03.2014 t. E.2014/4769,K.2014/4820, Yarg.22. HD. 26.02.2015 t. E.2015/3480, K.2015/8273.

26 TÜRKÇE SÖZLÜK; Türk Dil Kurumu, C. 1, Ankara, 1992, s.341.

27 ATAMAN, Ayşegül; Gelişim ve Öğrenme, Gündüz Eğitim ve Yayıncılık, Ankara, 2005, s.283.

28 BUDAK, Selçuk; Psikoloji Sözlüğü, 2. Basım, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2003, s.191.

lan çevre, sosyo-ekonomik koşullar, kültürel yapı, yaşanılan deneyimler ve başkalarının davranışları ile ilgili olarak edinilen bilgi ve görgü ile olan karşılıklı etkileşim sonucu oluşmuş olan işçinin kişiliği, iş ilişkisi süresince onun davranış biçimlerini belirleyen en önemli etkenler arasında sayılabilecektir<sup>29</sup>.

Ancak iş ilişkisinin devamı süresince, işçinin herhangi bir davranışının sözleşmeye aykırı sayılıp sayılmayacağına tespitinde, işçinin içinde yaşadığı çevresi, sosyo-ekonomik koşulları, kültürel yapısı ve bunların etkisi ile oluşmuş olan kişiliğinden ziyade, davranışın toplumsal algılama sonucu iş ilişkisinde ortaya çıkarttığı sonuç objektif olarak dikkate alınacaktır. Bu anlamda, işçinin belirli bir davranışta bulunması, içinde yaşadığı çevresi, sosyo-ekonomik koşulları, kültürel yapısı ve kişiliğinin bir sonucu olarak doğal kabul edilse bile, işveren bu sebepleri göz önüne alarak bu davranışa katlanmak zorunda olmayacak, her hangi bir uyumsuzlukta hakim işçinin kişiliği ve yaşam koşullarından ziyade iş ilişkisinin sürdürülebilir olup olmadığını tespit edecektir<sup>30</sup>.

İşçinin davranışları, işyerindeki hatta bazı hallerde işyeri dışındaki bütün eylemlerini (etki ve tepkilerini) karşılayan bir kavramdır. Bu anlamda, söz konusu bu davranışlar, işçinin işverene, işyerindeki arkadaşlarına, müşterilere kısaca dış dünyaya karşı gösterdikleri bedensel, sosyal ve psikolojik tepkilerin bütünüdür. Davranış biçimlerinin standart ve tüm işçilerde aynı olması mümkün değildir, her işçinin belirli bir durum karşısında nasıl davranacağı, kendisinin yetenek, tutum, beceri, bilgi ve alışkanlıklarına bağlı olacaktır. Bu yüzden, işçi davranışının söz konusu olduğu olaylara ilişkin net kurallar koymak oldukça güçtür. İşçi davranışının her somut olayda ayrıntılı olarak ele alınması ve incelenmesi, işverene, iş arkadaşlarına, müşterilere ve de en önemlisi iş ilişkisine olan etkilerinin değerlendirilmesi gereklidir<sup>31</sup>.

Zira, yapılan değerlendirme sonucu ortaya çıkan sonuç, söz konusu davranışın bir fesih sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceğini, şayet kabul edilecekse bunun geçerli bir sebep mi yoksa, haklı bir sebep olarak mı kabul edileceğini gösterecektir.

Davranışın ağırlığı, içeriği iş sözleşmesi ile olan ilişkisi, iş ilişkisine olan ya da olabilecek etkileri hep bu değerlendirme içerisinde yer alacaktır. Burada da yine ölçü olarak Türk Medeni Kanunu'nda yer alan iyiniyet ve hakların kötüye kullanılması esasları göz önünde tutulabilecektir. İşçiler farklı kişilik özelliklerine, farklı eğitim düzeylerine, farklı kültürlere ve farklı ihtiyaçlara sahip kişiler olsalar da, kendilerinden beklenecek olan davranış; aslında her toplumda değişebilecek olan, ancak iş ilişkisi açısından işin yapıldığı ülkedeki toplumca kabul görmüş, toplumsal kurallara, ahlak kurallarına ve hatta bazı hallerde din kurallarına uygun olan davranışlar olacaktır. Ancak davranışa sebep olan faktörlerin de tamamen değerlendirme dışı tutulması adil olamayacaktır. Şöyle ki, davranışın temel kaynağı ihtiyaç, güdü, psikolojik ve sosyal uyarılar olmasına rağmen, davranışı etkileyen ve farklı şekillerde ortaya çıkmasına sebep olan faktörlerden biri algılar, diğeri de öğrenmedir. Söz konusu bu faktörler, davranışın nasıl şekillenerek ortaya çıktığını, davranışın ardında yatan temel sebebi gösterebilmektedir<sup>32</sup>.

İşverenin iş sözleşmesini bildirimsiz feshinde "haklı sebep" olarak kabul edilecek işçi davranışları İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II numaralı bendinde yer alan işçinin Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında gösterilmiştir. Buna göre işveren işçinin iş sözleşmesini;

- İşçinin iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde

29 BARUTÇUGİL, İsmet; Organizasyonlarda Duyguların Yönetimi, 2. Basım, Kariyer Yayıncılık, İstanbul, 2004, s.14-15.

30 BARUTÇUGİL, s.14-15

31 ÖZKALP, Enver; Davranış Bilimleri ve Organizasyonlarda

Davranış, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, No:249/169, İ.T.İ. Akademisi Basımevi, Eskişehir, 1982, s:43.

32 ÖZKALP, s:43-44.



bulduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması.

- İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması.
- İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması.
- İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması.
- İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.
- İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi.
- İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi.
- İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaktan ısrar etmesi.
- İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması ve bu hallerde benzer hallerde bildirimiz olarak feshedebilecektir. Maddede yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uyma-

yan haller ve benzerleri ifadesinden, haklı sebep sayılacak bu hallerin sınırlayıcı olmadığı benzer durumların da haklı sebep sayılacağı anlaşılmaktadır.

İşverenin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde "geçerli sebep" olarak kabul edilebilecek işçi davranışları ise, İş Kanunu'nun 25 inci maddesi gereğince haklı sebeple derhal feshe neden olacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen ve işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen türden davranışlar olacaktır<sup>33</sup>.

İş Kanunu'nun gerekçesinde davranışlardan kaynaklanan geçerli sebeplere örnek olarak, işverene zarar vermek ya da zararın tekrarı tedirginliğini yaratmak; işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışma arkadaşlarından borç para istemek; arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak; işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek; işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek; işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak; sık sık işe geç gelmek ve işini aksatarak işyerinde dolaşmak; amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi haller örnek gösterilmiştir,

Mevcut uyuşmazlıklarda, işçinin davranışlarından kaynaklanan haklı sebepler ile geçerli sebepler ayrımı yapılırken örneklerden hareket etmektense, ölçütlerden yola çıkmak daha doğru olacağından, uygulamada Kanunun gerekçesinde yer alan esaslar ve doktrindeki görüşler çerçevesinde ayrımı netleştirecek ölçütler oluşturulmaya çalışılmaktadır<sup>34</sup>.

33 Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/35834 K. 2008/11440, Yarg. 9. HD.14.04.2008 t. E. 2007/31244, K. 2008/8700, Yarg. 9. HD.21.04.2008 t. E. 2008/13259, K. 2008/9242, Ayc. Bkz. EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş /ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 7.Bası, İstanbul 2016,s.193 vd. ÇELİK, Nuri /CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29 uncu Bası, Eylül 2016, s.390 vd.; DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları İşliğinde İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2016, s.302 vd.

34 KAR, Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması, (2008 Yılı Emsal

İş Kanunu'nun 25 inci maddesinde sözü edilen haklı sebep oluşturacak işçi davranışlarına benzer davranışların da haklı sebep sayılabileceği gibi, İş Kanunu'nun gerekçesinde örnek olarak verilmiş olan işçinin davranışlardan kaynaklanan geçerli sebepler de çoğaltılabilecektir. Bu anlamda, işveren, işveren vekilleri ve işçiler hakkında işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde dedikodu yapmak, işverenin kapısını dinlemek, işyerinde iş güvenliğini tehlikeye düşürme de sigara içme yasağına uymamak, işveren tarafından verilen veya sağlanan eğitime katılmamak, yeni iş yöntemlerini öğrenmekten kaçınmak, işverenin müşterilerine saygısız ve nezaketsiz davranmak, kötü şakalar yapmak, müşterilerin haklı şikâyetlerine yol açmak, işçi ile işveren ilişkisinin işin niteliği gereği karşılıklı sıkı bir güveni gerektirmesi halinde işçinin işverenden habersiz yeni bir iş araması gibi davranışlar, objektif bir değerlendirme sonucunda işverenin güvenini sarsacak ve iş ilişkisinin sürdürülmesini makul ölçüler içinde beklenemez kılacak nitelikte ise, geçerli fesih sebebi sayılabileceklerdir<sup>35</sup>.

Davranıştan kaynaklanan geçerli sebep, işçinin iş görme borcunu kendisinden (davranışından) kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve işgörme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebeptir<sup>36</sup>. Bir başka ifade ile, işçinin davranışlarından doğan geçerli sebep kavramı; haklı sebep sayılacak düzeyde ağır ve ciddi kusur içermeyen, bununla birlikte iş ilişkisinin devamını önleyecek derecede olumsuzluk yaratan kusurlu eylemlerden oluşan ve iş sözleşmesinin feshini sosyal açıdan geçerli kılan haller olarak tanımlanabilecektir<sup>37</sup>.

Bu anlamda, davranışlardan doğan geçerli sebepten söz edilebilmesi için, işçinin davranışının

Kararları ile), Ankara 2009, s.237.

35 KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal; İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s.407, SÜZEK, Sarper İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Legal Yayınları, 2005, s. 525, KAR, s.272-273.

36 ŞAKAR, Müjdat; Gerekçeli ve İçtihatlı, İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2009, s.247.

37 KAR, s.237.

işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemesi ve iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte olması gerekecektir. İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemeyeceği bu gibi durumlarda, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilecektir<sup>38</sup>. Bir başka anlatımla, işçinin davranışlarından kaynaklanan fesihle kullanılabilecek geçerli bir sebebin varlığından söz edebilmek için, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesi gerekmektedir<sup>39</sup>.

Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekmektedir. İşçinin yükümlülüklerinin kapsamı bireysel ve toplu iş sözleşmesi ile kanuni düzenlemelerde belirlenmiştir. İşçinin yükümlülükleri yan yükümlülükleri de içerir. Yan yükümlülükler itaat borcu, günümüzde dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Buna göre, iş görme edimi dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde ifa edilmelidir<sup>40</sup>.

Ancak, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa, işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak sayılamayacaktır<sup>41</sup>. Söz konusu olacak davranış sonucunda, iş ilişkisinin etkilenmesi ve işverence, iş ilişkisinin sürdürülebilmesinin beklenmesi söz konusu olmamalıdır<sup>42</sup>. Ancak böyle bir durumda iş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynak-

38 KAR, s.262-263.

39 KESER, Hakan; 4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Güncellenmiş 3 üncü Baskı, Ankara 2016, s.210.

40 Yarg.7. HD. 06.05.2014 t. E.2014/6016,K.2014/9858, Yarg.9. HD. 11.09.2013 t.E.2013/ 6458,K.2013/22020, Yarg. 7. HD. 01.07.2014 t. E.2014/9128,K.2014/14954, Yarg.9. HD. 07.03.2013 t. E.2012/29826,K.2013/8170.

41 Bkz. İş Kanunu m.18 gerekçesi.

42 DEMİR, Fevzi; Geçerli Sebep Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.10, 2006, s. 476; Yarg. 9. HD. 09.06.2008 t. E. 2007/39410 K. 2008/14508, Yarg. 9. HD.14.04.2008 t. E. 2007/31244, K. 2008/8700, Yarg. 9. HD.24.03.2008 t. E.2007/27673, K.2008/5995.

lanan geçerli bir sebeple feshinden söz edilebilecektir<sup>43</sup>.

İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır. Ancak böyle bir durumda, işçinin iş sözleşmesinin ihlalinin işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığına incelenmesinin dışında, işçinin isteseydi ihlal etmiş olduğu yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağına da belirlenmesi gerekecektir<sup>44</sup>.

Geçerli sebep teşkil edecek davranışların önceden tespiti gerçekten kolay değildir. Zira, normalde mazur görülebilecek bir fiilin tezahür şekline göre geçerli bir sebep oluşturması söz konusu olabileceği gibi, zarar doğurmayan veya bireysel olarak değerlendirildiğinde ciddi sonuçları olmayan bazı ihlallerin, tekrarlanmak suretiyle, o veya bu şekilde, ciddi sonuçlara yol açması mümkün olabilecektir.

Bu anlamda davranışın ciddiyet derecesi; tekrarlanma sayısı, daha önce bu veya başka nitelikte bir davranışın bulunup bulunmaması, işçinin önceden uyarılıp uyarılmaması veya böyle bir uyarıya gerek olup olmaması gibi unsurların değerlendirmesi sonucu belirlenebilecektir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebepleri değerlendirilirken, işverenin işyerinde düzeni ve disiplini sağlama hakkının ve işçilerin birtakım kurallara uymamalarına göz yummasının, zaman içerisinde daha önemli kurallara uymama eğilimi ile sonuçlanabileceğinin de dikkate alınması gerekmektedir<sup>45</sup>.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan gerek haklı sebepler, gerekse geçerli sebepler her zaman kusura dayalı eylemler olmalıdır. Bununla birlikte kusurun ağırlığına göre haklı sebep, geçerli sebep ayrımı yapılabilecektir. Buna göre ağır ve ciddi kusur içeren davranışlar haklı sebepleri ortaya çıkarken, hafif kusurlu fakat hoş görülemeyen davranışlar geçerli sebepleri oluşturacaktır. Buna karşın, objektif olarak makul karşılanabilir hafif kusurlu davranışlar ise, fesih için geçerli sebep sayılamayacaklardır<sup>46</sup>. Bununla birlikte işçinin her kusurlu eylemi de geçerli neden sayılamayacak, bunun için kusurlu eylemin işyerinde olumsuzluklara yol açıp açmadığının araştırılması gerekecektir. Kusurlu davranış işyeri ile ilgili olsun ya da olmasın, eğer iş ilişkisinde belirgin bir olumsuzluğa yol açıyorsa geçerli sebep sayılacaktır<sup>47</sup>.

Diğer yandan, işçinin davranışından kaynaklanan haklı sebeplerin her zaman ve her durumda iş ilişkisi, işveren ve işyeri ile ilgili nedenler olması gerekirken, yani işçinin ağır ve ciddi kusurlu eyleminin iş ilişkisini veya işvereni ya da işyerini hedefleyen bir nitelik taşıması gerekirken, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli sebebin böyle bir koşul taşıması zorunlu olmayacaktır<sup>48</sup>.

Bunun dışında davranışlardan kaynaklanan haklı sebep-geçerli sebep ayırımında ölçülülük ilkesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre, hakim feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir<sup>49</sup>. Bu anlamda,

43 Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/35834 K. 2008/11440, Yarg. 9. HD.14.04.2008 t. E. 2007/31244, K. 2008/8700, Yarg. 9. HD.21.04.2008 t. E. 2008/13259, K. 2008/9242, Yarg. 9. HD.21.04.2008 t. E. 2008/11193, K. 2008/9563, Yarg. 9. HD.21.04.2008 t. E. 2007/ 31257, K. 2008/9580.

44 Yarg.7. HD. 06.05.2014 t. E.2014/6016, K.2014/9858, Yarg. 7. HD. 01.07.2014 t. E.2014/9128, K.2014/14954, Yarg. 22. HD. 04.02.2014 t. E.2013/36752, K.2014/1371, Yarg. 9. HD. 03.04.2014 t. E.2014/165, K.2014/11232, Yarg. 7. HD. 01.07.2014 t. E.2014/9128, K.2014/ 14954.

45 EKMEKÇİ, Ömer;4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, MERCEK Ekim 2002, Y:7, S:28 s. 101.

46 "Alışkanlık haline gelmemiş ve süreklilik arz etmeyen gecikmeler fesih için yeterli olmayan kusurlu eylem kabul edilebilecek iken, alışkanlık haline gelmiş işe geç kalma eylemi geçerli neden sayılabilecektir. KAR, s.238

47 Yarg 9. HD.31.01.2005 t. E. 2004/17355, K.2005/2619, KAR, s.238, dn.132

48 KAR, s.236

49 SÜZEK, s. 518, ALP Mustafa; İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5 S:1, 2003, s.15 vd. Bkz. Yarg. 9. HD. 01.12.2008 t. E.2008/ 6259 K.2008/32583, KAR, s.238, dn.133

ölçülülük ilkesi uyarınca, fesihle seçilen ve uygulanan yöntemin, takip edilen amaçla mukayese edildiğinde açıkça orantısız olmaması gerekirken, müdahalenin ağırlığı ile onu haklı kılan sebeplerin önemi ve ağırlığı arasında bir tartım yapılmalıdır<sup>50</sup>. Böylece işçinin davranışı, işçiye bir disiplin cezası verilerek geçirilebilecek nitelikte bir davranış ise, artık fesihle geçerli sebepten söz edilmesi imkanı olmayacaktır<sup>51</sup>

Bu anlamda, davranıştan kaynaklanan geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında söz konusu olabilecek, çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif bir çare olarak gündeme gelebilecektir. Ancak bu önlemin uygulanabilmesi, işveren açısından olanaklı olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlı olacaktır<sup>52</sup>.

### 3. İşçi Davranışı Olarak Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimlerin Değerlendirilmesi

İşverenin iş sözleşmesini bildirimlessiz feshinde "haklı sebep" olarak kabul edilecek işçi davranışları İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II numaralı bendinde yer alan işçinin Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında sayılan durumlar incelendiğinde işçinin özel hayatı, aile hayatı ve cinsel yönelimlerine ilişkin davranışlarının işverene iş sözleşmesini haklı sebep ile feshi imkanını vereceğini söyleyebilmek kanımızca mümkün olmayacaktır.

Zira bendin başlığı her ne kadar ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri olsa da, özel hayatı, aile hayatını ve cinsel yönelimleri mad-

dede sayılan dokuz durum ile benzer olarak dahi ilişkilendirebilmek mümkün görülmemektedir.

Cinsel yönelim ifadesi ilk anda akla İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II numaralı bendinin c alt bendinde düzenlenen işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması haklı sebebinin getirirse de, yukarıda da açıklandığı üzere cinsel yönelim ile cinsel taciz arasında kural olarak bir bağlantı bulunmamaktadır.

Zira cinsel yönelim, kişideki cinsel duygu, istek ve davranışların belli bir cinsiyete çekimini ifade etmektedir. Cinsel taciz ise, insan onurunu ihlal etme amacına yönelen veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen her türlü cinsel nitelikte sözlü veya sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış ile korunmakta olan bireyin kişisel haklarının ihlal edilmesidir<sup>53</sup>. Buna göre bir işçinin cinsel yönelimi, diğer bir işçiye rahatsız edecek bir boyuta ulaşmadığı, işçinin cinsel yönelimi, cinsel tacize dönüşmediği sürece 25 inci maddenin II nci bendi kapsamında bir haklı sebebinin oluştuğundan söz edilemeyecektir.

İşçinin özel hayatı, aile hayatı ve cinsel yönelimlerine ilişkin davranışlarının işverence iş sözleşmesinin feshinde işçinin davranışlarından kaynaklanan bir geçerli sebep olarak kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin bir düzenleme de 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almamaktadır. Ancak, 4857 sayılı İK'nun 18 inci maddesinin gerekçesinde işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeplere örnek olarak verilen haller arasında yer alan bir sebep olan, "işçinin işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmesi" durumu, bazı hallerde işçinin özel hayatının, aile hayatının ve cinsel yönelimlerinin işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep oluşturabileceğini göstermektedir.

50 Yarg. 9. HD., 01.12.2008 t., K.2008/6259, E. 2008/32583, KAR, s. 242.

51 KAR, s.609; "İş akışının bozulması ve çalışma sistemindeki uyumsuzluklar geçerli fesih nedenidir. Davacının 10 yıllık işçi olduğu göz önüne alındığında yapılan fesih ölçülülük ilkesine göre ağır bir sonuçtur." Yarg. 9. HD. 02.07.2010 t. E. 2010/20186 K. 2010/21596.

52 KAR, s.262-263; "Ancak işçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkanı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarında değişiklik feshi düşünülebilir." Yarg. 9. HD. 13.07.2009 t. E. 2008/ 39805, K. 2008/20726; Yarg. 9. HD. 29.11.2010 t. E. 2009/35448, K. 2010/34835.

53 EVREN Öcal Kemal; İş Hukukunda Cinsel Taciz, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y:3 S:28 Aralık 2008, s.19-28; ERGİN, Berin: "Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar-Taciz ve Çalışma Hayatı", Sicil, MESS Yayınları, Eylül 07, 7. Sayı, s. 145.; ARTUK, Mehmet Emin: "Cinsel Taciz Suçu (TCK. M. 105)", Çalışma ve Toplum, 2006-4, 11.

Aslında, gerekçede yer alan bu ifadenin tam olarak neyi kast etmiş olduğu anlaşılacakla birlikte, kanımızca uygulamada karşılaşılabilecek işçinin özel hayatına, aile hayatına ve cinsel yönelimlerine ilişkin bazı durumlar bu ifade kapsamında sokulabilecektir. Buna göre, işyerlerinde çalışan bekar işçiler veya evli işçiler arasında ortaya çıkabilecek duygusal ilişkiler ya da alışlagelmiş dışında olabilecek farklı cinsel tercihlere dayalı olarak yaşanabilecek ilişkiler bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

İşçinin davranışlardan kaynaklanan geçerli bir sebepten söz edilebilmesi için, işçinin davranışının işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemesi ve iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte olması gerekeceğinden, işçinin meslek dışı, iş ilişkisini ilgilendirmeyen özel hayatına ilişkin davranışlarının, tercihlerinin, kusurlarının ve hatalarının kural olarak iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilemeyeceği ifade edilebilecektir. Zira ilk bakışta, söz konusu tüm bu durumların iş ilişkisi ile bağlantısının olmayacağı düşünülebilecektir.

Ancak işçinin iş ilişkisini ilgilendirmeyen özel hayatına ilişkin davranışlarının, tercihlerinin, kural olarak iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep oluşturmayacağı esasının istisnaları da bulunmaktadır. Zira, işçinin meslek dışı, iş ilişkisini ilgilendirmeyen özel hayatına ilişkin davranışları ve tercihleri, işçinin görevi ve işletmenin kendine özgü amacı çerçevesinde işyerinde "belirgin bir karışıklık, huzursuzluk veya sorun" yaratıyorsa bu durumda iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebileceğinden söz edilebilecektir.

Bununla beraber, işçinin özel hayatına ilişkin davranışları ve tercihlerinin yani, isminin, cinsel kimliğinin, etnik kimliğini, yaşam biçiminin, görünümünün, üçüncü şahıslarla olan ilişkilerinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilmesi için, bu davranış ve tercihlerin işyerinde belirgin şekilde soruna yol açtığı veya işveren ile olan güven ilişkilerini zedelediğinin objektif ve somut yazılı ya da sözlü

her türlü kesin delille<sup>54</sup> ortaya konulması ve ispat edilmesi gerekmektedir<sup>55</sup>.

### III- Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi ile Yapılan Fesihlerin Geçerliliği

#### A- Özel Hayata İlişkin İşçi Davranışlarının Sözleşme Hükümleriyle Kısıtlanmasına Aykırılık Sebebi ile İş Sözleşmesinin Feshi

Bilindiği üzere, mevzuatımızda işyeri çalışanları arasındaki özel ilişkileri yasaklayan veya sınırlandıran herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak zaman zaman uygulamada aynı işyerinde çalışan işçiler arasındaki özel ilişkilerin çalışanların performansını olumsuz yönde etkileyebileceği veya işyeri çalışma düzenini bozacağı düşüncesi ile daha iş görüşmeleri aşamasında başlamak üzere, iş başvurusunda bulunan kişiler ile evlenmeleri ve çocuk sahibi olmaları konusunda çeşitli görüşmeler yapılmaktadır.

Bu görüşmelerde, kariyerlerinde yükselmelerinin ancak evlilik ve çocuk sahibi olma planlarını belirli bir süre ertelemeleri koşuluna bağlı olduğu belirtilmekte ve hatta bu durum daha da ileri gitmek suretiyle bireysel iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri ya da yazılı veya sözlü işveren talimatlarında da açıkça ifade edilebilmektedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, bir kimsenin hayatı, sağlığı, beden tamlığı, onuru, namusu, sırları, itibarı, özel hayatı, resmi ve ismi gibi tüm değerleri üzerindeki hakların tamamı kişilik haklarını oluşturmaktadır. Dar anlamda kişilik hakkı, haklara ve borçlara sahip olabilmeyi, hak ehliye-

54 Yarg. 9. H.D. 25.02.1998 t., E.1998/365, K.1998/2700.

55 Bu konuda kamera kayıtları, e-mail yazışmaları, cep telefonu mesajları, tanık beyanları, tanzim edilen tutanaklar, işçinin verdiği yazılı savunma, şikayet dilekçeleri ve duygusal ilişki yaşayan işçinin Karakolda ya da Savcılıkta verdiği ifadeler en önemli ispat araçları arasında yer almaktadır. ERGİN, Hediye; İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2015, S.3, s.78.

tini ifade etmektedir. Geniş anlamda kişilik hakkı ise, hak ehliyetinin yanında, fiil ehliyetini, kişisel durumları ve kişilik haklarını da içine alan, son derece geniş kapsamı olan bir kavramdır.

Bilindiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kişilik haklarının sınırlanmasını engellemeye ve bu hakların korunmasına yönelik hükümler içermektedir. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23 üncü maddesi uyarınca, kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği gibi, özgürlüklerinden de vazgeçemeyecek veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmayacaktır.

Bu anlamda, bir kimsenin yapacağı bir sözleşme ile, işyerinde çalışan birisi ile ya da herhangi biriyle evlenme veya çocuk sahibi olma hakkından belirli süre ya da süresiz olarak vazgeçmeyi taahhüt etmesi, o kimsenin hak ehliyetinden kısmen ve geçici de olsa vazgeçmiş olması anlamına gelecektir. Oysa TMK'nun 23 üncü maddesi uyarınca, kişinin hak ehliyetinden vazgeçmesi mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, hak ehliyeti Türk Hukuk sisteminde Anayasal korumanın yanında Türk Medeni Kanunu hükümlerince de korumaya alınmış durumdadır. Bunun gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da "Sözleşmenin Sona Ermesi" başlıklı 430 uncu maddesinde, hak ehliyetinin uzun bir süre sınırlandırılmasının önüne geçerek, kişilik haklarından vazgeçilemeyeceği kuralının uygulamasına bir anlamda hizmet etmektedir. Buna göre, belirli süreli bir hizmet sözleşmesinde, on yıldan daha uzun bir süre kararlaştırıldığında taraflardan her biri on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyararak sözleşmeyi feshedebilecektir.

Gerçekten de hukuk sistemi bütününde ele alındığında, bir davranışın, işlemin, eylemin bir kimsenin kişilik haklarına objektif olarak bir saldırı teşkil etmesi durumunda bu durum hukukun farklı dalları açısından esasta aynı, ancak yaptırımsal açıdan farklı olarak değerlendirilebilecektir. Bu anlamda, her hukuk dalı niteliği itibarıyla kişilik hakkına yapılan saldırıya farklı sonuçlar bağlayacaktır. Bu anlamda, Medeni Hukuk bu tür

bir saldırıya "tazminat" veya "fiilin durdurulması" sonucu bağlarken, Ceza Hukuku böyle bir saldırıya ceza yaptırımı uygulayacak, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku ise, taraflar arasındaki iş ilişkisinden doğan hakları belirlerken, bu tür bir saldırının olup olmadığını değerlendirerek yapılan düzenlemeleri gerektiğinde geçersiz sayacak, gerektiğinde sınırlandıracaktır.

Bir başka anlatımla, bir kimsenin kişilik haklarına yapılan bir müdahale Türk Ceza Kanunu anlamında bir suç teşkil etmese bile hukuka aykırı bir davranış olarak değerlendirilebilecektir. Zira, bir eylem ancak Türk Ceza Kanunu'nun bir maddesinde suç olarak tanımlanmış ve bu eyleme bir ceza getirilmişse, bir ceza yaptırımı ile karşılaşacaktır. Bu sebeple kişilik haklarına yönelik müdahaleler, ancak belli bir ağırlığa, Türk Ceza Kanunu'ndaki suç tanımına ulaşmış ise, suç olarak görülüp Türk Ceza Kanunu uyarınca cezalandırılabilir. Ancak bir eylemin Türk Ceza kanunu anlamında suç oluşturmaması, Medeni Hukuk ve İş Hukuku açısından karşılaşılan uyuşmazlıklarda hukuka aykırı bir müdahale olarak değerlendirilmesine ve uyuşmazlıkların bu husus dikkate alınarak çözümlenmesine engel olmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, kanımızca, doktrinde de ifade edildiği üzere, işyeri çalışanları arasındaki özel ilişkiler, işverence iş sözleşmesine konulan hükümlerle ya da sözlü/yazılı talimatlarla yasaklanmış olsa bile, bu tür bir yasaklama Türk Medeni Kanunu'nun 23 üncü maddesi de dikkate alındığında, özel hayata yani kişilik haklarına müdahale anlamına geleceğinden, ilişki işyeri çalışmalarını aksatmadığı ve çalışma düzenini bozmadığı süreçte işverene yasağa aykırı davranan işçilerin iş sözleşmelerini feshetme hakkı vermeyecektir<sup>56</sup>.

Zaten İş Hukuku'nun kendine özgü niteliği dikkate alındığında, söz konusu ilişki işyeri çalışmalarını aksattığı ve çalışma düzenini bozduğu takdirde, bu tür bir yasak iş sözleşmesinde ya da sözlü/yazılı talimatlarda yer almasa bile, doğal olarak iş-

56 ALTINPINAR İlkay; İşyeri Aşk Akit Feshettirir Mi? İşçi Cinsiyet Değiştirirse Ne Olur? Yaklaşım Y:16, S:191, Kasım 2008, s.278-281; ERGİN, s.68 s.67-83.

verene geçerli sebeple iş sözleşmesini feshetme hakkı verecektir.

Bu anlamda, sadece işverence iş sözleşmesine konulan hükümlerle ya da sözlü/yazılı talimatlarla yasaklanmış olan çalışanlar arasındaki ilişkinin varlığı, bu yasağa uymayan içiler açısından fesih için bir geçerli sebep sayılmayacak zira, sözü edilen yasaklamaya ilişkin sözleşme hükmü geçersiz sayılacaktır.

## B- Bekar İşçilerin Özel Hayatları ve Özel İlişkileri Sebebi ile İş Sözleşmesinin Feshi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II numaralı alt bendinde yer alan "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı altındaki durumlar incelendiğinde, bir işyerinde çalışan bekar işçilerin iş sözleşmelerinin özel hayatları veya birbirleriyle olan özel ilişkileri sebebi haklı sebebe dayanarak bildirimsiz olarak feshedilemeyeceği ifade edilebilecektir.

Diğer yandan, işyerlerinde çalışan bekar bayan ve erkek işçilerin özel hayatları ve aralarında yaşanabilecek özel ilişkileri, şayet işlerini aksatmalarına, performanslarının olumsuz yönde etkilenmesine ve işyerine olumsuz bir yansımaya sebep olmuyorlarsa, işçilerin iş sözleşmelerinin feshinde geçerli sebep olarak da kabul edilemeyecektir.

Ancak buna karşılık, uygulamada işçilerin özel hayatı ve birbirleriyle olan özel ilişkilerine işverenlerce özellikle; dedikodular ve ilişkinin sona ermesi durumunda ilişkinin taraflarının aynı iş ortamında çalışmalarının doğuracağı olumsuzluklar göz önünde tutularak sıcak bakılmadığı bilinmektedir<sup>57</sup>. Kanımızca ortada fiili bir durum olmaksızın olası dedikodu ve olumsuzlukların varsayım olarak düşünülerek ve bu düşünceye dayanılarak yapılan bir fesih geçerli sebeple yapılmış bir fesih olarak değerlendirilemeyecektir.

Aslında Yargıtay da işçinin davranışının ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde geçerli sebep sayılabileceğinin ve işçinin sosyal

açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumunun işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa geçerli sebep sayılmayacağını altını çizerek, özel ilişkiler sebebi ile yapılan feshin haklı ya da geçerli sebebe dayanmayacağını ifade etmiştir<sup>58</sup>. Nitekim Yargıtay bu yönde vermiş olduğu kararlarda örneğin işyerinde kimsenin görmediği, sadece kamera kayıtları ile tespit edilen bir öpüşme<sup>59</sup> sebebiyle veya uzun yıllar işyerinde üst düzey bir yönetici ile olan ilişkisi bilinen bir işçinin iş sözleşmesinin, üst düzey yönetici işçinin işyerinden ayrılmasından sonra bu sebeple feshini<sup>60</sup>, söz konusu fiillerin işyerinde olumsuzluklara yol açmaması ve iş ilişkisinin devamını etkilemedikleri gerekçesi ile geçerli sebeple yapılmış feshler olarak kabul etmemiştir.

Ancak Yargıtay uygulamasına bakıldığında, bu gibi durumlar dışında, işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine olumsuz etkinin var olduğu kabul edilen hallerde, bekar işçilerin özel hayatları veya aralarındaki ilişkilerin zaman zaman 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II nci alt bendi kapsamında haklı sebep, zaman zaman da 18 inci maddesi kapsamında işçinin davranışlarından kaynaklanan bir geçerli sebep olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Bu anlamda Yargıtay, örneğin;

- İşçinin hastaneye gelen hastalarla gönül ilişkisi kurması nedeniyle şikayet edilmesini<sup>61</sup>,
- İşçinin özel hayatındaki ilişkilere banka çalışanlarından beklenen ciddiyetle yaklaşmamasını<sup>62</sup>,
- İşçinin işyerinde beraber çalıştıkları diğer işçi ile aralarındaki duygusal ilişkinin sona ermesi neticesinde profesyonel düzeyde iş ilişkisinin devam etmesinde problemler olmasını, başka bir işçi ile yakınlaşması

58 Yarg. 22. HD. 24.02.2014 t. E.2014/3872, K.2014/3503.

59 Yarg. 9. HD. 16.3.2009 t. E.2008/36337, K.2009/6945.

60 Yarg. 9. H.D. 21.11.2005 t. E.2005/33676, K.2005/36676.

61 Yarg.7. H.D., E.2014/5561, K.2014/14474, T.26.6.2014.

62 Yarg. 9. HD. 06.12.2010 t. E. 2009/37801 K. 2010/36261.

57 Bkz. GEÇER, Bekir; İşyeri Çalışanları Arasındaki Gönül İlişkilerinin Hizmet Akdine Etkisi Yaklaşım Dergisi, Y:14 S:168, Aralık 2006 s155-157.

ve bu işçiye karşı olumlu yönde ayrımcılık yapmasını<sup>63</sup>

geçerli sebep olarak,

- işyerinde ve çalışma saatleri içinde bir erkek işçi ile bayan işçinin kucak kucağa yakalanmalarını<sup>64</sup>,
- İşçinin kendisine bağlı olan çalışan işçi ile duygusal ilişki kurup kendisi ve diğer personel arasında ayrımcılık yapmasını, bu kişinin daha rahat çalışmasını sağlamasını<sup>65</sup>,
- İşçilerin departman içindeki hiyerarşik yapı içerisinde ast üst ilişkilerini hiçe sayarak gayri ahlaki ilişki yaşamaları ve bunu da işyerine yansıtma<sup>66</sup>,
- İşçinin, çalıştığı işyerinin bulunduğu binada yer alan misafirhaneye özel misafirini getirmesini<sup>67</sup>,
- İşçinin işyeri aracılığıyla ve başka bir işçi ile işverenin izni olmadan gezmeye çıkmasını<sup>68</sup>,
- İşçinin işyerinde çalışan başka bir işçi ile işyeri sınırları içinde ve/veya mesai saatleri içinde cinsel birliktelik yaşamasını<sup>69</sup>

ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin (II) numaralı alt bendinin (e) fıkrası kapsamında değerlendirerek, işçinin işverenin güvenini kötüye kullanmasından ya da ahlaka, doğruluk ve bağlılığa uymayan işçi davranışlarının sadakat borcuna aykırılık teşkil edeceğinden hareketle, işveren açısından iş sözleşmesinin bildirimsiz feshinde kullanılabilir bir haklı sebep olarak kabul etmiştir<sup>70</sup>.

Diğer yandan, Yargıtayın bekar işçiler arasında yaşanan özel hayata ilişkin davranışları zaman za-

man İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II'nci alt bendinin (d) fıkrası kapsamında değerlendirdiği de görülmektedir. Söz konusu fıkra işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşmasını, iş sözleşmesinin bildirimsiz feshinde haklı bir sebep olarak düzenlemektedir.

Sataşmak, bir kimseyi rahatsız edecek davranışta bulunmayı, musallat olmayı ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, iş sözleşmesinin feshinde haklı sebep olarak dayanılabilir olan "işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması" oldukça geniş içerikli bir ifadedir. İşçinin işverenin başka işçisine rahatsız edecek davranışta bulunması, işçinin iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilebilmesine neden olabilecektir. Nitekim, işçinin başka bir işçiye yöneltilmiş bulunan sataşması, işverene karşı olmamakla beraber niteliği gereği işyeri düzenini bozacak veya en azından bunu tehdit edecek, dolayısıyla işveren aleyhine bir durum yaratacaktır<sup>71</sup>

Yargıtay İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II nci bendindeki hallerin sınırlı sayıda olmadığını belirterek, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışlarının işverene fesih imkanı tanıyacağını ifade etmektedir. Buna göre, sataşma da sadakat borcuna aykırılığın özel bir hali olarak kabul edilmektedir.

Sataşmayı söz veya fiili tecavüz anlamına gelen bir hareket olarak tanımlayan Yargıtay, özel hayata ve işçiler arasındaki özel ilişkilere ilişkin birçok durumu bu kapsamda değerlendirmekte ve iş sözleşmelerinin haklı sebeple feshedilebileceği yönünde kararlar vermektedir. Bu anlamda, Yargıtay;

- Evli bir kadın işçi hakkında işyerinde başka bir işçi ile uygunsuz halde görüldüğü yolunda dedikodu çıkartılmasını<sup>72</sup>,
- İşçiler arasında basit bir şakalaşmanın ötesine geçen ilgili işçilerin özel hayatına iliş-

63 Yarg. 22.HD. 24.09.2014 t. E.2014/21677, K.2014/25434, Yargıtay kararı yeterli inceleme olmaması gerekçesi ile bozmuştur.

64 Yarg. 9. H.D., 25.12.2002, 10696/25071, AKYIĞIT, s. 1216

65 Yarg. 7. HD. 06.03.2014 t. E.2013/20680, K.2014/5507.

66 Yarg. 9.HD. 21.11.2016 t. E. 2016/12252, K.2016/20517.

67 Yarg. 9. HD., 08.11.2005, 2005/5379, K.2005/35371, Çil, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s. 1894.

68 NARMANLIOĞLU, Ünal ; Ferdi İş İlişkileri I, s.446-449; SÜZEK, s.713.

69 Yarg. 7. HD. 24.12.2014 t. E.2014/13113, K.2014/23193, Yarg. 9.HD. 02.10.2013 t. E.2011/27562, K.2013/24805.

70 Yarg. 9.HD. 21.11.2016 t. E. 2016/12252, K.2016/20517

71 ERTÜRK, Şükran İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları Ve Hukuki Dayanakları, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye ARMAĞAN, İzmir 2001, s. 59-78.

72 Yarg. 22. HD. 24.03.2015 t. E.2015/7794, K.2015/11301.



- kin olan ve kişilik haklarını zedeleyecek nitelikteki açıklamaları, söz ve davranışları<sup>73</sup>,
- Kayıp bir kısım para ve eşyalar hakkında yürütülen soruşturma sırasında diğer bir işçinin özel hayatı hakkında işverene bir takım olumsuz beyanlarda bulunulmasını<sup>74</sup>,
  - İşçinin bir başka işçiye işyerinde "seni seviyorum" demesini<sup>75</sup>,
  - Aralarında özel ilişki bulunan işçilerin işyerlerinde kıskançlık kaynaklı olarak birbirlerine fiziki saldırıda bulunmalarını<sup>76</sup>,

içerik olarak sataşma niteliğinde saymış ve ilgili işçilerin iş sözleşmelerinin haklı sebeple bildirimsiz olarak feshedilebileceği yönünde kararlar vermiştir.

Buna karşılık Yargıtay, işyeri dışında ve işyeri dışındaki kişilerle yaşanan cinsel birliktelikleri de işyerine olumsuz yansımaya olduğunda İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin IV üncü bendi kapsamında haklı fesih sebebi olarak kabul etmektedir. Ancak bilindiği üzere, İK.m.25/IV İşçinin gözetimine alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması halinde iş sözleşmesinin feshinde bir haklı sebep olarak düzenlemiştir. Bu anlamda, bu maddeye göre fesih yapılabilmesi için ancak işyeri dışında yaşanan bir cinsel birliktelik sonucunda işçinin gözetimi veya tutukluluk süresinin 17 nci maddedeki ihbar süresini aşması gerekecektir. Aksi halde işyeri dışında yaşanan bir cinsel birliktelik işyerine olumsuz yansıyor ise, bu durumda işçinin iş sözleşmesi ancak işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep ile feshedilebilecektir<sup>77</sup>.

73 Yarg. 7. HD. 18.02.2014 t. E.2013/25515, K.2014/4086.

74 Yarg. 9. HD. 21.11.2016 t. E. 2015/5147, K.2016/20518.

75 Yarg. 9. H.D., 21.11.2002 t. E.2002/7403, K.2002/21982, Çil, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s. 1974.

76 Yarg. 9. H.D., 16.04.2014 t. E.2012/6650, K.2014/12926.

77 Yargıtay'ın "Davacının, küçük yaşta bir kızla cinsel birliktelik kurduğu anlaşılmaktadır. Davacının bu eyleminin, sonucu itibari ile iş yerinde olumsuzluklara yol açacağı açıktır, işverenin feshinin 4857 s. İş Kanunu m. 25/IV ün unsurlarını taşıdığı kabul edilmelidir. Belirtilen nedenlerle, 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesinin 3.fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmektedir."

## C- Aile Hayatına Aykırı Olduğu Düşünülen İşçi Davranışları Sebebi ile İş Sözleşmesinin Feshi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, daha çok ilgili taraflar arasında yakın kişisel bağlar olup olmadığına ilişkin olan aile hayatı, kanuni ve gerçek olduğu gösterilebilen evlilikleri her zaman kapsamaktadır.

Uygulamada, evli işçiler arasında yaşanan özel ilişkilere işverenlerce daha toleranssız yaklaşıldığı ve bu tür durumların İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin 2 nci bendinde düzenlenen Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve benzerlerine sokularak iş sözleşmelerinin bildirimsiz fesih yolu ile feshedildiği görülmektedir.

Öncelikle kanımızca, işyerlerinde çalışan bekar bayan ve erkek işçiler arasında yaşanabilecek özel ilişkiler ile evli işçiler arasında yaşanabilecek özel ilişkiler arasında, ilişki iş ilişkisine ve işyerinde yürütülmekte olan işe olumsuz olarak yansımıyor ise temelde bir farklılık bulunmamaktadır. Zira her iki durumda da, ifade edildiği üzere özel bir ilişki söz konusudur. Bu durum sadece tarafları ve Aile Hukuku kapsamında düşünüldüğü takdirde bu tarafların eşlerini ilgilendirmektedir. İşverenin veya hakimin bu tür bir ilişkiyi yanlış ya da ahlaka aykırı bularak bir anlamda cezalandırmaya, İş Hukuku kapsamında düşünüldüğünde yetkileri bulunmamaktadır.

Bu anlamda, şayet işyerinde taraflardan her ikisinin ya da taraflardan birisinin evli olduğu bir özel ilişki yaşanır ve bu bir şekilde ortaya çıkarsa, bu tür bir ilişkinin sadece yanlış veya ahlaka aykırı olduğu düşüncesi ile iş sözleşmesinin haklı veya geçerli sebeple feshi mümkün olmayacaktır.

Ancak bununla birlikte, iş hukukunda asıl olan, iş sözleşmesi kapsamında iş ilişkisinin sorunsuz olarak sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde mümkün olmasıdır. Bu se-

şeklindeki kararından, sanki bildirim süresi aşılmamış olmasına rağmen bu yönde bir karar verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Yarg. 9. HD. 19.01.2009, E. 2008/11072, K. 2009/127.

beple şayet yaşanan veya yaşanmış böyle bir ilişki ortaya çıktıktan sonra, işyeri ortamında işverenin katlanması beklenemeyecek ölçüde dedikodular ve kişiler arası huzursuzluklar baş gösterirse, tarafların eşleri işyerine gelerek burada tatsız olayların yaşanmasına sebebiyet verirse, bu kez sadece bu tür olayların işyerinde işin yürütümünü olumsuz şekilde etkilemesi sebebine dayanılarak, söz konusu ilişkinin taraflarının iş sözleşmelerinin geçerli sebeple feshi gündeme gelebilecektir.

Böyle bir durumda da kanımızca ilişkinin taraflarından sadece birinin iş sözleşmesinin feshedilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağından ve feshin geçersizliğine sebebiyet verebileceğinden, ilişkinin taraflarının her ikisinin de iş sözleşmelerinin geçerli sebeple feshi kabul edilebilecektir.

Uygulamada evli işçiler arasında yaşanan bu tür özel ilişkilerin, mutlak biçimde, işyerinde çalışma düzenini bozacağı düşüncesinden hareketle işveren tarafından doğrudan iş sözleşmelerinin feshedilmesi yoluna gidilmektedir<sup>78</sup>. Ancak, bu tür bir ilişkinin varlığında, yukarıda ifade edildiği üzere, ilişkinin işyerinde belirgin şekilde bir soruna yol açtığı veya işveren ile olan güven ilişkilerini zedelediğinin objektif somut delillerle ortaya konulması gerekmektedir. Zira, Kanunun gerekçesinde de ifade edildiği üzere, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu tek başına bir geçerli fesih sebebi sayılamayacaktır. Ancak bu tutum ve davranış işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapıyor ise, geçerli sebep sayılması mümkün olacaktır.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise, Yargıtay'ın işyerinde duygusal ilişki yaşayan taraflardan birinin ya da her ikisinin de evli olmasını, haklı sebeple fesih için bir kriter olarak değerlendirmeye yakın olduğu görülmektedir. Bu anlamda Yargıtay genellikle evli işçiler arasındaki ilişkiler sebebi ile yapılan fesihlerde bu durumu bazı hallerde, bizim de yukarıda belirttiğimiz

78 Yarg. 9. HD., 31.01.2005 t. K. 2004/17355 E., 2005/2619, KAR, s. 239-240.

üzere geçerli sebep, bazı hallerde ise haklı sebep olarak değerlendirmektedir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu kararlarda;

- Evli olan bir işçinin aynı işyerinde çalışan bir bayan işçi ile gönül ilişkiye girmesini, daha sonra ilişkinin sona ermesi aşamasında bayan işçiyi rahatsız etmesini, onun hakkında dedikodu yaymasını<sup>79</sup>,
  - Evli olan erkek işçinin aynı işyerinde çalışan bir kadın işçiden çocuklarının olmasını<sup>80</sup>,
  - Evli olan işçinin işyerinde evli bir bayanla birlikte iken kaçması ve birlikte olmasını, aynı işyerinde çalışan eşinin şikayeti üzerine soruşturma yapılmasını<sup>81</sup>,
  - Evli olmasına rağmen işyerinde çalışan başka bir işçi ile duygusal ilişkiye girmesi ve bu nedenle diğer işçilere karşı hakaretlerde bulunmasını<sup>82</sup>,
  - Evli ve çocuk babası bir şefin, işyerinde çalışan genç bir kadın işçi ile ilişki kurması ve bunun işyerinin düzenini ihlal edici nitelikte bulunmasını<sup>83</sup>,
- ilgili işçinin iş sözleşmesini feshinde geçerli bir sebep saymasına karşın;
- Kadın işçinin, aynı işyerinde çalışan evli olan başka bir işçi ile duygusal bir beraberlik yaşamasını<sup>84</sup>,
  - İşçinin iş yerinde çalışan evli bir bayanla evlilik dışı ilişki yaşamasını ve bu durumun iş yerinin huzur ve güvenliğini etkilemesini<sup>85</sup>,
  - Evli olan bir işçinin işyerinde ve mesai saatleri içinde bir başka işçi ile uygunsuz şekilde yakalanmalarını<sup>86</sup>,
  - İşçinin mağazadan devamlı alışveriş yapan

79 Yarg. 9.H.D. 05.11.2007 t. E.2007/20397, K.2007/32395.

80 Yarg. 22. HD. 01.07.2015 t. E.2015/17587, K.2015/22860.

81 Yarg. 9. HD. 31.01.2005 t. K. 2004/17355 E., 2005/2619, KAR, s. 239-240.

82 Yarg. 9. HD. 04.05.2016 t. E.2015/1795, K.2016/11213.

83 SÜZEK, 151.

84 Yarg. 7. HD. 08.06.2015 t. E.2014/16952, K.2015/11491.

85 Yarg. 9. HD. 10.11.2016 t. E.2015/5101, K.2016/19654.

86 Yarg. 9. HD. 25.03.2010 t. E.2008/21894, K.2010/8111.

bir bayan müşteriden şirket çalışma prensiplerine aykırı olarak cep telefonu numarası istemesini, akabinde müşteri ile özel olarak görüşmek istediğini belirterek evli olduğu halde kendisini bekar olarak tanıtmak sureti ile şirket itibarını zedelemesini<sup>87</sup>,

- Evli olan işçinin işyerinde çalışan hemşire ile duygusal ilişkiye girmesi hatta işyerinde gebelik testi yaptırmasını<sup>88</sup>,
- Erkek işçinin iş sözleşmesi kendisinden küçük ve evli olan diğer bir çalışanla duygusal ilişkiye girmeye çalışmasını, bu kişiye duygusal mesajlar atmasını, bu durumdan diğer çalışanın iş ve aile hayatının etkilenmesini<sup>89</sup>,
- İşçinin aynı işyerinde çalışan diğer bir işçinin eşiyile duygusal ilişkiye girmesini<sup>90</sup>,
- İşyerinde çalışan evli bir erkek işçinin işyerinde çalışan ve iş arkadaşı olan kadın işçiyle gönül ilişkisine girmesi ve sonrasında onu kaçırmasını<sup>91</sup>,

söz konusu hallerin işvereni ilgilendiren haller olduğundan, bu hallerin iş düzeni ve ahlakına aykırılık oluşturduğundan, ahlak ve iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığından, işverenin işçiye duyduğu güveni sarsmasından, bu tür davranışların işverenin güvenini kötüye kullanmak anlamına gelmesi ve doğruluk ve bağlılığa uymamasından bahisle, ilgili işçinin iş sözleşmesinin feshinde haklı bir fesih sebebi olacağını kabul etmiştir. Yargıtayca bu tür davranışlar, işçinin özel hayatı olmaktan öte ve işyeri düzenini bozacak, işleyişi aksatacak boyutta davranışlar olarak değerlendirilmektedir<sup>92</sup>.

Diğer yandan, Yargıtay bu yönde vermiş olduğu kararlarda, fiilin işyeri içinde ya da dışında gerçekleşmiş olması arasında bir fark gözetmemek-

te, fiil işyeri dışında da gerçekleşse bu durumun, doğruluk ve iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağı ve ahlaki açıdan da kabul görmeyeceğinin değerlendirildiği durumlarda, işverenin işçisine duyduğu güvenin sarsılacağından hareket etmektedir<sup>93</sup>. Bununla birlikte Yargıtay işyerine yansımamış olan ilişkilerin öğrenilmesi durumunu ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II nci alt bendi kapsamında değerlendirmemekte ve haklı bir sebep olarak kabul etmemektedir<sup>94</sup>.

## D- İşçinin Cinsel Yönelimi Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi

Çalışma hayatında, çok sık karşılaşılmassa da, işçinin cinsel yönelimi ve bu cinsel yönelime dayalı olarak yaşanabilecek ilişkiler de iş sözleşmelerinin feshine konu olabilmektedir. Yukarıda da ifade dilmiş olduğu üzere, cinsel yönelim, kişideki cinsel duygu, istek ve davranışların belli bir cinsiyete çekimini ifade etmektedir. Cinsel yönelim sonucunda da, kişinin kendisine ilgi çekici gelen cinsiyeti seçmesi ya da kişinin cinselliğini yaşarken hangi cinse yöneleceğini seçmesi kaçınılmazdır.

Doğrudan yine kişinin özel hayatına ilişkin olan bu tercih hakkının, zaman zaman iş ilişkisini etkilemesi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim, iş ilişkisi sürdürülürken meydana gelebilecek cinsiyet değişikliği veya işçiler arası eşcinsel ilişkiler çalışma ilişkisini doğrudan etkileyebilmektedir.

Doktrinde, işçinin işe girerken müracaat ettiği sırada sahip olduğu cinsiyetinde, iş ilişkisi devamında bir değişiklik yapma yoluna gitmesi durumunda, bunun iş sözleşmesi kurulurken işverenden kendisi ile ilgili iş sözleşmesinin kurulmasını temelden etkileyecek bir unsuru saklamış, gizlemiş olması hali olarak değerlendirilebileceği, bu yüzden işyerinde bu durumla ilgili herhangi bir olumsuzluk yaşanıp yaşanmadığına bakılmaksız-

87 Yarg. 22. HD. 09.05.2016 t. E.2016/12190, K.2016/13912.

88 Yarg. 9. HD. 14.6.2001 t. E.2001/7288, K.2001/10167, Çil, İş Kanunu Şerhi, II. Cilt, s. 1985.

89 Yarg. 7. H.D. 8.6.2015 t., E.2014/16952, K.2015/11491.

90 Yarg. HGK., 20.09.2000 t. E.2000/9-1100, K2000/1155, Yarg. 9. HD. 16.06.2014 t. E.2013/191, K.2014/ 19603.

91 Yarg. 9. HD. 15.2.2012 t. E.2009/41054, K.2012/4305.

92 Yarg. 9. HD. 02.10.2013 t. E.2011/27562, K.2013/24805.

93 Yarg. 9. H.D., 15.2.2012 t., E.2009/41054, K.2012/4305

94 "İşçinin eşinin şikayetine kadar işyerine yansımamış olup dosyadaki bilgi ve belgelere göre iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektiren bir durum da oluşmamıştır" Yargıtay 9. H.D. 16.03.2015 t. E.2013/16880, K.2015/10569

zın işverene iş sözleşmesini haklı sebeple bildirim-  
siz fesih hakkı verebileceği ifade edilmiştir. Böyle  
bir durum İK.m.25/II a'da bahsedilen, işçinin iş  
sözleşmesi yapıldığı sırada, bu sözleşmenin esaslı  
noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar  
kendisinde bulunmadığı halde bunların kendi-  
sinde bulunduğunu ileri sürerek yahut gerçeğe  
uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek iş-  
vereni yanıltması hali olarak değerlendirilmiştir<sup>95</sup>.  
Bu görüşe göre, işveren kendisi için tanınmış olan  
sözleşmeyi fesih yetkisini, bu hali öğrendiği gün-  
den başlayarak altı iş günü içinde ve her halükar-  
da fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde  
kullanmak zorunda olacak, aksi halde iş sözleş-  
mesini haklı sebeple bildirim-  
siz olarak feshetme  
hakkını kaybetmiş sayılacaktır.

Kanımızca böyle bir durumun İK.m.25/II a ya  
dayandırılarak iş sözleşmesinin haklı sebeple  
bildirim-  
siz feshine sebebiyet vereceğini kabul  
etmek çağdaş iş hukuku prensipleri göz önünde  
tutulduğunda mümkün olmayacaktır. Öncelikle  
burada iş sözleşmesinin yapılması aşamasında  
gizlenen bir unsurdan söz edilmesi pek gerçekçi  
olmayacaktır. İşçinin işyerinde yapmakta olduğu  
iş, sadece belirli bir cinsin yapabileceği bir iş bile  
olsa, burada gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği-  
nin, işçinin işini yapmasını engelleyen bir tür zor-  
layıcı sebep olduğunun düşünülmesi, kanımızca  
İş Hukuku'na hakim olan işçi yararına yorum ilke-  
sine daha uygun olacaktır. Bu anlamda cinsiyet  
değiştirilmesine ilişkin feshin İK.m.25/III kapsa-  
mında ve en azından kıdem tazminatı ödenerek  
yapılması kabul edilebilecektir.

Buna karşılık, yapılacak iş sadece belirli bir cin-  
sin yapabileceği bir iş değilse, cinsiyetin değiştiril-  
mesi işin yapılmasını hiçbir şekilde etkilemiyorsa,  
kanımızca salt cinsiyet değişikliği iş sözleşmesinin  
feshinde haklı veya geçerli bir sebep olarak düşü-  
nülemez. Ancak, işçinin çalıştığı işyerinde  
çalışan diğer işçilerin eğitim durumları, toplumsal  
yaşantıları, ahlaki değerleri ve inançları bu tür bir  
cinsiyet değişikliğine ciddi bir reaksiyon verme-  
lerine sebep oluyorsa, diğer çalışanlar haksız da

olsa, bu cinsiyet değişimine tepki veriyorlarsa  
esas olanın işyerindeki huzur ve düzenin varlığı  
olması sebebi ile bu tür bir cinsiyet değişikliğinin  
işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine olumsuz  
etki yaptığı ispat edilmek koşuluyla, iş sözleşme-  
sinin geçerli sebeple feshedilebilmesi gündeme  
gelebilecektir.

Bunun dışında, uygulamada işçiler arasında  
farklı cinsel yönelimlere dayalı olarak yaşanabi-  
lecek ilişkiler sebebiyle de zaman zaman söz ko-  
nusu işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesine  
rastlanmaktadır. Yine bir başka ifade ile, aynı iş-  
yerinde çalışan işçilerin eş cinsel ilişki içinde ol-  
maları, bu ilişkinin işyerinde yaşanan olaylar veya  
tartışmalar sonucu su yüzüne çıkmış olması gibi  
sebeplerle işçilerin iş sözleşmeleri feshedilebil-  
mektedir<sup>96</sup>.

Bu durumda sadece işçiler arasında yaşanabi-  
lecek bu tür eş cinsel ilişkilerin bir fesih sebebi  
olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususu önem  
kazanmaktadır. Kanımızca kural olarak işçiler ara-  
sında yaşanabilecek salt bu tür bir ilişki, üretim  
ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki  
yapmıyorsa, iş sözleşmesinin feshinde haklı veya  
geçerli bir sebep oluşturmayacaktır. Zaten İK.m. 5  
kapsamında İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol  
açmayan cinsel tercihi sebebiyle işveren ayırım ya-  
pamayacaktır<sup>97</sup>.

Ancak yukarıda sözü edilen durumda da belir-  
tildiği üzere, bu işçilerin çalıştıkları işyerinde ça-  
lışan diğer işçilerin eğitim durumları, toplumsal  
yaşantıları, ahlaki değerleri ve inançları bu tür  
bir ilişkiye ciddi bir reaksiyon vermelerine sebep  
oluyorsa, diğer çalışanlar haksız da olsa bu tür bir  
ilişkiye tepki veriyorlarsa esas olanın işyerindeki  
huzur ve düzenin varlığı olması sebebi ile bu tür  
bir ilişkinin işyerindeki huzuru olumsuz yönde et-  
kilediği ispat edilmek koşuluyla iş sözleşmesinin  
geçerli sebeple feshedilebilmesi gündeme gele-  
bilecektir.

95 ALTINPINAR s.279.

96 Yarg. 9. HD. 19.09.2005 t. E.2005/654, K. 2005/30275

97 Yarg.9. HD. 21.11.2016 t. E.2015/5712, K.2016/20493,  
Yarg. 9. HD. 29.06.2016 t. E.2016/306, K.2016/15491,  
Yarg. 9. HD. 15.02.2016 t. E.2014/29678, K.2016/2553

Yine bu durum dışında da, yukarıda ilgili bölümlerde açıklanan işçiler arasında gerçekleşen karşı cinsle yaşanan olağan heteroseksüel ilişkilerde de geçerli olan, ilişkinin işin normal işleyişini veya işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyip etkilemediği kriteri de burada yine geçerli olacaktır.

Uygulamada bu tür bir ilişki Yargıtay tarafından "ahlak kurallarına uygun olmayan ilişki" olarak tanımlansa da, salt ilişkinin varlığı iş sözleşmesinin feshine olanak sağlayan bir sebep olarak kabul edilmemekte, bu tür ilişkiler sebebiyle işyeri düzeninin ihlal edilmesinin, bu ilişkiden kaynaklanan bazı tartışma ve kavgaların işçinin iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşmasının söz konusu olduğu hallerde, Yargıtayca bunun işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmesi gerektiği ve iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilebileceği ifade edilmektedir<sup>98</sup>.

## SONUÇ

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 148 inci maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, herkes, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması koşulu ile Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir. Bu sebeple, tüm hukuk dallarında olduğu gibi, İş Hukuku alanında da çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olarak Mahkemelerce ve Yargıtayca verilen kararlarda, Anayasamız ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında korunan haklara ilişkin kararlar verilirken çok titiz davranılması gerekmektedir. Aksi takdirde söz

konusu hakların ihlali ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve TC. Anayasasına aykırı uygulamalar ve yargılamalarla karşılaşılması sonucu ile karşılaşılabilecektir.

Bu anlamda özellikle çalışmamızın konusu teşkil eden işçi davranışları kapsamında özel hayat, aile hayatı ve cinsel yönelim kavramlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ne anlama geldiklerini ve kapsamlarını tespit etmek büyük önem taşımaktadır. Zira özel hayat, aile hayatı ve cinsel yönelim kavramlarının ve bunlara ilişkin korumanın kapsamının tespit edilmesiyle İş Hukuku alanında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin verilen kararlarda kişilik hakkı ihlallerinin önüne geçilmiş olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar ışığında, işçinin özel hayatı kavramının; işçinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret olmayıp, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kendine özel hayat olayları ve bilgileri, ismi, cinsel kimliği, etnik kimliği, yaşam biçimi ve görüntüsünü de kapsayan oldukça geniş kapsamlı bir kavram olduğu görülmektedir.

İşçinin aile hayatı kavramının ise, uygulamada kanuni ve gerçek olduğu gösterilebilen evlilikleri kapsadığı görülmektedir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları göz önüne alındığında, evlilik birliği kapsamında olmasa da, özel hayatı oluşturduğu durumlarda, evli olmayan taraflar arasındaki çocuklu olsun veya olmasın ilişkiler ile homoseksüeller ve partnerleri arasındaki ilişkiler de özel hayat kapsamında sayılmaktadır.

Bu anlamda, söz konusu durumlara ilişkin işçi davranışları hakkında, bu davranışların iş sözleşmesinin feshinde geçerli veya haklı sebep olarak kabul edilip edilemeyeceklerine ilişkin karar verilirken, tüm bu durumların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında özel hayat olarak değerlendirildiği ve koruma altında oldukları hususunun da unutulmaması gerekmektedir.

98 İşçinin eşcinsel ilişki içinde olduğu işverenin diğer bir işçisi ile işyerinde bu ilişki sonucu alınan otomobilin parasını bahane ederek küfürlü tartışması, işçinin şehir dışı görevlere dahi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olması, işçinin bu davranışları yönünden dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması, bunun işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmesi, haklı sebep. Yarg.9. HD. 19.09.2005 t. E.2005/654, K. 2005/30275; Ayrıca bkz. SEVİMLİ Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları İstanbul 2006, s.156

İster işçinin özel hayatı, ister aile hayatı, ister işçinin cinsel yönelimine ilişkin bir işçi davranışı söz konusu olduğunda, bu davranışın iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep veya haklı sebep olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınacak kıstaslar;

- İşçinin davranışı sonucunda, iş ilişkisinin, iş ilişkisine devam etmek işveren açısından çekilmez hale gelip gelmediği ve,
- İş ilişkisine devamın tam anlamıyla çekilmez hale gelmemesine karşın davranışın işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor olup olmadığı,

olacaktır. Bu anlamda, davranış sonucunda, iş ilişkisi, iş ilişkisine devam etmek işveren açısından çekilmez hale gelmişse, diğer bir anlatımla güven temeli çökmüşse işverenin haklı sebeple derhal fesih hakkı doğduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Buna karşılık, işçinin davranışı taraflar arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta bulunmamakla, iş ilişkisine devamı tam anlamıyla çekilmez hale getirmemekle birlikte, işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu sebeple iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa, 4857 sayılı İş Kanun'unun 18/1 inci maddesi anlamında davranışlardan doğan bir geçerli sebebin varlığı kabul edilebilecektir.

İş ilişkisinin devamı sürecinde, işçinin özel hayata, aile hayatına ve cinsel yönelimlerine ilişkin herhangi bir davranışının sözleşmeye aykırı sayılıp sayılmayacağına tespitinde, işçinin içinde yaşadığı çevresi, sosyo-ekonomik koşulları, kültürel yapısı ve bunların etkisi ile oluşmuş olan kişiliğinden ziyade, davranışın toplumsal algılama sonucu iş ilişkisinde ortaya çıkarttığı sonuç, işyerine yansıttığı olumsuz etki objektif olarak dikkate alınacaktır.

Kanımızca çalışma hayatında kesinlikle kabul edilemeyecek, Türk ahlak anlayışına tamamen ters gelebilecek istisnai durumlar<sup>99</sup> dışında; İş

Kanunu'nun 25 inci maddesinin II numaralı bendinde yer alan işçinin Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında sayılan durumlar incelendiğinde işçinin özel hayatı, aile hayatı ve cinsel yönelimlerine ilişkin davranışlarının işverene iş sözleşmesini haklı sebep ile fesih imkanını vereceğini söyleyebilmek kanımızca mümkün olmayacaktır. Zira bendin başlığı her ne kadar ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri olsa da, özel hayatı, aile hayatını ve cinsel yönelimleri maddede sayılan dokuz durum ile benzer olarak dahi ilişkilendirebilmek mümkün görülmemektedir.

Diğer yandan, işyerindeki işçilerin aralarındaki özel ilişkilerden kaynaklanan birçok durumu "işçinin işverenin diğer bir işçisine sataşması" olarak değerlendirip, iş sözleşmesinin haklı sebeple bildirimsiz olarak feshedebileceği sonucuna ulaşmak da, her durumda hakkaniyete uygun olmayacak, zorlama bir çözüm olarak değerlendirilebilecektir.

İşçinin özel hayatına ilişkin davranışları ve tercihlerinin yani, cinsel kimliğinin, yaşam biçiminin, görünümünün, üçüncü şahıslarla olan ilişkilerinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilmesi için ise, bu davranış ve tercihlerin işyerinde belirgin şekilde soruna yol açtığı veya işveren ile olan güven ilişkilerini zedelediğinin objektif ve somut yazılı ya da sözlü her türlü kesin delille ortaya konulması ve ispat edilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda, işçinin özel hayatı, aile hayatı veya cinsel yönelimine ilişkin davranışının ağırlığı, içeriği iş sözleşmesi ile olan ilişkisi, iş ilişkisine olan ya da olabilecek etkileri değerlendirilmelidir. Ancak Kanunu gerekçesinde belirtilen, işçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik açıdan onaylanmayacak bir tutumu, işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki yapmıyorsa, işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak sayılamayacağı kuralı gözden kaçırılmamalıdır. Feshin geçerli sebebe dayanıp dayanmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığı dikkate alınarak her

<sup>99</sup> Örneğin mesai saatleri içerisinde çalışan işçilerin işyerinde cinsel birliktelikte bulunmaları gibi.

olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığının da takdiri gerekmektedir.

Yargıtay, her ne kadar bazı kararlarında işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açan davranışının bulunduğu ve işverenden bu şekilde iş ilişkisinin devam ettirilmesinin beklenmeyeceği durumlarda feshin son çare olması kuralının dikkate alınmayacağını belirtse de<sup>100</sup>, kanımızca, işçinin özel hayatı, aile hayatı ve cinsel yönelimlerinden kaynaklanan işçi davranışları sebebi ile iş sözleşmesinin bazı durumlarda feshi de, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla, görev/yer değiştirme gibi daha hafif bir çare söz konusu olmadığında son çare olarak gündeme gelmelidir.

İşverence iş sözleşmesine konulan hükümlerle ya da sözlü/yazılı talimatlarla yasaklanmış olan çalışanlar arasındaki ilişkinin varlığı, bu yasağa uymayan işçiler açısından fesih için bir geçerli sebep sayılmayacağı gibi, kanımızca, işyerlerinde çalışan bekar bayan ve erkek işçiler arasında yaşanabilecek özel ilişkiler ile evli işçiler arasında yaşanabilecek özel ilişkiler arasında, ilişki iş ilişkisine ve işyerinde yürütülmekte olan işe olumsuz olarak yansımıyorsa temelde bir farklılık bulunmayacaktır.

Bu tür bir ilişkinin sadece yanlış veya ahlaka aykırı olduğu düşüncesi ile iş sözleşmesinin haklı veya geçerli sebeple feshini kabul etmek, işçinin özel hayatına, aile hayatına müdahale anlamına gelecek ve Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olacaktır. İşyerinde özel ilişki yaşayan taraflardan birinin ya da her ikisinin evli olmasının, salt haklı sebeple fesih için bir kriter olarak değerlendirilmesi de kanımızca işçinin özel hayatına bir müdahale niteliğini taşıyacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan; İctihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, 3. Bası, Ankara 2008.

<sup>100</sup> Yarg. 9.H.D. 05.11.2007 t., E.2007/20397, K.2007/32395.

- ALP Mustafa; İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5 S:1, 2003, s. 1-41.
- ALTINPINAR İlkay; İşyeri Aşk Akit Feshettirir Mi? İşçi Cinsiyet Değiştirirse Ne Olur? Yaklaşım Y:16, S:191, Kasım 2008, s.278-281.
- ARTUK, Mehmet Emin: "Cinsel Taciz Suçu (TCK. M. 105)", Çalışma ve Toplum, 2006-4, 11.
- ATAMAN, Ayşegül; Gelişim ve Öğrenme, Gündüz Eğitim ve Yayıncılık, Ankara, 2005.
- BARUTÇUGİL, İsmet; Organizasyonlarda Duyguların Yönetimi, 2. Basım, Kariyer Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- BUDAK, Selçuk; Psikoloji Sözlüğü, 2. Basım, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2003.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29 uncu Bası, Eylül 2016.
- ÇİL, Şahin; 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi 2.Cilt Ankara 2004.
- DEMİR, Fevzi; Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.10, 2006, s.469-499.
- DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2016.
- EKMEKÇİ, Ömer; 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, MERCEK Ekim 2002, Y:7, S:28 s.96-101.
- ERGİN, Berin: "Türk Hukuk Sisteminde Cinsel Suçlar-Taciz ve Çalışma Hayatı", Sicil, MESS Yayınları, Eylül 07, 7. Sayı, s. 145-166.
- ERGİN, Hediye; İşyerinde Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2015, S.3 s.67-83.
- ERTÜRK, Şükran; İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin

- Talep Hakları Ve Hukuki Dayanakları, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye ARMAĞAN, İzmir 2001, s. 59-78.
- EVREN Öcal Kemal; İş Hukukunda Cinsel Taciz, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y:3 S:28 Aralık 2008, s.19-28.
  - EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 7.Bası, İstanbul 2016.
  - GEÇER, Bekir; İşyeri Çalışanları Arasındaki Gönül İlişkilerinin Hizmet Akdine Etkisi Yaklaşım Dergisi, Y:14 S:168, Aralık 2006 s155-157.
  - GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. - GÖLCÜKLÜ, F.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara, 2011.
  - HELVACI, S.; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md.24/a fıkra I/ İMK md. 28/a fıkra I), İstanbul, 2001.
  - KAR, Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması, (2008 Yılı Emsal Kararları İle), Ankara 2009.
  - KESER, Hakan; 4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Güncellenmiş 3 üncü Baskı, Ankara 2016.
  - KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal; İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007.
  - KILKELLY, Ursula; Özel Hayata Ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1.
  - NARMANLIOĞLU Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, B.3, İzmir 1998.
  - ÖZKALP, Enver; Davranış Bilimleri ve Organizasyonlarda Davranış, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, No:249/169, İ.T.İ. Akademisi Basımevi, Eskişehir, 1982.
  - SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar; Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 3, s.236.
  - SEVİMLİ Ahmet; İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları İstanbul 2006, s.156.
  - SÜZEK, Sarper; İşçinin Yetersizliği ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Legal Yayınları, 2005, s.565-587.
  - ŞAKAR, Müjdat; Gerekçeli ve İçtihatlı, İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2009, s.247.
  - ÜZELTÜRK, S.; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004.
  - Yargıtay Kararları, LEGALBANK Elektronik Hukuk Bankası, <http://www.legalbank.net/>.



## İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

### Öz

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası belgelerde, mevzuatımızın çeşitli hükümlerinde ve nispeten yeni olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda düzenlenmektedir. Mutlak nitelik taşıyan "ayrımcılık yasağı" ile genel anlamda "eşit davranma yükümlülüğü" birbirinden ayırt edilmelidir. Ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin kurulması dâhil her aşamada uyulması gereken bir esasken, eşitlik ilkesi, iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde değişik ölçülerde dikkate alınabilmektedir.

Bu ilkelerin özellikle işe son verme bakımından daha yakından incelenmesine ihtiyaç vardır; zira bu aşamada farklı unsurların devreye girmesi sonucu daha nüanslı yaklaşılacağı görülmektedir.

Sonuçta, haklı ve geçerli nedenlere dayanarak yapılan fesihlerde, özellikle de toplu eylemlerde eşit işlem yükümlülüğüne ne ölçüde uymak gerektiği üzerinde durularak, bu konuda içtihadımızdaki bazı örneklerden hareket ederek, hukukî yaptırımlarıyla birlikte bir sentez ve değerlendirme yapılmaktadır.

### Anahtar Sözcükler:

Eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, eşit işlem borcu, toplu eylemler, haklı fesih, geçerli fesih.

## The Principle of Equal Treatment and Non-Discrimination in Labour Relations

### Abstract

International conventions, as well as the Turkish legislation have brought provisions on equal treatment and non-discrimination, and in particular the recent Law on the Turkish Human Rights and Equality Institution. A distinction is to be made between the principles of "non-discrimination" and "equal treatment". The prohibition of discrimination is to be complied at the beginning, duration and ending of employment; whereas equal treatment concerns relations during employment and in a certain measure the termination of employment.

The duty of equal treatment has then to be examined more closely in cases of termination for just or valid causes, where some distinctions are to be made.

The main issue is to define at which extent the employer has to comply with the principle of equal treatment when dismissals are due to just or valid causes, and especially for those having participated in a collective action. An assessment and synthesis of some recent court decisions and the legal consequences conclude this study.

### Keywords:

Equality principle, prohibition of discrimination, obligation of equal treatment, collective actions, termination for just cause, termination of employment with a valid reason.

\*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı  
melda.sur@deu.edu.tr

## Giriş

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hukukun genel ilkelerinden olup, Cumhuriyetimizin temel değerlerinden birini de teşkil eder. Bu ilke aynı zamanda işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları arasında yer almaktadır ve dolayısıyla "işverenin eşit işlem borcu" olarak da ele alınır.

Bu kısa incelemede<sup>1</sup> ilk önce bazı uluslararası kaynaklar zikredilerek, mevzuatımızda yer alan başlıca hükümler ve nispeten yeni olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun bazı özelliklerine değinilecek; daha sonra, eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı arasındaki farka işaret edilecektir (I). Eşitlik ilkesinin iş ilişkisinin kurulması, devamı ve sona ermesinde, özellikle de işe son verme bakımından daha yakından incelenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. İctihadımızdan örneklerden de hareket ederek, bu aşamada farklı unsurların devreye girmesi sonucu daha nüanslı yaklaşılabileceği görülecektir (II).

Sonuçta, haklı ve geçerli fesih nedenlerine dayalı fesihlerde eşit işlem yükümlülüğüne ne ölçüde uymak gerektiği üzerinde durulmalıdır. Bu yükümlülüğün ihlâli durumunda uygulanacak hukukî yaptırımlarla birlikte bir sentez ve değerlendirmeye ulaşmaya çalışılacaktır (III).

## I- Eşitlik İlkesine İlişkin Bazı Hükümler ve Ayrımlar

### A- Uluslararası Belgeler

Çeşitli uluslararası sözleşmelerde ayrımcılık yasağına yer verilmektedir. Örneğin, Türkiye'nin de tarafı olduğu *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, m.14; *Uluslararası Çalışma Örgütü 111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi*; *B.M. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi*, m.2/1; *B.M. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*, m.2/2, bunlardan bazılarıdır<sup>2</sup>.

1 Bu çalışma, 26-27 Mayıs 2017 tarihlerinde İzmir Barosunda düzenlenen "İzmir Barosu İş Hukuku Günleri 6" Sempozyumunda sunulan aynı başlıklı tebliğimin makale hâline dönüştürülmüş metnidir.

2 Bu Sözleşmelerde yasaklanan ayrımcılık hâlleri sınırlayıcı bir şekilde sayılmış değildir.

"Ayrımcılık Yasağı" başlıklı AİHS m.14 uyarınca: "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, özellikle cins, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım yapılmadan sağlanır." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ayrımcılık yasağı bağımsız bir ilke olmayıp, bu Sözleşme'de ve ek protokollerde korunan bir hakka ilişkin olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Divanına yapılan başvurularda diğer hak ve özgürlüklerle birlikte pek çok durumda eşitlik ilkesinin de ihlâl edildiği öne sürülmektedir<sup>3</sup>. Bununla birlikte, AİHS m.14'deki ayrımcılık yasağının ihlâl edilmiş sayılması için ilgili hakkın da ihlâl edilmiş olmasına gerek görülmemeye, bu sıfatla ayrımcılık yasağının kendisi de özerk bir kapsama sahip kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

AİHS'nin bizzat ayrımcılık yasağını düzenleyen 12 Numaralı Ek Protokolünü ise Türkiye henüz onaylamamıştır. 12 Numaralı Ek Protokolün ana hükmü şöyledir: "Madde 1- Genel ayrımcılık yasağı "1. Yasayla düzenlenen herhangi bir haktan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır. "2. Hiç kimse, herhangi bir kamu makamı tarafından paragraf 1'de belirtilen herhangi bir temelde ayrımcılığa tabi tutulmayacaktır."

Uluslararası Çalışma Örgütü ise ayrımcılık yasağını çalışanların temel hakları arasında kabul ederek, ayrı ve daha sıkı bir denetim mekanizmasına tâbi tutmaktadır<sup>5</sup>.

3 Bu ilişki konumuz itibarıyla sendikal haklara ilişkin birçok davada irdelenmiştir. Örneğin: Belçika Ulusal Polis Sendikası Davası 27.10.1975; İsveç Lokomotif Sürücüler Davası, 6.2.1976; Schmidt ve Dahlström/İsveç, 6.2.1976. Bkz. SUR, Melda: İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İzmir 1995, s.28-33.

4 Bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref - GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Gen. 9. Baskı, Ankara 2011, s.400-404, No. 717; TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s.524.

5 Uluslararası Çalışma Örgütü'nün *Çalışmada Temel İlke ve Haklar Bildirisi*, 1998 - Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et

Nihayet, bilindiği üzere, Anayasamız taraf olduğumuz temel haklara ilişkin andlaşma hükümlerine kanun hükmüne nazaran üstünlük tanımaktadır (Anayasa m.90/son fıkra).

## B- Mevzuatımızda Yer Alan Bazı Hükümler

Uluslararası sözleşmelerden başka, ulusal mevzuatımızda da eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına yer verilmektedir.

### 1- Anayasa

a) Anayasamızın “Başlangıç” hükümlerinde, “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu (...)” belirtilerek, eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır.

b) Anayasa m.10’daki “X. Kanun önünde eşitlik” başlıklı hüküm şöyledir:

“Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılamaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. (\*)”

(\*) 9/2/2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle

son suivi, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa quatre-vingt-sixième session, Genève, 18 juin 1998 (Annexe révisée 15 juin 2010). [www.ilo.org/.../---ed.../---declaration/.../wcms\\_467654](http://www.ilo.org/.../---ed.../---declaration/.../wcms_467654)

bu fıkraya “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiş; bu ibare Anayasa Mahkemesi’nin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

Bu hüküm hem devlet organlarını hem de özel kişilerin aralarındaki ilişkileri ilgilendirir, “dikey” ve “yatay” etkiye sahiptir. Aynı zamanda, 10. maddenin hem ayrımcılık yasağını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu da güvenceye aldığı kabul edilir<sup>6</sup>. Sayılan ayrımcılık nedenleri sınırlandırılmış değildir; “ve benzeri sebeplerle” denilerek ayrımcılığa neden olabilecek başka hususlara da yer bırakılmıştır.

### 2- TCK m.122 “Nefret ve Ayrımcılık”

**Madde 122- (Değişik: 2/3/2014-6529/15 md.)**

(1) Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,

c) Bir kişinin işe alınmasını,

d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını,

engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Bir suçu tanımlayıp cezaya bağlayan bu hükümde doğal olarak sınırlayıcı bir sayım ve anlatım söz konusudur. Burada 2014 değişikliğiyle kapsam daraltılarak ayrımcılığın suç teşkil edebilmesi için “nefret nedenine” dayanması aranmıştır.

### 3- İş Kanunu m.5: Eşit Davranma İlkesi

“MADDE 5. - İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi

6 Bkz. SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yen. 12. Baskı, İstanbul 2016, s.494. Ayrıca bkz. TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982, s.24, s.108 vd.; YILDIZ, Gaye Burcu: İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, I, İstanbul 2010, s.837-876, s.839-841.

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 bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.*

*İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı 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 davranışını 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."*

Bu maddenin ayrımcılık yasağına ilişkin olduğu ve genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünü içermediği, öğretimizde belirtilmiştir<sup>7</sup>. Yargı içtihadı ise farklı yönde gelişmiştir ve ileride örnekleri verilecek kararlardan da anlaşılacağı üzere bu madde genel eşit davranma yükümlülüğünü de kapsar şekilde anlaşılmaktadır.

**İş Kanunu m.99/a** hükmü uyarınca, ayrıca İş Kanununun "5inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya iş-

veren vekillerine bu durumdaki her işçi için yüz elli Türk lirası" idarî para cezası verilir.

#### 4- Sendikal Haklar

##### a) Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25: Sendika Özgürlüğünün Güvencesi

**"MADDE 25 – (1)** İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin (...) yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...), 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.

(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin

7 SÜZEK, s.495; YILDIZ, s.841. Bkz ayrıca: DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 2006/4, S. 11, s.63-96, s.66-69.

sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.

(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.

(9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır.”

Bu maddenin daha önce 4. fıkrasında yer alan “fesih dışında” ve 5. fıkrasında yer alan “18” ibareleri Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti<sup>8</sup>.

#### **b) TCK m.118'deki Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu**

Ceza Kanunumuz, sendika özgürlüğünü daha da güçlendirecek şekilde bir suç öngörerek, hapis cezaları getirmektedir:

“(1) Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

#### **c) Sendikaların Faaliyetlerinden Yararlandırmada Ayrımcılık Yasağı**

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun kuruluşların faaliyetlerine ilişkin m.26'nın 3 fıkrasına göre de, “kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlandırmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir.”

### **5- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu**

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, geniş kapsamı, getirdiği tanımlar ve kurumsal

yönü bakımından ayrı incelenecek boyuttur<sup>9</sup>. Bu Yasadaki ayrımcılık yasağı kapsamına girebilmek için herhangi bir sıfatla çalışmak yeterli olup, bu çalışmanın İş Kanunu kapsamında olması gerekmediği gibi, her türlü iş görme sözleşmesi, staj, kamu kurumunda çalışma ve serbest meslek icrası, Kanunun uygulama alanına girmektedir (m.6).

#### **a) Ayrımcılık Hâlleri**

##### **aa) Genel Olarak**

6701 sayılı Kanunun “Eşitlik ilkesi” başlıklı m.3/2 fıkrasında da yasaklanan ayrımcılık türleri yer almaktadır: “Cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır”. Bu metinde “yaş” ayrımcılığının da yer aldığı görülmektedir<sup>10</sup>. Buna karşılık ayrımcılık temellerinin sayımı sınırlayıcıdır. Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi raporlarında mevzuatımızda sayılan ayırım nedenleri arasında bazı eksikliklere de işaret edilmektedir<sup>11</sup>. Buradaki sayımda “ve benzeri sebepler” ifadesi bulunmaması haklı eleştirilere neden olacak niteliktedir.

6701 sayılı Kanun m.4'de şöyle bir açıklık da yer almaktadır: “(2) Eşit muamele ilkesine uyulması

9 6701 sayılı Kanun, 6.4.2016, RG 20.4.2016, S. 29690. Geniş bilgi için bkz. özellikle: Zehra ODYAKMAZ - Bayram KESKİN - Yusuf DENİZ: 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerinde Bir Değerlendirme, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yıl: 2016 Sayı: 71 <<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000194712>>; SÜZEK, s.515-517; SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Ed. Kübra Doğan Yenisey - Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul 2017, s.257-287.

10 Yaş ayrımcılığı hakkında son gelişmeler için bkz. örneğin: KAYA, Gözde: EU Age Discrimination in Light of EU's Demographic Challenges and ECJ Case Law, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C.17, S.1, s.79-117; ÜNAL, Canan: Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, 2017, s.312-377, s.316-317.

11 Bkz. örneğin: Rapport de l'ECRI sur la Turquie, cinquième cycle de monitoring, adopté le 29 juin 2016, publié le 4 octobre 2016, Commission Européenne contre le racisme et l'intolérance - European Commission against Racism and Intolerance, CRI (2016)37, Conseil de l'Europe, s.9-19, Par. 1-27.

8 A.M. 22.10.2014, 2013-1/161, RG 11.11.2015, S. 29529.

veya ayrımcılığın önlenmesi amacıyla idari ya da adli süreçleri başlatan yahut bu süreçlere katılan kişiler ile bunların temsilcilerinin, bu nedenle maruz kaldıkları olumsuz muameleler de ayrımcılık teşkil eder.”

Eşit işlem yükümlülüğü ve ayrımcılık yasağı, dernek, vakıf, sendika, siyasî parti ve meslek örgütleri bakımından da yer almaktadır (m.5/4).

#### **bb) Çalışma Alanında Ayrımcılık Yasağı**

6701 sayılı Kanunun uygulama alanı geniş olup, İş Kanunundan başka diğer “her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır (m.6/5):

“İstihdam ve serbest meslek

“MADDE 6- (1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.

(2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar.

(3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez.

(4) Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz.

(5) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır.

(6) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir.”

“Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller

“MADDE 7- (1) Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır:

a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.

b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar.

c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele.

ç) Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri.

d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı.

e) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları.

f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele.

g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.”

#### **b- Kurumsal Yönden**

##### **aa) Tedbir alma yükümlülüğü (m.3/3-4)**

Ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (4. fıkra).

Tedbir alma yükümlülüğü, kamu kurum ve kuruluşlarına ve ayrıca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını da ilgilendirir: Bu kurumlar ihlalin sona ermesi, sonuçların giderilmesi, tekrarin önlenmesi, adli ve idarî yönden takibin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (m.3/3).

Engellilere ilişkin tedbirlere özel bir yer ayrılmıştır.

##### **bb) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu**

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, idarî ve

malî özerkliğe sahip, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz , “Başbakanlıkla ilişkili” bir kurumdur (m.8)<sup>12</sup>.

Karar organı olan *Kurul*'un geniş kapsamlı görevleri, kısaca şöyledir (m.9):

- İnsan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerini resen incelemek, karara bağlamak, sonuçlarını takip etme görev ve yetkileri mevcuttur. Kurumun idarî para cezası verme yetkisi vardır (m.25). Burada ayrımcılığa maruz kaldığını öne süren kişi için ispat kolaylığı da öngörülmektedir ve “kuvvetli emareleri” ve “karine oluşturan olguları” ortaya koyması hâlinde ispat yükü yer değiştirecektir (m.21).

Kurulun diğer bazı görevleri ise kısaca şunlardır:

- Mağdur olduğu iddiasında bulunanın başvurusu üzerine yol göstermek, yardımcı olmak (...),
- Cumhurbaşkanı, TBMM, Başbakanlık'a raporlar sunmak,
- Uluslararası denetim mekanizmalarında görüş bildirmek.

### c- Bazı Ayrımlar

Eşitlik ilkesinin temelleri muhtelifdir ve esas itibarıyla adalet ve hakkaniyet düşüncelerine dayandığı söylenebilir<sup>13</sup>. Bu alanda bazı kavramları birbirinden ayırt etmek de gereklidir: Bir yanda genel anlamda “eşitlik ilkesi” (principe d'égalité),

diğer yanda ise daha spesifik ve dar kapsamlı olan “ayırım yasağı” veya “ayrımcılık yasağı” (principe de non-discrimination) ele alınmalıdır.

### 1. Genel Anlamda Eşitlik İlkesi ve Eşit İşlem Borcu

*Genel anlamda eşit davranma borcu (nispî ayırım yasağı)*, benzer durumdakilere haklı bir neden olmaksızın farklı muamele yapılmaması, keyfi davranılmaması, bazı kimselere ayrıcalık tanınmaması anlamına gelir. İşveren, haklı ve makul nedenler olmadan aynı durumdaki işçilere farklı işlem yapmakla yükümlüdür. İşverenin işçilerine eşit işlem yapma borcu başlıca temelini objektif dürüstlük kuralında (MK m.2) bulabilir.

Bazı durumlar ise (işçinin nitelikleri, performansı, işletme gerekleri vs...) farklı işlem yapılmasını haklı ve hatta gerekli kılabilmektedir<sup>14</sup>. Ancak benzer durumda, benzer nitelikteki işçiler arasında eşit davranılması beklenir. Anayasa Mahkemesince de belirtildiği üzere, “ ... Kanun önünde eşitlik aynı durumda olanlara aynı şekilde muamelede bulunulmasını (yatay eşitlik) gerektirdiği gibi farklı durumda olanlara farklı muamelede bulunmayı (dikey eşitlik) da gerektirir”<sup>15</sup>. Ancak bu durumda farklı uygulamayı gerekli kılan nedenler de somut olaya göre ortaya konulabilmelidir. Bu nedenler arasında, işçinin kıdemi, eğitimi, çalışkanlığı, liyakati, verimi yer almaktadır.

İş K m.5'nin genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemediği ve sadece ayırım yasağını ele aldığı, öğretimizde belirtilmiştir; zira anılan maddede, 2. fıkra dışında, sadece ayırım yasağı hallerinden söz edilmektedir<sup>16</sup>. Böyle olunca da genel ayırım yasağının yaptırımı bu maddedeki tazminat olamayacaktır. Bununla birlikte işverenin genel anlamda eşit davranma borcu altında olduğu söylenebilir. Zira eşitlik esası, hukukun bir genel ilkesidir ve Anayasamızın 10. maddesi itibarıyla genel

12 Bu Kurul hakkındaki düzenleme, özellikle m.10'da öngörülen oluşumu yönünden (11 üyeden dokuzu Bakanlar Kurulu, üçü de Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir) yeterli bir bağımsızlığın sağlanmadığına işaret edilerek eleştirilmiştir. Bkz. yuk zikredilen *ECRI Türkiye Raporu*, s.18-19, par. 26-27. Bununla birlikte, adaylar belirli nitelikleri haiz kişiler olmalıdır (m.10/4). “Bakanlar Kurulunca seçilecek bir üye Yükseköğretim Kurulu tarafından insan hakları alanında çalışmalar yapan öğretim üyelerinden önerilecek iki aday arasından; yedi üye ise dördüncü fıkrafta aranan şartları taşımak kaydıyla, insan hakları alanında çalışmalar yapan sivil toplum kuruluşları, sendikalar, sosyal ve meslekî kuruluşlar, akademisyenler, avukatlar, görsel ve yazılı basın mensupları ve alan uzmanlarının gösterdiği adaylar veya üyelik başvurusu yapanlar arasından belirlenir.” (m.10/2).

13 Bu konuda bkz. özellikle: TUNCAY, s.32-119.

14 HGK, 23.12.2009, 485/598: “Eşit davranma borcu, İş Hukuku yönünden işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir.” www.legalbank.net.

15 Anayasa Mahkemesi, 29.9.2004 esas, 2004/86-2004/110 sayılı kararı, RG 17.5.2006, S. 26171.

16 SÜZEK, s.495; YILDIZ, s.841.

anlamıyla kabul edilmektedir. Mahkemelerimizin görüşü de bu yöndedir ve işin devamı ve işe son verme aşamasında da eşit davranma ilkesine aykırı hareket edilmesinin İş K m.5'deki yaptırımı gerekli kılacağına çeşitli kararlarda işaret edilmektedir<sup>17</sup>. Diğer taraftan, iş ilişkisinin devamı sırasında işverenin eşit davranma ilkesine aykırı uygulamalarda bulunmasının işçi için bir haklı fesih sebebi olduğu da kabul edilmektedir<sup>18</sup>.

Yukarıda değinilen eşit davranma ilkesinin nispi niteliği önemli bir husustur: Bazen farklı olana farklı işlem yapılması da eşitlik ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkabilir. Buna karşılık, aşağıda görülecek mutlak ayırım yasakları (ayrımcılık yasağı) çerçevesinde farklı işlem yapılması hukuken kabul görebilir nedenlerle meşrulaştırılması çok daha zordur<sup>19</sup>.

#### 2- Ayırmıcılık Yasağı (Mutlak Ayırım Yasağı)

a) *Ayrımcılık yasağı*, yasanın cevaz vermediği belirli birtakım nedenlere dayalı olarak farklı işlem yapılamamasını ifade eder. Ayırmıcılık yasağı, bizzat kendisi bir temel hak ve özgürlüktür; aynı zamanda da diğer haklardan yararlanabilmenin bir ön şartıdır. Bu nedendir ki birçok ayırıcılık iddiasında ve Avrupa İnsan Hakları Divanı kararında AİHS m.14'deki "ayrımcılık yasağı"nın da (interdiction de discrimination) ihlâl edildiği saptanmaktadır.

Mutlak ayırım yasakları muhtelif düzenlemelerde bazı farklılıklar da gösterebilir, fakat özünde benzer nitelikte ortak bir çekirdeğe de sahiptir. Örneğin, Anayasa m.10'da "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler" denilmek suretiyle bu sebepleri genişletme olanağı vardır. Örneğin, yaş ve cinsel tercih de cevaz verilmeyen ayrımcılık nedenleri arasında mütalaa edilebilir<sup>20</sup>. Aynı şekilde İş K m.5 hükümleri

de benzer bir ibareyi içirdiğinden, kapsamı genişletme olanağı vardır. 6701 sayılı Kanunda ise sayım sınırlıdır.

TCK m.122'de ise daha spesifik bir ayrımcılığın ele alındığı dikkat çekmektedir: "dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle..." denilerek, suçun kapsamı daraltılmış bulunmaktadır<sup>21</sup>.

b) Mutlak ayırım yasaklarının ihlalinin *hukuki sonuçları* hakkında görüş birliği olduğu söylenebilir ve bunlar ağır olacaktır. Özellikle de iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde yapılan ayrımcılık sonucu İş K m.5'deki ayrımcılık tazminatına (veya sendikal ayırım hâlinde STİSK m.25'deki sendikal tazminata), İş K m.99/a'daki idarî para cezasına ve ayrıca fesih halinde feshin haksızlığına veya geçersizliğine hükmetmek gerekecektir.

## II. Çeşitli Aşamalarda ve İşe Son Vermede Eşit İşlem Borcu

### A- Genel Olarak

#### 1- Eşit İşlem Borcunun Kapsamı ve Yaptırımları

*Eşit davranma yükümlülüğü ve ayırım yasağı işverenin çeşitli aşamalarda uyması gereken esaslardır. Bununla birlikte genel anlamda eşit işlem borcunun yoğunluğunun bu aşamalar itibarıyla farklılaştığını söyleyebiliriz.*

a) *İşe alınmada*, genel olarak işverenin takdir serbestisi vardır. Bazı hükümlerle ise ayrımcılık yasaklanmıştır. Özellikle İş K m.5/3'de (cinsiyet ve gebelik) STİSK m.25/1'de (sendikal üyelik) ve 5378 sayılı *Engelliler Hakkında Kanun m. 14/2 ve 3, TCK m.122/1'de* (dil, ırk, vd.) ve 6701 sayılı Kanun m.6 (cinsiyet, ırk, renk, vd.) *ayırmıcılık yasaklarını* düzenlemektedir.

nedenlerine de yer verilmiştir. Öğretimizde haklı olarak işaret edildiği üzere bu nedenler "benzeri" haller arasında sayılabilir ve İş K m.5 kapsamında yer aldıkları kabul edilebilir (SÜZEK, s.503).

21 Bu değişiklik 2.3.2014 ta. 6529 sayılı Yasayla getirilmiştir.

17 Örneğin: 9.HD, 10.4.2006, 7385/9027, ÇİL, Şahin, İş Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.335-336; bkz. ayrıca: TAŞKENT, Savaş: İş Kanunu, Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara 2017, s.195-196.

18 Örneğin: 9. HD, 24.3.2011, 7079/8486, www.legalbank.net.

19 Bu konuda bkz. özellikle: DOĞAN YENİSEY, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı, s.66-68.

20 AB 2000/78 sayılı *İstihdam ve İşte Eşit Davranmanın Gerçekleştirilmesi İçin Çerçeve Yönergesinde* bu ayırım



İş K m.5/6'daki ayrımcılık tazminatı ancak "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" yapılan farklı işlemler hâlinde uygulanır. Dolayısıyla iş sözleşmesi yapılırken uğranılan ayrımcılıkta ancak Borçlar Hukukunun genel hükümlerine göre "culpa in contrahendo"ya dayalı tazminat talep edilebilecektir.

b) *İş ilişkisi kurulduktan sonra*, bu ilişkinin devamı süresince işverenin eşit işlem borcu daha geniş ve yoğun bir içerik kazanır. Artık sadece ayrımcılık yasağı değil, aynı zamanda genel anlamda eşit davranma yükümlülüğüne uymak gerekir. İşveren yönetim hakkının kullanırken, ücrette, diğer çalışma koşullarında ve disiplin hükümlerini uygularken keyfi davranmaktan kaçınmak zorundadır. Kanun kadın-erkek eşitliği üzerinde özellikle durmaktadır (İş K m.5/1, 3-5).

İş K m.5 uyarınca işçi kendisine yapılan ayrımdan dolayı:

- Yoksun bırakıldığı hakları talep edebilir;
- İşçi için haklı fesih nedeni ortaya çıkar;
- İşçi bu maddede öngörülen tazminata hak kazanır (4 aya kadar ücreti tutarında tazminat). Burada mutlak anlamda ayrımcılık yasağı ihlal edilmese bile, yani spesifik olarak yasaklanan bir neden olmaksızın farklı davranılan işçiye de İş K m.5/6'daki ayrımcılık tazminatının ödeneceği, öğretimizde savunulmaktadır. Bu görüşe göre, burada bir kanun boşluğu olup, bu boşluk genel eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülen tazminatla doldurulmalıdır<sup>22</sup>. Mahkemelerimiz de, ileride verilecek örneklerden de anlaşıldığı üzere, bu anlayışı benimsemektedir.
- İş K m.99/a uyarınca, bu Kanunun "5 inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için" bir idarî para cezası verilir.

c) *Fesih hâlinde*, yasaklanan ayrımcılık nedenlerinin varlığı fesih işleminin "haksız" veya "geçersiz" sayılmasını gerektirir. Bu aşamada genel anlamda eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı bakımından ise farklı görüşler mevcuttur; ancak eşit işlem borcunun tüm yönleriyle işe son vermede de uyulacak bir esas olduğu, görülecek bazı kararlardan da anlaşılacağı üzere yargı organlarımızca paylaşılan yaklaşımdır.

Genel anlamda eşit işlem borcuna aykırılığa hükmedilmesi hâlinde, bu konuda görüş birliği olmamakla birlikte, feshin haksız olduğuna veya geçersizliğine hükmedilmesi<sup>23</sup> de söz konusudur ve ayrımcılık tazminatının ödenmesi gerekecektir. Sendikal nedenle fesih hâlinde işçi sendikacılık tazminatına hak kazanır (STİSK m.25).

İş Kanununun 5. maddesine aykırılık hâlinde idarî para cezaları da öngörülmüştür (m.99/a).

## 2- İspat Yükü

a) "Eşit davranma ilkesi"ne dair İş Kanununun 5. maddesinde ispat özel olarak düzenlenmektedir (son fıkra): "20nci 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."

b) Sendikal nedenlere dayalı fesihlerde de ispat yükü işçide olmakla birlikte, gene bu yük kısmen hafifletilmiştir (STİSK m.25/7):

"(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren

22 YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit Davranma Borcu, III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları, Ankara 2010, s.287-381, s.360; BAYSAL, Ulaş: İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İSGHD, 2010, S. 25, s.60-99, s.76.

23 Bu görüşte, özellikle: CENTEL, Tankut: Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar, Sicil, S.39, Yıl 2016, s.9-16, s.16.

*davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.”*

Böylece fesih hâlinde ilk ispat işverene ait olup, işveren “feshin nedenini”; İş K m.20’deki iş güven-cesi hükümleri çerçevesinde de “geçerli bir sebebe dayandığını” ispat edecektir. Bu ispat getirildikten sonra işçi ayrımcılığı olağan ispat kurallarına göre ispatla yükümlü olacaktır.

c) 6701 sayılı Kanunun “İspat yükü” başlıklı 21. maddesi uyarınca ise: “(1) Münhasıran ayrımcılık ya-sağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurular-da, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık ya-sağının ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.” Burada ayrımcılığın ispatı göreceli olarak kolaylaştırılmıştır.

## **B- İşe Son Vermelerde Ayrımlı Yasağı**

### **1. Genel Olarak**

İşçinin işine son verilmesi bakımından mutlak ayrımlı yasaklarına uyulacağında şüphe yoktur. Mutlak bir ayrımlı yasağının ihlali olmadığı takdirde ise, farklı görüşler ve bazı duraksamalar mevcuttur.

Öğretimizde güçlü bir görüşe göre, eşit işlem borcuna iş sözleşmesinin feshinde de uyulmalıdır<sup>24</sup>. Zira zaten işçinin en çok korunmaya muhtaç olduğu hâl işten çıkarılma hâlidir. Ancak, fesihte ayrımlı yapılmasını haklı gösterecek birçok nedenin de olabileceği kabul edilerek bu görüşe bir nüans da getirilmektedir<sup>25</sup>. Yargı kararlarında ise görülecek genel eğilim, iş sözleşmesinin feshinde de eşit işlem borcuna uymak gerektiği yönündedir.

Buna karşılık, iş sözleşmesinin feshinde “kural olarak” eşit davranma borcunun olmadığı<sup>26</sup> veya

“son derece sınırlı biçimde” uygulanacağı<sup>27</sup> görüşü de güçlü bir şekilde temsil edilmektedir. İşe son vermede kural olarak eşit işlem borcunun bulunmadığı yönündeki görüşün temel dayanağı, işverenin fesih yoluna gitmesinde birçok etkenin rol oynamasıdır<sup>28</sup>. Gerçekten de, fesihte doğası gereği ayrımlı yapılmasını haklı gösteren birçok neden bulunabilir. Bunlar arasında, işin yürümesi için bazı işçilerin çalışmaya devam etmeleri ihtiyacı, işin sürekliliği açısından bazı kadrolara aynı vasıfta işçi bulma zorluğu, işçinin geçmişteki tutumu gibi türlü nedenler yer alabilmektedir<sup>29</sup>.

Kanımızca bu görüşler aslında birbirinden pek de uzak değildir; zira eşit işlem borcunu fesih aşamasında da arayan birinci görüşte bile özel durumların ve işletme gereklerinin işverenin işlemini haklı kılabilmesi kabul edilmektedir. Eşit davranma borcunun kural olarak aranmayacağı yönündeki görüşlerde de işverenin keyfi veya kötüniyetli bir şekilde davranmaması gerektiği belirtilmektedir.

Genel eşit işlem ilkesinin ihlali hâlinde meydana gelecek hukukî sonuçlarda gene bazı yaklaşım farklılıkları olabilmektedir: Bu durumda fesih işlemin geçersizliğine hükmedilmesi ve/veya ayrımlı tazminatıyla yetinilmesi gündeme gelmektedir.

İş sözleşmesine son verme hâlleri değişik durumlara göre ayrımlı edilebilir:

24 Bu yönde, özellikle: EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Basi, İstanbul 1984, s.157-158; TUNÇAY, s.213; SÜZEK, s.504-507; YILDIZ, s.858-861.

25 TUNÇAY, s. 213-216; SÜZEK, s.507; YILDIZ, s.860-864.

26 TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut: *İş Hukukunun Esasları*, s.146; ÇELİK, Nuri – CANIKLIOĞLU, Nurşen–CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, Yen. 29. Basi, İstanbul 2016, s.332-333.

27 DOĞAN YENİSEY, Çalışma ve Toplum, 2006/4, S.11, s.69; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, *Sicil*, Haziran 2006, S.2, s.60-65, s.61; ALPAGUT, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Ankara 2007, s.94-95; ALPAGUT, Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları – Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Prof.Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. II, s. 878.

28 TUNÇOMAĞ / CENTEL, s.146; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s.332-333.

29 Bu konuda bkz. TUNÇAY, s.208-209 ve orada atıf yapılan Alman öğretisi mensupları, özellikle, HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7. Aufl., 1963, s.428-429; NIKISCH, Arbeitsrecht, Band I, 3. Aufl., 1961, s.510-511. Bkz. ayrıca: DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, *Sicil*, Haziran 2006, S.2, s.60-65, s.64.

- İşletme gerekleriyle yapılan işçi çıkarmalar;
- Haklı veya geçerli fesih sebeplerinin bireysel düzeyde ortaya çıkması;
- Toplu eylemlerde çok sayıda işçinin bir yasa dışı eyleme katılması.

Yukarıdaki durumlarda işverenin yönetim hakkının eşit işlem yükümlülüğüyle ne ölçüde sınırlanabileceği, önemli bir konudur.

## 2- İşletme Gereklerine Dayalı Fesihler

İşletme gereklerine dayalı işçi çıkarmalarda işten çıkarılacak işçilerin seçiminde işverenin keyfi davranamayacağı kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Bu tür fesihlerde eğer işveren birtakım kriterlere uyacağını bildirmişse, bunlara uymakla yükümlü olur. Diğer taraftan, yapılan bir toplu iş sözleşmesinde de bazı ölçütler işten çıkarılacakların sırasını belirlemişse, buna uymak gerekecektir. Herhangi bir kriterin önceden belirlenmemiş olması hâlinde dahi “işveren bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin, emekliliği gelenlerin veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunması tutarlılık denetimi kapsamında denetime tâbi tutulmalıdır”<sup>31</sup>. Her halükârda ayrımcılık yasaklarına uymak da zorunludur.

Ayrımcılık yasaklarının uygulanması gereken hâllerden birisi, kadın işçinin analık hâlidir. Aşağıda örnek olarak verilen olayda ekonomik nedenle işten çıkarılanlar arasında hamile işçi de yer almıştı. Davada ayrımcılık tazminatı da talep edildiğinden, kararın gerekçesinde bu yön üzerinde durulmakta ve eşitlik ilkesi de açıklanmaktadır. Ayrıntılı gerekçenin bazı bölümleri şöyledir:

*“Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir sebep olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı, işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi*

*biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke, hakların sınırlandırılmasına değil tesisine hizmet eder.” (...)*

*“4857 Sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise, işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayırım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, pirim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.” (...)*

*“4857 Sayılı İş Kanununun 5. ve 18/III. maddede sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayırım yasağı da buna eklenebilir. Yine, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır”.*

Somut olayda davalı işveren tarafından ekonomik nedenler gerekçe gösterilerek davacı ile birlikte 10 işçi işten çıkartılmıştı. Davacı yapılan feshin hamileliği ile ilgili olduğunu açıkça ortaya koyamadığı için, davacı lehine “eşit davranmama tazminatı”na hükmedilmesi hatalı bulunmuştur (9. HD, 19.10.2010, E. 2010/802 K. 2010/29784)<sup>32</sup>.

## 3- Bireysel Davranışlara Dayalı Haklı Nedenle Fesihler

Haklı veya geçerli bir fesih nedeni varsa, bu davranışlarda veya konumda bulunan işçilerden sadece bir veya bir kaçının işine son verilebilir mi? Öğretimizin kısmına göre, işverenin yapacağı fesih de eşit işlem borcuna uygun olmalıdır. Bu gibi davranışlarda veya konumda bulunan birden fazla işçi arasından işveren işten çıkarılacak işçilerin seçimini hakkaniyete dayandırmak gerekir<sup>33</sup>. Yargı kararlarımızda da, haklı veya geçerli fesih nedeninin işçinin bireysel eyleminden kaynaklandığı hâllerde, benzer davranışta bulunan işçilerin aynı işleme tâbi tutulup tutulmadıkları incelenmekte ve buna göre sonuca varılmaktadır:

30 SÜZEK, s.506; 9.HD, 11.12.2003, 20222/20604, Legal İHD, S.2, s.650-651; 9.HD, 23.3.2009, 34202/7718, Çalışma ve Toplum, 2009/3, S.22, s.246.

31 9.HD, 6.7.2009, 17950/19553, Legal İSGHD, 2009, S.23, s.1108-1114.

32 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com).

33 SÜZEK, s.504.

#### a) Uzun Süreli ve Tekrarlanan Raporlar Nedeniyle Fesih

Feshin geçersizliğine ve işe iadeye ilişkin bir davada, işçinin belirtilen dönemde 300 gün rapor aldığı ve ardi ardına raporlar almaya devam ettiği görülmektedir. Rapor alan başka işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmediğinden söz edilerek eşitlik ilkesine uyulmadığı yönündeki iddia ve değerlendirme ise doğru bulunmamıştır. Yargıtay'ın işaret ettiği üzere, diğer işçilerin davacıyla aynı durumda olmadıkları, durumları karşılaştırma konusu edilen diğer işçilerin raporlarının aynı dönemlere rastlamadığı ve sürelerinin göreceli olarak daha kısa olduğu anlaşılmaktadır. Sonuçta davacının sık sık rapor alması sebebiyle iş sözleşmesinin *feshinin haklı bir nedene dayandığı* kabul edilmiştir (22. HD, 21.10.2011, E. 2011/1041 K. 2011/3192)<sup>34</sup>.

#### b) İki İşçi Arasında Tartışma ve Kavga Nedeniyle Fesih

İşyerinde yaşanan bir kavgaya dayalı olarak işçilerden birisinin akdinin feshedilmesinin haksız fesih niteliği taşıdığı iddiasına karşı, Yargıtay'a göre, olay günü meydana gelen *kavgaya kimin sebebiyet verdiği belirlenmeden ve kavgaya karışan diğer işçinin de kusurlu olup olmadığı yargılama sonucu açıklığa kavuşturulmadan eksik inceleme ve araştırmayla sonuca gidilmesi hatalı bulunmuştur*. Yapılacak iş, tarafların gösterdiği tanıkların çağrılıp dinlenmesi, kavgaya kimin sebebiyet verdiği ve diğer işçinin kusurlu olup olmadığının açıklığa kavuşturulması, işverenin eşit davranma borcuna uygun işlem yapıp yapmadığı belirlenerek oluşacak sonuç uyarınca karar verilmesidir (22. HD, 3.10.2011, E. 2011/447 K. 2011/1829).

Bir diğer olayda ise, yapılan tespite göre *ilk olarak tartışmayı başlatanın işyerindeki diğer işçi olduğu ve bu işçinin iş akdinin feshedilmediği anlaşılmaktadır*. Yargıtayın bu kararında belirtildiği üzere, "işverence davacının iş akdinin sona ermesine karşın olayı başlatan ve davacıya küfreden işçinin sözleşmesinin feshedilmemesi davalı işveren açısından *eşit işlem borcuna aykırılık oluşturur*".

*rur*". "Dairemizin yerleşik uygulamaları bu şekilde olup, somut olayda davacı yararına talep konusu olan *kıdem ve ihbar tazminatının* hüküm altına alınması gerekirken reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir" (9. HD, 7.3.2013, E. 2010/50084 K. 2013/8211).

İki işçi arasında meydana gelen bir başka kavgada, davacının iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiği öne sürülmüştü. Dosya kapsamından ise bu kez kavganın kim tarafından başlatıldığı tespit edilememekte, karşılıklı olduğu ve kavgaya karışan diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmediği anlaşılmaktadır. Yargıtay'a göre, davalı işveren diğer işçinin iş sözleşmesini feshetmeyerek eşit işlem borcuna aykırı davranmıştır ve "bu sebeple davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanmadığı ortadadır." Ancak "davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve yapılan feshin haklı olmasa da *geçerli nedene dayandığı* anlaşıldığından", davanın reddi yönünde karar alınmıştır (9. HD, 31.5.2016, E. 2015/31120, K. 2016/12799).

Böylece, olayın özelliklerinin de dikkate alındığı yukarıdaki kararlarda genel eğilim, iş sözleşmesinin *feshinde de eşit işlem borcuna uymak gerektiğidir*. Eşit işlem yükümlülüğüne aykırılık saptandığında fesih "haklı" olmaktan çıkarak, bunun sonucunda işçi kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmaktadır. Bununla birlikte, işyerinde olumsuzluklara yol açan bu eyleme katılan işçinin iş sözleşmesinin feshi "geçerli" sayılmaktadır ve işe iadesine gidilmemektedir.

Bu içtihat bazı eleştirilere de yol açmıştır. Söz konusu içtihadı eleştiren yazarlarımıza göre, sözleşmenin feshinde kural olarak eşit davranma borcu olmamalıdır; zira işçinin kişisel özellikleri iş ilişkisinin devamında önemli bir yer tuttuğundan, işverene bir takdir hakkı tanımak (farklı düzenlemeler dışında) uygun olur. İşyerinin akibeti yönünden de işveren ayırım yapabilmelidir; zira örneğin, isnat edilen bir davranışta bulunan işyerindeki tüm işçilerin işten çıkarılması beklenebilir<sup>35</sup>.

34 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

35 UŞAN, Fatih: İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit

#### 4- Toplu Eylemlere Dayalı Fesihler

Çok sayıda işçinin katıldığı toplu eylemlerde konu daha da hassasiyet kazanmaktadır. Zira benzer durumda olabilecek çok sayıda işçi bulunmaktadır ve bu işçilerin tümüne aynı işlemin yapılması hâlinde işletmede faaliyetin felce uğraması söz konusu olabilecektir.

##### a) Eşit İşlem Borcuna Aykırılık Bulunmadığı Yönünde Kararlar ve Değerlendirmeleri

Yargıtay'a göre, eyleme katılıp da işten çıkarılan işçilerden bir kısmıyla yeniden iş sözleşmesi kurulmuş olması, davacı işçi yönünden haklı fesih nedenini ortadan kaldırmadığından, işveren tarafından yapılan feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmeli ve davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmelidir. Kararın gerekçesinde belirtildiği üzere: "Eşit davranma borcu, İş Hukuku yönünden işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Somut olayda, davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler yasal olmayan ücret artışı talebinde bulunmuşlar ve topluca çalışmama eylemine katılmışlardır. İşçilerin topluca çalışmama eylemi işveren yönünden haklı fesih sebebidir. Bu işçilerin bir kısmının tekrar işe alınması eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz." (Yargıtay HGK, 23.12.2009, E. 2009/9-485 K. 2009/598).

Aynı olaya bağlı olarak bir başka işçinin açtığı davada ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş, davacının temyizi üzerine karar dairece onanmıştır (Yargıtay 08.10.2007 gün 2007/2577 E., 2007/29505 K.).

Anılan kararda eylemin açıkça yasa dışı niteliği ve haklı fesih nedeninin varlığının etkili olduğu düşünülebilir. İşverenin, bazı işçilerini böyle bir toplu eylem sonrasında "affetme" özgürlüğünün bulunduğu ve akit yapma serbestisi çerçevesinde birlikte çalışmak istediği işçileri seçebileceği de kabul edilebilir.

Bu içtihat da bazı yazarlarımızca eleştirilmiştir: Bir kere, anılan kararlarda eşit işlem borcunun sadece İş K m.5'deki ayırım yasaklarıyla sınırlı olarak anlaşılması eleştiri konusudur. Diğer taraftan, fesih işlemi ile yeniden işe alma olgularının bir bütün olarak düşünülmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Yıldız'a göre, işveren, iş sözleşmelerini aynı haklı nedene dayalı olarak feshettiği işçilerden bir kısmıyla neden yeniden iş akdi kurduğunu objektif esaslara dayalı olarak ortaya koymalıdır. Örneğin, bu işçilerin kıdemi, daha önce sadakat borcuna bağlı davrandıkları, gördükleri işin önemi nedeniyle bu kişilerin hizmetine ihtiyaç duyulduğunu, kısa sürede bu vasıfta işçi bulmanın zorluğu gibi nedenlere dayalı olarak bu işçilerin tekrar işe alındığı açıklanmalıdır<sup>36</sup>.

##### b) Eşit İşlem Borcunun İhlal Edildiği Yönünde Kararlar ve Değerlendirmeleri

Aşağıdaki karar örneklerinden anlaşılacağı üzere, yasa dışı toplu eylemlere katılanlardan sadece bazı işçilerin işten çıkarılması durumunda eğer bu seçiminde işveren ikna edici ve kanıtlanmış nedenleri ortaya koymamışsa, eşit işlem yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna varılabilmektedir:

##### aa) Feshin Geçersizliğine Hükmedildiği Hâller

İncelenen bir olayda, davacının işyerinde 30 işçi ile birlikte mesai saatleri içinde yaklaşık 1,5 saat toplantı yapıp işi bıraktığı ve zarara neden olduğu gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. Bu olayda işveren temsilcisi konumunda olan işçinin işçilere kötü davranışının şikâyet edilmesi üzerine işyerinde işletme müdürü ve şefinin bilgisi dâhilinde toplantı yapılmıştır. Toplantıya katılanların aynı gün 1,5 saat için vardiya bitiminden sonra yaklaşık 3-4 saat çalıştıkları ve böylece toplantı karşılığı çalışılmayan sürenin fazlası ile telafi edildiği, dolayısıyla işverenin bir zararının oluşmadığı da anlaşılmaktadır. İşten çıkarılan davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiş, yerel mahkeme

Davranma Borcu Var mıdır?, *Legal İSGHD*, 2005, S.8, s.1623-1632, s.1630-1632 ve orada incelenen karar: 9. HD, 4.11.2004, 8413/24957, *Legal İSGHD*, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, S.6, s.747-748.

36 YILDIZ, Ali Güzel'e Armağan, s.869-870.

ise davayı reddetmiştir. Yargıtayca varılan sonuç ise farklıdır: toplantıya 30 işçi katılmasına karşılık sadece davacının da bulunduğu 4 işçinin iş sözleşmelerinin feshi eşit işlem yapma borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtaya göre, iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğuna ve davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. Feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilmesi gerekir (9. HD, 25.4.2005 E. 2005/11204 K. 2005/14365).

İncelenen bu olayın özelliklerine bakılırsa, işi bırakmanın işçilerin kusuru dışında haklı bazı gerekçelere dayandırılabilceği anlaşılmaktadır ve bu itibarla kararın isabetli olduğu görüşündeyiz.

Yargıtay, aynı sonuca bir başka olayda da varmıştır: Bu olayda işten çıkarılan bir işçiyi desteklemek üzere girişilen bir saat süreli işi durdurma eyleminde, eyleme katılan işçilerden 12'sinin diğer işçileri iş bırakmaya yönlendirdikleri gerekçesiyle işine son verilmiştir. Burada davacı işçinin diğerlerini eyleme yönlendirdiği belirlenmediğinden, Yargıtaya göre "aynı durumda olan işçilerden büyük bir kısmı işyerinde çalışmaya devam ettiği hâlde davacı işçinin iş sözleşmesinin feshi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturur". Feshin geçersizliğine dair karar onanırken, olayda feshin "doğrudan çalışmama eylemine katılması nedenine dayandığı" için sendikal tazminata hükmedilmesi hatalı bulunmuştur (9.HD, 18.9.2007, 28933/26947)<sup>37</sup>.

Yukarıdaki ikinci örnekte işi bırakmanın yasa dışı grev teşkil ettiği de söylenebilir. Ancak, gelişen içtihadımızda pek kısa süreli, barışçıl eylemlerin korunduğu da görülmekte olduğundan, bu özellikleri taşıyan kısa süreli, işyerine ilişkin, barışçıl sayılabilecek toplu eyleme, işverenin "eşit davranma ilkesine aykırılığı" da eklenince, Yargıtay yukarıdaki sonuca ulaşmıştır. Burada karar gerekçesinden anlaşıldığı üzere, işveren işten çıkarılan işçilere isnat edilen "elebaşılık" konumunu kanıtlanmış olsaydı, sonuç farklı olabilirdi.

#### **bb) Feshin Geçerli Kabul Edildiği Hâller**

Bu olayda, davacının vardiya değişimi sırasın-

da 50 dakika üretim yapılmasına engel olması, diğer çalışanları işverene karşı kıskırtması nedeniyle İş Kanunu'nun 25/II.e maddesi uyarınca iş sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkemece, işyerinde tüm işçilerin eyleme katılmasına rağmen sadece davacı ve birkaç arkadaşının iş sözleşmesinin feshedilmiş olması eşit davranma ilkesine aykırı görülerek bu nedenle iş sözleşmesinin feshi geçersiz sayılmıştı. Oysa Yargıtay'ın değerlendirmesine göre, *haklı nedenlerin bulunduğu durumlarda, iş ilişkisinin sona ermesinde eşit davranma ilkesine aykırı davranılması, iş sözleşmesinin feshini haksız kılabilir, ancak geçersiz hale getirmez.* Bu gibi uyuşmazlıkta işverenin eşit davranma borcuna aykırılığın yaptırımı, geçersizlik değildir. Davacı sendika üyesi olmadığı gibi sendikal faaliyet ve sair nedenlerle eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığı da kanıtlamış değildir. Kararda ifade edildiği üzere, "eşit davranma ilkesine aykırılığın yaptırımı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde belirtilmiştir." Somut olayda davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli bir neden olup, davacının işe iade isteğinin reddi gerekir (9. HD, 10.4.2006 E. 2006/7385 K. 2006/9027).

Yargıtay, muhtemelen dosyada ayrıntılı bir şekilde yer alan olayın özelliklerini dikkate alarak, bu kez feshin geçersizliğine değil, İş K m.5'deki ayrımcılık tazminatına hükmetmiştir. Bu çözüm aslında İş Kanunundaki düzenlemenin harfine daha uygun görünmektedir; zira haklı ve (*à fortiori*) geçerli fesih nedeni, eşit işlem yükümlülüğüne uyulmamış olsa da varlığını korumaktadır. Ancak burada yasa dışı toplu eylemler hakkında çoğunlukla tercih edilecek olan yol seçilerek, işçinin iş akdinin ("haklı" değil) "geçerli" nedenle feshedildiğine hükmedilmektedir.

Yukarıdaki kararlar da eleştirilmiştir: Burada, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun olmadığı, ya da bu borcun farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yasa dışı bir toplu eylem olduğunda eyleme katılan işçilerin tamamının iş sözleşmesinin feshinin beklenemeyeceği, böyle bir işlemin ne işçi lehine yorum ile bağdaştığı, ne de işletme bakımından hayatın doğal akışına uygun düştüğüne

<sup>37</sup> Legal YKİ, 2007, S.5, s.296-297 ve Şahin ÇİL'in İncelemesi.

işaret edilmiştir<sup>38</sup>. Mutlak ayrımcılık yasaklarında feshin geçersizliğine hükmedileceğinde şüphe yoktur; buna karşılık, genel anlamda eşit işlem yükümlülüğüne aykırı fesihlerde feshin geçerli kalacağı ve hatta burada İş K m.5'deki tazminatın dahi talep edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>39</sup>.

İncelenen aşağıdaki metal sektöründeki grevlerde, daha geniş kapsamlı ve uzun süren işi bırakma eylemleri zinciri söz konusudur. Yasa dışı grev niteliği tartışmasız olan bu eylemlerde Yargıtay'ın yaklaşımının önceki genel çizgisinden ayrılmadığı görülmektedir:

Türk Metal Sendikasının taraf olduğu hâlen yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi varken, Birleşik Metal Sendikasına üye olan işçiler kendi temsilcilerini seçmişler ve girilen toplu eylemlere 690 civarında işçi katılmıştır. Bunun üzerine değişik sebeplere dayanarak 240 işçinin işine son verilmiştir. Yargıtay ise, fesihleri geçersiz sayan yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yargıtay'a göre: "(...) toplu eylem nedenine dayalı fesihler bakımından davalı işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, eyleme katılan tüm işçiler arasında davacı işçinin eyleme katılarak üretimi aksatan, aksatmaları konusunda çalışanları tehdit eden ve eylemleri yönlendiren konumda olduğunu kanıtlamamıştır. Bu itibarla toplu eylem nedenlerine dayalı olarak işverence yapılan feshin haklılığından söz edilmesi mümkün değildir. *Ancak işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması, geçerli nedeni ortadan kaldırmamaktadır. Sendikal nedeni ve geçerli neden yönlerinden gerekli araştırma yapılmalıdır.*" "... Her bir davacı yönünden fesih

nedeni ile bağlı kalınarak öncelikle iddiaya konu fesih yönünden deliller değerlendirilmeli, varsa eylemin barışçıl ve demokratik olup olmadığı, davacı işçi eyleme katılmışsa eylemin süresi belirlenmek suretiyle ölçülü biçimde kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmeye alınmalıdır. (...) İç hukuk ve uluslararası hukuk yönlerinden somut olaya özgü değerlendirme yapılmalıdır." (9. HD, 10.3.2016, 2476/5446)<sup>40</sup>.

Ford Otomotiv Sancaktepe işyerine ilişkin olayda, gene yürürlükte toplu iş sözleşmesi varken, metal sektöründe faaliyet gösteren başka bazı işyerlerinde daha yüksek oranda zam yapıldığı görülerek eylem yapılmaktadır. Bu olayda 21 Mayıs-3 Haziran 2015 tarihleri arasında yaklaşık 3000-4000 işçi grev yapmış, bu eylem 13 gün devam etmiştir. Yargıtay'ın da tespit ettiği üzere, olayda toplu iş sözleşmesi yapılması sürecinde yapılan bir kanunî grev söz konusu değildir. "Bundan başka, bireysel veya toplu iş hukukuna dair bazı hakların savunulması için işçilerin demokratik ve barışçıl toplu eylem hakkının olabileceği 87 ve 98 sayılı ILO Sözleşmeleri ile Avrupa Sosyal Şartı ile Anayasanın 51., 54., ve 90. maddelerinin gereği olsa da, eylemin işverene özel olarak zarar verme kastı içermemesi ve ölçülü olması gereklidir." (...) "Davalı işyerinde gerçekleşen ve 13 gün süreyle devam eden toplu iş bırakma eyleminin zamanlaması, katılımcı sayısı ve süresi değerlendirildiğinde ölçülü olmaktan uzak olduğu görülmektedir. Bu nedenle davacının da işi bırakmak suretiyle destek verdiği toplu eylemin, iç hukuk ve bağlı bulunduğumuz uluslararası mevzuat çerçevesinde hukuka uygun olduğundan söz edilemez ve işverenin haklı fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir."

*Olayda disiplin kurulu 550 işçiden 50 kadar işçinin iş sözleşmesinin feshine gerekçe olarak, "farklı birimlerde üretimin aksamaması için dengeli bir dağılım yaparak işten çıkarılacakları" tespit etmiştir. Yargıtay'a göre ise, sözü edilen gerekçe "işçiden kaynaklanıyormuş" ayrımı haklı kılan bir neden" değildir. Buna karşın, "işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket etmiş olması, geçerli nedeni ortadan kaldırmadığından ve davacının hu-*

38 ÇİL, Şahin: Geçerli Nedene Dayanan Fesihle İşverenin Eşit Davranma Borcu, Legal YKİ, 2007, S.5, s.293-311, s.307-308. Genel olarak toplu eylemlerde işverenin seçim hakkının bulunabileceği yönünde, özellikle: SUR, Melda: İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Günc. 6. Bası, İstanbul 2016, s.470-471. Benzer yönde: ALPAGUT, Gülsevil: Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları – Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Prof.Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. II, s. s.878-879; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, Haziran 2006, S.2, s.64.

39 ÇİL, s.308.

40 Çalışma ve Toplum, 2016/2, S.49, s.909-918.

*kuka aykırı şekilde işi bırakmak suretiyle katıldığı toplu eylem sebebiyle işverence yapılan feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir.*" (9. HD, 11.3.2016, 5562/5735)<sup>41</sup>.

Yukarıdaki karara benzer doğrultuda Ford Otomotiv İnönü/Eskişehir işyerine ilişkin 22. Hukuk Dairesinin kararında da, işverenin "*kendi iş organizasyonu kapsamında üretimi aksatmayacak şekilde işten çıkarılacak işçileri farklı ünitelere göre belirlemesi*" nedeniyle feshin haklı olmadığı sonucuna varılmıştır (22. HD, 19.4.2016, 8276/11456)<sup>42</sup>.

Bu kararlara olayın özellikleri yön vermiş görünmektedir. Fesih esnasında eşit işlem yükümlülüğüne aykırı davranıldığı saptanmış; ancak uzun süreli ve uluslararası eğilimler bakımından bile hukuka aykırı sayılacak eylemler karşısında fesih "geçerli" kabul edilmiştir.

Bu içtihadın değerlendirmelerine bakılırsa; *T. Centel'in* eleştirisinde işaret ettiği üzere, "böylece, yargı tarafından işverenin iş organizasyonuna (işletme plânına) yetkili olunmaksızın müdahale edilmektedir"<sup>43</sup>. Nitekim bozma konusu olan alt mahkeme kararında, üretimin devamlılığını ve ekonomik durumu düşünerek işverenden eyleme katılan tüm işçilerin işten çıkarılmasının beklenebileceğine işaret edilmektedir<sup>44</sup>.

*G. Alpagut'a* göre de, haklı fesih nedeni olduğunda grev sonucu işveren fesih hakkını kullanırken farklı ölçütlere göre değerlendirme yapabilmelidir. İşçinin yerine eleman bulunmasındaki zorluk, işçinin önceki davranışları, kıdem, eğitimi, eylemin ortaya çıkışındaki rolü, görev alanı gibi unsurlar yapılan farklı işlemi haklı

kılabilecektir<sup>45</sup>. Böylece olayın özellikleri dikkate alınarak, feshin geçerliliğine hükmedilebilir. İncelenen 9. HD'nin 11.3.2015 tarihli kararına konu olayda, eyleme katılan 3000-4000 kişinin veya baştan itibaren katılan 550 kişinin tümünün işten çıkarılması işyerinde üretimin aksamasına, hatta durmasına yol açabilecek, tüm bu işçilerin işsiz kalması sonucunu doğuracaktır. Bu tür bir işlem iş güvencesi mantığı çerçevesinde de tartışılır niteliktedir<sup>46</sup>. Dolayısıyla, bu olayda işverenin üretim gereklerine dayalı olarak işten çıkarılacak işçiler arasında bir seçim yapmış olmasında eşit davranma ilkesine aykırılığın bulunmadığı belirtilmektedir.

Yukarıdaki görüş ve eleştirilere prensip olarak biz de katılıyoruz<sup>47</sup>. İncelenen eylemin yasa dışı grev teşkil ettiği ve haklı fesih nedeni olduğunda şüphe yoktur. Mevzuatımız bu konuda gayet açıktır (STİSK m.58/2-3, m.60 ve m.70/1). Bununla birlikte her şeye karşın işten çıkarılacak işçilerin seçiminde gene bu seçimin nedenlerinin bizzat işçinin tutumu, üretim sürecindeki konumu, geçmişteki performansı gibi yönlerle temellendirilmesinin doğru olacağını düşünüyoruz. Aksi takdirde karşımıza keyfi ve adalet duygusunu zedeleyecek durumlar ortaya çıkabilir.

Nihayet belirtmeliyiz ki, Ford Otomotiv grevleri hakkında yapılan bireysel başvuru sonucu *Anayasa Mahkemesi* ayrımcılık iddiasını reddetmiştir. Bu kararda belirtildiği üzere, "*(...) Ayrımcılık iddiasının incelenebilmesi için başvuru sahiplerinin 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.*" Oysa somut olayda başvuru sahipleri "kendilerine hangi nedenle ayrımcılık yapıldığına ilişkin herhangi bir

41 Karar ve İncelemesi için bkz. Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. II, s.856-856 ve orada Gülsevil ALPAGUT'un incelemesi, Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları, s.855-879.

42 İncelemesi için bkz. CENTEL, Tankut: Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar, *Sicil*, S.39, Yıl 2016, s.9-16.

43 CENTEL, *Sicil*, agm, s.14.

44 Bozöyük 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 5.1.2016, 2015-347/6 sayılı kararı. Bununla birlikte Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 14.4.2016 tarih, 8279/11459 sayılı kararıyla Bozöyük 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin aynı tarihli 2015/331/1 sayılı kararının onandığına da işaret edilmektedir (CENTEL, *Sicil*, agm, s.14)

45 ALPAGUT, s.878; benzer yönde, DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, *Sicil*, Haziran 2006, S.2, s.60-65, s.64.

46 ALPAGUT, agm, Şahlanan Armağanı, s.879.

47 Toplu eylemlerde işverenin seçim hakkının bulunabileceği yönünde, ayrıca: SUR, İş Hukuku, s.470-471.



beyanda bulunmamışlardır"<sup>48</sup>. Buradan anlaşılan, Anayasa Mahkemesinin konuyu salt ayrımcılık yasakları yönünden ele almış olduğudur.

### III. Sonuç ve Değerlendirmelerimiz

#### A- Eşit Davranma Borcuna Nüanslı Yaklaşım

Yargı kararlarında özellikle işe son verme bakımından şu eğilimler gözlenmektedir: Haklı veya geçerli bir sebep oluştuğunda, yasa dışı toplu eyleme katılanların tümünün değil bir kısmının işten çıkarılması hâlinde ayrımı haklı kılan husus işverence kanıtlanamadığında eşit davranma borcuna aykırı hareket edildiği sonucuna varılabilmektedir. Ancak bu durumda işverenin işlemi haklı fesih değil, geçerli nedenle fesih kabul edilmektedir. Böylece bir orta yol bulunarak, bu işçilerin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanmaları sağlanmaktadır.

Öğretimizde ise eşit işlem yükümlülüğünün ihlâlî tespit edildiğinde, feshin de geçerli sayılmaması gerektiğine işaret edilmiştir<sup>49</sup>. Yargıtay ise her hâlde yapılan eylemin yasa dışı niteliğini dikkate alarak, kararlarında sonuca varmaktadır. Yüksek yargı organımız işçiyi koruma düşüncesiyle, aynı zamanda eşit işlem yükümlülüğüne aykırı davranılmış olabileceğini de göz önünde bulundurup, bir "orta yolu" seçmekte, pragmatik bir tutumla "denkleştirici adalet anlayışı çerçevesinde"<sup>50</sup> sonuca varmaktadır.

Kanımıza göre ise, işveren, çok sayıda işçinin katıldığı eylemlerde işletme gereklerini de dikkate alarak hareket edebilmelidir. Sendikal üyelik ve faaliyet ile diğer ayrımcı nedenlere dayanmamak kaydıyla, ayrıca kötü niyetli veya keyfî de olmamak koşuluyla, çıkarılan işçi seçimini işverene bırakmak doğru olur. İşçilerin o güne kadar-

ki tutumuna ve üretim gereklerine göre işveren işletme yönetimi çerçevesinde karar alabilmelidir. Nitekim öğretimizde eşit işlem borcunu her aşamada şart koşan yazarlar bile, işletmede bazı işçilere duyulan ihtiyaç, işçinin geçmiş yıllardaki tutumu, verimliliği gibi hâllerin işverence yapılan ayrımı haklı kılabilceğini kabul etmektedirler<sup>51</sup>.

İşten çıkarılacak işçilerin seçimini bizzat işçinin tutumu, geçmişteki performansı gibi salt kişisel nedenlerle sınırlı tutmayarak, ayrıca üretim sürecindeki konumu gibi işletmesel ihtiyaçlara dayalı yönlerle temellendirmek kanımızca mümkün olmalıdır. Ancak, bu hususların da işverence ortaya konulması gerekir; aksi takdirde gene karşımıza keyfî ve adalet duygusunu zedeleyecek durumlar ortaya çıkabilir. Bu yönden işletme yönetimine her işçinin konumu, durumu ve performansına ilişkin sağlam bir dosyalama görevi düşmektedir.

#### B- Eşit Davranma Borcuna Aykırılığın Yaptırımı

1. İşten çıkarmayı gerektiren bir haklı veya geçerli sebep varsa fesih haklı veya geçerli olma özelliğini koruyacaktır. Bu durumlarda kanunun öngördüğü yaptırım İş K m.5'deki ayrımcılık tazminatı ve işçinin yoksun bırakıldığı haklardır. İş K m.5'deki ayrımcılık tazminatının spesifik niteliği gereği herhangi bir zarar koşuluna bağlı olmaksızın, dört aya kadar ücret tutarında ayrımcılık tazminatı talep edilebilir. İşçinin asıl ve brüt ücreti üzerinden hesaplanacak olan bu tazminat hâkim tarafından yasal sınır içinde işçinin durumu ve ayrımcılığın ağırlığına göre belirlenebilecektir.

İş K m.5'deki tazminatın sadece ayrımcılık hallerine hasredildiği ve genel anlamda eşit işlem borcunun ihlâlinde uygulanmayacağı görüşüne göre, bu durumda işçi (ancak) yoksun bırakıldığı hakları talep edebilecektir<sup>52</sup>. Buna karşılık ayrımcılık tazminatının bu hallerde de hâkim tarafından kanun boşluğunun doldurulması suretiyle

48 Anayasa Mahkemesi, 27.7.2016, Başvuru No. 2016/8793, İşveren, C.54, S.5, Eylül Ekim 2016, Yargıtay Kararları Eki, s.3-7.

49 CENTEL, agm, Sicil, s.16.

50 CENTEL, agm, s.16.

51 SÜZEK, s.507; TUNCA, s.211, s.214.

52 SÜZEK, s.511.

talep edilebileceği<sup>53</sup> görüşü, yargısal içtihatlarımızla varılan sonuca uymaktadır<sup>54</sup>.

2. Diğer tazminatlarla ilişki bakımından ise:

a) Sendikal ayrımcılığın tespit edildiği durumlarda *sendikal tazminata* hükmedilir (STİSK m.25); ayrımcılık tazminatına ayrıca hükmedilemez. Bu hususta açık hüküm de mevcuttur (İş K m.5/6 uyarınca STİSK m.25 hükümleri saklı tutulmuştur).

b) *Kötüniyet tazminatı* (İş K m.17/6) ile ayrımcılık tazminatının birlikte istenemeyeceğine dair bir hüküm ise bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre her iki tazminat birlikte istenebilir<sup>55</sup>. Zira kötüniyet ile ayrımcılığın davranış olarak örtüşmedikleri hâller olabilir ve bu tazminatların hukukî dayanakları da farklıdır. Buna karşılık bu tazminatların birlikte talep edilemeyeceği görüşü de mevcuttur<sup>56</sup>. Bu ikinci görüşte, *Çelik*'e göre daha genel nitelikli olan ayrımcılık tazminatı yerine, işten çıkarılmaya has olan ve daha yüksek miktarlara ulaşabilen kötüniyet tazminatının talep edilmesi gerekir<sup>57</sup>. Bu yöndeki görüşlerin genel anlamı itibarıyla, ayrımcılık kötüniyetin özel bir hâlidir, dolayısıyla her iki tazminata birlikte hükmetmemek gerekir.

c) İş güvencesi kapsamında *işe başlatmama tazminatı* (İş K m.21/1) ile ilişki bakımından ise her iki tazminatın birlikte istenebileceği, hâkim olan ve bizim de katıldığımız görüştür. Zira bu

iki tazminatın nitelik ve amaçları farklıdır ve ayrımcılık tazminatı, özellik taşıyan, "işe başlatmama"dan farklı, spesifik bir davranışı karşılayan bir yaptırımdır.

## KAYNAKÇA

- ALPAGUT, Gülsevil: Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Ankara 2007, s.75-121.
- ALPAGUT, Gülsevil: Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları – Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, Özel Sayı, Prof.Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C. II, İstanbul 2016, s.856-879.
- BAYSAL, Ulaş: İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, Legal İHD, 2010, S. 25, s.60-99.
- CENDEL, Tankut: Metal Sektöründeki Son İş Bırakma Eylemleri Nedeniyle İşten Çıkarmalar, Sicil, S.39, Yıl 2016, s.9-16.
- ÇELİK, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İSGHD, 2007, S.14, s.485-496.
- ÇELİK, Nuri – CANIKLIOĞLU, Nurşen – CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yen. 29. Bası, İstanbul 2016.
- ÇİL, Şahin: Geçerli Nedene Dayanan Fesih-te İşverenin Eşit Davranma Borcu, Legal YKİ, 2007, S.5, s.293-311.
- DEMİR, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2014.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, Haziran 2006, S.2, s.60-65.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, S.11, 2006/4, s.63-81.
- EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C.I, Ferdî İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.

53 YILDIZ, İşverenin Eşit Davranma Borcu, s.360; BAYSAL, s.76.

54 Örneğin, 9. HD, 10.4.2006, 7385/9027, Legal, YKİ, 2007, S.5, s.293-295; 9.HD, 18.9.2007, 28933/26947, aynı yer, s.296 ve Şahin ÇİL'in İncelemesi, Geçerli Nedene Dayanan Fesih-te İşverenin Eşit Davranma Borcu, s.293-309.

55 SÜZEK, s.509-510; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi - ASTARLI, Muhittin – BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s.748; YILDIZ, İşverenin Eşit Davranma Borcu, s.361-365; BAYSAL, s.84.

56 ÇELİK, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İHD, 2007, S.14, s.485-496, s.489; DEMİR, Fevzi: *İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir 2014, s.192-193; YENİSEY, s.81. Karş: Feshin birden fazla nedenle kötüye kullanılması hâlinde her iki tazminatın varlık gerekçelerinin farklı olacağı ve bu durumda her ikisinin aynı zamanda istenebileceği yönünde: ODAMAN, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, Legal İHD, 2010, S.25, s.32-40, s.36.

57 ÇELİK, agm, s.489.

- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref - GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Gen. 9. Baskı, Ankara 2011.
- KAYA, Gözde: EU Age Discrimination in Light of EU's Demographic Challenges and ECJ Case Law, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C.17, S.1, s.79-117.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi - ASTARLI, Muhittin – BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- ODAMAN, Serkan: Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti, Legal İHD, 2010, S.25, s.32-40.
- ODYAKMAZ, Zehra - KESKİN, Bayram - DENİZ, Yusuf: 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerinde Bir Değerlendirme, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yıl: 2016 Sayı: 71 <<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/mdergi/article/view/5000194712>>
- SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Ed. Kübra Doğan Yenisey – Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul 2017, s.257-287.
- SUR, Melda: İş Hukuku, Toplu İlişkiler, Günc. 6. Bası, İstanbul 2016.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yen. 12. Baskı, İstanbul 2016.
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – SANCAKDAR, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004.
- TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2016.
- UŞAN, Fatih: İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var mıdır?, Legal İSGHD, 2005, S.8, s.1623-1632.
- ÜNAL, Canan: Yaş Ayrımcılığı Yasağı Kapsamında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş ve Emekliliğin Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, s.312-377.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit Davranma Borcu, III. Çalışma Yaşamı Kongresi, Çalışma Yaşamının Güncel Sorunları, Ankara 2010, s.287-381.
- YILDIZ, Gaye Burcu: İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, I, İstanbul 2010, s.837-876.

## Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması

### Öz

Mevzuatımızda son yıllarda çalışan kadınlara ve annelere yönelik farklı hükümler getirilmektedir. Bunlardan birisi de, çalışan ebeveynlerin çocuklarıyla ilgilenebilmelerine olanak tanıyan düzenlemelerdir. Bu çerçevede 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesinde yapılan değişiklikle doğum ve evlat edinmeye bağlı kısmi süreli çalışma hakkı tanıyan hükümler getirilmiştir. Öte yandan konuyla ilgili olarak, "Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik" çıkarılmıştır. Bunun yanı sıra, Kanunun m. 74/II hükmünde, doğum ve evlat edinmeye dayalı olarak haftalık çalışma süresinin yarısına kadar izin hakkı tanıyan yeni düzenlemeler yapılmıştır.

Çalışmamızda esas itibarıyla 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmüne göre yapılacak kısmi süreli

çalışmaya ilişkin esaslar değerlendirilmeye çalışılacak, aynı Kanunun m. 74/II hükmüne gerekli görüldüğü ölçüde yer verilecektir.

İşçilere istihdamın sürekliliğinin sağlanması bakımından doğum halinde kısmi süreli çalışma hakkının getirilmesinin yerinde olduğu söylenebilir. Ancak mevcut mevzuat hükümlerinin, istihdamda özellikle kadın işçiler bakımından olumsuz etki yapabileceği düşünülmektedir. Zira Kanunda ve özellikle de Yönetmelikte yer alan bazı düzenlemeler, uygulamada sorun ve tartışmalara neden olabilecek, işverenlere ve işyerlerine birçok konuda sorun yaşatabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Özellikle Kanunda düzenlenmesi gereken hususların Yönetmelikle getirilmesi isabetli olmamıştır. Sözü edilen hükümlerin gerekli değişiklikler yapılarak Kanunda düzenlenmesi sağlanmalıdır.

### Anahtar Sözcükler:

Doğum, evlat edinme, kısmi süreli çalışma, analık izni.

## Part-Time Work Practice Due to Childbirth/Adoption of a Child

### Abstract

Our legislation contains various provisions for working women and mothers along with the ones providing parents to take care of their children. In this context, the amended article 13 of Labour Code No. 4857 brings the right for

part-time work due to childbirth and adoption of a child. Also a regulation on part-time work, which shall be performed after maternity leave and unpaid leave, has been issued. In addition, a new paragraph has been added to Labour

\*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı  
saimocak@hotmail.com

Code's article 74/II, providing a leave up to the half of weekly working time due to childbirth and adoption of a child.

Our study will especially cover the part-time work designed in the provision in Labour Code 13/V where Labour Code article 74/II will only be reviewed if necessary.

Bringing the right for part-time work due to childbirth could be considered positively in order to provide the sustainability of employment. But

the new existing legislation can make a negative impact to employment in particular with the female workers. Because the provisions in the law and especially in the Regulation are written in a way which may be problematic for employers and workplaces and cause trouble and debates in practice. Especially the issues which should be brought by the law were brought by Regulation. These provisions should be amended and they should be brought by law.

#### Keywords:

Childbirth, adoption of a child, part-time work, maternity leave.

## I. Giriş

Toplumun temelini oluşturan ailenin huzuru ve çocukların sağlıklı bir ortamda yetişmesi ülkelerin geleceği bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu yönüyle çocukların özellikle anası ve babası tarafından büyütülmesi bedensel ve ruhsal yönden önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, kadınlara ve çalışan annelere yönelik olarak mevzuatta çeşitli hükümler bulunmaktadır. Ayrıca, çalışan ebeveynlerin çocuklarıyla ilgilenilmeleri için yeni düzenlemeler getirilmektedir. İşte, 29.01.2016 tarih ve 6663 sayılı Kanunun<sup>1</sup> 21. maddesiyle<sup>2</sup> 4857 sayılı İş Kanununun<sup>3</sup> 13. maddesine eklenen beşinci fıkradaki düzenlemeyle doğum nedeniyle kısmi süreli çalışma hakkı tanıyan hükümler getirilmiştir. Kanunun m. 13/V hükmüne göre, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir". Ayrıca, "Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu

haktan faydalanır". Öğretide<sup>4</sup> de belirtildiği üzere, doğum ve evlat edinmeye bağlı olarak kısmi süreli çalışmaya geçme hakkına ilişkin hükümlerin getirilmesinin isabetli olduğu, geleceğe yönelik olarak fayda sağlayacağı söylenebilir.

Konuya ilişkin olarak İş Kanununun m. 13/V hükmünde başka düzenlemelere de yer verilmiş olup, bunlara aşağıda yeri geldikçe değinilecektir. 6663 sayılı Kanunun yürürlük m. 35/I (d) hükmü uyarınca, 21. maddeyle, 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmüne eklenen düzenleme 10.02.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Öte yandan konuyla ilgili olarak, "Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik<sup>5</sup>" çıkarılmıştır<sup>6</sup>. Sözü edilen Yönetmeliğin yürürlük hükmü olan 18. maddesi uyarınca Resmi Gazete'de yayımlandığı 08.11.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>7</sup>. Belirt-

4 Bkz, Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016, 152.

5 Çalışmamızda sözü edilen Yönetmelik, "Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği" olarak kullanılacaktır.

6 RG. 08.11.2016, 29882.

7 "Yönetmeliğin amacı, kapsamı ve dayanağı ilk üç maddede düzenlenmiştir:

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Yönetmeliğin amacı, doğum ya da evlat edinilmesi sonrası işçinin kısmi süreli çalışma yapabileceği işleri belirlemekle uygulamaya ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, 22/5/2003 tarihli ve 4857

1 Sözü edilen düzenleme, "Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"dur.

2 RG. 10.02.2016, 29620.

3 RG.10.06.2003, 25134.

mek gerekir ki, Kanunun m.13/V hükmünde yer alan doğum ve evlat edinmeye bağlı kısmi süreli çalışmaya ilişkin düzenlemelerin yanı sıra, Kanunun m. 74/II hükmünde doğum ve evlat edinmeye yönelik bazı hususlara yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun m. 74/II hükmüne 6663 sayılı Kanunun 22. maddesiyle getirilen düzenlemeyle, doğum ve evlat edinmeye yönelik olarak diğer izinlerin yanı sıra (4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmündeki kısmi süreli çalışmadan farklı olarak), "...haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin..." verilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Bununla bağlantılı olarak 6663 sayılı Kanunun 20. maddesiyle 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen ek 5. maddede, haftalık çalışma süresinin yarısına kadar verilen ücretsiz izin süresince yarım çalışma ödeneği verilmesine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Kanunun m. 13/V hükmüne dayanılarak yapılacak kısmi süreli çalışma uygulamasında işçi sadece kısmi süreli olarak çalıştığı süreye ilişkin ücretini işveren- den alacaktır. Kanunun m. 74/II hükmüne ve 4447 sayılı Kanunun ek m. 5 hükmüne göre ise, işçiye, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullandığı dönemde, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar yapacağı çalışma karşılığında çalıştığı süreye ilişkin ücreti işverenden tarafından ödeneceği gibi, koşulları yerine getirecek olursa haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince de 4447 sayılı Kanunun ek m. 5/I hükmündeki esaslara göre yarım çalışma ödeneği verilebilecektir. Ayrıca, 4447 sayılı Kanunun ek m. 5 hükmünde düzenlenen diğer haklardan da yararlanacaktır. Çalışmamızda esas itibarıyla 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmüne göre yapılacak kısmi süreli çalışmaya ilişkin esaslar değerlendirilmeye çalışılacak, 4857 sayılı İş Kanununun m. 74/II hükmü ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek 5. maddesinde düzenlenen hususla-

sayılı İş Kanununun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kısmi süreli çalışma talebinde bulunan işçiler ile bunların işverenlerini kapsar.

Dayanak

MADDE 3 – (1) Bu Yönetmelik, 4857 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır".

ra aşağıda doğuma ve evlat edinmeye dayalı izin sürelerine ilişkin kısımda gerekli olduğu ölçüde yer verilecektir.

Çalışmamızda, 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmünde düzenlenen, doğum ve evlat edinmeye bağlı olarak kullanılacak kısmi süreli çalışmaya ilişkin hususlar değerlendirilecek, konuyla bağlantılı diğer hususlara da gerekli olduğu ölçüde değinilmeye çalışılacaktır. Konuya ilişkin yabancı ülke uygulamalarına çalışmamızın kapsamını gerektirdiğinden fazla genişleteceğinden yer verilmeyecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 6663 sayılı Kanunun 10. maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa<sup>8</sup> ek madde 43 hükmü eklenerek memurlar bakımından doğum ve evlat edinmeye dayalı olarak "yarım zamanlı çalışma" adı altında bazı düzenlemeler getirilmiştir. Çalışmamız sadece 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmünde yer alan doğum ve evlat edinmeye dayalı kısmi süreli çalışmaya yönelik olduğundan, memurlara ilişkin hususlara değinilmeyecektir.

## II. Kısmi Süreli Çalışma

Bilindiği üzere, Kanunun m. 63/I hükmüne göre, "Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saattir". Kanunun m. 13/I hükmünde, "İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir". Belirtilen hükmünde yer alan "önemli ölçüde az" ibaresinin ne anlama geldiğine İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin<sup>9</sup> 6. maddesinde açıklık kazandırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Anılan Yönetmeliğin 6. maddesine göre, "İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi sü-

8 RG. 23.7.1965, 12056.

9 RG. 06.04.2004, 25425.

reli çalışmadır". Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin m. 3/I hükmüne göre, "Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66 ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır. Aynı Kanunun 68 inci maddesi uyarınca verilen ara dinlenmeleri ise, çalışma süresinden sayılmaz".

Kanunun 13. maddesine göre, "Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir (m. 13/II). Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır (m. 13/III). Öte yandan Kanunun m. 5/II hükmüne göre de, "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".

İnceleme konumuza ilişkin Kanunun m. 13/V hükmüne dayanılarak çıkarılan, Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliğinin m. 4/I(c) hükmünde, "Haftalık çalışma süresi: Genel bakımdan haftalık en çok kırk beş saat, yer altı maden işlerinde çalışan işçiler için ise haftalık en çok otuz yedi buçuk saat olan süreyi...ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin m. 4/I (ç) hükmünde de, "Kısmi süreli çalışma: İşçinin, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yaptığı çalışmayı...ifade eder" denilmektedir<sup>10</sup>.

10 İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 18. maddesinin birinci fıkrasında fazla çalışma yaptırılmayacaklar arasında, "d) Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler." de sayılmıştır (RG. 06.04.2004, 25425). Öte yandan m. 18/II hükmünde, "Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma da yaptırılmaz" denilmektedir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin m. 13/I-III-III hükümlerine göre, "Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş

Kanunun m. 13/V hükmünde açıkça belirtilmemekle birlikte, kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabileceğine ilişkin düzenlemeden doğum nedeniyle tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin kısmi süreli çalışmaya geçebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kısmi süreli bir iş sözleşmesiyle çalışan işçinin belirtilen hükümden yararlanması mümkün olmayacaktır. Elbette sözü edilen düzenlemenin bu yönüyle yerinde olup olmadığı ilk bakışta tartışılabilir görünmektedir. Zira haftada yirmisekiz saat çalışmakta olan işçi, haftalık çalışma süresini onbeş saate düşürmek isteyebilir. Ancak, Kanun koyucu isabetli olarak, kısmi süreli çalışanlar zaten kalan sürede çocukla ilgilenebileceğinden, sadece tam süreli çalışanlara doğum nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı tanımış bulunmaktadır. Burada vurgulamak gerekir ki, iş sözleşmesinin hangi türde olacağına özgür iradeleriyle sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar ortak iradeleriyle birlikte karar vermektedir. Bununla birlikte çalışma konumuza ilişkin olarak Kanunun m. 13/V hükmünde doğum ve evlat edinmeye dayalı kısmi süreli çalışma uygulamasında, tam süreli iş sözleşmesi kanun gereği işçinin tercihine bağlı olarak (kural olarak işverenin onayı alınmaksızın) kısmi süreli iş sözleşmesine dönüşmektedir<sup>11</sup>. Burada sadece çalışma sürelerinde ve çalışma koşullarında değişiklik meydana geldiği, iş sözleşmesinin türünde değişiklik olmadığı söylenemez. Ancak,

sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır. Yukarıdaki esaslara göre izine hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz" (RG. 03.03.2004, 25391). Ayrıca anılan Yönetmeliğin m. 21/son hükmü uyarınca, "Kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışanlara; izin dönemine rastlayan çalışması gereken sürelerle ilişkin ücretleri, yıllık izin ücreti olarak ödenir". Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin m. 101/I hükmüne göre, Sigortalının normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre üçte ikisi oranından daha az belirlendiği çalışmalar kısmi süreli çalışmadır (RG. 12.05.2010, 27579).

11 Bkz, Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, Eylül 2016, 45.

taraf lar arasındaki tam süreli iş sözleşmesi kısmi süreli iş sözleşmesine dönüştüğünde, çalışma sürelerinde ve çalışma koşullarında da değişiklik meydana gelmiş olmaktadır. Bu bağlamda, doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçebileceğine ilişkin mevzuatta yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin iş sözleşmesi uygulama süresince kısmi süreli iş sözleşmesine dönüşmüş olacaktır. Elbette, kısmi süreli çalışma hakkının kullanılabilmesi sürenin sonunda veya işçinin süre sona ermeden önce işçinin tam süreli çalışmaya geçmek istemesi halinde, kısmi süreli sözleşme de tam süreli sözleşmeye dönüşecektir.

### III. Uygulama Alanı (Kapsamı) ve Yürürlük

4857 sayılı İş Kanununun m. 13/V hükmünde, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir" denilmektedir. Sözü edilen düzenleme sadece 4857 sayılı Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere uygulanacaktır. Zira, 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmünde yer alan düzenlemelerin diğer Kanunların kapsamına giren işçiler hakkında uygulanacağına ilişkin olarak, 4857 sayılı Kanunda ve diğer mevzuat hükümlerinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Elbette Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında istihdam edilen işçilerin de belirtilen haktan yararlanması sağlanmalıdır. Bu yönüyle mevzuatta değişiklik yapılması gerektiği söylenebilecektir. Her ne kadar 6663 sayılı Kanunun m. 22 hükmüyle, 4857 sayılı Kanunun m. 74/son hükmüne eklenen, "Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır" denilmekte ise de, sözü edilen hükümde farklı hususlar düzenlenmektedir. Belirtilen hususlara aşağıda çalışmamızın sonunda yer verilecektir.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı

Kanunun kapsama giren işçiler, diğer koşulların da gerçekleşmesiyle birlikte doğuma dayalı kısmi süreli çalışma hakkını, 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmünün ve Yönetmelik hükümlerinin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki doğumlar için kullanabileceği gibi, daha önce meydana gelmiş doğumlar için de kullanabileceklerdir. Konuyla ilgili olarak Kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, aksine bir düzenleme de bulunmamaktadır. 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmüne eklenen doğum nedeniyle kısmi süreli çalışma hakkına ilişkin düzenlemeler, 6663 sayılı Kanunun m. 21 hükmüyle getirilmiştir. 6663 sayılı Kanunun yürürlüğe ilişkin 35. maddesinde kanun hükümlerinin ne zaman yürürlüğe gireceği belirtildikten sonra, m. 35/I (d) hükmünde<sup>12</sup>, "d) Diğer hükümleri yayımı tarihinde, yürürlüğe girer" denilmektedir. Belirtilen hüküm uyarınca m. 21 hükmü ile 4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmüne eklenen düzenleme 6663 sayılı Kanunun Resmi Gazetede yayımlandığı 10.02.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konuya ilişkin Kısmi Süreli Çalışma Yönetmeliği hükümleri de Yönetmeliğin Resmi Gazetede yayımlandığı 08.11.2016 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Kanunun m. 13/V hükmünde, Kanunun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği belirtildiğinden, çocuğun ne zaman doğduğuna bakılmaksızın mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kısmi süreli çalışma talebinde bulunularak, kısmi süreli çalışma yapılabilecektir.

Kısmi süreli çalışma hakkını kullanılabilmesi

12 "MADDE 35- Bu Kanunun;

- 2 nci maddesi 1/1/2016 tarihinden itibaren elde edilen gelirlere uygulanmak üzere yayımı tarihinde,
- 8 inci, 9 uncu, 12 nci, 15 inci, 16 nci, 17 nci ve 18 inci maddeleri yayımını izleyen ayın onbeşinde,
- 23 üncü, 24 üncü, 25 inci, 29 uncu ve 31 inci maddeleri yayımı tarihini takip eden ödeme dönemi başında,
- 28 inci maddesi yayımını takip eden ay başında,
- d) Diğer hükümleri yayımı tarihinde, yürürlüğe girer".



bakımından işin niteliği, işyerinin büyüklüğü, işçinin kıdemi gibi hususların herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira söz edilen hakkın kullanılması bakımından mevzuatta bu yönde herhangi bir koşul öngörülmemiştir. Dolayısıyla, işyerinde sadece bir işçinin çalışması halinde dahi kısmi süreli çalışma hakkı kullanılabilir<sup>13</sup>. Öğretide, işçilerin kısmi süreli çalışma hakkından yararlanabilmeleri için işyerinin büyüklüğünün herhangi bir önemi bulunmadığı, Alman Hukukunda bu haktan yararlanılabilmesinin işyerinde en az 15 işçinin çalışmasına ve işçinin en az altı aylık kıdemi olması koşuluna bağlandığı, hukukumuzda bu yönde koşullar öngörülmediği için tek bir işçinin çalıştığı bir işyerinde dahi işçi talep ederse işverenin bu talebi kabul etmesi gerektiği, bunun ise küçük işverenler için büyük yük getireceği, Kanunda hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esasların bir yönetmelikle düzenleneceğinin hükme bağlandığı, yönetmeliklerin Kanundaki hükümleri açıklığa kavuşturmak, uygulama esas ve usullerini göstermek üzere çıkarıldığı, bu nedenle küçük işyerlerinin korunması için hukukumuzda konunun Kanunda düzenlenmesinin çok daha isabetli olacağı ifade edilmiştir<sup>14</sup>.

## IV. Kısmi Süreli Çalışma Talebinde Bulunabilecek Kişiler

### 1- Ebeveynlerden/Eşlerden Birisi

4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmünde yer alan düzenlemeye göre, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir..." (m. 13/V). Anılan hükümde de

belirtildiği üzere, kısmi süreli çalışma hakkı ebeveynlerden sadece birisi tarafından kullanılabilir. Bu bağlamda kısmi süreli çalışma hakkı, sadece çalışan annelere değil, çalışan babalara da tanınmış bulunmaktadır<sup>15</sup>. Dolayısıyla çalışan kadın işçi (anne) gibi, çalışan erkek işçi (baba) da sözü edilen haktan yararlanabilecektir<sup>16</sup>. Elbette, sözü edilen hakkın ana ve baba tarafından aynı anda kullanılması mümkün olmayacaktır. Zira m. 13/V hükmünde "ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir" denilmektedir.

Öte yandan Kanunda, "...Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz..." hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla eşlerden birinin çalışmaması halinde diğer eş kısmi süreli çalışmadan yararlanamayacaktır. Kanunda açıkça belirtilmemekle birlikte, ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmesi için resmi nikahlı olmaları, aralarında evlilik birliğinin bulunması gerekir. Anılan hükümde yer alan "Eş" ibaresine bakıldığında, resmi nikahlı eşten söz edildiği anlaşılmaktadır.

Kanunun m. 13/V hükmünde kısmi süreli çalışma bakımından "ebeveynlerden biri" ve "eş" ibareleri kullanılmaktadır. Kanunun, "Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz" şeklindeki düzenlemede yer alan, "eş" ibaresi, Türk Medeni Kanunu'na<sup>17</sup> göre resmi nikâhli olarak evlilik birliği içinde yaşayan, evli olan eşlerden birini belirtmek amacıyla kullanılmıştır. Bu bağlamda, işçinin fiilen birlikte yaşadığı ancak resmi nikâhli olmadığı kişinin çalışıp çalışmamasının önemi bulunmamaktadır. Zira, hukuki bakımdan kanunda açıkça belirtilmeyen durumlarda resmi nikahlı olmayan kişilerin evlilik birliği dışındaki ilişkileri tanınmamaktadır. Resmi nikahlı olmakla birlikte yaşayan kişilerin ilişkisi çalışma konumuz bakımından mevzuatta açık bir şekilde hukuken tanınmadığından, mevcut hükümler

13 Ayrıca bkz, Köseoğlu, Ali Cengiz; Türk İş Hukukunda Analık, İş ve Hayat Ekonomi Hukuk ve Sosyal Politika Dergisi, Y.2, S. 4, 115.

14 Alman hukukuna ilişkin esaslar için bkz., Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 154-155.

15 Köseoğlu, 113.

16 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 153.

17 RG. 08.12.2001, 24697.

karşısında bunlardan birinin kısmi süreli çalışma hakkını kullanması bakımından diğerinin çalışıyor olması gerekmeyecektir. Bu yönüyle, evlilik birliği dışında birlikte yaşanan kişinin konumuz bakımından olumlu ya da olumsuz bir etkisi olmamaktadır<sup>18</sup>. Dolayısıyla, çocuğun çalışmakta olan anası (kadın işçi), evlilik birliği dışında fiili olarak başka bir kişi ile yaşadığı durumlarda, sözü edilen kişinin çalışıp çalışılmadığına bakılmaksızın kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilecektir.

Normalde ebeveynlerden birisinin kısmi süreli çalışma hakkının kullanılabilmesi için, diğerinin (eşin) de çalışıyor olması gerekir. Elbette eşlerin çalışıyor olması koşulu ebeveynlerin evlilik birliği içinde olması halinde aranacaktır. Ancak, çocuğun ana ve babasının boşanmış olması halinde, kısmi süreli çalışma hakkını çocuğun velayeti kendisine verilen kişi kullanabilecektir. Burada belirtmek gerekir ki, Kanunda "ebeveyn" ibaresinin kullanılmış olması, işçinin kısmi süreli çalışma hakkını kullanması için evlilik birliği içinde olmasını gerektirmemektedir. Öğretide konuyla ilgili olarak, kanunda ebeveyn deyiminin kullanılmış olması işçinin halen evli biri olması zorunluluğunu da gerektirmeyeceği, aksinin kabulü medeni durum temeline dayanan bir ayrımcılık oluşturacağı, boşanmış olup velayeti kendisine verilen çocuğu olan işçi de kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkından yararlanabileceği, bu durumda eşin çalışıyor olması koşulu dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Evlilik birliğinin sona erdiği durumlarda, çocuğun velayeti kendinde olan işçinin kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmesi için, önceki eşin çalışıp çalışmamasının her hangi bir etkisi olmayacaktır.

## 2- Ebeveynlerin Çalışıyor Olması ve İstisnaları

Kanunun m. 13/V hükmünde, "Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz..." denilmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesinde "Kısmi süreli çalış-

ma talebinin şartları" başlığı altında aynı yönde ki kanun hükmü yer verildikten sonra, belirtilen kurala istisna oluşturulacak hükümler getirildiği görülmektedir.

Kanun hükmünden ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmesi için her ikisinin de çalışıyor olması gerektiği anlaşılmaktadır. Aşağıda belirtileceği üzere, buna bazı istisnalar getirilmiş bulunmaktadır. Mevcut hükümlere göre, kısmi süreli çalışma hakkının kullanılabilmesi için kural olarak ebeveynlerin her ikisinin de çalışıyor olması gerekmektedir. Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı zaten, ana ve babanın çalışması nedeniyle çocuğun bakımında sorun yaşanmaması için getirilmiştir. Mevcut hükümler karşısında, ebeveynlerden birinin çalışmaması halinde çocuğu zaten bakabileceği kabul edildiğinden, kural olarak diğerine kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı tanınmamaktadır. Bu bağlamda, ebeveynlerden birinin çalışmıyor olması halinde, çalışmayan eş kısmi süreli çalışma hakkını kullanamayacağı gibi, çalışan eş de kısmi süreli çalışmaya geçemeyecektir. Elbette, ebeveynlerden biri çalışmıyorken onun da çalışmaya başlaması halinde, ikisinden birine kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı tanınması gerekecektir. Öte yandan, belirtilen kurala Yönetmelikte getirilen istisnai hallerde de ebeveynlerden birisi bakımından çalışmama koşulu aranmayacak ve kısmi süreli çalışmaya geçilebilecektir.

Yönetmeliğin sözü edilen m. 10/I hükmüne göre, "...Ancak, ebeveynlerden birinin çalışma şartı;

a) Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi,

b) Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveyn talepte bulunması,

c) Üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi, hâllerinde aranmaz".

Yönetmelik hükmünde düzenlenen üç halde

18 Ayrıca bkz, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 153; Köseoğlu, 114, dn. 57.

19 Bkz, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 153.

ebeveynlerden her ikisinin de çalışıyor olması gerektiği yönündeki kurala istisna getirilmiş olup, belirtilen hallerde ebeveynlerden biri çalışmıyor olsa bile kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabilecektir.

Öğretide, "Kanuna göre, üç yaşını doldurmuş bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferiden evlat edinenlerin çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanabileceği, bu hükme, her ne kadar maddede işçinin eşinin çalışıyor olmasına ilişkin cümleden sonra yer verilmiş olsa da bu durumda da eşin çalışıyor olması koşulu aranması gerektiği, biyolojik ana ve baba için aranan koşulun evlat edinme sonucu ana ve baba olan işçiler için aranmamasının bir anlamı olmadığı" ifade edilmektedir<sup>20</sup>.

Yönetmeliğin m.10/II hükmünde, "Birinci fıkra kapsamındaki kısmi süreli çalışma talebi şartları, sadece başvuru sırasında aranır. Bu şartların kısmi süreli çalışma sırasında kaybedilmesi durumunda söz konusu hak devam eder" denilmektedir. Belirtilen hüküm ilk bakışta duraksamaya neden olmaktadır. Zira, maddenin birinci fıkrasında hem kural hem de istisnalar düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında birinci fıkraya atıf yapılmış olduğuna göre hem kural hem de istisnalar bakımından koşulların varlığı başlangıçta aranacak daha sonra meydana gelen değişiklikler uygulama bakımından farklılığa neden olmayacaktır. Bu bağlamda, kural bakımından ifade etmek gerekirse, ebeveynlerden birinin çalışması ve diğer koşulların da gerçekleşmesiyle kısmi süreli çalışmaya geçildikten sonra, kısmi süreli çalışma hakkını kullanan kişi, eşi işten ayrılacak olsa dahi kısmi süreli çalışmaya devam edilebilecektir. Öte yandan, istisnalar bakımından da kısmi süreli çalışmaya başladıktan sonra değişiklik olsa dahi kısmi süreli çalışmaya devam edilebileceği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, sözü edilen hükümlerin Yönetmelikte değil, Kanunda ve daha açık bir şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Öte yandan, m. 10/I (b) bedinde yer alan, ve-

layetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunmasına ilişkin hükme dikkat edilmesi gerekecektir. Zira belirtilen hükmün yer aldığı Yönetmelik m. 10/I uyarınca çocuğun velayeti kimde ise o kişi kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilecek ve evlilik birliği bulunmadığı için önceki eşin çalışmasına ilişkin bir koşul aranmayacaktır. Yönetmeliğin m. 10/II hükmünde yer alan, birinci fıkra kapsamındaki kısmi süreli çalışma talebi şartlarının sadece başvuru sırasında aranacağı, bu şartların kısmi süreli çalışma sırasında kaybedilmesi durumunda söz konusu hak devam edeceğine ilişkin düzenleme burada da tereddüde neden olmaktadır. Esas itibarıyla, velayetin daha sonra değişmesi ve diğer ebeveyn verilmesi halinde, velayeti kaybeden işçinin kısmi süreli çalışma hakkının da sona ermesi gerekir. Böyle bir durumda eğer velayet kendisine geçen ebeveyn işçi olarak çalışmakta ise kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmelidir. Bu bağlamda, Yönetmeliğin m. 10/I ve m. 10/II hükmündeki düzenlemeler duraksamaya neden olmakla birlikte, velayet ilk defa kendisine verilen kişinin kısmi süreli çalışmaya başladıktan sonra velayeti kaybetmesi halinde dahi sonraki değişikliklerden etkilenmeyip kısmi süreli çalışmayı sürdürebileceği şeklinde yorumlanamaz. Dolayısıyla da, velayeti kaybeden işçinin işverene bilgi vermesi ve tam süreli çalışmaya geçmesi gerekir<sup>21</sup>. Belirtilen hükümlere göre, velayet kimde ise o kişi kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilecek ve önceki eşin çalışmasına ilişkin koşul da aranmayacaktır. Eşlerden birinin ölümü veya velayetin verildiği diğer hallerde de aynı durumlarla karşılaşılacaktır<sup>22</sup>. Bu bağlamda, velayetin

21 Elbette işçinin talebi ve işverenin de kabul etmesi halinde taraflar isterse sözleşmenin türünü geleceğe ilişkin olarak değiştirerek kısmi süreli çalışmaya devam edilmesi yönünde anlaşmaya varabilir.

22 Velayete ilişkin temel esaslar Türk Borçlar Kanununun m. 335 vd. aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"A. Genel olarak

I. Koşullar

Madde 335- Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve

20 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 154.

ana ve/veya babadan alınması halinde, ana ve/veya baba kısmi süreli çalışma hakkını kullanamayacaktır. Yönetmeliğin m. 10/II hükmünde yer alan düzenlemenin, m. 10/I (a) ve (c) bendinde yer alan hükümler bakımından da duraksamaya neden olduğu söylenebilir. Bu nedenle, Yönetmeliğin m. 10/II hükmün gelecekte yaşanacak sorunların ve haksız uygulamaların önlenmesi bakımından gözden geçirilerek yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Burada vurgulamak gerekir ki, Kanunda yer alan, "Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz" hükmü de ilk bakışta duraksamaya neden olmaktadır. Belirtilen hükümden ilk bakışta, sanki kısmi süreli çalışma hakkı sadece evlilik birliği devam eden ebeveynler (eşler) tarafından kullanılacak gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak, konuya ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde, sadece evlilik birliği içerisinde bulunan (evli olan) ana ve babadan (ebeveynlerden) birisinin kısmi süreli çalışmaya geçebileceği gibi bir sonuç çıkarılamaz. Elbette evlilik birliği içindeki ebeveynlerden (eşlerden) birisi diğer koşulların varlığı halinde kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilecektir.

babadan alınamaz.

Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velâyeti altında kalırlar.

II. Ana ve baba evli ise

Madde 336- Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.

Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

III. Ana ve baba evli değilse

Madde 337- Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir.

Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir.

IV. Üvey çocuklar

Madde 338- Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler.

Kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder".

Ancak, ana ve babanın boşanmış olması halinde nasıl bir yol izleneceğine de açıklık kazandırılması gerekecektir. Anılan hükümde kastedilmek istenilen, ana ya da babadan birisinin kısmi süreli çalışmaya geçebileceğidir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kanunda "ebeveyn" ibaresine yer verilmesi, ebeveynlerin ve bu bağlamda kısmi süreli çalışma hakkını kullanacak kişilerin (işçilerin) evli olması gerektiği anlamına gelmeyecektir. Kanun koyucu kısmi süreli çalışma hakkını ebeveynlerden her ikisinin değil de sadece birisinin kullanabileceğini vurgulamak istemiştir. Bu bağlamda, boşanma sonucunda ebeveynlerden çocuğun velayeti kendisine verilen kişi (işçi), kısmi süreli iş sözleşmesine geçme hakkını kullanabilecektir<sup>23</sup>. Elbette böyle bir durumda boşanılan önceki eşin çalışıp çalışmamasının bir önemi olmayacaktır. Yönetmeliğin m. 10/I (b) hükmünde de, "Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması" ebeveynlerin çalışmasının zorunlu olması gerektiği yönündeki kurala getirilen istisnalardan biri olarak düzenlemiştir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, "Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz" hükmünde yer alan, "çalışmaması" ibaresi tereddüde neden olmaktadır. Örneğin, babanın kısmi süreli ve ananın tam süreli çalışıyor olması ihtimalinde, ananın kısmi süreli çalışma hakkını kullanıp kullanılmayacağı hususunda ilk bakışta duraksama yaşanmaktadır. Diğer bir örnek olarak, çocuğun babası tam süreli çalışmakta iken, anası herhangi bir işyerinde veya 5510 sayılı Kanunun ek m. 5 hükmü kapsamında ev hizmetlerinde ayda on günden az ya da 30 günden az çalışma yapıyor olabilir. Konuya ilişkin hükümlerde, ebeveynlerin her ikisinin de çalışması gerektiği ifade edilmiş, ancak aşağıda da belirtileceği üzere çalışmanın türüne/niteliğine yönelik olarak herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla mevcut hükümler karşısında çalışmanın türünün/niteliğinin bir önemi bulunmamaktadır. Ebeveynlerden her

23 Aynı yönde, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 153.

ikisinin tam süreli çalışıyor olması halinde bunlardan birisi kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını kullanabilecektir. Ancak, ana ve babadan birinin tam süreli ve diğerinin de kısmi süreli çalışıyor olması halinde nasıl bir yol izleneceği Kanun ve Yönetmelikte açıkça düzenlenmemiştir. Mevcut hükümler karşısında, açık yasaklama getiren bir düzenleme bulunmadığından, ebeveynlerden birinin kısmi süreli, diğerinin de tam süreli çalışıyor olması ihtimalinde, tam süreli çalışmakta olan kişi kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını kullanabilecektir. Zira mevcut hükümler birlikte değerlendirildiğinde, tam ya da kısmi süreli çalışma ayırımı yapılmadan, ebeveynlerden her ikisinin çalışması halinde, tam süreli çalışmakta olana kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı tanındığı sonucuna ulaşılmaktadır. Elbette her ikisi de zaten kısmi süreli sözleşme ile çalışıyor olması durumunda Kanunun m. 13/V hükmü uygulanmayacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, sözü edilen hak sadece tam süreli çalışan işçilere tanınmış olup, kısmi süreli çalışan işçi haftalık daha az bir çalışma süresinde çalışma amacıyla belirtilen uygulamadan yararlanamayacaktır. Ancak ebeveynlerden her ikisinin de tam süreliye geçerek çalışmaya başlaması ve daha sonra birisinin kısmi süreliye geçme talebinde bulunmak istemesi halinde, m. 13/V hükmü uyarınca kısmi süreliye geçme hakkı kullanılabilir. Yine ikisi de kısmi süreli çalışmakta iken bir tanesinin tam süreli çalışmaya geçmiş olması ihtimalinde de, tam süreli çalışan eş daha sonra kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını kullanabilecektir. Çocuğun ölmesi veya çocuğun işten ayrılan eş, aile bireylerinden birisi ya da bakıcı tarafından bakılmaya başlanması halinde, kısmi süreli çalışma hakkını kullanan eş tam süreli çalışmaya geçebilecektir. Öte yandan, ebeveynlerden birisinin ya da her ikisinin de çalışmıyorken ikisinin de çalışmaya başlaması ve en az birisinin tam süreli çalışıyor olması durumunda, tam süreli olan kişinin daha sonra kısmi süreliye geçmesi istemesi halinde Kanunun m. 13/V hükmü uygulanabilecektir. Elbette sözü edilen örnekler çoğaltılabilecek, uygulamada farklı ihtimallerle karşılaşılabilecektir.

Yönetmeliğin m. 14/I hükmünde, “Kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam süreli çalışmaya dönebilir” denilmektedir. Sözü edilen hüküm kısmi süreli çalışma hakkını kullanan ebeveynlerden birisi için getirilmiştir. Örneğin ananın kısmi süreli çalışma hakkına ilişkin sürenin bir kısmını kullandıktan sonra tam süreliye geçmesi halinde, çocuğun babasının kalan süre için kısmi süreli çalışma hakkını kullanıp kullanamayacağı ilk bakışta tartışılabilir görünmektedir. Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde bu yönde açık bir düzenleme olmamakla birlikte, bunu yasaklayan bir düzenleme de bulunmamaktadır. Konuyla ilgili hükümler birlikte değerlendirildiğinde buna olumlu cevap verilmesi gerektiği söylenebilecektir. Dolayısıyla, ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma hakkına ilişkin sürenin bir kısmını kullandıktan sonra tam süreliye geçmesi halinde, diğer eş kalan süre için kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilecektir.

Çalışma konumuz bakımından, ebeveynlerden birisinin kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmesi için her ikisinin de çalışmasının zorunlu olması karşısında, “çalışma” kavramından ne anlaşılmasına değinilmesi gerekecektir. Zira konuya ilişkin hükümlerin yeteri kadar açık olmaması ve “çalışma” kavramına açıklık kazandırılmaması nedeniyle uygulamada gelecekte sorun ve tartışmaların yaşanacağı öngörülmektedir. Bilindiği üzere bir kişi ya da kuruma (işverene) bağımlı olarak, emir ve talimat altında çalışılabileceği gibi, bağımsız olarak da faaliyette bulunulabilir. Bağımlı çalışanlar, özel sektör ya da kamu işyerlerinde iş sözleşmesine bağlı olarak istidam edilen işçiler olabileceği gibi, kamu idarelerinde farklı statülerde çalışan kişiler de olabilecektir. Bağımsız çalışanlar ise, hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına faaliyette bulunan kişilerdir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının, (a), (b) ve (c) bentlerinde sözü edilen kişiler ve devamında da bunlar gibi sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Anılan hükümde 5510 sayılı Kanunun kısa ve uzun va-

deli sigorta kolları uygulaması bakımından zorunlu olarak sigortalı sayılanlar düzenlenmiştir. Elbette 5510 sayılı Kanun ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda yer alan düzenlemelere göre diğer sigorta kollarına tabi tutulabilmektedirler. Öte yandan, belirtilen Kanunlarda zorunlu ya da isteğe bağlı olarak sigorta kapsamına alınan başka kişilere ilişkin hükümler de yer almaktadır. Örneğin, 5510 sayılı Kanunun m. 5 hükmünde, bazı sigorta kolları bakımından kapsama alınan kişiler bulunmaktadır. Bunların yanı sıra, 5510 sayılı Kanun kapsamında zorunlu sigortalı olmayı gerektirmeyecek şekilde ebeveynlerden birisi evinin bahçesinde ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde de faaliyette bulunuyor olabilir. Öte yandan, 5510 sayılı Kanunun ek m. 9 hükmü kapsamında ev hizmetlerinde ayda on günden az ya da on günden fazla çalışma yapabilir. Yine, 5510 sayılı Kanunun ek m. 5 ve ek m. 6 hükümleri kapsamında çalışabilir.

İşte ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmesi için her ikisinin de çalışma zorunluluğu bulunması bakımından, “çalışma” kavramının değerlendirilmesine ilişkin olarak, 5510 sayılı Kanun ve 4447 sayılı Kanun ve/veya diğer mevzuat hükümlerinin esas alınıp alınmayacağı konuya ilişkin Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde yeteri kadar açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Mevcut hükümlerden ilk bakışta “çalışma” kavramına ilişkin olarak bağımlı çalışmadan söz edildiği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Ancak bu yönde açık bir düzenleme bulunmadığından “çalışma” kavramının daha geniş bir şekilde değerlendirilmesi gerekecektir. Ancak “çalışma” kavramına açıklık kazandırılmaya çalışılırken, konuya ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından, çalışmanın ekonomik bir değeri olmasının ve hukuki yönüyle de bir anlam ifade etmesi, değer taşıması gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla ebeveynlerden birinin evin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bahçede sebze vs. yetiştirilmesi sırasında yapılan çalışma (faaliyet) Kanunun m. 13/V hükmünün uygulanmasında dikkate alınmayacaktır. Yönetmeliğin m.9/II hükmünde, “İşçi, eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine

eklemek zorundadır” denilmektedir. Sözü edilen belgenin edinilmesi bakımından da bazı hallerde zorluklar yaşanabilecek gibi görünmektedir. Gelecekte uygulamada yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından, konuya ilişkin hükümlerde değişiklik yapılarak “çalışma” kavramına açıklık kazandırılması yerinde olacaktır.

### 3- Evlat Edinenler

Ayrıca belirtmek gerekir ki, doğumun yanı sıra evlat edinme bakımından da kısmi süreli çalışma hakkı tanınmış bulunmaktadır. Kanunun m. 13/V hükmüne göre, “... Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır...”. Ebeveynlere ilişkin olarak getirilen hükümler uygun olduğu ölçüde evlat edinenler bakımından da geçerli olacaktır.

## V. Kısmi Süreli Çalışma Talebi ve İlgili Hususlar

### 1- Talepte Bulunulacak Zaman Aralığı

4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmünde, Kanunun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği ifade edilmektedir. Burada öncelikle belirtmek gerekir ki, kısmi süreli çalışma uygulamasına en erken Kanunun m. 74 hükmünde düzenlenen izinlerin sona erdiği tarihten itibaren geçilebilecektir. Kanunun 74. maddesindeki hususlara aşağıda daha sonra yer verilecektir. Elbette işverenin menfaati ve işyerindeki çalışma düzeni bakımından kısmi süreli çalışma uygulamasına geçilmeden önce hazırlıkların yapılması gerekecektir. Elbette kısmi süreli çalışmaya geçilebilmesi için her şeyden önce işçinin işverene talepte bulunması gerekecektir. Kanunun m. 13/V hükmünde yer alan, “mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar” kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceğine ilişkin düzenleme bazı yönleriyle

ilk bakışta tereddütlere neden olmaktadır.

İlk olarak m. 13/V hükmünde mecburi ilköğretim çağından söz edilirken, “çocuğun” ibaresine yer verilmediği görülmektedir. Kanun koyucu 74. maddede doğan veya evlat edinilen çocukla ilgili olarak izin sürelerinin düzenlendiği ve bununla bağlantı kurulduğu görülmektedir. Ancak Türkçe anlatım bakımından çocuğun mecburi ilk öğretim çağına ilişkin bir ifade kullanılmış olsaydı daha isabetli olurdu.

Çocuğun mecburi ilköğretim çağına ilişkin esaslar İlköğretim ve Eğitim Kanununun 3. maddesinde, “Mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter” şeklinde düzenlenmiştir. Öte yandan, Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin<sup>24</sup> 6. fıkrasında da kayıt zamanı ile ilgili hususlara yer verilerek konuya açıklık kazandırılmaya çalışılmıştır. Anılan hükmü göre, “(6) İlkokula kayıt:

a) İlkokulların birinci sınıfına, kayıtların yapıldığı yılın eylül ayı sonu itibarıyla 66 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır. Gelişim yönünden ilkokula hazır olduğu anlaşılan 60-66 ay arası çocuklardan, velisinin yazılı isteği bulunanlar da ilkokul birinci sınıfa kaydedilir.

b) Okul müdürlükleri, yaşça kayıt hakkını elde eden çocuklardan 66, 67 ve 68 aylık olanları velisinin vereceği dilekçe; 69, 70 ve 71 aylık olanları ise ilkokula başlamak üzere olmadıklarını belgeleyen sağlık raporu ile okul öncesi eğitime yönlendirebilir veya kayıtlarını bir yıl erteleyebilir”<sup>25</sup>.

Kanunun m. 13/V hükmünde yer alan (çocuğun) mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabileceğine ilişkin düzenlemenin, hükmün devamındaki düzenlemelerle, konuya ilişkin yönetmelik hükmüyle uyumlu olmadığı görülmektedir. Kanunda hükmündeki, çocuğun

mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabileceğine ilişkin düzenlemeden ilk bakışta, sanki çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar talepte bulunulabileceği ve geleceğe yönelik olarak süre sınırı olmadan kısmi süreli çalışma yapılabileceği gibi bir anlam çıkarılabilir. Elbette böyle bir uygulama hükmün getiriliş amacına aykırı olacaktır. Oysa burada anlatılmak istenen, kısmi süreli çalışmanın çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar yapılabileceğidir. Zira, kısmi süreli çalışma hakkı çocuğu büyüyene kadar bakım ihtiyacının karşılanması gibi amaçlarla getirilmiştir. Bu bağlamda Tasarının<sup>26</sup> gerekçesinde 18. maddesinde de, “Analık izni ve yarı zamanlı çalışma sonrasında çocuğun mecburi ilköğretim çağına gelmesine kadar ebeveynlere İş Kanununda düzenlenmiş olan kısmî süreli çalışma hakkı verilmesi ve bu durumun iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep oluşturmayacağı düzenlenmiştir” denilmektedir. Kanun hükmünün getiriliş amacına bakıldığında ve konuya ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kısmi süreli çalışmanın çocuğun mecburi ilköğretim çağına başlayacağı tarihi takip eden ay başına kadar uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla daha önce talepte bulunulmamışsa, mecburi ilköğretim çağına başlayacağı tarihi takip eden ay başından sonra talepte bulunulamayacağı gibi, kısmi süreli çalışma da yapılamayacaktır.

Kanunun belirtilen hükmünde yer verilen “talep” ibaresinin iki farklı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Birincisi “başvuru” anlamında, ikincisi ise kısmi süreli çalışma uygulaması anlamındadır. Zira, sonraki cümlede işverenin bu talebi karşılayacağından söz edilmektedir. Ancak kanun hükmünde esas itibarıyla, “talep” ibaresiyle, kısmi süreli çalışma uygulamasının en geç mecburi ilköğretim çağına başlayacağı tarihi takip eden ay başına kadar gerçekleştirilebileceği anlatılmak istenmiştir. Yoksa kanun koyucu bu-

24 RG. 26.07.2014, 29072.

25 Ayrıca bkz, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 153.

26 <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0517.pdf>.

rada kısmi çalışma talebinin mecburi ilköğretim çağına başlayacağı tarihi takip eden ay başına kadar yapılabileceğini düzenlememiştir. Ancak hükmün lafzına bakıldığında bu konuda tereddüt yaşanabilmektedir. Zira kanun hükmündeki düzenlemede "talep" ibaresi kullanıldığından, ilk bakışta sanki en son talepte bulunulabilecek zamana ilişkin düzenleme yapıldığı gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Oysa belirtilen hükümde, kısmi süreli çalışmanın en son yapılabileceği zamana ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Kanunun m. 13/V hükmünde yer alan, Kanunun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceğine ilişkin düzenleme, kısmi süreli çalışma uygulamasının başlayacağı ve sona ereceği zamana ilişkin hükümleri içermektedir.

## 2- Bir Aylık Süre

Kanunun m. 13/V hükmünün devamında, "... Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir..."denilmektedir. Belirtilen hükümden önceki düzenlemelere bakıldığında<sup>27</sup>, "Bu haktan faydalanmak" şeklindeki ibarenin neye ilişkin olduğu ilk bakışta tam olarak anlaşılammamaktadır. Düzenleniş itibariyle sözü edilen hükmün çok da isabetli olarak kaleme alınmadığı söylenebilir. Anılan hükmün bulunduğu cümle ile önceki cümleler birlikte değerlendirildiğinde, geriye doğru bir iki cümle ile

27 "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden 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..."

her hangi bir ilişkisinin bulunmadığı görülmektedir. Ancak sonuç itibariyle, tüm cümleler birlikte değerlendirildiğinde, "Bu haktan faydalanmak" ibaresinin, daha önceki cümlelerle bağlantılı olduğu ve kısmi süreli çalışma hakkından söz edildiği anlaşılmaktadır. Böyle olunca da, kısmi süreli çalışmadan yararlanmak isteyen işçinin durumu en az bir ay önce yazılı olarak işverene bildirmek zorunda olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu hususun, Yönetmeliğin m. 8/III hükmünde, "Kısmi süreli çalışma talebi, bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından yazılı olarak işverene bildirilir" şeklinde düzenlendiği görülmektedir.

Burada, Kanunun m. 13/V hükmünde yer alan, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir" şeklindeki düzenleme ile "Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir" şeklindeki hükmün birlikte değerlendirmesi ve konuya açıklık kazandırılması gerekmektedir.

Kanunun anılan hükmünde yer alan, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra" şeklindeki ifadede, kısmi süreli çalışmadan en erken 74. maddesinde öngörülen izinlerin sona erdiği tarihten itibaren yararlanılabileceğine daha önce değinmiş bulunuyoruz. Ancak, sözü edilen tarih itibariyle kısmi süreli çalışmaya geçilebilmesi için, 74. maddesinde öngörülen izinlerin sona erdiği tarihten bir ay önce işverene bu yönde talepte bulunulmuş olması gerekecektir. Dolayısıyla, Kanun hükmünde yer alan, "74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra" kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabileceğine ilişkin düzenleme, belirtilen zamandan sonra kısmi süreli çalışma uygulamasına geçilebileceği şekilde anlaşılmalıdır.

Öte yandan, Kanun hükmünde çocuğun "mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar" kısmi süreli çalışma talebinde



bulunulacağına ilişkin düzenleme karşısında da, belirtilen tarihten çok daha önce talepte bulunmuş olması gerekmektedir. Aksi halde çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başından bir ay önce talepte bulunan işçi, kısmi süreli çalışmaya talepten itibaren bir ay sonra gerçekleşeceğinden fiilen kısmi süreli çalışma yapılamayacaktır. Zira bir ay sonra kısmi süreli çalışma yapılacak dönemin sonuna gelmiş olunacaktır. Bu yönüyle tekrar vurgulamak gerekir ki, Kanun hükmünde mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kısmi süreli çalışma talebinde bulunulacağına ilişkin hükmün, belirtilen zamana kadar kısmi süreli çalışma uygulaması yapılabileceği şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Belirtilen nedenlerle, kısmi süreli çalışma uygulaması en erken 74. maddedeki izin sürelerinin sona erdiği tarihten itibaren başlayabilecek ve en son da çocuğun mecburi ilköğretim çağına başlayacağı tarihi takip eden ay başına kadar gerçekleştirilebilecektir<sup>28</sup>, <sup>29</sup>. Elbette kısmi süreli çalışma talebinin de en erken 74. maddedeki izin sürelerinin sona ereceği tarihten bir ay önce ve en geç de çocuğun mecburi ilköğretim çağına başlayacağı tarihi takip eden ay başından bir aydan daha önce yapılmış olması gerekecektir.

Kısmi süreli çalışma hakkı, aşağıda belirtilen

28 Ayrıca bkz, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 155.

29 Öğretide, konuya ilişkin olarak Alman hukukundaki hükümlere yer verilerek mevzuattaki düzenlemelerin daha açık bir şekilde yapılması gerektiği belirtilmektedir: "Alman hukukunda ise, işçilerin çocuklarının üçüncü doğum gününe kadar ebeveyn izin hakkı mevcut olup (BEEG §15/II) bu izin 24 aya kadar olan bir bölümünün, çocuğun üçüncü ve sekizinci doğum günleri arasında kullanılması mümkündür (BEEG § 15/II). Bunun dışında, tanınan, tam zamanlı bakımı üstlenilen veya evlat edinilen çocuk için ebeveyn izni toplamda yetkili kişi tarafından en fazla çocuğun 8 yaşını tamamlamasına kadar kullanılmak koşuluyla kaydın gerçekleştirilmesinden itibaren 3 yıla kadar söz konusudur (BEEG § 15/II). Bizim hukukumuzda da başvurunun ne zamana kadar yapılabileceği ve bu çalışmanın en geç ne zamana kadar devam edeceği, tarafların istedikleri takdirde kısmi süreli çalışmayı devam ettirme olanaklarının mevcudiyeti gibi konuların daha açık bir şekilde düzenlenmesi şüphesiz belirsizlikleri ve tartışmaları ortadan kaldıracaktır (Bkz, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 155-156).

izin sürelerin sona ermesiyle birlikte hemen başvurarak çocuğun mecburi ilköğretim çağına gelmesine kadar geçecek sürenin tamamında ya da bir kısmı için kullanabilecektir. Öte yandan, izin sürelerinden sonraki dönemde bir süre çalıştıktan sonra çocuğun mecburi ilköğretim çağına gelmesine kadar da kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabilecektir<sup>30</sup>.

Öğretide belirtildiği üzere, kanun koyucunun işçinin en az bir ay önceden işverene başvurması gerektiğine ilişkin hükmü getirmesinin nedeni, işyerinde gerekli organizasyonu yapabilmesi için işverene zaman tanınmasıdır<sup>31</sup>. Bu bağlamda, kısmi süreli çalışma hakkının kullanılacak olması nedeniyle kalan süre bakımından işverenin işgücüne duyulan ihtiyacı gidermesi ve istihdamda yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından gerekli hazırlıkların yapılabilmesi için işverene süre tanınması yerinde olmuştur<sup>32</sup>.

Kanun ve yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihten en az bir ay önce işverene yazılı olarak talepte bulunması gerekecektir. Yönetmeliğin m. 9/1 hükmünde, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihin yer alması gerektiği ifade edilmektedir. Burada bir aylık süre ile ilgili birkaç hususa değinmek yerinde olacaktır. Öncelikle kısmi süreli çalışma talebinde bulunan işçinin kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi belirtmemesi halinde, işverenin nasıl bir yol izleyeceğine açıklık kazandırılması gerekecektir. İşveren, işçiye kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi yazılı olarak bildirmesi gerektiği yönünde bildirimde bulunabilecektir. Elbette ileride yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından talep ve cevaba ilişkin hususların yazılı olmasında fayda bulunmaktadır.

30 Ayrıca bkz, Ulusoy, Tülay; Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/2, S. 53, 259.

31 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 154.

32 Ayrıca bkz, Ulusoy, 259-260.

Öte yandan işçinin kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihten bir ay önce başvurması ve bir ay sonrasında kısmi süreli çalışmaya başlaması gerekeceğinden, Yönetmeliğin m. 9/I ve 8/III hükmü birlikte değerlendirildiğinde, işçi eğer talebinde ne zaman kısmi süreli çalışmaya başlayacağını belirtmemişse talep tarihinden bir ay sonra kısmi süreli çalışmaya geçilmesi gerekecektir. Dolayısıyla işverenin, talebinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi belirtmeyen işçiye yazılı olarak konu hakkında bilgi vermesi yönünde herhangi bir bildirimde bulunmasının zorunlu olmadığı söylenebilecektir. Aşağıda belirtileceği üzere, Yönetmeliğin m. 9/I hükmünde, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatlerini, m. 9/II hükmünde ise, işçinin eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine eklemek zorunda olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Yönetmeliğin m. 11/I hükmünde, usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebinin, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanacağı, m. 11/II hükmünde de, işverenin, işçiye, talebin karşılandığını yazılı olarak bildireceği düzenlenmektedir. Belirtilen hükümde, talebin karşılandığının yazılı olarak bildirileceği belirtilmekte, usule uygun olmayan taleple ilgili olarak ise herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, dürüstlük kuralı gereği, talebin usulüne uygun olmadığı durumlarda işverenin durumu işçiye bildirmesinin gerekip gerekmediği de tartışılabilecektir. Zira cevap verilmediği durumlarda işçi talebin uygun olduğunu düşünerek, talep tarihinden itibaren bir ay içinde kısmi çalışmaya başlayacağını düşünebilir. Elbette her iki tarafın iradesinin örtüşmemesi durumunda sorunların yaşanılması kaçınılmaz olacaktır.

Burada belirtmek gerekir ki, işçinin kısmi süreli çalışma başlanmadan bir ay önce talepte bulunması ve dolayısıyla işçinin talepte bulunurken en az bir ay sonraki süreyi yazması gerektiğinden, işçinin daha önceki bir tarihi yazması ve işverenin de kabul etmesi halinde talepten itibaren bir ay geçmeden de kısmi süreli çalışmaya geçilebi-

lecektir. Belirtilen süreler işçi ve işverenin menfaatlerinin korunması amacıyla getirilmiş olup, taraflar isterlerse talep ve cevaba ilişkin bir aylık sürelerle uymadan da uygulama yapabilecektir.

Yönetmeliğin m. 11/III hükmünde, "İşveren tarafından süresi içinde işçinin talep dilekçesine cevap verilmemesi hâlinde, talep işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanır" denilmektedir. Örneğin işçi, kısmi süreli çalışma talebinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi talep tarihinden iki ay sonrası gibi belirtmiş olsa dahi, işveren başvurudan itibaren bir ay içinde işçinin talebi hakkında cevap vermek zorundadır. İşveren cevap vermemiş olsa dahi, işçi talebinde belirttiği tarihte kısmi çalışmaya başlayacaktır. Yönetmeliğin m. 11/IV hükmünde, "İşçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebi geçerli fesih nedeni sayılmaz" hükmü yer almaktadır. İşverenin cevaplarına ilişkin hususlara aşağıda ayrıca denilecektir.

Kanunun m. 13/V hükmünde, "... Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır..." denilmektedir. Dolayısıyla, evlat edinen işçi Kanunun m. 74 hükmündeki izin süreleri sona erdikten sonraki tarihten itibaren kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. Bu bağlamda, evlat edinen işçi, 74. maddedeki izin süreleri sona ermeden bir ay önce talepte bulunmak koşuluyla ve diğer koşulların da gerçekleşmesiyle, izin sürelerinin sona erdiği tarihten itibaren kısmi süreli çalışmaya başlayabilecektir.

Kanunda, 74. maddede öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, kısmi süreli çalışmaya en erken 74. maddede öngörülen izinlerin bitiminden sonra geçilebilecektir. Elbette Yönetmeliğin m. 8/II hükmü uyarınca, kısmi süreli çalışma hakkından faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından ya-

zılı olarak işverene bildirimde, bulunması gerekecektir. Bu bağlamda, 74. maddede öngörülen izin süreleri sona erdiğinde kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen kişinin, belirtilen izin sürelerinin sona ereceği tarihten bir ay önce işverene talepte bulunması gerekecektir. Elbette, kısmi süreli çalışma hakkı mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kullanılabileceğinden, 74. maddedeki izin sürelerinin sona ermesinden daha sonraki tarihlerde de başvurulabilecektir.

### 3- Talebin Yazılı Olması

Kanun ve yönetmelik hükümlerinde işçinin kısmi süreli çalışma talebinin ve işverenin cevabının yazılı olacağı düzenlenmiştir. Kanunda "Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir" hükmü yer almaktadır. Yönetmeliğin m. 8/III hükmünde de, "Kısmi süreli çalışma talebi, bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından yazılı olarak işverene bildirilir" denilmektedir. Öte yandan Yönetmeliğin m. 13/II hükmünde, "İşveren; işçiye, talebin karşılandığını yazılı olarak bildirir" hükmüne yer verilmiştir. Ancak görüldüğü üzere, işverenin talebi karşılamadığı durumlarda yazılı bildirimde bulunacağına ilişkin hükme yer verilmemiştir. Bunun nedeni, m. 13/v hükmünde yer alan, "Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz" hükmü ile Yönetmeliğin m. 11/I hükmünde yer alan, "Usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanır" şeklindeki düzenlemelerdir. Oysa düzenleme yapılırken, işçinin talebinin ve işverenin cevabının (ve hatta talep ve cevaplarda meydana gelen değişikliklere ilişkin hususların) yazılı olarak bildirilmesi gerektiği ifade edilmiş olsaydı gelecekte uygulamada yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından çok daha isabetli olurdu.

Burada kısmi süreli çalışma bakımından yazılılık koşulunun geçerlilik koşulu olup olmadığı tartışılabilecektir. Mevzuatta kısmi süreli çalışma ta-

lebinin yazılı yapılması gerektiği açık bir şekilde belirtilmektedir. Yönetmeliğin 8. maddesinde m. 11/I hükmünde, "Usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanır" hükmü yer almaktadır. Yönetmeliğin, "Kısmi süreli çalışma talebi ve şekli" başlıklı m. 8/III hükmünde, "Kısmi süreli çalışma talebi, bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından yazılı olarak işverene bildirilir" denilmektedir. Elbette talebe ve cevapta yapılacak değişikliklere ilişkin hususların da yazılı olarak yapılması beklenecektir. Sözlü bildirimler hem talep ve cevap bakımından, hem de talep ve cevapta yapılacak değişiklikler yönünden yanlış anlaşılabilir ve uygulamada soruna neden olabilir. Öte yandan kısmi süreli çalışma talebinde bulunulduktan sonraki dönemde henüz uygulamaya geçmeden önce veya uygulamaya başladıktan sonra da bazı değişiklikler yapılabilecektir. Örneğin işçi, talepte belirttiği tarihten daha sonraki bir tarihte kısmi süreli çalışmaya geçmeye karar vermiş olabilir ve işverene değişiklik talebinde bulunabilir. Diğer bir örnek olarak işçi, tam süreli çalışmaya geçmemekle birlikte haftalık ya da günlük çalışma süresinde değişiklik yapmak isteyebilecektir. Kısmi süreli çalışma talebinin işçi tarafından sözlü olarak bildirilmesi ve işverenin işçinin talebini sözlü ya da yazılı olarak kabul etmesi de ihtimal dahilindedir. Öte yandan, işçinin yazılı olarak talepte bulunması ve işverenin işçinin talebine sözlü ya da yazılı olarak olumlu cevap vermesi de mümkündür. Ancak tarafların iradesinin örtüşmemesi halinde uygulamada sorun yaşanacaktır. Bu yönüyle talep ve işverenin talebe ilişkin cevabının olumlu ya da olumsuz yazılı olması yerinde olacaktır. Gelecekte yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından, mevzuatta talebin ve cevabın yazılı olması gerektiği açık bir şekilde düzenlenmişse de, uygulamada tarafların iradelerinin sözlü olarak örtüşmesi durumunda da uygulama yapılabilir. İşçi tarafından sözlü olarak kısmi süreli çalışma talebinde bulunulduktan ve işveren tarafından sözlü olarak kabul edildikten sonra, işverenin buna itiraz etmesi

mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla da tarafların birbirine uygun iradesiyle başlamış olan kısmi süreli çalışma uygulamasına devam edilecektir. Bu yönüyle de yazılılık koşulunun geçerlilik değil, ispat koşulu olduğu söylenebilecektir. Ancak burada belirtmek gerekir ki, diğer mevzuat hükümleri gereğince kısmi süreli çalışma uygulamasının yazılı olarak ispatı gerekebilir. Örneğin, Sosyal Güvenlik Kurumunun uygulamaları bakımından (30 günden eksik prim günü bildirilmesinin nedenine ilişkin olarak) kısmi süreli çalışmanın belgelendirilmesi istenebilecektir. Bu yönüyle işçi ile işveren arasında kısmi süreli çalışmaya geçilmesine ilişkin olarak bir protokol yapılması yerinde olacaktır.

#### **4- Kısmi Çalışma Yapılacak Günlerin, Saatlerin ve Çalışma Döneminin Belirlenmesi**

Yönetmeliğin 9. maddesinde, "Kısmi süreli çalışma talebinin unsurları" başlığı altında konuyla ilgili düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Yönetmeliğin m. 9/1 hükmünde, "İşçinin kısmi süreli çalışma talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatleri, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması hâlinde ise tercih edilen iş günleri yer alır" denilmektedir. Yönetmelik hükmüne göre, işçinin, öncelikle kısmi süreli çalışmanın başlayacağı tarihi talebinde belirtmesi gerekecektir. Yönetmelik hükmünde sadece kısmi süreli çalışmaya başlanacak tarihin belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu yönde bir düzenleme yapılmasının nedeni, işçinin istediği zaman kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçebilecek olmasıdır. Kanunun m. 13/V hükmü uyarınca, "Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir". Yönetmeliğe göre, "Kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam süreli çalışmaya dönebilir (Yön. m. 14/II). Tam süreli çalışmaya geri dönmek isteyen işçi, işverene en az bir ay önce yazılı olarak tale-

bini bildirir (Yön. m. 14/II). Belirtilen hükümler nedeniyle, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde kısmi süreli çalışmanın sona ereceği tarih hakkında bilgi vermesi zorunlu tutulmamıştır.

Mevcut hükümler karşısında haftanın hangi günlerinde ve haftada kaç saat çalışacağına işçi karar verecektir. Yönetmeliğe göre, işçinin haftanın tüm işgünlerinde değil de belirli işgünlerinde çalışmayı tercih etmesi hâlinde hangi iş günlerinde çalışacağına işçi karar vermesi ve yazılı talebine çalışacağı günleri göstermesi gerekecektir. Örneğin, haftada 6 işgünü 45 saat çalışan bir işçi, kısmi süreli olarak haftada 18 saat çalışmak istediğinde, haftanın belirli işgünlerinde çalışacağını yazacak ve ayrıca Pazartesi ve Çarşamba ve Cuma günleri gibi somut olarak haftanın hangi işgünlerinde çalışacağını da talebinde belirtecektir. Böyle bir durumda, pazartesi 7,5 saat, Salı 7,5 saat ve Cuma ise 3 saat çalışacaktır. İşçinin azami çalışma süresi olan günlük 11 saati aşmamak koşulu ile çalışma gün ve süresini belirleyip belirlemeyeceği tartışılabilir. Elbette işçinin işyerinde mesai saatleri dışında çalışması mümkün olmayacaktır. İşyerinde çalışan diğer işçilerin çalışma gününde bazı günlerde 11 saate kadar çalışma yapma ihtimalinde de kısmi süreli çalışmak isteyen kişinin, örneğin 18 saatlik çalışmayı günde 9 saat çalışma şeklinde gerçekleştirmek isteme hakkının olup olmadığı tartışılabilir. Ayrıca işçinin haftanın bazı günlerinde 3 saat diğer günlerinde 5 saat şeklinde işgünlerine çalışma saatlerini farklı şekilde dağıtıp dağıtamayacağı da tartışılabilir. Yine, işçinin işe başlama ve bitiş saatlerini işgünlerine farklı şekilde dağıtıp dağıtamayacağı da tartışma konusu olacaktır. Zira sözü edilen hususlar işyerinde işin görülmesi bakımından çalışma düzeni vb. hususlarla doğrudan ilgili olup, işveren zor durumda kalabilecektir.

Öte yandan işçi, tüm iş günlerinde çalışmayı tercih ettiğinde ise, bu durumu talebinde belirteceği gibi, çalışmanın başlayacağı ve biteceği saatlerini de talebinde belirtmesi gerekecektir. Örneğin, haftada 45 saat çalışan işçinin 18 saatlik kısmi süreli çalışmasını 6 işgününde gerçekleştirmeyi tercih etmesi halinde, talebinde, haftanın

tüm işgünlerinde çalışacağını ve ayrıca çalışmanın başlama ve bitiş saatlerini de belirtmesi beklenecektir. Bu bağlamda işçinin talebinde, örneğin saat 09:00 ile saat 12:00 arasında çalışacağını belirtmesi istenecektir. Sözü edilen örneklerde olduğu gibi mevzuat karşısında, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanırken talebinde kısmi süreli çalışmaya ilişkin isteklerini somut olarak açık ve anlaşılır şekilde belirtilmesi gerektiği söylenebilecektir.

Konuya ilişkin hükümlerde, işçinin kısmi çalışma talebinin içeriğine ilişkin ayrıntıya yer verilmemiş, sadece işverene yazılı olarak talepte bulunulacağı ifade edilmiştir. Gelecekte uygulamada yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından Yönetmelik ekinde yazılı talebe ilişkin örnek form oluşturulması gerektiği söylenebilecektir. Zira, kısmi süreli çalışmaya geçmeye ilişkin talepte, hangi tarihler arasında kısmi süreli çalışma yapılacağı (başlangıç-bitiş tarihleri), kısmi süreli çalışmanın haftanın hangi günlerinde ve günün hangi saatlerinde ne kadar süre ile yapılacağı (saat/dakika) gibi hususların belirtilmesi gerekmektedir<sup>33</sup>.

Yönetmeliğin 15. maddesinde, "Çalışma zamanının belirlenmesi" başlığı altında, günlük ve haftalık çalışma süresine ilişkin bazı hükümlere yer verildiği görülmektedir. Yönetmeliğin m. 15/I hükmüne göre, "Kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından belirlenir". Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Yönetmeliğin m. m. 9/I hükmü uyarınca, işçi, kısmi süreli çalışma talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatlerini, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması hâlinde ise tercih ettiği iş günlerini talebinde belirtecektir. Yönetmeliğin m. 15/I hükmünde de "belirlenen günlük ve haftalık çalışma" ve "işçinin

talebi dikkate alınarak" şeklindeki ifadeler de bu nedenle getirilmiştir. Ancak, Yönetmeliğin m. 15/I işverene takdir hakkı tanındığından işin yapılacağı zaman aralığına ilişkin nihai karar işveren tarafından verilecektir. Elbette, işveren karar verirken işçinin talebini ve o yerin geleneklerini dikkate alarak hareket edecektir. Dolayısıyla işveren işçinin çalışacağı zaman aralığında değişiklik yapma hakkı nedeniyle işçinin talepte belirttiği saatlerde, değişiklik yapabilecektir. Örneğin, kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin eşinin çalışma saatleri ya da bakıcının saatleri ile uyması nedeniyle talebinde çalışmanın başlama ve bitiş saatini bildirmiş olabilir. İşveren de sipariş, çalışma düzeni, diğer işçilerin ve kısmi süreli çalışan yerine işe alınan/alınacak işçinin çalışma saatleri gibi hususlar nedeniyle farklı saatlerde çalışılmasına karar verebilir. Elbette böyle bir durumda, taraflar arasında uyumsuzluk doğabilecek ve hatta konu yargıya intikal edebilecektir.

Yönetmeliğin m. 15/I hükmünde, işverenin, kısmi süreli çalışmanın "belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı" hakkında belirleme hakkı verilmesine ilişkin düzenleme duraksamaya neden olmaktadır. Sözü edilen düzenleme ilk bakışta işverenin takdir hakkı bakımından tam olarak anlaşılammaktadır. Yönetmelik hükmünden, işverenin, kısmi süreli çalışmanın işçinin belirlediği günlük çalışma süresine ilişkin olarak hangi zaman aralığında yapacağını belirleyeceği, yani günlük çalışmanın başlangıç ve bitiş saatleri hakkında nihai kararı vereceği anlaşılmaktadır. Ancak, haftalık çalışma süresi içinde işçinin hangi işgünlerinde çalışılacağına da işverenin karar verip vermeyeceği ilk bakışta tam olarak anlaşılammaktadır. Ancak Yönetmeliğin sözü edilen m. 15/I hükmü ile m. 9/I hükmü birlikte değerlendirildiğinde, işverenin haftalık çalışma süresi içinde çalışılacak zaman aralığı bakımından hangi işgünlerinde çalışılacağına da kararı da işverenin vereceği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Gelecekte uygulamada haftalık veya günlük çalışma sürelerine ilişkin olarak işçinin talebi ve işverenin kararı bakımından farklı sorunların yaşanacağı öngörül-

<sup>33</sup> Alman hukukuna ilişkin esaslar hakkında bkz, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 154.

mektedir.

Öğretide<sup>34</sup>, Yönetmelik hükmünden söz edilerek, günlük ve haftalık çalışma saatini belirleme yetkisi çalışmada iken, belirlenen gün ve haftalık çalışma saatine göre zaman aralığının belirlenmesi yetkisi işveren tarafında gibi bir ifade kullanıldığı, ancak örneğin işverenin rızası olmadan çalışan tarafından başlatılan bir kısmi çalışma uygulamasında hem kısmi çalışma gün ve saatlerine, hem de günün hangi zaman aralığında kullanılacağına çalışanın kendisi karar vereceği ifade edilmektedir.

İşçinin talebini işveren olduğu gibi kabul edebilir. Ancak, her zaman işçinin talebi ile işverenin takdir hakkı arasında uyum olması da beklenebilir. Elbette bazı hallerde işverenin takdir hakkı bakımından işçinin talebi yerinde de olmayabilir. Zira bazı hallerde, işçinin belirteceği günlük ve haftalık çalışma süresi ile çalışmanın zaman aralığına ilişkin talebi ile işverenin kararı arasında uyumsuzluk olabilecek ve uyumsuzluk doğabilecektir. Uygulamada örnek olarak, işçi haftanın 4 işgünü çalışmayı talep etmekle birlikte işverenin haftanın 6 işgünü çalışmaya karar vermesi, işçi haftada 25 saat çalışacağını bildirmesine rağmen işverenin ise 20 saate düşürmesi, işçinin 15:00-18:00 saatleri arasında çalışmak istemesi üzerine işverenin 13:00-16:00 saatleri arasında çalışılacağını bildirmesi gibi taraflar arasında sorun ve uyumsuzluğa neden olabilecek birçok farklı ihtimalle karşılaşılabilir. Yönetmelik hükmüne bakıldığında, işverenin işçinin talebinde belirteceği sürelerde işverenin değişiklik yapabileceği, işverenin süreleri belirleme bakımından takdir hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Yönetmelik hükmüne göre, işveren işçinin talebinde belirteceği sürelerde Yönetmelikte belirtilen esaslara uygun olmak koşuluyla değişiklik yapabilecektir. Elbette işçi de işveren de sözü edilen çalışma süresini belirleme hakkını kötüye kullanmamalıdır. İşçi, bakıcının veya bir yakınının çocuğa bakmasına bağlı olarak çocuğa bakan kişinin çalışma saatine göre işyerindeki çalışma

saatini belirleyebilir. İşveren de işin yürütümü bakımından işçinin çalışma saatini uygun bulmayıp, değişiklik yapmak zorunda kalabilir. Bu tür durumlarda taraflar arasında uyumsuzluk ve sorun kaçınılmaz olacaktır. Sonuç itibarıyla, talebi kabul edilmeyen işçi gibi, işverenin belirlediği çalışma sürelerinin yerinde olmadığını düşünen işçi de yargı yoluna başvurabilecektir<sup>35</sup>. Gelecekte bu tür davaların sayılarında artış olacağı öngörülmektedir.

Burada bir hususa ayrıca vurgu yapmak yerinde olacaktır. Konuya ilişkin hükümlerde işçinin kısmi çalışma talebinden bulunduktan sonra ve ancak henüz kısmi çalışmaya geçmeden önce daha önce talebinde belirttiği haftalık veya günlük çalışma sürelerinde, çalışmanın başlangıç ve bitiş saatlerinden değişiklik talep edemeyeceği, işverenin bunlarda takdir hakkının olup olmadığı açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Öte yandan, kısmi süreli çalışma uygulamasına geçildikten sonra benzer taleplerde bulunup bulunamayacağı ve işverenin takdir hakkının olup olmadığı da mevzuatta açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Elbette uygulamada belirtilen hususlarda tartışmaların yaşanabileceği öngörülmektedir. Doğum nedeniyle kısmi süreli çalışmaya ilişkin hususlar uygulama bakımından oldukça önemli olup, belirtilen konudaki hükümlerin diğer mevzuat hükümleriyle örtüşecek ve ihtiyaçları karşılayacak şekilde açık ve anlaşılır biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere Yönetmeliğin m.11/1 hükmünde, "Usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanır" denilmektedir. Yönetmeliğin m. 9/1 hükmünde ise, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihin yer alması gerektiği ifade edilmektedir. İşte Yönetmeliğin m. 9/1 hükmünde yer alan düzenlemeye rağmen, işçinin talepte bulunurken kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi belirtmemesi halinde, Yö-

34 Ulusoy, 262.

35 Alman hukukuna ilişkin esaslar hakkında bkz, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 154.

netmeliğin m. 11/I hükmü bağlamında usulüne uygun bir talebin olup olmadığı hususunda tartışma yaşanabilecektir. Aynı durum talebe ilişkin diğer konular bakımından da söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda talebi alan işverenin işçiye kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihi bildirmesi ve dolayısıyla da usulüne uygun bir talepte bulunması hususunda geri dönüş yapması gerektiği söylenebilir.

### 5- Eşin Çalışmasına İlişkin Belge

Yönetmeliğin m. 9/II hükmünde, "İşçi, eşinin çalıştığına dair belgeyi kısmi süreli çalışma talebine eklemek zorundadır" denilmektedir. Daha önce belirttiğimiz üzere, kısmi süreli çalışma hakkından yararlanılabilmesi için istisnai haller hariç, kısmi süreli çalışma talebinde bulunan işçinin eşinin çalışıyor olması gerekmektedir. Bu nedenle, kısmi süreli çalışma başvurusunda bulunacak işçinin başvuru sırasında eşinin çalıştığına dair belgeyi talebine eklemesi gerektiği Yönetmelikte açık bir şekilde ifade edilmiştir.

### 6- Çocuğun Yaşıyor Olması

Burada ayrıca vurgulamak gerekir ki, m. 13/V hükmünde açıkça belirtilmemekle birlikte, kısmi süreli çalışma hakkının kullanılabilmesi için, tam ve sağ doğum gerçekleşmesi ve çocuğun yaşıyor olması gerekir. Bu bağlamda, kanunun anılan hükmüne dayalı kısmi süreli çalışma uygulaması çocuğun yaşaması koşuluyla gerçekleştirilecektir. Kanun hükmünde, "mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar" yönündeki düzenlemede kimin mecburi ilköğretim çağından söz edildiği de belirtilmemiştir. Cümlelerin başında yer alan ifadede, "Kanunun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra" ibaresi yer almaktadır. 74. maddede doğuma (veya evlat edinmeye) dayalı olarak çocukla ilgili olarak izin sürelerinin düzenlendiği ve bununla bağlantı kurulduğu görülmektedir. Dolayısıyla da cümle bir bütün olarak değerlendirildiğinde, doğan veya evlat edinilen ve yaşamakta olan çocuk için kısmi süreli çalışma hakkının kullanılacağı anlaşılmaktadır. Ancak Türkçe anlatım ve

esas bakımından sözü edilen cümlelerin gözden geçirilerek yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Kanun koyucunun aynı cümlede birden çok şeyi anlatmak istemesi karışıklığa neden olmuştur. Mevzuatta kısmi süreli çalışma talebinde bulunulması sırasında çocuğun yaşıyor olmasına ilişkin olarak işverene belge verilmesi konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. Burada eğer çocuk ölmüş olsaydı işverenin bundan haberi olabileceği ihtimali nedeniyle bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı düşünülebilir. Ancak kötüniyetli yaklaşımların ve gelecekte yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından talepte bulunulurken çocuğun yaşadığını gösterir bir belgenin de eklenmesi gerektiği yönünde düzenleme getirilmesi de yerinde olabilir.

### 7- Çocuğun Bakılması/Yetiştirilmesi

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, kısmi süreli çalışma hakkı çocuğun bakılması/yetiştirilmesi amacıyla getirilmiştir. Ancak çocuk, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından koruma altına alınmış ya da başkası tarafından evlat edinilmiş olabilir. Öte yandan çocuğun velayeti başkasına verilmiş olabilir. Ayrıca, çocuğun ana ve babası arasında evlilik birliği sona ermiş de olabilir. İşte bu tür durumlarda çocuğun bakımını gerçekleştirmeyen işçi, kısmi süreli çalışma hakkını kullanamayacaktır.

### 8- Dilekçenin Saklanması

Uygulamada yaşanacak sorun ve uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından, Yönetmeliğin m. 9/III hükmünde, "İşçinin kısmi süreli çalışma talep dilekçesi, işveren tarafından işçinin özlük dosyasında saklanır" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Böylece kısmi süreli çalışma talebinde bulunulup bulunulmadığı hususunda yaşanacak sorunların önüne geçilmiş olunacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, uygulamada yaşanacak tartışmaların önlenmesi bakımından, işçinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunduğu ilişkin dilekçesini işyerine teslim ettiğine ilişkin bilgiyi içeren belgenin işçiye talep sırasında verilmiş olması gerekir. Öte

yandan, talepten sonraki süreçte ise talebinin kabul ya da reddedildiğini gösterir belgenin de işçiye verilmesi gerekecektir.

Yönetmeliğin "Kısmi süreli çalışma talebi ve şekli" başlıklı 8. maddesinde, işçinin kısmi süreli çalışma talebine ilişkin bazı hususlara yer verilmiştir. Anılan hükmün birinci fıkrasında, "İşçi, 5 inci maddede belirtilen analık izninin, 6 ncı maddede belirtilen ücretsiz izin veya 7 nci maddede belirtilen ücretsiz izin bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir" denilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, Kanununun m. 13/V hükmünde, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir..." hükmü yer almaktadır. Yönetmeliğin sözü edilen 5, 6 ve 7. maddesinde Kanunun m. 13/V hükmünde atıf yapılan 74. maddedeki izin sürelerine ilişkin hususlara yer verilmiş olup, belirtilen hususlara konu bütünlüğünün bozulmaması bakımından aşağıda yer verilecektir. Burada bir hususa vurgu yapmak yerinde olacaktır. Yönetmeliğin 5. maddesinde belirtilen analık izin sürelerinde çalışmak yasak olduğundan kısmi süreli çalışma yapılamayacaktır. Diğer yandan, Yönetmeliğin 6. maddesinde düzenlenen ücretsiz izin sürelerinde de çalışma olmayacaktır.

Yönetmeliğin m. 8/II hükmünde, "Kısmi süreli çalışma talebi, 7 nci maddede belirtilen ücretsiz izin süresi kesilerek de yapılabilir. Ücretsiz izin tamamının kullanılması şartı aranmaz" denilmektedir. Aşağıda da belirteceğimiz üzere, Yönetmeliğin 7. maddesinde, Kanunun m. 74 hükmünde düzenlenen altı aylık ücretsiz izne ilişkin hususlara yer verildiği görülmektedir. İşte Yönetmeliğin m. 8/II hükmüne göre, altı aylık ücretsiz izin hakkını kullanan işçinin izin süresini keserek kısmi süreli çalışmaya geçebileceği anlaşılmaktadır.

## VI. İşçinin Talebinin İşverence Karşılanması

### 1- İşverenin Uygun Bulmasına (Takdirine) Bağlı Olmayan Haller

#### a) İşverenin Talebi Kabul Zorunluluğu

Kanunun m. 13/V hükmünde, işçinin doğuma bağlı kısmi çalışma talebi ile ilgili olarak, "... Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz..." denilmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, Yönetmeliğin "Kısmi süreli çalışma talebinin işverence karşılanması" başlığı altında m.11/I hükmünde, "Usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde işveren tarafından karşılanır" denilmektedir. Konuya ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde yer alan, "karşılanır" ibaresinin işveren tarafından işçinin kısmi süreli çalışma talebi "kabul edilir" anlamında kullanıldığı görülmektedir. Yönetmeliğin m. 11/II hükmüne göre de, "İşveren; işçiye, talebin karşılandığını yazılı olarak bildirir". Sözü edilen düzenlemede geçen, "talebin karşılandığını" ibaresinin de "talebin kabul edildiği" şeklinde anlaşılması ve uygulanması gerekir. Anılan hükümler karşısında, işçinin gerekli koşulları taşıyan usulüne uygun bir talebi üzerine işverenin olumlu cevap vermesi gerekecektir. Bu bağlamda, işçinin talebi konusunda kural olarak işverenin takdir hakkı olmayacak ve işveren işçinin talebine olumlu cevap vermek zorunda kalacaktır. Ancak aşağıda belirtileceği üzere Yönetmelikte, işçinin kısmi süreli çalışma talebine ilişkin olarak işverenin uygun bulmasına (takdirine) bağlı olan bazı istisnai hallere yer verildiği görülmektedir. Esas itibarıyla kısmi süreli çalışma uygulaması bakımından kural olarak işverenin takdir hakkı bulunmadığından işverenin cevap vermesine ilişkin hükümlere gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak istisnai hallerde işverene takdir hakkı tanındığından işverenin cevap vermesine ilişkin hükümler önem arz etmektedir. Öte yandan farklı ve mevzuat hazırlanırken öngörülmemen nedenlerle de işverenin olumsuz



cevap verme ihtimali karşısında, uygulamada yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından işverenin cevap vermesine ilişkin hükümlere yer verilmesi gerektiği söylenebilir. Burada, öncelikle işverenin uygun bulmasına bağlı olmayan ve dolayısıyla işverenin işçinin talebine olumlu cevap verme zorunluluğuna ilişkin hususlara değinilecek, daha sonra işverenin uygun bulmasına bağlı olan istisnai hallere yer verilecektir.

Mevcut hükümler karşısında, işçinin, doğuma dayalı kısmi süreli çalışma talebini karşılamak ve dolayısıyla işçiye talebinin kabul edildiğini talebin kendisine bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde yazılı olarak işçiye bildirmek zorundadır. Burada işverenin cevabına ilişkin olarak farklı ihtimallere değinilmeye çalışılacaktır. İşçinin kısmi süreli çalışma talebi üzerine karşımıza işverenin cevabı bakımından farklı ihtimaller çıkacaktır. İşçinin talebine karşı işveren cevap vermeyebilir. Öte yandan, işveren talebe yazılı olarak olumlu (kabul) veya olumsuz (ret) cevabı verebilir. Ayrıca işveren talebi değiştirerek yazılı ya da sözlü olarak kabul cevabı vermeyi tercih edebilir. Başka bir ihtimal ise işçinin talebine işverenin sözlü bir şekilde olumlu ya da olumsuz cevap vermesidir.

### **b) İşverenin Cevap Vermemesi**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, işverenin işçinin talebine cevap vermemesi halinde nasıl bir yol izleneceği Yönetmeliğin m. 11/III hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, "İşveren tarafından süresi içinde işçinin talep dilekçesine cevap verilmemesi hâlinde, talep işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanır". Anılan hükümden de anlaşılacağı üzere, işveren mevzuat hükmü karşısında cevap vermemekle talebi kabul etmiş sayılacaktır. Öğretide,<sup>36</sup> konuyla ilgili hükümlere yer verildikten sonra, işverenin cevap vermemesinin ya da olumsuz cevap vermesinin kısmi süreli çalışmanın başlaması için bir engel olmadığı ifade edilmiştir. Örnek vermek gerekirse, işçinin, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı

tarihten kırk gün önce koşulları taşıyan usulüne uygun olarak talepte bulunmasına rağmen, işverenin talep tarihinden itibaren bir ay içinde herhangi bir cevap vermemiş olması halinde, işçinin kısmi süreli çalışma talebi, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarihte (40 gün sonra) veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanacaktır. Böylece işçi, talebinde belirttiği tarihte veya sözü edilen tarihin tatil olması halinde belirttiği tarihi takip eden ilk iş gününde kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. Esas itibarıyla, işverenin işçinin talebine bir aylık sürede cevap vermemesi halinde bir aylık sürenin dolmasıyla işçinin talebinin kabul edilmiş sayılması gerekir. Bu yönüyle bir anlamda Yönetmelik hükmünde de işverenin süresi içinde talebe cevap vermemesi halinde bir aylık sürenin dolmasıyla talebin kabul edilmiş sayılacağı ve dolayısıyla işçinin talepte belirttiği tarihte kısmi süreli çalışmaya geçebileceği anlaşılmak istenmiştir.

### **c) İşverenin Talebi Reddetmesi**

İşverenin talepten itibaren bir aylık süre içinde koşullarda herhangi bir eksiklik olmamasına rağmen işçinin kısmi çalışma talebini bir aylık süre içinde reddetmesi halinde nasıl bir yol izleneceği mevzuatta açık bir şekilde düzenlenmiştir. Öğretide,<sup>37</sup> konuyla ilgili hükümlere yer verildikten sonra, işverenin cevap vermemesinin ya da olumsuz cevap vermesinin kısmi süreli çalışmanın başlaması için bir engel olmadığı ifade edilmiştir. Kanun ve Yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, belirtilen ihtimalde dahi işçinin talebinde belirttiği tarih gelince kısmi süreli çalışmaya geçebileceği söylenebilecektir. Zira mevcut hükümlerde istisnai haller hariç olmak üzere, kısmi süreli çalışmaya geçilmesi bakımından işverene takdir hakkı tanınmamıştır. Bu yönüyle işverenin bir aylık sürede hiç cevap vermemesi ile ret cevabı vermesi arasında uygulama bakımından ilk bakışta fazla bir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla, işverenin talebi reddetmesine rağmen işçinin talebinde belirttiği tarihte kısmi süreli çalışmaya başlayabileceği

36 Ulusoy, 260.

37 Ulusoy, 260.

söylenbilir. Ancak belirtmek gerekir ki, işverenin işçinin talebine olumsuz cevap vermesinin istisnai hallerin yanı sıra mevzuat hazırlanırken öngörülme- yen başka bir nedene dayanması da ihtimal dahilindedir. İşte bu tür durumlarda bir aylık süre içinde talebi reddedilen işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesinin tartışılabilir hale gelebileceği öngörülmektedir. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde, konunun yargı kararı ile tespit edilmesinin mümkün olup olmayacağı da ayrı bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkacaktır.

#### **d) İşverenin Sözlü Cevap Vermesi**

Mevzuatta, işverenin cevabının yazılı olacağı düzenlenmiş olduğundan, sözlü cevap halinde nasıl bir yol izleneceği hususunda ilk bakışta duraksama yaşanabilecektir. İşveren tarafından işçiye talebinin kabul edildiği yönünde yazılı değil de sözlü olarak da cevap verilir ve talepte belirtilen tarihte kısmi süreli çalışma uygulamaya geçilecek olursa herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak işverenin sözlü olarak talebi kabul ettiğini belirttiikten sonra bundan vazgeçecek olursa nasıl bir yol izleneceğine değinmek yerinde olacaktır. Yönetmelikte, işverenin talebe cevap vermemesi halinde işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde talebin geçerlilik kazanacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla işverenin cevap vermemesi ile sözlü cevap vermesi arasında uygulama bakımından bir farklılık olmayacak, işçi günü geldiğinde kısmi süreli çalışmaya başlayacaktır. Ancak, uygulama yapılacak çalışma süresi vb. konularda iradelerin uyuşması ve bu bağlamda yanlış anlaşmalar nedeniyle gelecekte yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından, talebin ve cevabın yazılı olması daha yerinde olacaktır. Öte yandan talepte ve cevapta yapılacak değişikliklerin de yazılı olması sorunların önlenmesi bakımından önem taşıyacaktır. Mevcut hükümlerde (yönetmelikteki istisnai haller hariç olmak üzere) işçinin talebi yönünde uygulama yapılacağı ve dolayısıyla da işverenin de işçinin talebi yönünde (olumlu) karar vermesi gerektiği düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu yönüyle işçinin iradesine üstünlük tanınmış

olup, istisnai haller hariç talebe olumlu cevap verip vermeme hususunda işverene takdir hakkı verilmemiştir. İstisnai hallere ilişkin olarak aşağıda değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır. İşverenin işçinin talebine sözlü olarak olumsuz cevap vermesi mevcut hükümler karşısında önem arz etmeyecek, işçi talebinde belirttiği tarihte kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir.

#### **e) İşçinin Hakları**

İşçiye, doğuma dayalı kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı kanunla tanınmış bulunmaktadır. Öğretide<sup>38</sup>, Kanunda "geçerli fesih nedeni" sayılmayacağına belirtilmesi karşısında bu sebeple işten çıkarılan işçinin işe iade davası açabileceği, iş güvencesinin kapsamında olmayan işçilerin ise kötüniyet tazminatı talep edebileceklerini kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca öğretilde<sup>39</sup>, konuyla ilgili hükümlere yer verildikten sonra, işverenin cevap vermemesinin ya da olumsuz cevap vermesinin kısmi süreli çalışmanın başlaması için bir engel olmadığı belirtilmiştir. Yine öğretide<sup>40</sup>, işverenlerin usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebini bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde karşılamaları gerektiği, işverenlerin işçiye, talebin karşılandığını yazılı olarak bildirmek zorunda olduğunu, işveren tarafından süresi içinde işçinin talep dilekçesine cevap verilmemesi hâlinde, talebin, işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanacağı, işçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebinin geçerli fesih nedeni sayılmayacağı (Yön.m.11; İş K.m.13/5), salt işçinin kısmi süreli çalışmaya geçme talebinde bulunmasının işveren açısından fesih için geçerli bir neden teşkil etmeyeceği, iş sözleşmesinin işveren tarafından kısmi süreli çalışmaya geçme talebinde bulunmak nedeniyle sona erdirilmesi halinde; şayet işçi iş güvencesi kapsamındaysa işe iade davası açabileceği, iş güvencesi kapsamı dışındaysa kötüniyet tazminatı

38 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 152-153.

39 Ulusoy, 260.

40 Köseoğlu, 115.

talep edebileceği, talebin karşılanmamasının işçi açısından da iş sözleşmesinin feshinde haklı neden olarak kabul edileceği (İş K.m.24) ifade edilmiştir. Ayrıca öğretide<sup>41</sup>, koşulların varlığı halinde işverenin, ebeveynin kısmi süreli çalışmaya geçme istemini kabul etmek zorunda olduğu, ebeveynin salt bu yönde talepte bulunmasının işveren açısından geçerli bir fesih nedeni oluşturmayacağı aksi takdirde işverenin duruma göre geçersiz veya haksız fesih ya da fesih hakkını kötüye kullanmış olacağı belirtilmektedir. Öğretide<sup>42</sup> de belirtildiği üzere, talebi işverence kabul edilmeyen işçi iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir. Ancak işçinin talebini kabul etmeyip işçiyi feshetme zorlamak suretiyle işverenin haksız feshinin söz konusu olup olmadığı da gelecekte tartışılabilir gibi görünmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, mevcut hükümler karşısında işçi, istisnai haller hariç olmak üzere, talebi hakkında işverenin bir aylık süre içinde cevap vermemesi ya da olumsuz cevap vermesi halinde, talepte belirttiği tarihte kısmi süreli çalışmaya başlayabilecektir. Elbette işverenin işçinin tam süreli çalışma yapmasını isteme ve dolayısıyla kısmi süreli çalışma yapmasına engel olma ihtimali bulunduğu gibi, işçinin farklı uygulamalarla karşılaşma ihtimali de bulunmaktadır. Bu tür durumlarda mevzuatta yer alan diğer hükümlerin uygulanması gerekecektir.

İşverenin kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini Kanunun m. 25/1 (h) hükmü uyarınca, "İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaktan ısrar etmesi" hükmüne dayanarak haklı nedenle işten çıkarmaya kalkması ihtimal dahilindedir. Öte yandan işveren, kısmi süreli çalışma nedeniyle haftanın iş günlerinde işe gelmemesini gerekçe göstererek, m. 25/11 (g) bendi uyarınca, "İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gü-

nünden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi" nedeniyle de feshetmiş olabilir. Farklı bir ihtimal de iş güvencesinin kapsamına giren işçinin sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilme ihtimalidir. Başka bir durum ise işveren tarafından herhangi bir neden gösterilmeden işçinin işten çıkarılmasıdır. Diğer bir ihtimal olarak da, işçinin savunmasının alınması ve disiplin cezası verilmesidir. Elbette belirtilen tüm ihtimaller işçinin kısmi çalışma talebinde bulunduğu tarihten sonraki günde de gerçekleşebilir. İşveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği ihtimallerde, işçi iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli bir neden olmadan feshedildiğini iddia ederek, haksız veya geçersiz fesih nedeniyle mevzuatta öngörülen haklarını kullanabilecektir.

İşverenin kısmi süreli çalışmaya başlayacak işçiyi talepte belirtilen tarihte işyerine almama ihtimali olabilir. Diğer bir ihtimal ise, işverenin, ilk gün ya da ilk hafta kısmi süreli çalışma yapan işçiyi sonraki gün ya da sonraki hafta işyerine almamasıdır. Böyle bir durumda, iş sözleşmesi sona ermediği sürece işçi işgörme edimini işverene sunmasına rağmen işveren tarafından kendisine iş verilmesi dahi ücrete hak kazanacaktır. Ayrıca işyerine alınmayan işçi, Kanunun m. 24/11 (f) hükmü uyarınca çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Elbette işçinin işyerine alınmama süreci uzun sürecek olursa, ücret ödenmesi bakımından sorun çıkacak olup, böyle bir durumda işçi, iş sözleşmesini, Kanunun m. 24/11 (e) bendinde yer alan, "İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse" şeklindeki hüküm uyarınca da haklı nedenle feshedebilecektir. Ancak işçi bu tür durumlarda, ihbar tazminatından, kıdem tazminatından, iş güvencesine ilişkin hükümlerden, iş güvencesi kapsamı dışındaysa kötüniyet tazminatından yararlanamayacaktır. Koşulları varsa fesih sonrası işsizlik sigortasından işsizlik ödeneği alabilecektir. Ayrıca Kanunun m. 26 hükmü uyarınca tazminat talep edilebilecektir. Ancak böyle bir durumda iş ilişkisi sona eren işçi bakımından aleyhe bir sonuç ortaya çıkmış

41 Süzek, Sarper; İş Hukuku, 13. Bası (Tıpkı Basım), İstanbul 2017, 286.

42 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 152; Köseoğlu, 115.

olacaktır. Dolayısıyla da işverenin işçinin talebini yazılı olarak reddetmesi veya sözlü olarak kabul etmediğini bildirmesi ya da hiç cevap vermemesi halinde işçi talebinde belirttiği tarihte kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. Konunun mevzuatta düzenleniş itibariyle işçinin kısmi süreli çalışma hakkını kullanarak işyerinde artık tam süreli değil de kısmi süreli olarak çalışmayı sürdürmekten başka bir şey yapması gerekmemektedir. Eğer işveren işçinin kısmi süreli çalışmasının hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa, işçinin savunmasının alınması, işçiye disiplin cezası verilmesi ya da işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin ihtimallerden birisini kullanması gerekecektir. Elbette bu tür durumlarda işverenin haksız olduğunu ileri süren işçinin işverenin yaptığı uygulamalara karşı yargı yoluna başvurması gerekecektir.

Daha önce de belirtildiği üzere, Kanunun m. 13/V hükmünde, "... Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz..." denilmektedir. Konuyla ilgili olarak Yönetmeliğin m. 11/IV hükmünde, "İşçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebi geçerli fesih nedeni sayılmaz" hükmüne yer verilmiştir. Bilindiği üzere, iş güvencesinin kapsamına giren işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmesi işveren tarafından (haklı ya da) geçerli nedenle feshedilebilir. Mevzuattaki diğer hükümler birlikte değerlendirildiğinde işçinin kısmi süreli çalışma talebi haklı nedenle fesih sebebi olamayacağı gibi, geçerli nedenle fesih sebebi de olamaz. Esas itibariyle belirtmek gerekirse, Kanunda ve Yönetmelikte işçinin kısmi süreli çalışma talebinin geçerli fesih nedeni sayılmayacağı açık bir şekilde düzenlenmemiş olsaydı herhangi bir eksiklik olmazdı. Zira, mevzuatta yer alan diğer hükümlere göre, Kanuna dayalı bir hak (kısmi süreli çalışma hakkı) kötüye kullanılmadığı sürece fesih sebebi olarak değerlendirilemeyecektir. Bu bağlamda, haklı veya geçerli nedenle feshlere ilişkin olarak mevzuatta yer alan düzenlemelere bakıldığında kısmi süreli çalışma hakkının kullanılmasının fesih sebebi olarak kabul edilemeyeceği söylenebilecektir. Ancak doğabilecek tereddütlerin giderilmesi ve uygulamada

yaşanabilecek sorun ve tartışmaların önlenmesi bakımından konunun açıkça düzenlenmesinin yerinde olduğu da söylenebilir.

Burada ayrıca vurgulamak gerekir ki, Kanunun m. 13/V hükmünde, "Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz" denilirken, Yönetmelikte ise, "İşçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebi geçerli fesih nedeni sayılmaz" hükmüne yer verilmiştir. Yönetmelikte Kanun hükmüne açıklık kazandırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Esas itibariyle, kısmi çalışma talebi veya talep belirtilen tarihte kısmi çalışma uygulamasına geçilmesi arasında bir fark olmayıp, her ikisi de geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilmeyecektir. Belirtilen hükümler özellikle işverenin işçinin talebine cevap vermediği durumlarda uygulama alanı bulacaktır. Örneğin işverenin işçinin kısmi çalışma talebine bir ay geçmesine rağmen cevap vermemesi ve işçinin kısmi süreli çalışmaya başlaması halinde, işveren sözleşmeyi kısmi süreli çalışmaya geçilmesi nedeniyle feshedemeyecektir. Zira böyle bir durumda kısmi süreli çalışmaya geçilmesi Kanunla tanınan bir hakkın kullanılmasına ilişkin olduğundan işveren tarafından geçerli fesih sebebi olarak kullanılmayacaktır. Ancak burada vurgulamak gerekir ki, Yönetmelikte yer alan, "İşçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması kaydıyla kısmi süreli çalışma talebi geçerli fesih nedeni sayılmaz" hükmü duraksamaya neden olmaktadır. Belirtilen hükümde, işçinin işyerine giderek tam süreli değil de kısmi süreli çalışma yapması halinde bunun geçerli nedenle fesih hakkının doğmasına neden olamayacağı ifade edilmek istenmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun m. 18 ve devamındaki hükümlerde düzenlenen geçerli nedenle feshe ilişkin hususlar iş güvencesinin kapsamına giren işçileri ilgilendirmektedir. Geçerli nedenle fesih (halleri), haklı nedenle fesih (halleri) kadar ağır olmamakla birlikte iş ilişkisinin devamının işverenden beklenemeyeceği hallerdir. Dolayısıyla işçinin m. 13/V kapsamında kısmi süreli çalışma hakkını kullanarak kısmi süreli çalışma yapmaya başlaması geçerli neden sayılmayacağına göre

haklı neden olarak zaten değerlendirilemez. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Kanunun m. 13/V hükmünde ve Yönetmelikte, kısmi süreli çalışmanın geçerli nedenle fesih sayılmayacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmemiş olsaydı, yine de herhangi bir eksiklik olmazdı. Zira belirtilen hükümler olmasaydı yine aynı sonuca varılacaktı. Burada işçi kanunla kendisine verilen bir hakkı kullanacağından geçerli nedenden zaten söz edilemeyecektir. Kanun koyucunun m. 18/III hükmünde geçerli nedenle fesih sayılmayacak hallere benzer şekilde tereddüt yaşanmaması için vurgulamak ve açıklık kazandırmak amacıyla bu yönde düzenleme getirdiği görülmektedir.

Kanun ve Yönetmelikte yer alan talebin geçerli fesih sayılmayacağına ilişkin düzenleme hem hukuki yönden teknik olarak hem de anlam bakımından Türkçenin kullanım şekli itibariyle yerinde değildir. Bir hakkın kullanımına ilişkin talep zaten fesih sebebi olamaz. Öte yandan, işçinin talepte belirttiği tarih itibariyle kısmi süreli çalışmaya başlaması halinde, talep bir yana kısmi süreli çalışma uygulamasına geçilmiş olacaktır. Bu bağlamda işçi tam süreli değil kısmi süreli çalışacağından, işyerinden tam süreli çalışmaya göre işten daha önce ayrılacak ya da haftanın bazı günlerinde işe gitmeyecektir. Esas itibariye, Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde bu tür uygulamalar nedeniyle işverenin işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedemeyeceği ifade edilmek istenmiştir. Ancak kanun ve yönetmelik hükümlerinin yeterince açık olması anlaşılmasını zorlaştırmakta, tereddütle neden olmaktadır. Zira, Yönetmelik hükmünde, işçinin kısmi süreli çalışma talebinin geçerli fesih nedeni sayılmaması için işçinin belirtilen tarihte iş edimini sunmaya başlaması koşuluna yönelik ifade de anlamayı zorlaştırmaktadır. Yönetmelik hükmündeki ifadede ilk bakışta, sanki işçi edimini daha önce sunmuyormuş da kısmi süreli çalışmaya geçince sunacakmış gibi bir anlam çıkmaktadır. Elbette Yönetmelikte böyle bir uygulama kastedilmemektedir. Çünkü, işçi iş görme edimine ilişkin olarak yükümlülüğünü kısmi süreli çalışmaya geçmeden önce zaten

getirmektedir. İşçi, tam süreli çalışmaya ilişkin olarak edimini sunmakta iken, artık kısmi süreli çalışmaya geçildiğinde edimini kısmi süreli çalışma süresine ilişkin olarak yerine getirecektir. Burada farklılık çalışma süreleri bakımından olacaktır. Yönetmelikte anlatılmak istenilen ise, işçinin kısmi süreli çalışmaya ilişkin edimini yerine getirmesi halinde, bu yöndeki uygulamalar nedeniyle kalan sürede işçinin çalışmamasının geçerli nedenle fesih sebebi olarak değerlendirilemeyeceğidir. Yönetmeliğin anılan hükmüne yer verilmemiş olsaydı, mevzuatta yer alan diğer hükümlere göre uygulama yapılacak ve herhangi bir eksiklik olmayacaktı. Kanun konuya ilişkin hükmüne yer verilmemiş olsaydı da yine herhangi bir eksiklik olmazdı. Bu bağlamda, işçiye kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı kanunla tanımlanmış olduğundan, mevzuatta yer alan diğer hükümler de dikkate alındığında, işçinin bu yöndeki talebi ya da kısmi süreli çalışmaya geçmesi, işverenin sözleşmeyi geçerli nedenle feshetmesine zaten olanak tanımayacaktır. Ancak, Kanunla getirilmiş olan hakkın işçi tarafından kullanılmasının işveren bakımından geçerli nedenle fesih sebebi olup olmayacağı hususunda uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin ve uyuşmazlıkların önlenmesi bakımından konunun düzenlenmiş olmasının isabetli olduğu söylenebilecektir.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedecek olursa birçok haktan mahrum kalacaktır. İşverenin işçiyi işyerine almaması halinde, işçi, işveren tarafından işe alınmaması karşısında işveren tarafından baskı yapılmak suretiyle sözleşmeyi feshe zorlandığını belirtilerek, aslında iş sözleşmesinin haklı veya geçerli bir neden olmadan (haksız/geçersiz) işveren tarafından feshedildiğini iddia ederek feshe ilişkin olarak mevzuatta tanınan haklarını kullanabilecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Yönetmeliğin m. 15/I hükmünde yer alan, "Kısmi süreli çalışmanın belirlenen günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği ve işçinin talebi dikkate alınarak işveren tarafından

belirlenir” şeklindeki düzenleme karşısında, kısmi süreli çalışma bakımından günlük ve haftalık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı işveren tarafından işçinin talebinde belirteceği hususlar ve o yerin gelenekleri, işçinin yapmakta olduğu işin niteliği de dikkate alınarak işveren tarafından belirlenecektir.

## 2- İşverenin Uygun Bulmasına Bağlı (Takdirinde) Olan İstisnai Haller

Ebeveynlerden birinin tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçmeyi talep etmesi halinde işveren kural olarak talebi kabul etmek zorundadır<sup>43</sup>. Ancak aşağıda belirtileceği gibi Yönetmelikte işverenin takdirine bırakılan istisnai hallere yer verilmiştir. İstisnaların dışında, kısmi süreliye geçme konusundaki tercih ebeveynlere verilmiştir. İşverenin işçinin kısmi çalışma talebine ilişkin olarak istisnai haller dışında olumsuz cevap vermesi mümkün değildir. İşveren olumsuz cevap verecek olsa dahi mevzuattaki açık hükümler karşısında işçi kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. Konuyla ilgili karar verme hakkı işçide olup, işçinin talebi hususunda işverenin istisnalar dışında takdir hakkı bulunmamaktadır. Kanunun m. 13/V hükmüne göre, koşulları taşıyarak işçinin usulüne uygun kısmi süreli çalışma talebi işveren tarafından karşılanmak (kabul edilmek) zorunda olmakla birlikte, Kanunun m. 13 hükmüne dayanılarak çıkarılan Yönetmelikte işverene takdir hakkı tanıyan farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

6663 sayılı Kanunun 21. maddesiyle 4857 sayılı Kanunun 13. maddesine eklenen altıncı fıkrada, “Beşinci fıkra kapsamında hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir” denilmektedir. Konuyla ilgili olarak Yönetmeliğin 12. maddesinde “Kısmi süreli çalışma yapılabilecek işler” başlığı altında düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Yönetmeliğin m. 12/I hükmünde, yapılan işin

niteliği itibarıyla bazı işlerde kısmi süreli çalışmanın işverenin uygun bulması halinde yapılabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla belirtilen hallerde işverenin uygun bulmaması halinde işçi kısmi süreli çalışmaya geçemeyecektir.

Yönetmeliğin sözü edilen hükmüne göre, “Kısmi süreli çalışma;

a) Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde,

b) Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde,

c) Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde,

ç) İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde, işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir”. Yönetmeliğin anılan hükmünde belirtilen hallerde işverenin uygun bulmaması halinde işçi kısmi süreli çalışma yapamayacaktır.

Yönetmeliğin anılan hükmünde, kısmi süreli çalışmanın işverenin uygun bulması halinde yapılacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla belirtilen hallerde işveren uygun bulursa kısmi süreli çalışma yapılabilecek, uygun bulmaz ise yapılamayacaktır. Bu bağlamda, sözü edilen hallerde kısmi süreli çalışmanın yapılamayacağı değil, kısmi süreli çalışmanın yapılıp yapılamayacağı işverenin iradesine bağlı olduğu ifade edilmektedir. Anılan hükümde, kurala istisna getirilerek, kısmi süreli çalışma yapılıp yapılmaması konusunda sözü edilen hallere ilişkin olarak işverene takdir hakkı tanınmış bulunmaktadır.

Öğretide, işçilerin kısmi süreli çalışma hakkından yararlanabilmeleri için işyerinin büyüklüğünün herhangi bir önemi bulunmadığı, Alman Hukukunda bu haktan yararlanılabilmemesinin işyerinde en az 15 işçinin çalışmasına ve işçinin en az altı aylık kıdemi olması koşuluna bağlandığı, hukukumuzda bu yönde koşullar öngörülmedi-

43 Ayrıca bkz, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 152.

ği için tek bir işçinin çalıştığı bir işyerinde dahi işçi talep ederse işverenin bu talebi kabul etmesi gerektiği, bunun ise küçük işverenler için büyük yük getireceği, Kanunda hangi sektör veya işlerde kısmi çalışma yapılabileceği ile uygulamaya ilişkin usul ve esasların bir yönetmelikle düzenleneceğinin hükme bağlandığı, yönetmeliklerin Kanundaki hükümleri açıklığa kavuşturmak, uygulama esas ve usullerini göstermek üzere çıkarıldığı, bu nedenle küçük işyerlerinin korunması için hukukumuzda konunun Kanunda düzenlenmesinin çok daha isabetli olacağı ifade edilmiştir<sup>44</sup>.

Bilindiği üzere, çalışanlar ve işverenler bakımından hak ve/veya yükümlülük getiren hükümlerin Kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Yönetmelikle getirilen hükümlerin esas itibarıyla Kanunla düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Öte yandan, kısmi süreli çalışma hakkının getirilmesi çalışanlar ve ailesi bakımından yerinde olmakla birlikte, işverenlerin/işletmelerin ve hatta çalışanların dahi birçok yönden uygulama bakımından henüz hazır olmadıkları söylenebilecektir. Dolayısıyla da gelecekte konuyla ilgili olarak uygulamada farklı birçok sorunun yaşanacağı şimdiden öngörülmektedir. Bu bağlamda, kısmi süreli çalışma ile ilgili olarak başlangıçta sınırlı uygulama ve daha sonra kapsamı genişletme şeklinde geçiş süreci tanınması yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından daha isabetli olurdu.

Burada vurgulamak gerekir ki, Yönetmeliğin 12. maddesinin başlığında, "Kısmi süreli çalışma yapılabilecek işler" denilmektedir. Oysa Yönetmeliğin m. 12/I hükmünde sayılan ve işverenin uygun bulması aranmaksızın dört istisnai hal dışında diğer tüm işlerde kısmi süreli çalışma yapılabilecektir. Zira, işverenin işçinin kısmi süreli çalışma talebinin uygun bulması Yönetmeliğin anılan hükmünde istisnai dört hale özgü olarak kaleme alınmış olup, kural ise, istisnalar dışındaki diğer hallerde işverenin uygun bulma kararı

olmadan kısmi çalışma yapılabilecek olmasıdır. Bu bağlamda, Yönetmeliğin m. 12 hükmünün başlığının, "İşverenin Uygun Bulma Kararı Olmadan Kısmi Süreli Çalışma Yapılamayacak İşler" şeklinde kaleme alınmış olması gerekirdi. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işverenin uygun bulması halinde kısmi çalışma yapılabileceğinden, sözü edilen başlığın, "Kısmi Çalışmanın İşverenin Uygun Bulma Kararına Bağlı Olduğu İşler" şeklinde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

Yönetmeliğin m. 12/II hükmünde ise, "Birinci fıkrada sayılmayan işlerde işverenin uygun bulma şartı aranmaksızın kısmi süreli çalışma yapılabilir" denilmektedir. Belirtilen hüküm Kanun ve Yönetmelikte yer alan ve işverene takdir hakkı tanımayan hükümlerin tekrarı niteliğindedir. Bu bağlamda, kısmi süreli çalışma bakımından, kural işverenin uygun bulmasının aranmamasıdır. Sözü edilen düzenlemelere göre, m. 12/I hükmünde belirtilen istisnai haller dışında, koşulları taşıyan işçi işverene bir ay önceden talepte bulduktan sonra belirttiği tarihte işverenin uygun bulma şartı aranmaksızın kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. İşverenin talebe cevap vermemesi, olumsuz cevap vermesi, sözlü cevap vermesi gibi durumlara ilişkin olarak daha önce değerlendirme yapıldığından tekrardan kaçınmak amacıyla burada ayrıca yer verilmeyecektir.

### 3- Toplu İş Sözleşmesi ile Belirleme

Yönetmeliğin 13. maddesinde, "18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre bağitlanan toplu iş sözleşmelerinde kısmi süreli çalışma yapılabilecek işler, 12 nci madde hükümlerine bağlı olmaksızın ayrıca taraflarca da belirlenebilir" denilmektedir. Yönetmeliğin 13. maddesindeki düzenleme Yönetmeliğin 12. maddesinde yer alan düzenlemelerin kaleme alınma şekli nedeniyle duraksamaya neden olmaktadır. Yönetmeliğin m. 12/I hükmünde işverenin uygun bulmasına (takdirine) bağlı olan istisnai haller düzenlenmiş, m. 12/II hükmünde ise birinci fıkrada dışındaki hallerde işverenin takdirine bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 12. mad-

<sup>44</sup> Alman hukukuna ilişkin esaslar hakkında bkz., Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 154-155.

desinde işverenin takdirine bağlı olan hususlar düzenlenmeye çalışılmıştır. Yönetmeliğin m. 12 hükmünün başlığı da takdire bağlı olan ya da olmayan her iki hali de kapsayacak şekilde “Kısmi süreli çalışma yapılabilecek haller” şeklinde kaleme alınmıştır. Esas itibarıyla Yönetmeliğin sözü edilen hükmünde sadece birinci fıkradaki hükümlere yer verilmiş olsaydı ve Yönetmeliğin m. 12 hükmünün başlığı, “İşverenin uygun bulmasına bağlı olan işler” şeklinde kaleme alınmış olsaydı daha isabetli olurdu.

Mevcut düzenleme karşısında, Yönetmeliğin m. 13 hükmündeki düzenlemeyle, m. 12/I hükmündeki istisnai hallere mi yoksa diğer tüm işlere mi atıf yapıldığı tam olarak anlaşılamamaktadır. Bu bağlamda, Toplu İş Sözleşmeleriyle, işverenin takdirine bırakılan ya da bırakılmayan hususlardan hangisinde daraltma ya da genişletme yapılabileceği gelecekte tartışma, sorun ve uyuşmazlıklara neden olabilecek gibi görünmektedir.

Yönetmeliğin m. 12/II hükmü uyarınca, m. 12/I hükmünde sınırlı sayı esasına göre düzenlenen işler dışındaki diğer tüm işlerde kısmi süreli çalışma yapılabilecek olup, kısmi süreli çalışma yapılabilecek işlerin TİS hükümlerinde belirlenmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak Yönetmeliğin sözü edilen m. 13 hükmü, Yönetmeliğin m. 12/I hükmünde belirtilen ve işverenin uygun bulma şartına bağlanan istisnai dört hal bakımından da, TİS hükümleri ile işverenin uygun bulması aranmadan kısmi süreli çalışma yapılabileceğinin kararlaştırılabileceği şeklinde değerlendirilebilir. Böyle bir yorum işçilerin lehine olacak, aksi durum ise işçilerin aleyhine olacaktır. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, konuya ilişkin hükümlerin Kanunda düzenlenmesi gerekmekte olup, bunların Yönetmelikle düzenlenmesi isabetli olmamıştır.

## VII. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçen İşçinin Yerine İstihdam Edilen Diğer İşçinin Durumu

Bilindiği üzere, işçinin doğuma bağlı olarak kısmi süreli çalışmaya geçmesi nedeniyle hafta-

lık çalışma süresi bakımından işveren kalan süreye ilişkin olarak kısmi süreli başka işçi istihdam etmiş olabilir. Kanunun m. 13/V hükmünde, “... Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer” denilmektedir<sup>45</sup>. Anılan hüküm bir çok yönden tartışmaya neden olacak şekilde kaleme alınmış bulunmaktadır. Kanun hükmü, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine kalan süre için başka bir işçinin istihdam edilmiş ihtimaline göre hazırlanmıştır. Oysa, aynı dönemde işyerinde işgücüne duyulan ihtiyaçta azalma meydana gelmiş olabilir ve kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine kalan süre için başka işçi istihdam edilebilir. Belirtilen ihtimalde Kanunun sözü edilen hükmü uygulanmayacaktır.

Kanun hükmünün uygulaması bakımından, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine işe alınan işçinin belirli süreli iş sözleşmesiyle mi yoksa belirsiz süreli iş sözleşmesiyle mi çalıştığı hususunda tartışma yaşanacağı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, Kanunun m. 11/I hükmüne göre, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir”. Anılan hükmün ikinci fıkrasına göre de, “Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir (m. 11/II). Bu bağlamda, kural belirsiz süreli iş sözleşmesi olup, belirli süreli iş sözleşmesi sözü edilen istisnai hallerde yapılabilecektir. Konumuz bakımından, ilk bakışta kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine alınan işçinin iş sözleşmesinin (askere giden işçinin yerine alınan işçide olduğu gibi) belirli süreli olduğu, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesinin esaslı

<sup>45</sup> Aynı husus Yönetmeliğin m. 14/III hükmünde düzenlenmiştir.



bir neden olduğu düşünülebilir. Ancak, oldukça uzun sürecek kısmi süreli çalışmalar bakımından aynı sonuca ulaşmak isabetli olmayacaktır. Öte yandan, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması sırasında sözleşmenin ne zaman sona ereceği daha başlangıçta taraflarca bilinmektedir. Bu tür sözleşmelerde taraflar başlangıçta belirledikleri/öngördükleri süre içerisinde taahhütte bulunarak, birbirlerini bağlamakta, her iki taraf da geleceğe ilişkin olarak tüm çalışmalarını/yaşamlarını ona göre planlamaktadır Oysa, doğum nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçen işçi hakkını çocuğun zorunlu ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kullanabileceği gibi bir ay önceden haber vermek koşuluyla daha önce de tekrar tam süreli çalışmaya geçebilecektir. Bu yönüyle, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine kalan süre için istihdam edilen işçinin sözleşmesinin ne zaman sona ereceği başlangıçta kesin olarak öngörülemezdir.

Kanun koyucunun m. 13/V hükmünde, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğunu açıkça düzenlememesinin bilinçli mi olup olmadığı da tartışılabilir. Bunun gözden kaçırıldığı gibi, tersine bilinçli olarak sözleşmenin türünün bilerek belirtilmediği de ileri sürülebilir. Kanaatimizce, burada Kanun koyucu tarafından sözleşmenin türünün bilerek açık bir şekilde düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Ancak aşağıda yer verilecek olan Kanuna dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükmüne bakıldığında farklı bir durumla karşılaşılmaktadır.

Mevcut hükümler karşısında asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğuna göre, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesinin kural olarak belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir durumda sırf sözleşmenin sona erecek olması nedeniyle belirli süreli iş sözleşmesiyle bağlantı kurulamaz ve belirli süreli iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması beklenemez. Bilindiği üzere, mevzuatta yer alan diğer hükümler uyarınca, işçi, belirli süreli iş sözleşmesi süresi sonunda kendiliğinden sona erdiğinde, kıdem tazminatına

hak kazanamayacak, ihbar tazminatı alamayacak, işsizlik ödeneğinden yararlanamayacak ve ayrıca iş güvencesinin kapsamında olsa dahi işe iade davası açamayacaktır. Konuyla ilgili olarak öğreti görüşleri ve Yönetmelik hükümlerine yer verildikten sonra değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Öğretide de haklı olarak<sup>46</sup>, Kanunda kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin hükmün (m.13/5, c.4) isabetsiz ve adletsiz olduğu, sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğinin belirtilmesi karşısında iş sözleşmesi bir yıldan uzun sürse dahi işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı, işçiye ihbar süresi tanınmasının gerekmeyeceği ya da iş arama izni verilmeyeceği, işçinin iş güvencesinden yararlanamayacağı, bu düzenlemenin temelinde işe alınan işçinin sözleşmesinin belirli süreli olduğu düşüncesinin yattığı, ancak bu sözleşmenin belirli süreli olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı, bir sözleşmenin belirli süreli olduğundan söz edebilmek için o sözleşmenin ne zaman sonra ereceğinin önceden bilinmesi ya da bilinebilir, öngörülebilir olması gerektiği, oysa kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçinin ne zaman tam zamanlı sözleşmeye geçeceğinin önceden belli olmadığı, işçinin istediği zaman tam zamanlı çalışmaya geçebileceği ve dolayısıyla kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçinin yerine işe alınan işçinin (ikame işçi) ne zaman sözleşmesinin sona ereceğini bilmemekte, öngörememekte olduğu ileri sürülmüştür. Yine öğretide isabetle<sup>47</sup>, bu sözleşmenin, kural olarak, azami süreli iş sözleşmesi niteliği taşıdığına da tartışmaya açık olduğu, Kanunda kısmi süreli sözleşmeye geçme talebinin ne zamana kadar işverene yöneltilebileceğine ilişkin hüküm bulunduğu, ancak ne zaman kısmi süreli çalışmanın sona ereceği ve tam zamanlı çalışmaya geçileceği konusunda bir hüküm bulunmadığı, bu nedenle tarafların, eğer

46 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 157.

47 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 157-158.

sözleşmeye özel bir hüküm koymamışlarsa, Kanundaki düzenlemeden bu sözleşmenin en geç ne zaman sona ereceğini önceden bilemedikleri, kısmi süreli istihdama geçen işçinin yerine işe alınan işçi ile yapılan iş sözleşmesinin, kural olarak, belirli süreli sözleşme olma özelliği taşımadığını göstermekte olduğu savunulmuştur.

Bununla birlikte öğretide<sup>48</sup>, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmaya geçen işçinin yerine alınan ikame işçinin iş sözleşmesinin, niteliği itibarıyla belirli süreli iş sözleşmesi olduğu, belirli süreli iş sözleşmesinin İş Kanununun 11 maddesinde, "Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir" olarak tanımlandığı ve hangi hallerde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceğinin sınırlayıcı bir biçimde düzenlendiği, işyerinde işletmenin normal faaliyeti veya mutad durumu dışında bir olgunun ortaya çıkması ve geçici olarak işgücüne ihtiyaç duyulabilmesi, tarafların gerçekleşmesi muhakkak ama gerçekleşme tarihi önceden bilinmeyen bir olayı vade olarak göstermeleri halinde de sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edildiği, taraflar iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olarak açıkça bir vade kararlaştırmamış olsalar da, sözleşmenin konusu olan işten de sözleşmenin belirli süreli olduğu sonucu çıkartılabileceği, sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabulü için vadenin varlığının yeterli olup, kesin olması (belirli tarih, gün ay gibi) gerekli olmadığı, "...belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi..." objektif koşullara bağlı olarak yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu, kanunda öngörülen kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin yerine alınan işçi ile yapılan iş sözleşmesinin de, "belirli bir olgunun ortaya çıkması" objektif koşuluna bağlı olarak yapılan belirli süreli bir iş sözleşmesi olduğu ileri sürülmektedir.

Ayrıca öğretide, kısmi süreli çalışma hakkının kullanan işçinin, çocuğu ilköğretim çağına gele-

ne kadar bu çalışma modelini tercih etmesinin mümkün olduğu, bu durumda, işçinin tercih ettiği kısmi çalışma süresine bağlı olarak, yerine işe alınan işçinin bu süre boyunca istihdam edileceği, İş Kanununun m. 11 uyarınca geçici süreyle kısmi süreli çalışma olgusunun ortaya çıkmasına dayanarak işverenin bu işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapabileceği, ancak İş Kanununun m. 13/V'te kısmi süreli çalışmaya başlayan işçinin bir ay önceden işverene bildirmek koşuluyla tam süreli çalışmaya döndüğünde, onun yerine çalışan işçinin sözleşmesinin süresinden önce sona erdirilmesinin gündeme geleceği, tarafların azami bir süre belirleyip bu süre içinde her zaman sözleşmeyi süreli fesih yoluyla sona erdirme yetkisini saklı tuttıkları, sözleşmenin azami süreli iş sözleşmesi olarak adlandırıldığı, belirlenin süre sonunda iş sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği ifade edilmektedir<sup>49</sup>.

Burada, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesinin azami süreli belirsiz süreli iş sözleşmesi olma ihtimaline de değinilmesi yerinde olacaktır. Öğretide<sup>50</sup>, eğer kısmi süreli iş sözleşmesine geçen işçinin bu çalışmasının ne zamana kadar devam edeceği açıkça belirlenmiş, işçinin yerine işe alınan işçi ile yapılan sözleşme de buna uygun olarak sürelendirilmişse, o zaman ikame işçi ile işveren arasındaki sözleşmenin azami süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği, somut olayın özelliğine göre işçinin yerine işe alınan işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi klasik bir belirli süreli iş sözleşmesi de olabileceği, ancak konunun ikame işçinin haklarının da korunduğu bir temelde yeniden düzenlenmesi isabetli olacağı belirtilmiştir.

Belirsiz (azami) süreli sözleşmeye ve sözleşmenin sona ermesine ilişkin esaslar kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmesinde olduğu gibidir. Sadece azami süreli olmasından kaynaklanan özellik nedeniyle farklılık olduğu söylenebilecektir. An-

48 Köseoğlu, 120.

49 Koç, Sedef; İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.6 İş Hukuku, İstanbul 2016, 206-207.

50 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 158.

cak kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin istediği zaman bir ay önceden işverene haber vermek koşuluyla tam süreliye geçme ihtimali karşısında, onun yerine kalan süre için alınmış olan işçinin sözleşmesinin sona ereceği zamanın belirlenmesinde yaşanan sorun nedeniyle, sözü edilen kişinin sözleşmesinin azami süreli olup olmadığı da tartışılabilir görünmektedir.

Ayrıca öğretide<sup>51</sup>, konuya ilişkin kanun ve yönetmelik hükümlerinde yer alan düzenlemelerin, uygulamada sorun çıkartacak ve kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin yerine alınan işçinin (ikame işçi) aleyhine sonuçlar doğuracak nitelikte olduğu, Kanun hükmünde yer alan, "iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer" anlatımından, işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan haklardan yararlanamayacağı anlamı çıktığı, iş sözleşmesi bu şekilde sona eren işçinin, ihbar ve kıdem tazminatı alamayacağı gibi, yeni iş arama izninden de yararlanamayacağı, iş sözleşmesi kendiliğinden sona erdiği için iş güvencesi hükümlerine de başvuramayacağı ifade edilmiştir.

Yönetmeliğin m. 14/III hükmünde, Kanundaki hüküm tekrar edilerek, "Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam süreli çalışmaya başlaması hâlinde yerine alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer" denildikten sonra, konuyla ilgili olarak m. 14/IV önemli bir hükme yer verildiği görülmektedir. Yönetmeliğin sözü edilen hükmüne göre, "Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde, yerine alınan işçinin iş sözleşmesi yazılı onayı olması koşuluyla fesih tarihinden itibaren belirsiz ve tam süreli sözleşmeye dönüşür". Anılan hükümde, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde, yerine alınan işçinin iş sözleşmesinin geleceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Elbette işçinin ölümü ya da sözleşmeyi işverenin feshetmesi halinde de benzer uygulama yapılmalıdır. Aksi halde uygulamada sorunlar yaşanacaktır. Bu yönüyle konuya ilişkin hükmün gözden geçirilerek yeniden düzenlenmesi gerekecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sözü edilen

hususların Yönetmelikle değil Kanunun m. 13/V hükmünde düzenlenmesi gerekirdi.

Yönetmelik hükmüne göre, doğum nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde, daha önce kısmi süreli çalışma döneminde onun yerine kalan süre için işe alınmış olan işçinin iş sözleşmesi yazılı onayı olması koşuluyla fesih tarihinden itibaren belirsiz ve tam süreli sözleşmeye dönüşecektir. Ancak sözü edilen işçi, tam süreli çalışmayı kabul etmemesi, yazılı onay vermemesi halinde kısmi süreli sözleşmeyle çalışmaya devam edecektir. Zira, işçi kalan sürelerde başka bir işyerinde çalışıyor olabilir ya da kalan zamanını/hayatını kısmi süreli çalışmaya göre planlamış olabilir. Çalışma sürelerinin değiştirilmesi çalışma koşullarında esaslı değişikliğe neden olacağından işçinin yazılı onayının alınması gerekecektir. Bu yönüyle sözü edilen hükmün yerinde olduğu söylenebilir. Zira anılan hükümle, doğum nedeniyle kısmi süreli çalışanın sözleşmesini feshetmesi halinde, kalan süre için işe alınan işçilerin sözleşmesinin sona ermesinin önüne geçilerek belirtilen kişilerin sözleşmesi bu yönüyle güvence altına alınmış olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, istisnai hallerde de olsa doğum nedeniyle kısmi süreli çalışma hakkını kullanırken işten ayrılan işçinin işgücüne ihtiyaç kalmamış olabilir. İşte böyle durumlarda, işverenden geçmişte doğum nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçen işçiden kalan süre için kısmi süreli iş sözleşmesi işe alınmış olan işçiyi tam süreli çalıştırmaya geçmesi beklenemeyecektir. Dolayısıyla bu tür durumlarda, işçinin tam süreli çalışmaya geçmek istemesi halinde işverenin onayının alınması gerektiği söylenebilecektir. Yönetmelik hükmünde, doğum nedeniyle kısmi çalışma yapan işçinin işten ayrılması nedeniyle işgücüne duyulan ihtiyaçta artma meydana geleceği ve bu nedenle de işveren tarafından diğer işçinin kısmi süreli tam süreliye geçmesinin talep edilebileceği gibi bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Zira, belirtilen hükümde işçinin talebinden değil onayından söz edilmektedir. Oysa işveren sözü edilen işçinin tam süreli çalışmaya geçmesi yerine kısmi süreli

51 Köseoğlu, 119.

olarak çalışmasını sürdürmeyi ve hatta onu işten çıkarmayı bile düşünebilir. Ancak Yönetmelik hükmüne bakıldığında, işçinin yazılı onayı ile doğrudan tam süreli çalışmaya geçebileceği, bu konuda işverenin herhangi bir takdir hakkının bulunmadığı görülmektedir. Bilindiği üzere Kanunun m. 13/IV hükmü uyarınca, "İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmî süreli den tam süreliye veya tam süreli den kısmî süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur" denilmektedir. Konuya ilişkin hükümlerin Yönetmelikte düzenlenmesi isabetli olmadığı gibi, mevzuatta yer alan diğer hükümlerle uyumlu olmadığı için gözden geçirilerek yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun dahi belirtilen hususta açık bir düzenleme yapmaktan kaçınmış olması karşısında, Bakanlığın konuyu Yönetmelikle düzenlemesi uygun görülemez.

Yönetmelikle getirilen söz konusu hükümlerin Kanunda düzenlenmiş olması gerekirdi. Zira iş sözleşmesinin türüne/niteliğine ve çalışma süresine ilişkin önemli hususların Yönetmelikte düzenlenmesi isabetli değildir. Yönetmeliğin anılan hükmünde, Kanunun m. 13/V hükmüne göre, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde, fesih tarihinden itibaren, daha önce kısmi çalışılan dönemde kalan süreler için (onun yerine) işe alınmış işçinin, yazılı onayının olması koşuluyla iş sözleşmesinin belirsiz ve tam süreli sözleşmeye dönüşeceği ifade edilmektedir. Belirtilen hükümde, kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin çalışmadığı sürelerde çalışmak üzere işe alınan işçinin iş sözleşmesinin sanki çalışmaya başladığı tarihten itibaren belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabul edildiği, tam süreli çalışmayla belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Elbette böyle bir düzenlemenin Kanun yerine yönetmelikte düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Ayrıca, daha önce belirttiğimiz üzere, sözü edilen kişinin uzun süre belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını kabul etmek isabetli olmayacak, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmelerine ilişkin esaslara aykırı olacaktır.

Kanunun sözü edilen hükmü ile mevzuatta yer alan diğer hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kısmi süreli işçinin yerine kalan süre için istihdam edilen işçinin iş sözleşmesinin baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu kabul edilmeli ve uygulamalar da buna göre yapılmalıdır. Bu bağlamda sözleşmenin sona ermesine ilişkin haklar bakımından, işçi bir yıllık kıdem süresini tamamlamışsa kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Kanunun incelemeye çalıştığımız hükmünde, "Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer" şeklinde yer alan düzenleme sözü edilen işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli sözleşme olarak nitelendirilmesine neden olmayacağından kıdem tazminatı almasına da engel olmayacaktır. Bu bağlamda, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi sona erecek olsa bile, sözleşmesi sona eren işçi koşulların varlığı halinde kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Burada kanun gereği sözleşme sona ermektedir. Bununla birlikte, Kanunun belirtilen hükmü karşısında işverenin sözleşmeyi sona erdirme iradesinden ve bildirim süresinde bulunmasından ve dolayısıyla da ihbar tazminatından söz edilmeyeceğinden, işçi, iş sözleşmesi kanunla (açık düzenleme nedeniyle) sona ereceğinden ihbar tazminatına hak kazanamayacaktır. Yine aynı gerekçeyle işçi işe iade davası da açamayacaktır. Öte yandan, olması gereken bakımından böyle bir durumda işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması gerektiği söylenebilecektir. Zira işçinin iş sözleşmesi iradesi dışında kanuna dayalı olarak sona ermiş olacaktır.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, sözü edilen cümlenin girişinde, "Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hâlinde," ifadesine değinmek yerinde olacaktır. Zira, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini kendisi feshetmeyip işveren de feshetmiş olabilir. Öte yandan ikale sözleşmesi ile tarafların karşılıklı anlaşmasıyla da sözleşme sona erebilir. Ayrıca, işçinin ölümü ile de iş sözleşmesi sona erecektir. Dolayı-

sıyla, hükmün girişinde sadece tek ihtimale göre düzenleme yapılması isabetli görünmemektedir. Kanaatimizce, anılan hükmün girişinin, "Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi halinde," biçiminde kaleme alınması daha isabetli olacaktır.

Öğretide<sup>52</sup>, işverenin, işçinin kısmi süreli istihdama geçmesi nedeniyle ortaya çıkan işgücü ihtiyacını özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurmak suretiyle de karşılayabileceği, bu durumda kısmi süreli istihdamın sona ermesi ile birlikte geçici iş ilişkisinin de sona ermesi gerekeceği, 7. maddede, geçici iş ilişkisinin süresinin kısmi süreli istihdamın süresi ile sınırlandırılmış olduğu belirtilmiştir. Bilindiği üzere, 4847 sayılı İş Kanununun "Geçici iş ilişkisi" başlıklı 7. maddesi uyarınca, işçiler geçici iş ilişkisi kapsamında bazı hallerde başka bir işyerinde geçici bir süre ile görevlendirilebilmektedir. Kanunun m. 7/I hükmüne göre, geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir. Kanunun m. 7/II hükmü geçici iş ilişkisinin kurulacağı hallerden birisi olarak, Kanunun m. 13/V hükmüne de yer verilmiştir. Belirtilen hükme göre, "Özel istihdam bürosu aracılığıyla, Türkiye İş Kurumunca izin verilen özel istihdam bürosunun bir işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak bir işçisini geçici olarak bu işverene devri ile, a) Bu Kanunun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74 üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde... kurulabilir. Anılan hükme göre, Kanunun m. 13/V hükmüne göre işçilerden birinin doğum nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçmesi halinde haftanın kalan günleri için işe alınacak diğer işçi Kanunun m. 7/II (a) hükmü uyarınca özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılabilecektir<sup>53</sup>. Kanunun m. 7/III hükmünde, geçici işçi

sağlama sözleşmesinin, ikinci fıkranın (a) bendinde sayılan hâllerin devamı süresince kurulabileceği ifade edilmektedir. Geçici iş ilişkisi uygulamasında özel istihdam bürosunun işçisi başka bir işyerinde çalışmakta olup, sözü edilen işçi ile geçici olarak yanında çalıştığı işveren arasında iş sözleşmesi bulunmamaktadır<sup>54</sup>. Kanunun m. 7/XI hükmünde de düzenlendiği üzere, geçici iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur<sup>55</sup>. Dolayısıyla, doğuma dayalı olarak kısmi süreli çalışmaya geçmiş olan işçinin daha sonra tam süreli çalışmaya başlaması halinde, kısmi süreli çalışma döneminde kalan sürelerde geçici iş ilişkisi kapsamında çalışmakta olan işçi bakımından geçici iş ilişkisi sona erecektir. Elbette sözü edilen kişinin mevzuatta yer alan diğer hükümler uyarınca özel istihdam bürosu ile olan iş ilişkisi varlığını sürdürecektir.

Burada bir hususa vurgu yapmak yerinde olacaktır. Kısmi süreli çalışmanın sona ermesiyle birlikte Kanun gereği işçinin tam süreli çalışmaya devam etmesi, işverenin de tam süreli çalışmaya geçirmesi gerekmektedir. Aksi halde taraflar Kanuna aykırı davranmış olacak ve mevzuatta yer alan

başka işçi çalıştırılabilmektedir.

54 Ayrıca bkz, Koç, 207.

55 "Geçici iş ilişkisinde işveren özel istihdam bürosudur. Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi, geçici işçi ile iş sözleşmesi, geçici işçi çalıştıran işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yapmak suretiyle yazılı olarak kurulur. Özel istihdam bürosu ile geçici işçi çalıştıran işveren arasında yapılacak geçici işçi sağlama sözleşmesinde; sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa geçici işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer alır. Geçici işçinin, Türkiye İş Kurumundan veya bir başka özel istihdam bürosundan hizmet almasını ya da iş görme edimini yerine getirdikten sonra geçici işçi olarak çalıştığı işveren veya farklı bir işverenin işyerinde çalışmasını engelleyen hükümler konulamaz. Geçici işçi ile yapılacak iş sözleşmesinde, işçinin ne kadar süre içerisinde işe çağırılmazsa haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği belirtilir. Bu süre üç ayı geçemez" (m. 7/XI). Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olamaz (m. 7/X). Kanunun 7. maddesinde geçici iş ilişkisine ilişkin olarak başka hükümler de bulunmakta olup, çalışmamızın kapsamını gereğinden fazla genişleteceğinden sözü edilen hususlara değinilmemiştir.

52 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 158; ayrıca bkz, Köseoğlu, 120-121.

53 Belirtilen hükümden de anlaşılacağı üzere, işçinin Kanunun 74. maddesi uyarınca analık izinlerinde işe gelemediği zamanlarda geçici iş ilişkisi kapsamında

diğer hükümlerin uygulanması gerekecektir. Ancak taraflar geleceğe yönelik olarak sürekli ya da belirli bir süre daha kısmi süreli çalışmaya devam edilmesi yönünde anlaşmaya varabilirler. Kısmi süreli çalışmakta olan işçi tam süreli çalışmaya geçmek istemeyebileceği gibi, işveren de kısmi süreli çalışmanın devam etmesini isteyebilir. Örneğin, işgücüne duyulan ihtiyacın azalması veya işçinin çocuğuyla zaman geçirmeye devam etmek istemesi gibi hallerde bu tür durumlara karşılaşılabılır. Aşağıda belirtileceği üzere, kısmi süreli çalışan işçi, çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başı geçmesine rağmen kısmi süreli çalışmaya devam ederse ve işveren de açık ya da zımni/örtülü bir şekilde (susarak) bunu kabul ederse, sözü edilen işçinin iş sözleşmesi (artık süresiz olarak) kısmi süreli sözleşme olarak varlığını sürdürecektir. İşte böyle bir durumda, mevcut hükümlere göre kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin yerine, kalan süre için işe alınan işçinin sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı tartışılacak gibi görünmektedir. Elbette böyle bir durumda, her iki işçinin de iş sözleşmesi kısmi süreli iş sözleşmesi olarak varlığını sürdürecektir. Böyle bir durumda da sözü edilen işçinin iş sözleşmesinin baştan beri belirsiz süreli olduğu ifade edilebilir.

Kanunda, işçinin doğuma bağlı olarak kısmi süreli çalışmaya geçmesi nedeniyle haftalık çalışma süresi bakımından işveren kalan süreye ilişkin olarak kısmi süreli başka işçi istihdam etmiş olması ihtimaline ilişkin düzenleme yapılmış bulunmaktadır. Elbette işveren, işçinin doğum nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçmesine rağmen kalan süre için başka işçi istihdam etmemiş olabilir. Zira diğer işçilerin fazla çalışma yapması suretiyle işgücü ihtiyacı karşılanabileceği gibi, işgücüne duyulan ihtiyaçta azalma meydana geldiği durumlarda başka işçi istihdam etmeye gerek olmayacaktır.

## VIII. Kısmi Süreli Çalışmadan Tam Süreli Çalışmaya Geçilmesi

Kanunun m. 13/V hükmünde, "... Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanma-

mak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir...Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir" denilmektedir. Konuyla ilgili olarak aynı yönde olmak üzere Yönetmeliğin 13. maddesinde, "Kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam süreli çalışmaya dönebilir. Tam süreli çalışmaya geri dönmek isteyen işçi, işverene en az bir ay önce yazılı olarak talebini bildirir" denilmektedir (m. 13/II). Sözü edilen hükümlere göre, kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, en az bir ay önce yazılı olarak işverene bildirmek koşuluyla istediği zaman tam süreli çalışmaya geçebilecektir. Ancak, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını sağlayan çocukla ilgili olarak tam süreli çalışmaya geçtikten sonra tekrar kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı olmayacaktır. Sözü edilen hükmün getirilmesi yerinde olmuştur. Esas itibarıyla, işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesi işyeri açısından büyük önem arz etmektedir. Zira, çalışılmayan süreler için başka bir işçinin istihdam edilmesi gerekecektir. İşçinin daha sonra tam süreli çalışmaya geçmeyi tercih etmesi halinde kalan süreler için istihdam edilen işçinin işine son verilmiş olacaktır. İşçinin daha sonra tekrar kısmi süreli çalışmaya geçmek istemesi halinde sorunlar daha da artacaktır. Kanun koyucu haklı olarak yaşanacak sorunların önlenmesi bakımından bu yöndeki uygulamaları sınırlamak istemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin başka bir çocuğunun doğması durumunda, yeni doğan çocuğa bağlı olarak kısmi süreli çalışma hakkı ortaya çıkacak ve buna dayalı olarak kısmi süreli çalışmaya geçilebilecektir. Aynı husus uygun olduğu ölçüde evlat edinme bakımından da geçerli olacaktır. Kanuna göre, tam süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Elbette işçi bir aydan daha fazla süre önce bildirimde bulunabilir. Ancak, işçinin bir aydan kısa bir süre önce bildirimde bulunarak tam süreli çalışmaya geçmek istemesi halinde, işveren işçinin talebine olumlu cevap vermek zorunda değildir. Böyle bir durumda işçi ancak bildirimde bulun-

duğu tarihten itibaren bir ay sonra tam süreli çalışmaya geçebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, işverenin kabul etmesi halinde, işçi bir aydan daha önce de tam süreli çalışmaya geçebilecektir. Örneğin işçinin bir hafta sonra tam süreli çalışmaya geçmeyi talep etmesi ve işverenin de kabul etmesi halinde, tam süreli çalışmaya geçmesi mümkün olabilecektir.

Öğretide<sup>56</sup>, Kanunda işçiye tam süreliye geçiş hakkı bir defaya mahsus olarak tanındığı, çocuk ilkokula başlamamış olsa bile, tam süreli çalışmaya geçme hakkını kullanan işçinin tekrar kısmi süreli çalışmaya geçmeyi talep edemeyeceği, maddede açıkça "aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak" tan bahsedildiğinden, işçi başka bir çocuğa sahip olması halinde tekrar bu haktan yararlanarak kısmi süreli çalışmaya geçmeyi talep edebileceği, evlat edinme halinde de aynı hükümlerin uygulanacağı, yeniden başka bir çocuk evlat edinilecek olursa veya çocuk sahibi olunursa bu haktan yararlanılabileceği belirtilmektedir.

Burada belirtmek gerekir ki, bir aylık süreye uyulması halinde kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçilmesi işverenin kabulüne bağlı değildir. Kanunda işçinin tam süreliye geçme konusunda talepte bulunması halinde tam süreli çalışmaya geçilip geçilmemesi bakımından işverene takdir hakkı tanınmamıştır. Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı işçiye tanındığından, kısmi süreli çalışma yapıp yapmama veya kısmi süreli çalışmakta iken tam süreli çalışmaya geçme tam süreliye geçme de doğal olarak işçinin iradesine bırakılmıştır. Örneğin kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanan işçi, daha sonra çocuğun ölmesi veya işten ayrılan eş, aile bireylerinden birisi ya da bakıcı tarafından bakılmaya başlanması nedeniyle tam süreli çalışmaya dönebilecektir.

Öğretide konuyla ilgili olarak <sup>57</sup>, tam süreli çalışmaya geri dönmek isteyen işçinin, işverene en az bir ay önce yazılı olarak talebini bildirmek

zorunda olduğu, usulüne uygun olarak yapılan başvuruyu da işverenin kabul etmek zorunda olduğu, işçinin tam süreli çalışmaya geçme hakkından yararlanmak istememesi halinde, iş sözleşmesinin kendiliğinden tam süreliye dönüşmeyeceği, işverenin bu duruma itiraz etmeyecek olursa iş sözleşmesinin kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kalmaya devam edeceği, maddenin düzenlenişinde, kendiliğinden tam süreliye dönüşme öngörülmediği, süre sınırlaması yapılmaksızın sadece tam süreli çalışmaya geri dönmek isteyen işçinin bir ay önceden yazılı başvurusu şartı getirildiği, tarafların kısmi süreli çalışmanın devamına ses çıkarmamaları nedeniyle uygulamanın devamı halinde, yine işçinin tam süreli çalışmaya geçmeyi istemesi halinde bir ay önceden işverenden yazılı olarak talepte bulunmak koşuluyla bu haktan yararlanabileceği, işverenin çocuğun ilkokula başlamasıyla birlikte tam süreli çalışmaya geçilmesini istemesi halinde işçinin bunu kabul etmesi gerektiği, işverenin işçinin kısmi süreli çalışmaya devamına rıza göstermemesi halinde zorlanamayacağı, sürenin sonunda işçinin tam süreli çalışmaya dönmesi gerektiği, aksi halde iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle sona erdirilebileceği ifade edilmiştir.

Öğretide<sup>58</sup>, işverene takdir hakkı tanınmadığı ve işverenin talebi kabul etmek zorunda olduğu belirtildikten sonra, işverenin talebi kabul etmemesi halinde işçinin ne gibi hakları olduğu konusunda Kanunda her hangi bir düzenleme bulunmadığı, bu durumda işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceği ve en az bir yıl çalışma koşulu mevcutsa kıdem tazminatına hak kazanacağı, bunun dışında işçinin m. 26/II uyarınca işverenden uygun bir tazminat da talep edebileceği, bu düzenlemelerin işçiye yine de yeterli bir koruma sağladığından söz edilemeyeceği, bu nedenle Kanunda bu yükümlülüğe uyulmasını temin için daha etkili bir yaptırım öngörülmesi isabetli olacağı, ayrıca Kanunda 13. maddedeki yükümlülüklerine aykırı davranan iş-

56 Köseoğlu, 118.

57 Köseoğlu, 118.

58 Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 156.

veren hakkında herhangi bir idari para cezasına da yer verilmediği, bunun da eksiklik olduğu ifade edilmektedir. Yine öğretilerde aynı yönde olmak üzere, işçinin tam süreli çalışmaya dönmemesinin işverenin iradesine bırakılmadığı, işverenin işçinin talebini kabul etmek zorunda olduğu, şayet işveren talebi yerine getirmeyecek olursa, işçinin iş sözleşmesini İş K. m. 24 uyarınca sona erdirerek, şartları varsa kıdem tazminatı talep edebileceği, ayrıca işçinin İş Kanunu m.26/II uyarınca işverenden uygun bir tazminat da talep edebileceği belirtilmektedir<sup>59</sup>.

İşverenin işçinin kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçmesine olanak tanımaması durumunda, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir. Ancak burada işçiyi feshetme zorlayarak aslında işveren tarafından haksız fesih yapıldığı yapılmadığının da tartışılması gerekecek gibi görünmektedir. Zira, her iki durum arasında işçinin hakları bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır. İşçinin iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmesi halinde feshe bağlı olarak m. 26/II hakları saklı kalmak koşuluyla sadece bir yıldan fazla kıdemi varsa kıdem tazminatını alabilecektir. Oysa iş sözleşmesini işverenin haksız feshettiğinin kabul edilmesi halinde, iş güvencesinin kapsamına giren işçiler işe iade davası açabilecek ya da feshe bağlı olarak ihbar tazminatı ve bir yıllık kıdemi varsa kıdem tazminatı talep edebilecektir. İş güvencesinin kapsamına girmeyenler ise, feshe bağlı olarak kötüniyet tazminatı, ihbar tazminatı ve bir yıllık kıdemi varsa kıdem tazminatı talebinde bulunabilecektir.

Kanunun m. 13/V hükmünde yukarıda da belirttiğimiz üzere, işçinin kısmi süreli çalışma hakkını çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kullanabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. İşçi elbette isterse bu hakkını hiç kullanmayabileceği gibi, kısmi süreliden tam süreliye çocuğun mecburi ilköğretim çağına gelmeden de geçebilecektir. Ancak kısmi süreli çalışma hakkını kullanmakta olan işçinin çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı

tarihi takip eden ay başı geçmesine rağmen tam süreli çalışmaya geçmemesi halinde nasıl bir yol izleneceği konusunda açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Öğretilerde<sup>60</sup>, Kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da çocuğun ilköğretim yaşını tamamlaması ile birlikte işverenin işçinin tam süreli iş sözleşmesine geçmesini isteyebileceği, işçinin bu isteğe olumlu cevap vermek zorunda olduğu, ancak işçi ve işverenden bu yönde talep gelmedikçe çocuğun ilköğretim yaşını tamamlamasının işçinin iş sözleşmesinin kendiliğinden tam süreliye dönüşmesi sonucunu doğurmayacağı, tarafların susarak kısmi süreli iş sözleşmesini devam ettirebileceği, Kanunda kısmi süreli çalışmanın belirli bir tarihte kendiliğinden sona ereceğine ve tam süreli çalışmanın başlayacağına ilişkin bir hüküm olmadığı dikkate alındığında bu sonuca ulaşılmamasının gerekeceği ifade edilmektedir. Kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin çocuğun mecburi ilköğretim çağına gelmesine rağmen tam süreli çalışmaya geçmeyerek kısmi süreli çalışmaya devam etmesi düşük bir ihtimalle işveren bakımından da uygun olabilir. Esas itibarıyla işçinin kısmi süreli çalışmaya geçmesiyle birlikte onun yerine kalan süre için alınan diğer işçinin de çalışıyor olması nedeniyle, kısmi süreli çalışma hakkı sona eren işçinin tam süreli çalışmaya geçmesi işverenin menfaatine olacaktır. Uygulama bakımından daha önce belirttiğimiz üzere işçi kısmi süreli çalışmayı çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar yapabilecektir.

Kanunda çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başı geçmesine rağmen tam süreli çalışmaya geçmemesi halinde nasıl bir yol izleneceği konusunda açık bir şekilde düzenlenmemekle birlikte, kısmi süreli çalışmanın çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar yapılacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla da kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin en geç belirtilen tarih geldiğinde tam süreli çalışmaya geçmesi beklenecektir. İşçinin çocuğun mecburi ilköğre-

59 Köseoğlu, 117-118.

60 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 156-157.



tim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar işverene talepte bulunarak tam süreli çalışmaya geçmek istemediğini ve kısmi süreli çalışmayı sürdürmek istediğini bildirmesi ve işverenin de işçinin talebini kabul etmesi halinde artık işçinin sözleşmesi varlığını (süresiz bir şekilde) kısmi süreli iş sözleşmesi olarak sürdürecektir. Öte yandan, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başı geçmesine rağmen, (işçinin işverene herhangi bir talepte bulunmadan) kısmi süreli çalışmaya devam etmesi ve işverenin de buna karşı herhangi bir bildirimde (tepkide) bulunmaması halinde, taraflar örtülü/zımnî olarak (susarak) kısmi süreli iş ilişkisinin devam ettirmelerine ilişkin iradelerini ortaya koymuş olacaktır. Böylece işçinin iş sözleşmesi kısmi süreli iş sözleşmesi olarak varlığını sürdürecektir. Bununla birlikte, eğer işveren, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başı geçmesine rağmen kısmi süreli çalışmaya devam eden işçinin tam süreli çalışmaya geçmesini istiyorsa, bir yönüyle işçiyi tam süreli çalışmaya geçmesi hususunda bildirimde bulunarak uyaracaktır. Örneğin, tam süreli olarak haftanın 6 işgünü çalışılan işyerinde, kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçi haftanın 4 günü çalışmakta ise, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başı geçmesine 4. günden sonraki gün işyerine gelmeyen işçi için devamsızlık tutanağı tutması ve işçiyi durumu bildirmesi gerekecektir. Diğer bir örnek olarak da, haftanın 6 işgünü çalışılmakta olan bir işyerinde, kısmi süreli çalışma hakkını kullanarak haftanın 6 işgünü öğlene kadar çalışan işçinin, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başı geçmesine rağmen, öğleden sonra işe gelmemesi halinde yine işveren tutanak tutup durumu işçiyeye bildirecektir. Eğer işçi tam süreli çalışmaya geçmeyerek kısmi süreli çalışmada ısrar edecek olursa işveren haklı nedenle sözleşmeyi feshedebilecektir.

Öğretide<sup>61</sup>, tarafların susarak kısmi süreli iş sözleşmesini devam ettirmeleri ve işçinin daha

sonra tam süreli iş sözleşmesine geçmek istemesi halinde ise İş K. m.13/4 hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Sözü edilen düzenlemede, "İşyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmi süreli tam süreliye veya tam süreli kısmi süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında duyurulur" denilmektedir. Elbette kısmi süreli çalışma dönemi sonunda tarafların susarak kısmi süreli iş sözleşmesini devam ettirmeleri halinde artık Kanunun m. 3/V hükmünün uygulama alanı dışına çıkmış olunacaktır. Dolayısıyla da daha sonra işçi istediği zaman tam süreli çalışmaya geçemeyecektir. Bu bağlamda, kısmi süreli çalışmadan tam süreli çalışmaya geçmek isteyen işçinin durumu, çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar işverene bildirmesi ya da belirtilen tarihten itibaren tam süreli çalışmaya geçmesi gerekecektir. Ayrıca öğretide<sup>62</sup>, işverenin ebeveyni kısmi süreli iş akdiyle çalıştırma zorunluluğunun çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi izleyen ay başında sona ereceği, ancak bu nedenle taraflar arasında iş akdinin sona ermiş olmayacağı ve işverence feshedilemeyeceği, sözleşme taraflarının anlaşmasıyla kısmi süreli olarak devam edilebileceği gibi tam zamanlı olarak da varlığını sürdürebileceği ifade edilmektedir.

Burada bir hususa vurgu yapmak gerekir ki, kısmi süreli çalışma talebinde bulunurken çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başından daha önceki bir tarihe kadar tam süreli çalışmaya geçeceğini belirtmesi ve belirttiği tarih gelmesine rağmen tam süreli çalışmaya geçmemesi durumunda da sorun ve tartışmaların yaşanacağı söylenebilecektir.

İşçinin kısmi süreli çalışmadan vazgeçerek tam süreli çalışmaya geçmek istemesiyle ya da kısmi süreli çalışmanın azami süresinin dolmasıyla (çocuğun mecburi ilköğretim çağını takip eden aybaşının gelmesi halinde) kanun gereği kısmi süreli çalışmadan önceki çalışma koşulla-

61 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 157.

62 Süzek, 286.

rına dönülmesi ve tam süreli çalışmaya geçilmesi gerekecektir. Dolayısıyla, kısmi süreli çalışmanın sona ermesiyle birlikte Kanun gereği işçinin tam süreli çalışmaya devam etmesi, işverenin de tam süreli çalışmaya geçirmesi gerekmektedir. Aksi halde taraflar Kanuna aykırı davranmış olacaktır. Böyle bir durumda mevzuatta yer alan diğer hükümlerin uygulanması gerekecektir. Ancak taraflar geleceğe yönelik olarak sürekli ya da belirli bir süre daha kısmi süreli çalışmaya devam edilmesi yönünde anlaşmaya varabilirler. Örneğin işgücüne duyulan ihtiyacın azalmış olması ya da işçinin çocuğuyla daha fazla zaman geçirmek istemesi gibi hallerde bu tür durumlara karşılaşılabilecektir.

## IX. Kısmi Süreli Çalışmanın Uygulanma Dönemi/Süresi

### 1- Başlama ve Bitiş Tarihleri-Uygulama Süresi

4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmünde yer alan düzenlemeye göre, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir..." (m. 13/V). Yönetmeliğin m. 9/I hükmü uyarınca ise, "İşçinin kısmi süreli çalışma talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih ile tüm iş günlerinde çalışılacak olması hâlinde çalışmanın başlama ve bitiş saatleri, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması hâlinde ise tercih edilen iş günleri yer alır".

Belirtilen hükümlere bakıldığında kısmi süreli çalışma dönemi bakımından üç konu önem arz etmektedir. Bunlar; kısmi süreli çalışmanın başlaması ve sona ermesi ile başlangıç ve sona erme tarihi arasındaki dönemdir.

Kısmi süreli çalışma talebine ilişkin hususları yukarıda incelemeye çalışmış bulunuyoruz. Burada kısmi süreli çalışmanın ne zaman başlayabileceği ve ne zamana kadar devam edeceğine ilişkin hususlara değinilmeye çalışılacaktır.

Öğretide<sup>63</sup>, İş Kanunu m.13/V uyarınca, işçinin bu Kanunun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra, çocuğun ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabileceği, kısmi süreli çalışma talebinin, bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından yazılı olarak işverene bildirileceği, maddenin düzenleniş biçiminin haktan yararlanmanın başlangıcı açısından tereddüt doğuracak nitelikte olduğu, İş K. m. 74 de çeşitli izinler öngörüldüğü, 13. maddenin düzenleniş şekline ise, kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabilmek için 74. maddede düzenlenen izinlerin kullanılması, ondan sonra bu haktan yararlanılması gerektiği sonucu çıkartılabilecektir. Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Yönetmeliğinde konuya ilişkin açıklık getirildiği, buna göre, işçinin 5. maddede belirtilen analık izninin (8+8), 6'ncı maddede belirtilen ücretsiz iznin (çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin) veya 7. maddede belirtilen ücretsiz iznin (6 ay) bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği (Yön.m.8) kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabilmek için İş K. m. 74 de öngörülen bütün izinlerin kullanılmasını beklemeye gerek olmadığı, işçinin dilediği izni kullandıktan sonra bu haktan yararlanmak için talepte bulunabileceği, hatta kısmi süreli çalışma talebinin, altı aylık ücretsiz izin süresi kesilerek de yapılabileceği, ücretsiz iznin tamamının kullanılması şartı aranmayacağı, Yönetmelikte iznin kesilerek kısmi süreli çalışma talebinde bulunma hakkı sadece altı aylık ücretsiz izin durumu için öngörüldüğünden, diğer izinlerde, izin süresi dolmadan bu haktan yararlanmak için talepte bulunulamayacağı ifade edilmektedir.

4857 sayılı Kanunun m. 74/II hükmünde, doğum ve evlat edinmeye bağlı olarak farklı izin sürelerine yer verilmektedir. Kanunun m. 13/V hükmündeki kısmi süreli çalışmaya ilişkin uygulamalar, 4857 sayılı Kanunun 74. maddesindeki

63 Köseoğlu, 115-116.

ücretsiz izin sürelerine ilişkin uygulamalardan sonra başlayacaktır. Zira, daha önce de belirttiğimiz üzere, m. 13/V hükmünde kısmi süreli çalışma zamanı bakımından, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar..." denilmektedir. Dolayısıyla m. 13/V hükmünde düzenlenen kısmi süreli çalışma uygulaması Kanunun 74. maddesinde düzenlenen izinlerin bittiği tarihten itibaren gerçekleştirilebilecektir.

Kanunda, 74. maddede öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, kısmi süreli çalışmaya kural olarak 74. maddede öngörülen izinlerin bitiminden sonra geçilebilecektir. Ancak aşağıda belirtileceği üzere, 74. maddede farklı izin süreleri düzenlenmiş olup, bunların tamamının bitirilmesi gerekmeyecek, alternatifli olarak düzenlenmiş izin sürelerinin devamında kısmi süreli çalışmaya geçilebilecektir. Öte yandan, Yönetmeliğin m. 8/II hükmü uyarınca, kısmi süreli çalışma hakkından faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce işçi tarafından yazılı olarak işverene bildirimde, bulunulması gerekecektir. Bu bağlamda, 74. maddede öngörülen izin süreleri sona erdiğinde kısmi süreli çalışmaya geçmek isteyen kişinin, belirtilen izin sürelerinin sona ereceği tarihten bir ay önce işverene talepte bulunması gerekecektir. Elbette, kısmi süreli çalışma hakkı mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kullanılabilirdiğinden, daha sonra da başvurulabilir. Ancak böyle bir durumda, işçi talepte bulunduğu tarihten itibaren bir ay sonra kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir.

## 2- Analık İzin Süreleri

4857 sayılı Kanunun 74. maddesinde, "Analık halinde çalışma ve süt izni" başlığı altında, çalışma yasağı, ücretli ve ücretsiz izinlerin yanı sıra ilgili diğer hususlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Yönetmeliğin m. 4/I (a) hükmünde,

"Analık izni: Kadın işçinin doğum nedeniyle çalıştırılmadığı süre için verilen izni...ifade eder" denilmektedir. Ancak aşağıda belirtileceği üzere, Kanunun m. 74 hükmüne sonradan eklenen hükümlerle, evlatlık ilişkisinin kurulması halinde, eşlerden birine veya evlat edinene de izin hakkı tanıyan düzenlemelerin getirildiği görülmektedir.

Kanunun m. 74/I hükmüne göre, "Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir...". Sözü edilen fıkraya, 6111<sup>64</sup> sayılı Kanunla 76. maddesiyle, "Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanmadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır" cümlesi eklenmiştir. Kanun m. 74/I hükmüne 6663 sayılı Kanunla eklenen cümleye göre ise, "Doğumda veya doğum sonrasında ananın ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır. Üç yaşını doldurmuş çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılır"<sup>65</sup>. Kanunun m. 74/III hükmünde, m. 74/I hükmündeki süreyi de kapsayacak şekilde, "Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir" denilmektedir<sup>66,67</sup>. Kanunun

64 RG. 25.02.2011, 27857.

65 Yönetmeliğin 5. maddesinde aynı hususların tekrar edildiği görülmektedir.

66 Ayrıca belirtmek gerekir ki, "Hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için ücretli izin verilir" (m. 74/IV). Öte yandan, "Hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz" (m. 74/V).

67 "Kadın işçilere biryaşından küçük çocuklarını emzirmeleri

m. 13/V hükmü uyarınca, ebeveynlerden birisi bir ay önceden işverene yazılı talepte bulunmak koşuluyla, Kanunun m. 74/I hükmünde belirtilen sürelerden sonra kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. Elbette, kısmi süreli çalışmaya geçmeden önce aşağıdaki diğer izin haklarının kullanılması da tercih edilebilecektir.

4857 sayılı İş Kanununun m. 74/II hükmüne 6663 sayılı Kanunun 22. maddesiyle getirilen düzenlemeyle, doğum ve evlat edinmeye yönelik olarak diğer izinlerin yanı sıra (4857 sayılı Kanunun m. 13/V hükmündeki kısmi süreli çalışmadan farklı olarak), "...haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin..." verilmesine ilişkin hükümler getirildiğini daha önce belirtmiş bulunuyoruz. Anılan hükme göre, "Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır"<sup>68</sup>. Aynı hususların Yönetmeliğin 6. maddesinde tekrar edildiği görülmektedir.

Kanunun m. 74/III hükmünde, "Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir" denilmektedir. Sözü edilen düzenleme, Kanunun m. 74/II hükmü eklenmeden önce ikinci fıkra olarak düzenlenmekteydi ve sadece birinci fıkrada yer alan izin sürelerine etki etmekteydi. Bilindiği gibi, Kanunun m. 74/I hükmüne göre, kural ola-

inçin günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır" (m. 74/VII).

68 Sözü edilen hükmün sonunda, "Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz" denilmektedir.

rak kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre çalıştırılmamaları yasaktır. Hekim raporuyla sözü edilen sürelerin artırılması halinde işyerinde çalışılması mümkün olmayacaktır. Sözü edilen maddeye 6663 sayılı Kanunla haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilmesine ilişkin ikinci fıkranın eklenmesiyle, önceki ikinci fıkra üçüncü fıkra haline gelmiştir. Böylece de hem birinci fıkradaki hem de ikinci fıkradaki izin sürelerine ilişkin hükümleri kapsar hale gelmiş gibi görünmektedir. Bu bağlamda, kanun hükümlerinin düzenleniş biçimi itibariyle ilk bakışta, birinci fıkradaki izinlerin yanı sıra, ikinci fıkradaki izin uygulamasına ilişkin dönemlerin de üçüncü fıkra uyarınca artırılacağı gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak, Kanunun m. 74/II hükmünde düzenlenen izin dönemlerinin hekim raporuyla artırılması pek mümkün görünmemektedir. Bilindiği üzere, hekim raporuyla istirahat süreleri belirlenir ve işçi sözü edilen dönemde çalışamaz. Oysa, m. 74/II hükmünde belirtilen dönemlerde işçinin haftalık çalışma süresinin yarısına kadar çalışması gerekmektedir. Öte yandan Kanunun m. 74/II hükmündeki sürelerin düzenleniş şekli itibariyle birinci fıkradaki sürelerle karşılaştırıldığında görece daha uzun olması itibariyle artırılmasının isabetli olup olmayacağı ayrıca tartışılabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, m. 74/II hükmünde evlat edinmeye dayalı olarak da haftalık çalışma süresinin yarısına kadar izin kullanılabilir. Elbette m. 74/III hükmünün evlat edinmeye dayalı izin kullanımı ihtimalde m. 74/II hükmüne etki etmesi de mümkün olmayacaktır. Bu yönüyle Kanuna 74/II hükmünün, birinci fıkradan sonra eklenerek, önceki ikinci fıkranın üçüncü fıkraya dönüşmesi ve ikinci fıkrayı da kapsayacak hale gelmesi isabetli olmamıştır. Yapılması gereken Kanunun m. 74/II hükmü ile m. 74/III hükmünün yer değiştirmesidir. Diğer bir değişiklik yöntemi olarak ise 74/III hükmünün kaldırılarak, 74/I hükmüne cümle olarak eklenmesi şeklinde gerçekleştirilebilir. Böylece m. 74/II hükmüne ilişkin düzenlemenin yerinde de herhangi bir değişiklik yapılmamış olacağından,

4447 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde ve diğer mevzuat hükümlerinde 4857 sayılı Kanunun m. 74/II hükmüne yapılan atıflar da korunmuş olacaktır.

Burada belirtmek gerekir ki Kanunun m. 13/V hükmü ile m. 74/II hükmünün uygulanması bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır. Kanunun m. 13/V hükmüne göre kısmi süreli çalışma uygulamasına başlandığında işçinin iş sözleşmesi kısmi süreli iş sözleşmesine dönüşmekte, tam süreliye geçildiğinde ise tekrar tam süreli sözleşmeye dönüşmektedir. Oysa m. 74/II hükmünün uygulamasında, işçinin sözleşmesinde değişiklik meydana gelmemekte, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilmektedir. Öte yandan, m. 74/II hükmündeki hem daha kısa dönemlerde uygulanmak üzere hem de haftalık çalışma süresinin (örneğin 45 saat) yarısı kadar (22,5 saat) kadar ücretsiz izin verileceği düzenlenmektedir. Kanunun m. 13/V hükmüne göre ise, kısmi süreli çalışmada çok daha uzun dönemde haftalık kanuni çalışma süresinin üçte ikisi olan otuz saate kadar işçi kısmi süreli çalışma süresini kendisi belirleyebilmektedir. Her iki uygulamanın ortak yanı ise, işçinin talep etmesi halinde kural olarak işverenin talebi kabul etmek zorunda olmasıdır. Zira, sözü edilen hakların kullanılıp kullanılmaması kanun hükümlerinde işçinin tercihine bırakılmış bulunmaktadır. Hatta işverenin cevap vermemesi halinde dahi işçi kanun gereği sözü edilen uygulamalara başlayabilecektir.

Bilindiği üzere işçi, Kanunun m. 13/V hükmüne dayanılarak yapılacak kısmi süreli çalışma uygulamasında, işverenden sadece kısmi süreli olarak çalıştığı süreye ilişkin ücretini alabilecek, çalışmadığı sürenin ücretini talep edemeyecektir. Elbette duruma göre mevzuattan ya da sözleşmelerden kaynaklanabilecek diğer haklardan yararlanabilecektir. Kanunun m. 74/II hükmü ile bağlantılı olarak, 6663 sayılı Kanunun 20. maddesiyle 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen ek 5. maddede, haftalık çalışma süresinin yarısına kadar verilen ücretsiz izin süresince yarım çalışma ödeneği verilmesine ilişkin hususlar

düzenlenmiştir<sup>69</sup>. Kanunun m. 74/II hükmüne ve 4447 sayılı Kanunun ek m. 5 hükmüne göre ise, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin kullanan (sigortalı), haftalık çalışma süresinin yarısı kadar yapacağı çalışma karşılığında işverenden çalıştığı süreye ilişkin ücretini ve diğer haklarını alabileceği gibi, koşulları yerine getirecek olursa haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince 4447 sayılı Kanunun ek m. 5 hükmündeki esaslara göre yarım çalışma ödeneğini de alabilecektir. Ayrıca, koşulları

69 Ek Madde 5- İşçiye, 4857 sayılı Kanunun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenir. Ödenek süresi, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır. Yarım çalışma ödeneği, çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde Fondan aylık olarak ödenir. Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır. Bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır. Bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz. Geçici işgöremezlik ödeneği almaya hak kazananlara, bu durumlarının devamı süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenmez. İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan yersiz ödemeler kanuni faiziyle birlikte işverenden tahsil edilir. Bu madde hükümleri 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için de uygulanır.

Birinci fıkrada kapsamındaki sigortalılar için, 5510 sayılı Kanunun 82 nci maddesinde belirtilen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden aynı Kanunun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (f) bentleri uyarınca toplam %32,5 oranında sigorta primleri işçi ve işveren payları doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenen gün sayısı kadar Fondan Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenir. 5510 sayılı Kanun kapsamında, Kurum prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte işyeri ve işveren sayılmaz ve bu kişiler için işe giriş ve çıkış bildirimini yapılmaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu, Kurum ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir”.

yerine getirmiş olan işçi (sigortalı) 4447 sayılı Kanunun ek m. 5 hükmünde düzenlenen diğer haklardan da yararlanacaktır. Elbette koşulları yerine getiremeyen işçi (sigortalı) ek 5. madde ile getirilen yarım çalışma ödeneğinden ve diğer haklardan yararlanamayacaktır. Belirtilen ihtimalde işçi, haftalık çalışma süresinin yarısına kadar verilen ücretsiz izin hakkını kullanmak yerine, doğrudan m. 13/V hükmünde öngörülen kısmi süreli çalışma hakkını kullanmayı tercih edebilecektir.

Öte yandan, Kanunun m. 74/VI hükmüne göre, "İsteği halinde kadın işçiye, onaltı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde onsekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir"<sup>70</sup>. Burada vurgulamak gerekir ki, Kanun açık bir şekilde sözü edilen kadın işçilere tanımış olup, erkeklerin belirtilen haktan yararlanması mümkün değildir. Ayrıca Kanunun m. 74/I hükmüne 6663 sayılı Kanunla eklenen düzenlemeye göre de, "Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz"<sup>71</sup>. Kanunun m. 13/V hükmü uyarınca, altı aya kadar izin kullanan kişi, bir ay önceden işverene yazılı talepte bulunmak koşuluyla sözü edilen süreden sonra kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir.

Çalışmamızda Kanunun m. 74 hükmünde yer alan düzenlemelere ayrıntılı olarak yer vermeyip, kısaca değinmiş bulunuyoruz. Ancak sözü edilen düzenlemeler konumuzla bağlantılı olduğundan bir iki hususa ayrıca değinmek yerinde olacaktır. Kanunun m. 13/V hükmünde, "Bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra" kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabileceği ifade edilmektedir. Kanunun 74. maddesinde yer alan düzenlemeler ise kısmi süreli çalışmanın başlangıcı bakımından tereddütlere neden olmaktadır. Kanunun 74. maddesinde farklı izin süreleri düzenlenmiş olup, söz konusu izin

sürelerinin bağlantı koparılmadan birbiri ardına mı kullanılacağı, bu bağlamda, farklı zamanlarda kullanılıp kullanılmayacağı ve ayrıca belirtilen izin sürelerinin hangisinden sonra kısmi süreli çalışma talebinde bulunulacağı, izin sürelerine ilişkin hakkın tamamının kullanılmasının zorunlu olup olmadığı, kısmi süreli çalışma talebinde tüm izin süreleri kullanıldıktan sonra mı yoksa her bir izin süresinin devamında kısmi süreli çalışma hakkının kullanılıp kullanılmayacağı gibi hususlarda uygulamada tereddütler yaşanacağı öngörülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Kanunun m. 74 hükmündeki izin süreleri alternatifli olarak düzenlenmiş olup, belirtilen izin sürelerinin kullanımına bağlı olarak kısmi süreli çalışma talebinde bulunulabilecektir. Bu bağlamla, kısmi süreli çalışmaya 74. maddede düzenlenen tüm izin süreleri kullanıldıktan sonra geçilmesi gerekmeyecektir. Kanunun m. 13/V hükmündeki düzenlemenin lafzından ilk bakışta kısmi süreli çalışmaya 74. maddede izin sürelerinden sonra geçilebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak, Kanunun 74. maddesinde işçiye farklı izin hakları tanınmış olup, bunlardan istediğini kullandıktan sonra kısmi süreli çalışmaya geçebilecektir. Kanunun m. 13/V hükmünde esas itibarıyla 74. maddede izin sürelerinin tamamının kullanılması ihtimalinde bunlardan sonra kısmi süreli çalışmaya geçilebileceği anlatılmak istenmiştir. Elbette 74. maddede izin haklarının tamamı kullanmadan da (diğer koşulların varlığı halinde) kısmi süreli çalışmaya geçilebilecektir. Aksi halde, kısmi süreli çalışma hakkını kullanmak isteyen kişiye 74. maddede tüm izin sürelerini kullanma zorunluluğu getirilmiş olur ki bu durum Kanunun m. 13/V hükmünün getiriliş amacına aykırı olur. Örneğin, 74. maddede diğer izinlerin yanı sıra altı aylık ücretsiz izin düzenlenmekte olup, işçiyi kısmi süreli çalışmaya geçmeden önce altı aylık ücretsiz izni kullanmak zorunda bırakmak kabul edilemez<sup>72</sup>.

Burada vurgu yapmak gerekir ki, Kanunun m. 74/I hükmüne göre çalışmanın yasak olduğu

70 Yönetmeliğin m. 4/I (d) hükmünde, "Ücretsiz izin: Analık izninin bitiminden itibaren işçiye isteği halinde verilen izni, ifade eder" denilmektedir.

71 Yönetmeliğin 7. maddesinde aynı hususların tekrar edildiği görülmektedir.

72 Aynı yönde Köseoğlu, 115-116.

dönemde kısmi süreli çalışma hakkı kullanılamayacaktır. Kanunun anılan hükmüne göre, "Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerine eklenir. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerine eklenmek suretiyle kullanılır". İşte, Kanunun m. 74/I hükmü uyarınca, kadın işçiye doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta ve çoğul gebelik halinde onsekiz hafta izin verilmek zorunda olup, bu tür durumlarda kısmi süreli çalışmaya en erken belirtilen sürelerin sona ermesiyle geçilebilecektir<sup>73</sup>.

Bunların yanı sıra daha önce belirttiğimiz üzere, kadın işçi isterse onaltı ve/ya onsekiz haftalık izin süreleri sona erdiğinde Kanunun m.74/II hükmü uyarınca birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle<sup>74</sup> haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkını kullanılabilecektir<sup>75</sup>. Sözü edilen hakkın kullanılması halinde, kısmi süreli çalışma uygulaması

sözü edilen sürelerin sonunda başlayacaktır.

Öte yandan işçiye, Kanunun m. 74/VI hükmü uyarınca onaltı veya onsekiz haftalık süreden sonra isteği halinde altı aya kadar ücretsiz izin verilecektir. Böyle bir durumda ise kısmi süreli çalışma uygulaması altı aylık süre sona erdiğinde başlayacaktır.

Elbette kısmi süreli çalışma uygulamalarının burada belirttiğimiz ihtimallere göre ortaya çıkan dönemde başlayabilmesi için işçinin bir ay öncesinde işverene yazılı olarak talepte bulunması ve diğer koşulların da gerçekleşmiş olması gerektiğini vurgulamak yerinde olacaktır. Burada kısmi süreli çalışmanın en erken başlayabileceği dönemleri ihtimallere göre belirtmiş bulunuyoruz. İşçi isterse belirtilen ihtimallerden farklı olarak sonraki dönemlerde de çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilecektir.

6663 sayılı Kanunun 22. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanununun m. 74 hükmüne son fıkra olarak eklenen düzenlemede, "Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır" denilmektedir. Anılan hüküm uyarınca Kanunun m. 74 hükmündeki analık iznine ilişkin haklarından iş sözleşmesi ile çalışan diğer işçiler de yararlanabilecektir. Ancak Kanunun m. 13/V hükmü sadece 4857 sayılı Kanunun kapsamına giren işçilere uygulanabilecektir. Zira mevzuatta söz konusu düzenlemelerin iş sözleşmesi ile çalışan diğer işçiler hakkında da uygulanacağına yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Böylece, 4857 sayılı Kanunun kapsamında çalışan işçiler ile Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun kapsamına giren işçiler arasında yeni bir farklılık daha ortaya çıkmış olmaktadır. Elbette Kanunun m. 13/V hükmünde yer alan kısmi süreli çalışmaya geçme hakkından diğer kanunlar kapsamında iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçilerin de yararlanması hususunda yeni düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

73 Ayrıca belirtmek gerekir ki, Kanunun m. 74/I hükmü uyarınca, "...Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılamayan süreler babaya kullanılır". Dolayısıyla belirtilen sürenin sona ermesiyle birlikte kısmi süreli çalışmaya geçilebilecektir. Öte yandan, m. 74/II hükmüne göre, "...Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılır". Kısmi süreli çalışma uygulamasına belirtilen sekiz haftalık sürenin dolmayışıyla geçilebilecektir.

74 Yukarıda da belirttiğimiz üzere, m. 74/II uyarınca, "...Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır..."

75 Kanunun m. 74/II hükmüne göre, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçiler de istekleri halinde yarım çalışma iznini kullanabilecektir.

## X. İşçilik Alacakları ve İlgili Diğer Hususlar

Yönetmeliğin 17. maddesinde, "Hüküm bulunmayan hâller" başlığı altında, hüküm bulunmayan hallere ilişkin olarak düzenleme yapıldığı görülmektedir. Yönetmeliğin m. 17/I hükmünde, "Bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hâller ile uygulamada doğacak tereddütleri gidermek ve uygulama birliğini sağlamak üzere mevzuat hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla gerekli düzenlemeleri yapmaya Bakanlık yetkilidir" denilmektedir. Öte yandan Yönetmeliğin m. 17/II hükmü uyarınca, "Bu Yönetmeliğe göre yapılan kısmi süreli çalışmalar, ilgili mevzuatta düzenlenen kısmi çalışmaya ilişkin hükümlere tabidir".

Yönetmeliğin m. 15/II hükmünde, "Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir" denilmektedir. Yönetmeliğin belirtilen hükmü getirilmemiş olsaydı eksiklik olmazdı. Zira konuyla ilgili olarak Kanunun m. 13/II hükmünde kısmi süreli çalışmalara ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Belirtilen hükme göre, "Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal<sup>76</sup> işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir." hükmü yer almaktadır. Bunların yanı sıra, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin, hak ve yükümlülükleri bakımından mevzuatta kısmi süreli çalışmaya ilişkin olarak getirilmiş esaslara göre uygulama yapılacaktır.

Mevzuatta yer alan hükümler karşısında, işin doğası gereği meydana gelecek farklılıklar hariç

<sup>76</sup> Bilindiği üzere emsal işçiye ilişkin hususlar Kanunun m. 13/III hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, "Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır".

olmak üzere, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça kısmi süreli çalışan ile tam süreli çalışan arasında ayırım yapılamayacaktır. Kıdeme bağlı haklar bakımından, işe başlangıç tarihi ile iş sözleşmesinin sona erdiği tarih arasında geçen sürelerin dikkate alınması gerekecektir. Elbette kısmi süreli çalışanın ücretine bağlı olarak tam süreli çalışana göre uygulama bakımından bazı farklılıklar ortaya çıkabilecektir. Kısmi süreli çalışan işçinin haftanın/günün diğer saatlerinde başka işyerinde çalışması mümkün olmayacaktır. Aksi halde işçi sadakat borcuna aykırı davranmış olacak ve işveren mevzuatta kendisine tanınan hakları kullanabilecektir. Kısmi süreli çalışan işçiye fazla çalışma yaptırılmayacaktır.

Kısmi süreli çalışanlara ilişkin olarak; bireysel iş hukuku, toplu iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hükümlerin ve uygulamaların yanı sıra, diğer alanları da ilgilendiren hususlar söz konusu olup, çalışmamızın kapsamını gereğinden fazla genişleteceğinden bunlara değinilmekten kaçınılmıştır.

Burada belirtmek gerekir ki, kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin süt verme izni kullanma hakkının olup olmadığı tartışmaların yaşanabileceği öngörülmektedir. Öğretide<sup>77</sup>, "Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin süt izni kullanıp kullanamayacağına ilişkin olarak Kanunda ve Yönetmelikte herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, çalışma sürenin yarısı kadar ücretsiz izinden yararlanan kadın işçiye, bir yaşından küçük çocuğunu emzirmesi için günde toplam bir buçuk saat olan süt izni uygulanmayacağı (Yön.m.6/4), şayet kısmi süreli çalışmaya geçme hakkını ebeveynlerden baba kullanacak olursa kadın işçinin yine süt iznini kullanması gerektiği, ancak ananın kullanması halinde ise, Yönetmeliğin 9 ve 15. maddesine göre belirlenecek kısmi çalışma türüne göre; şayet yarım gün veya günün belirli saatlerinde çalışma şekli belirlenmişse, yarım çalışmada olduğu gibi kadın işçinin süt izninden yararlanamayacağı, ancak haftanın belli günlerinde tam gün olarak çalışma biçimi seçilmişse (örneğin

<sup>77</sup> Köseoğlu, 121.



haftada iki gün gibi) kadın işçinin yine süt iznini kullanabileceği ileri sürülmektedir”.

## XI. Sosyal Güvenlik Boyutu

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda gebelik, doğum ve analığa ilişkin olarak birçok düzenleme bulunmaktadır. Çalışmamızda bunlardan sadece doğuma bağlı kısmi süreli çalışma hakkının kullanıldığı dönemde sosyal sigortaya ilişkin hususlara yer verilme-ye çalışılacaktır.

### 1- Kısa Vadeli Sigortalar

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun m. 81/I (c) hükmü uyarınca, “Kısa vadeli sigorta kolları prim oranı, sigortalının prime esas kazancının %2'sidir. Bu primin tamamını işveren öder”.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin<sup>78</sup> m. 101/III hükmüne göre, “İş sözleşmesi saat ücreti karşılığı yapılmış ise kısmi süreli çalışan sigortalıların ay içinde çalıştığı toplam sürenin, 4857 sayılı İş Kanununa göre günlük olağan çalışma süresi olan 7,5 saate bölünmesiyle, sigortalı için bildirilmesi gereken prim ödeme gün sayısı hesaplanır. Bu şekilde yapılacak hesaplamalarda 7,5 saatin altındaki çalışmalar 1 güne tamamlanır”. Kanunun m. 87/I (a) hükmü uyarınca m. 4/I (a) kapsamındaki sigortalıların (işçilerin) çalıştığı süreye ilişkin kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin primi bunların işverenleri tarafından ödenecektir. Zira Kanunun m. 87/I (a) hükmünde, m. 4/I (a) kapsamındaki sigortalıların (işçilerin) prim ödeme yükümlüsü işveren olarak düzenlenmiştir. Burada belirtmek gerekir ki, mevzuata göre kısmi süreli çalışmalarda, sigortalın ay içinde çalıştığı toplam sürenin 4857 sayılı İş Kanununa göre günlük olağan çalışma süresi olan 7,5 saate bölünmesiyle sigortalı için bildirilmesi gereken prim ödeme gün sayısı hesaplanırken 7,5 saatin altındaki çalışmalar bir güne tamamlandığından, işveren bu tür durumlarda işçiye çalışmadığı için ücret ödenmeyen süreler (saatler) için de prim

ödemekle yükümlü olmaktadır. Bu durum primlerin günlük olarak ödenmesine ilişkin düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Aynı husus diğer sigorta kolları bakımından da geçerli olmaktadır.

5510 sayılı Kanunu'nun m. 81/I (a) hükmüne göre, “Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları prim oranı, sigortalının prime esas kazancının % 20'sidir. Bunun % 9'u sigortalı hissesi, % 11'i işveren hissesidir”. Kanunun m. 87/I (a) hükmü uyarınca m. 4/I (a) kapsamındaki sigortalıların (işçilerin) primleri bunların işverenleri tarafından ödenir. Zira Kanunun m. 87/I (a) hükmünde, m. 4/I (a) kapsamındaki sigortalılar (işçiler) bakımından prim ödeme yükümlüsü işveren olarak düzenlenmiştir. Belirtilen hükümler uyarınca, sigortalının uzun vadeli sigorta (M,Y,Ö) kollarına ilişkin primi, işveren tarafından, kendi payına düşen tutara sigortalının ücretinden kestiği paya ilişkin tutar da eklenerek SGK'ya ödenecektir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin<sup>79</sup> m. 101/III hükmüne göre, “İş sözleşmesi saat ücreti karşılığı yapılmış ise kısmi süreli çalışan sigortalıların ay içinde çalıştığı toplam sürenin, 4857 sayılı İş Kanununa göre günlük olağan çalışma süresi olan 7,5 saate bölünmesiyle, sigortalı için bildirilmesi gereken prim ödeme gün sayısı hesaplanır. Bu şekilde yapılacak hesaplamalarda 7,5 saatin altındaki çalışmalar 1 güne tamamlanır”. Böylece işveren sadece kısmi süreli çalışılan sürelerin primini ödemiş olacaktır. Dolayısıyla, kalan sürenin primleri sigortalı (işçi) tarafından ödenebilecektir.

5510 sayılı Kanunun m.51/III hükmüne göre, “Ay içerisinde 30 günden az çalışan veya 80 inci madde uyarınca prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saatinin 4857 sayılı Kanuna göre belirlenen günlük normal çalışma saatine bölünmesi suretiyle hesaplanan sigortalıların aynı ay içerisinde isteğe bağlı sigortaya prim ödemeleri halinde, primi ödenen süreler zorunlu sigortalılığa ilişkin prim ödeme gün sayısına otuz günü geçmemek üzere eklenir ve eklenen bu süreler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a)

78 RG. 12.05.2010, 27579.

79 RG. 12.05.2010, 27579.

bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilir”.

## 2- Genel Sağlık Sigortası

5510 sayılı Kanunun m. 81/I (f) hükmü uyarınca, “Genel sağlık sigortası primi, kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına tâbi olanlar için 82 nci maddenin birinci fıkrasına göre hesaplanan prime esas kazancın % 12,5’idir. Bu primin % 5’i sigortalı, % 7,5’i ise işveren hissesidir”. Kanunun m. 87/I (a) hükmü uyarınca m. 4/I (a) kapsamındaki sigortalıların (işçilerin) genel sağlık sigortasına ilişkin primi, işçilerin prim ödeme yükümlüsü olan işverenleri tarafından ödenir. Bu bağlamda, sigortalının genel sağlık sigortası primi, işveren tarafından, kendi payına düşen tutara sigortalının ücretinden kestiği paya ilişkin tutar da eklenerek SGK’ya ödenecektir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nin<sup>80</sup> m. 101/III hükmüne göre, “İş sözleşmesi saat ücreti karşılığı yapılmış ise kısmi süreli çalışan sigortalıların ay içinde çalıştığı toplam sürenin, 4857 sayılı İş Kanununa göre günlük olağan çalışma süresi olan 7,5 saate bölünmesiyle, sigortalı için bildirilmesi gereken prim ödeme gün sayısı hesaplanır. Bu şekilde yapılacak hesaplamalarda 7,5 saatin altındaki çalışmalar 1 güne tamamlanır”. Böylece işveren sadece kısmi süreli çalışılan sürelerin primini ödemiş olacaktır. Dolayısıyla, kalan sürenin primleri sigortalı (işçi) tarafından ödenebilecektir.

Kanunun m. 80/I (i) hükmünde, “88 inci maddenin dördüncü fıkrasına göre ay içerisinde 30 günden az prim ödeme gün sayılarına ait eksik günlerin genel sağlık sigortası primleri, eksik çalışma süreleri dikkate alınmak suretiyle hesaplanır” denilmektedir.

5510 sayılı Kanunun m. 88/IV hükmüne göre, “3 üncü maddenin üçüncü fıkrası kapsamına girenler hariç olmak üzere; 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olmakla birlikte, 4857 sayılı Kanunun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre kısmi süreli veya

çağrı üzerine çalışanlar, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışıp, çalıştığı saat karşılığında ücret alanlar ile bu Kanunun ek 9 uncu maddesinin birinci fıkrasına tabi olanlardan ay içerisinde yirmi gün ve daha az çalışanlar için eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerinin otuz güne tamamlanması zorunludur<sup>81</sup>. Bu durumda olan sigortalıların eksik günlerine ilişkin genel sağlık sigortası primleri, 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi<sup>82</sup> veya (g) bendi kapsamında ödenir...”. Belirtilen hükme göre, kısmi süreli çalışan kişinin 30 günden eksik kalan günler için genel sağlık sigortası primi ödemesi gerekecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, 20.08.2016 tarih ve 6745 sayılı Kanunun 60. maddesiyle 5510 sayılı Kanunun m. 3/III hükmüne eklenen son fıkra hükmüne göre, “4857 sayılı Kanunun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanlar, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışıp, çalıştığı saat karşılığında ücret alanlar ve bu Kanunun ek 9 uncu maddesinin birinci fıkrasına tabi olarak çalışanlardan ay içerisinde otuz günden eksik prim ödeme gün sayısı bulunanlar, sigortalı çalışmama şartı hariç birinci fıkranın (10)<sup>83</sup> numaralı bendin-

81 5510 sayılı Kanunun Geçici m. 12/son hükmünde, “4857 sayılı İş Kanununun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar ile bu Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalıların eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerini 30 güne tamamlama yükümlülüğü 1/1/2012 tarihinde başlar” denilmektedir.

82 Gelir testi sonucu ortaya çıkacak duruma göre, hazine tarafından karşılanacak ya da sigortalının kendisi tarafından ödenecektir.

83 “MADDE 3- Bu Kanunun uygulanmasında; ...10) Bakmakla yükümlü olduğu kişi: 5 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1), (2) ve (7) numaralı alt bentleri ile yedinci, sekizinci ve onikinci fıkralarının dışında kalan genel sağlık sigortalısının, sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan;

a) Eşini,

b) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarını,

80 RG. 12.05.2010, 27579.

de yer verilen diğer şartları haiz olmaları kaydıyla otuz günden eksik günleri için genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılır". Daha önce de belirttiğimiz gibi, işçinin evli olması halinde doğum nedeniyle kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilmesi için kural olarak eşinin de çalışıyor olması gerekmektedir. Bu yönüyle 5510 sayılı Kanunun m. 3/III hükmüne eklenen son fıkraya hükmüne göre, kısmi süreli çalışan, 30 günden eksik kalan günler için eşinden dolayı genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılabilecektir. Bu bağlamda, kısmi süreli çalışan kişinin eşi veya çocuğu ya da ana ve babası genel sağlık sigortalısı ise Kanunun m. 3/I (10) hükmü uyarınca, sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak genel sağlık sigortasından yararlanabilecektir. Dolayısıyla da 30 günden eksik kalan günler için genel sağlık sigortası primi ödemesi gerekmeyecektir. Elbette sigortalının eş, çocuk, ana veya babasının genel sağlık sigortalısı olmaması halinde, kısmi süreli çalışan m. 3/III hükmüne eklenen son fıkranın atfı karşısında m. 3/I (10) hükmü kapsamında genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılamayacağından 30 günden eksik kalan günler için genel sağlık sigortası primi ödemesi gerekecektir. Örneğin, kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçinin (sigortalının), eşinin ölmüş olması veya evlilik birliğinin sona erdiği durumlarda, çocuğu ya da ana veya babasından dolayı da bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda değilse, 5510 sayılı Kanunun m. 88/IV hükmü uyarınca, m. 60/I (c) ya da m. 60/I (g) kapsamında 30 günden eksik kalan sürelerin primlerini ödemesi gerekecektir.

### 3- Hizmet Borçlanması

Yukarıda belirttiğimiz üzere, kısmi süreli çalışanlar bakımından, uzun vadeli sigorta kollarına (MYÖ) ilişkin primler çalışılan süreler için ödenmektedir. Dolayısıyla ay içinde 30 günden eksik kalan günlerin primleri m. 51/III hükmüne göre,

c) Geçiminin genel sağlık sigortalısı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babasını... ifade eder" (5510 s.K. m. 3/I, 10).

sigortalı (işçi) tarafından her ay ödenebilecektir. Bunun yanı sıra, işçiye ve ölümü halinde geride kalan hak sahiplerine başka bir imkan daha tanınmış bulunmaktadır. Bu bağlamda 5510 sayılı Kanunda, "Sigortalıların borçlanabileceği süreler" başlığı altında yer alan m. 41/I (i) hükmüne göre, "Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki sürelerle ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreler..." borçlanılabilecektir. Böylece 4857 sayılı İş Kanununun m. 13/V hükmü kapsamında kısmi süreli çalışma yapılan dönemde çalışılmadan geçirilen sürelerin primleri daha sonra toplu halde borçlanılarak ödenebilecektir. Kısmi süreli çalışma yapılan dönemin tamamı ya da bir kısmı borçlanılabilecektir.

Öte yandan hayatta iken sigortalının (işçinin) kendisi ve ölümü halinde ise geride kalan hak sahipleri tarafından eksik prim günlerinin tamamlanması (eksik prim ödeme gün sayısının artırılması) için yazılı talepte bulunularak hizmet borçlanması yapabilecektir. 5510 sayılı Kanunun 41. maddesi uyarınca, talep tarihinde 5510 sayılı Kanunun 82. maddesine göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazancın % 32'si üzerinden hesaplanacak primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılacaktır. Kanunun m. 41/I(i) bendi kapsamında borçlanılacak sürelerle ilişkin genel sağlık sigortası primlerinin ödenmiş olması halinde, genel sağlık sigortası primi ödenmiş bu sürelerle ilişkin borçlanma tutarı % 20 oranı üzerinden hesaplanır.

### 4- İşsizlik Sigortası

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun değişik m. 46/II hükmündeki düzenlemeyle kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler de 4447 sayılı Kanunun kapsamına alınmıştır. Sözü edilen hükmeye göre, "Bu Kanun, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile ikinci

fıkrası kapsamında olanlardan bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan sigortalıları, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlardan 5510 sayılı Kanunun 52 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında işsizlik sigortası primi ödeyen isteğe bağlı sigortalılar ile aynı Kanunun ek 6 ncı maddesi kapsamındaki sigortalıları ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesinde açıklanan sandıklara tabi sigortalıları kapsar". Anılan hükümde de belirtildiği üzere 4857 sayılı Kanunun kapsamında kısmi süreli çalışan işçiler isterlerse işsizlik sigortası primi ödeyebilecektir. Dolayısıyla, sözü edilen kişiler işsizlik sigortası fonundan işsizlik ödeneğine hak kazanma koşullarını yerine getirmeleri halinde, işsizlik ödeneği alabilecektir. 4447 sayılı Kanunun m. 46/II hükmünde sadece 4857 sayılı Kanunun kapsamında olan işçilere yer verildiğinden, diğer Kanunlara göre istihdam edilmiş olanlardan kısmi süreli çalışanlar belirtilen haktan yararlanamayacaktır.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin m. 94/VI hükmüne göre, "Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında ay içinde 30 günden az çalışan veya tam gün çalışmayan sigortalıların aynı ay içinde isteğe bağlı sigortaya prim ödeyebilmeleri için ayrıca belge istenmez. Bu sigortalılardan 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların istekleri halinde işsizlik sigortası primlerinin sigortalı ve işveren hissesi oranındaki işsizlik sigortası primi alınır. İsteğe bağlı sigortalılardan işsizlik sigortası primini ödeyenlerin, işsizlik sigortası primini ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar ödememeleri halinde, o aya ait işsizlik sigortası primi ödeme hakkı düşer".

## XII. Değerlendirme ve Sonuç

Çalışmamızda 4857 sayılı İş Kanununun m. 13/V hükmüyle getirilen, doğum nedeniyle kısmi süreli çalışmaya ilişkin hususlara değinmeye çalışmış bulunuyoruz. Öğretide<sup>84</sup>, 4857 sayılı İş

Kanunu ile getirilen kısmi çalışma uygulamasının, analık halinde kadın işçileri koruyucu önemli değişiklikler olduğu, her iki düzenlemenin de uygulamada sorunlara yol açabilecek nitelikte olduğu, yine de düzenlemelerin olumlu ve ileri adımlar olduğu, özellikle kısmi süreli çalışma halinde, işçinin yerine ikame edilen işçinin haklarının kuvvetlendirilmesi gerektiği, kısmi süreli çalışma hakkının kullanılmasının Yönetmelikte belirtilen işlerde işverenin onayına bağlandığı, söz konusu işler incelendiğinde işyerinde devamlı olarak görülmesi gereken işler niteliğinde oldukları, aksi halde işyerinde aksamalara neden olabileceği, burada işverenin onayının aranmasının uygun olduğu ifade edilmektedir. Yine öğretilerde, hukukumuzda ebeveynlere böyle bir hak tanınması isabetli olduğu, ancak düzenlemenin birçok açıdan eleştiriye açık olduğu, maddenin oldukça kötü kaleme alındığı, birçok konunun duraksama ve sorun yaratacak nitelikte olduğu belirtilmektedir<sup>85</sup>.

İşçilere istihdamın sürekliliğinin sağlanması bakımından doğum halinde kısmi süreli çalışma hakkının getirilmesinin yerinde olduğu söylenebilir. Ancak mevcut mevzuat hükümleri, istihdamda özellikle kadın işçiler bakımından olumsuz etki yapabilecek gibi görünmektedir. Zira Kanunda ve özellikle de Yönetmelikte yer alan bazı düzenlemeler, uygulamada sorun ve tartışmalara neden olabilecek, işverenlere ve işyerlerine birçok konuda sorun yaşatabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Özellikle Kanunda düzenlenmesi gereken hususların Yönetmelikle getirilmesi isabetli olmamıştır. Sözü edilen hükümlerin gerekli değişiklikler yapılarak Kanunla düzenlenmesi sağlanmalıdır. Ayrıca Kanun ve Yönetmelikte diğer mevzuat hükümleri örtüşmeyen hükümlerin de gözden geçirilerek değiştirilmesi yerinde olacaktır. Öte yandan, uygulama bakımından sorun ve tartışmalara, uyumsuzlukları neden olabilecek düzenlemelerin de değiştirilmesi gerekmektedir. Aksi halde çocukların bakımı için özellikle kadın işçilerin istihdamda kalması, istihdamda süre-

84 Köseoğlu, 122.

85 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 152; Köseoğlu, 122.

liliğin sağlanması amacıyla getirilen hükümler, tersi bir etki yaparak istihdamda daralmaya neden olabilecektir. Zira sorun yaşamak istemeyen işverenler, genç ve orta yaşta olduğu için hamile olma ve doğum yapma ihtimali olan kadın işçileri veya bunların eşlerini işe almaktan kaçınabilecektir. Ayrıca bazı işverenler, doğum nedeniyle kısmi süreli çalışma hakkını kullanan işçiyi işten çıkarmayı tercih edebilecektir. Elbette bu tür durumlarda farklı yaptırımlar uygulanacak olsa da daha fazla sorun yaşamak istemeyen bazı işverenler bunu göze alabilecektir. Özellikle ülkemizde kısmi süreli çalışma kültürünün gelişmediği dikkate alındığında konuya ilişkin mevzuat hükümlerinin tekrar gözden geçirilerek daha uygulanabilir hale getirilmesi gerektiği söylenebilecektir.

## KAYNAKÇA

- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016.
- Koç, Sedef; İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.6 İş Hukuku, İstanbul 2016.
- Köseoğlu, Ali Cengiz; Türk İş Hukukunda Analık, İş ve Hayat Ekonomi Hukuk ve Sosyal Politika Dergisi, Y.2, S. 4 (97-123).
- Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, Eylül 2016.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, 13. Bası (Tıpkı Basım), İstanbul 2017.
- Ulusoy, Tülay; Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/2, S. 53 (245-269).

Makale Gönderim Tarihi: 7 Haziran 2017

Makale Kabul Tarihi: 9 Haziran 2017

## İş Hukukunda Organik Bağ Kavramı

### Öz

İşverenin de işçi gibi gerçek kişi olduğu iş hukukunun erken döneminde işverenin kim olduğu konusunda belirsizlik yokken, tüzel kişi işverenlerin ön planda olduğu ve şirketlerin gidererek şirket topluluklarına dönüştüğü çağdaş iş hukukunda işverenin kim olduğunun belirlemek pek kolay değildir. İşverenin kimliği konusunda yaşa-

nan karmaşa, işçinin haklarını elde etmesini de güçleştirmektedir. Bu bağlamda, sorun; organik bağ, birlikte istihdam ve tüzel kişilik perdesinin aralanması gibi kavram ve yöntemler kullanılarak çözülebilir. Özellikle işverenler arası organik bağın saptanmasında kullanılacak ölçütlerin tespiti ayrı bir önem taşımaktadır.

### Anahtar Sözcükler:

Organik bağ, birlikte istihdam, işverenin belirlenmesi, tüzel kişilik perdesinin aralanması, organik bağ ölçütleri.

## The Concept of Organic Tie in the Labor Law

### Abstract

While there was no uncertainty during the early period of labor law regarding the identity of the employer who was also a natural person likewise his counterpart employee, it is not always easy to identify the employer at a time during which corporate entities are in question and the companies turn steadily into multi-company enterprises. The confusion concerning

the identity of the employer makes it difficult for the employees to obtain their rights. In this context, the problem can be solved through the concepts and methods such as organic tie, joint employment and piercing the corporate veil. Particularly the identification of the criteria with relation to organic tie between employers is of utmost importance.

### Keywords:

Organic tie, joint employment, identification of the employer, piercing the corporate veil, criteria of organic tie.

\*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı - emreertan28@hotmail.com

\*\* İstanbul Barosu - av.fatmaarda@hotmail.com

## I. Giriş

İşveren iş sözleşmesinin taraflarındandır. İş sözleşmesi; iş görme, ücret ve bağımlılık öğelerini içerir<sup>1</sup>. İş Kanunu'nun 2. maddesinde; işçi ile işveren arasında kurulan ilişki; 'iş ilişkisi' olarak tanımlanmaktadır. İş sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte, taraflardan biri işçi diğeri ise işveren sıfatını kazanmaktadır<sup>2</sup>. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, iş sözleşmesinin işçi ve işveren olarak iki tarafı bulunmaktadır. Ancak kimi durumlarda, işveren tarafında birden fazla kişiyle karşılaşılmaktadır. Bu durumlardan biri de, organik bağ olarak ifade edilen olgudur

İşçi, iş görme edimini aralarında hukuki ve fiili bağ bulunan birden fazla işverene karşı yerine getirmiş olabilir. Öte yandan iş ilişkisi kurmadığı bir işverenin sigorta kayıtlarında gözüken işçinin; bu işveren ile arasında hukuki ve fiili bağ bulunan başka bir işverenin işini görmesi olasılık dâhilindedir.

Böyle durumlarda, aralarında hukuki ve fiili bağ var olan işverenlerin birlikte sorumluluğuna gidilmektedir.

## II. Organik Bağ Kavramı

Organik bağ, sözlükte "bir teşkilat veya tüzel kişilikle arada bulunan" veya "iş birliği veya çıkar ilişkisi sonucunda karşılıklı yarara dayanan ilişki" şeklinde tanımlanmaktadır<sup>3</sup>. Hukukumuzda sıkça kullanılan ve yıllar içerisinde geliştirilen bir kavram olan organik bağa sorumluluğun genişletilmesi bakımından başvurulmakta, bu şekilde farklı tüzel kişiliklerin sorumlu tutulabilmesine hukuki olanak sağlanmaktadır<sup>4</sup>.

Organik bağ, Danıştay ve Yargıtay kararlarında geçmekte, ticaret hukukundan icra iflas hukukuna kadar özel hukuk uyumsuzluklarına ilişkin kararlarda bu kavrama sıkça rastlanmaktadır. Öyle ki genellikle tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının yerine organik bağ kavramının kullanıldığı görülmektedir. Organik bağ kavramına yargı kararlarında da rastlanmaktadır.

İşverenlerin değişik unvanlarla işletme kurdukları veya aynı yerde değişik unvanlar altında faaliyet yürüttükleri, bundan dolayı işçinin sigortasının başka bir şirket tarafından yatırılması gibi sorunların çözümünde organik bağ ve birlikte istihdam konularının araştırılması gerektiği, yargı kararlarında sıkça vurgulanmaktadır<sup>5</sup>.

Hukukun her alanında yargı içtihatları önemlidir. Ancak iş hukuku uygulamasında yargısal içtihat özel bir önem taşımaktadır. İş hukukunda yasal boşluk bulunduğu durumlarda, boşluk Yargıtay içtihatlarıyla doldurulmaktadır. Bu nedenle konunun Yargıtay tarafından nasıl değerlendirildiğine göz atılmalıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1999 tarihli bir kararda; çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işveren dışında başka işverenlere hizmet ettiği, işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler yanında sürekli işe giriş çıkışının yapıldığı, bu gibi durumlarda dairenin "şirketler arasında organik bağ"dan söz ederek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzı yönlerinde aralarında bağlantı bulunan birlikte işverenlerin sorumluluğuna başvurulması gerektiğini ifade etmiştir<sup>6</sup>. Ancak daha sonraki kararlarında organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kanaatine vardığı ve bu çerçevede kıdem tazminatının hesabı noktasında farklı işverenler

1 Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Beta Yayınevi, 13. Bası, İstanbul, 2017, s.129; Nuri ÇELİK/Nurşen CANIKOĞLU/Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 29. Bası, İstanbul, Eylül 2016, s.111.

2 Müjdat ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul, Ekim 2016, s.3.

3 <http://www.tdk.gov.tr/> (erişim tarihi:19.01.2017)

4 Selçuk ÖZTEK/Tekin MEMİŞ, Bkz. Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Işığında Borçlu Şirketin Alacaklarının Hakim Ortağa Karşı Korunması, Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile TMSF tarafından düzenlenen 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu 'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 2008, s.195-216., s.209.

5 Uğur OCAK, İşçilik Alacakları, Ankara, 2015, 3. Kitap, s.2793.

6 Yargıtay 9. HD., 26.3.1999, E. 1999/18733, K. 1999/6672

nezdinde geçen işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır<sup>7</sup>. Daha sonra, Dairece bu yaklaşım işçinin yasal haklarının karşılanması açısından yetersiz bulunmuş, bu nedenle kıdeme ilişkin hakların hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşmanın hedeflendiği açıkça belirtilmiştir<sup>8</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi farklı tüzel kişiliği bulunan şirketlerde geçen çalışmaların birleştirilmesinin mümkün olmadığını, ancak işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiğinin veya işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkış yapıldığının tespit edilmesi halinde hizmet süresinin bir bütün olarak kabulü ile birlikte karar verilmesi gerektiği kanısındadır<sup>9</sup>.

- 7 Yargıtay 9. HD., 28.11.2005, E. 2005/34442, K. 2005/37457, Yargıtay 9. HD., 22.10.2007, E. 2007/5762, K. 2007/30979
- 8 Yargıtay 9. HD. 2009/3210 E., K. 2010/1177 K. 25.1.2010 T., karar ve incelemesi için bkz. Algun ÇİFTER, Şirketler Arasında Organik Bağ ya da Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.1, İstanbul 2011, s. 19 vd.
- 9 Yargıtay 9. HD. 2009/9436 E. 2009/15249 K. 2.6.2009 T. sayılı ilamında "...Kural olarak aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerde geçen hizmetlerin birleştirilmesi mümkün olmaz. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlar için Dairemizin önceki içtihatlarında "şirketler arasında organik bağ"dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzi yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğuna gitmekteydi (Yargıtay 9.HD. 26.3.1999 gün 1999/18733 E, 1999/6672 K.). Ancak daha sonraki kararlarda organik bağdan söz edilerek sonuca gidilemeyeceği kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 28.11.2005 gün 2005/34442 E, 2005/37457 K.). Dairemizin bu yöndeki kararları yıllarda istikrar kazanmış ve farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabı noktasında birleştirilebilmesi için işyeri devri, hizmet akdi devri, asıl işveren alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam olgularının bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği çok sayıda kararda vurgulanmıştır (Yargıtay 9. HD. 22.10.2007 gün 2007/ 5762 E, 2007/30979 K.). Ancak, bu yöndeki yaklaşım işçilerin yasal haklarını karşılamada özellikle davalının uzaması göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmıştır. Bu nedenle Dairemiz önceki içtihatlarına dönerek birlikte sorumluluğu benimsemiştir. Somut uyumsuzlukta; mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, davalı her iki şirketin ortaklarının esasen A. ailesinden aynı şahıslar olup her iki şirketin de aynı işverenlere ait tekstil firmaları olduğu, davalı şirketler

Yargıtay'ın bu görüşüne katılmakla birlikte, salt hisse yapısındaki özdeşliğin birlikte sorumluluğa gidilmesi için yeterli olmayacağı ve her somut olayda özenle değerlendirilmesinin uygun olacağına işaret edilmelidir<sup>10</sup>.

Özellikle yargılama sırasında organik bağ gerekçesi ile birlikte sorumluluğa gidilmesi için yeterli araştırma yapılmalıdır. Nitekim aralarında organik bağ olduğu iddia edilen işverenler arasında farklı bir ilişkinin varlığı da olasıdır<sup>11</sup>. Aksi halde eksik inceleme sonucu verilmiş bir karar ortaya çıkacaktır<sup>12</sup>.

Anlaşılabileceği üzere; Yargıtay, aralarında organik bağ bulunması nedeniyle farklı tüzel kişi işverenlerin sorumlu tutulabilmesine ilişkin içtihadını sürdürme eğilimindedir. Bununla birlikte, Tem-

*arasında organik bağ bulunduğu, davacının çalışmasının bütünlük arz ettiği, çalıştığı yer, yaptığı iş ve pozisyonunda herhangi bir değişiklik olmadan ve hiç ara vermeden çalışmasını sürdürdüğü ve bu süre boyunca kâğıt üzerinde farklı şirketler tarafından sigortaya girdi çıktılarının yapıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre davalıların birlikte sorumluluğuna karar vermek gerekirken davalı G. İplik Sanayi Ticaret A.Ş. hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* şeklindedir. Karar için Bkz. www.kazancı.com.tr (Erişim tarihi: 08.12.2012), 2008 – 2009 Yargıtay Kararları, Kamu-İş Dergisi, s.151 vd.,

- 10 Karar incelemesi için Bkz. Fevzi ŞAHLANAN, Tüzel Kişi İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması, Karar İncelemesi, Tekstil-İşveren Dergisi, S.373, Hukuk:58, Nisan, 2011, s.2 vd.
- 11 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2007/14747 E., 2007/22025 K., 09.07.2007 T. sayılı ilamı "Öncelikle davalılar arasındaki hukuki ilişki belirlenmeden ve davacının hangi davalının işçisi olduğu saptanmadan davalılar arasında ortaklık veya alt işveren – üst işveren ilişkisi bulunduğu kanıtlanmadan bilirkişinin yasalarda yer almayan organik bağ olduğu şeklindeki nitelendirmesine değer verilerek davalıların müşterek ve müteselsilen sorumlu tutulması yerinde görülmemiştir." diyerek organik bağın yasalarda yer almadığını vurgulayarak yerel mahkeme ilamını eksik inceleme nedeni ile bozmuştur. Karar için Bkz. Osman Güven ÇANKAYA/Şahin ÇİL, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2011, s.266.
- 12 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2014/25784 E., 2015/31195 K., 04.11.2015 tarihli yakın kararı da "Çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda, Dairemiz "şirketler arasında organik bağ"dan söz edilerek kıdem tazminatına hak kazanma, hesap tarzi yönlerinden aralarında bağlantı bulunan bu işverenlerin birlikte sorumluluğunu kabul etmektedir." şeklindedir.



yiz Mahkemesi; işverenler arası ilişkinin organik bağdan mı kaynaklandığı; yoksa işyeri veya iş sözleşmesi devri, asıl işveren - alt işveren ilişkisi ve birlikte istihdam gibi olguların mı söz konusu olduğunun araştırılmasını istemektedir.

### III. Organik Bağın Saptanmasında Kullanılan Ölçütler

İşverenler arası organik bağın bulunup bulunmadığının saptanabilmesi için Yargıtay tarafından sıkça kullanılan ölçütler; "adres ortaklığı", "şirket ortak ve yetkililerinin aynı veya ilişkili kişilerden oluşması" ve "faaliyet alanlarının ortaklığı" olarak sıralanabilir. Ne var ki bu ölçütleri sınırlı olarak sayabilme olanağı yoktur.

Yargı organı sadece organik bağın varlığına ilişkin iddiaya bağlı kalarak karar veremez. Yaptığı araştırma sonucunda; şirketler arası organik bağ nasıl tespit ettiğini gerekçelendirmesi, ölçütleri ortaya koyması ve hüküm kurarken şirketlerin birlikte sorumluluğuna karar vermiş olduğunu da kararda belirtmesi şarttır<sup>13</sup>.

#### 1- Şirket Ortak ve Yetkililerinin Aynı veya İlişkili Kişilerden Oluşması – Akrabalık İlişkisi

Aralarında organik bağ olduğu iddia edilen işverenlere bakıldığı zaman, genellikle bu işverenler arasında akrabalık bağı bulunduğu görülmektedir. Burada aralarında organik bağ olduğu öne sürülen şirketlerin kendi aralarındaki ilişkiyi nasıl nitelendirdiklerine bakılmadan bir değerlendirme yapılmalıdır. Dolayısıyla hukuki nitelendirme yargı organınca yapılacaktır. Buna göre, Mahkeme ilişkinin hukuki niteliğini belirleyerek hüküm kurmalıdır<sup>14</sup>.

Şirket ortaklarındaki özdeşlik veya akrabalık ilişkisi organik bağın varlığına tek başına karine oluşturmaz. Kimi durumlarda, aralarında organik bağ olduğu iddia edilen şirketlerin birbirinden bağımsız olması güçlü bir olasılıktır. Böyle bir durumda, hizmet süreleri birleştirilmeyecektir<sup>15</sup>.

Gerçek kişi işverenin daha sonra tüzel kişi işveren olması veya işverenin de ortağı olduğu yeni bir şirketin kurulması halinde gerçek kişi işveren ile tüzel kişilik arasında organik bağ olup olmadığının tespiti önemlidir. Bu durumda işyeri devri gündeme gelmektedir. Yargıtay bir kararında,

13 Yargıtay 9. HD. 2010/6562 E. 2012/13705 K. 19.04.2012 T. sayılı ilamı "Davacı, dava dilekçesinde davalı şirketlerde çalıştığını iddia ederek işçilik alacaklarının davalılardan müteselsilen tahsilini istemiş; ancak hangi şirkette ne şekilde çalıştığını, davalılar arasında ne gibi bağlantı olduğunu açıklamamıştır. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, davalılar arasındaki ilişkiye yönelik herhangi bir gerekçe belirtilmeden, birden fazla davalı olduğu halde alacaklardan hangi davalının sorumlu olduğu açıklanmadan "davalıdan" denilerek belirlenen alacakların tahsiline karar verilmiştir. Mahkemece, davalılar arasındaki ilişkinin ne olduğu, davacının her iki şirketteki çalışmasının ne şekilde devam ettiği, şirketler arasında işyeri devri, hizmet akdi devri, organik bağ olup olmadığı araştırılmadığı gibi bu konuda gerekçe de yazılmamıştır. Mahkemece yapılacak iş, ticaret sicil kayıtları ve SGK kayıtları, işyeri şahsi sicil dosyasının (hizmet akıteri, tüm ücret bordroları, yıllık izin defteri gibi) tamamı getirtilip davacının iş akdinin davalı şirketler nezdinde ne şekilde geçtiği açıklatılıp taraf delilleri etraflıca toplanıp davacı ile şirketler arasındaki ve şirketlerin birbiriyle ilişkisinin sonucuna göre hüküm kurmaktan ibarettir. Bu nedenlerle, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." şeklindedir.

14 Yargıtay 9. HD. 2010/12035 E., 2012/17612 K. 21.05.2012 T. sayılı ilamı "Mahkemece ticaret sicil kayıtlarına göre her iki davalı şirketin ortaklarının aynı şahıslar olduğu, davalı şirketler arasında alt-üst işveren ilişkisinin bulunduğu kanıtlanmadığı gerekçesi ile davalı M. Kurye Dağıtım ve Lojistik Hizmetleri Ltd. Şti aleyhine açılan davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş ise de, davalı şirketler arasında ortaklarının aynı olması sebebi ile organik bağ bulunduğu açıktır. Esasında bu husus mahkemenin de kabulündedir. Bu durum karşısında davacının iddiası doğrultusunda davalı şirketler arasında organik bağ veya asıl-alt işveren ilişkisi bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi hatalıdır." şeklindedir.

15 Yargıtay 9. HD. 2008/71 E., 2009/15645 K. sayılı ilamı "Davacı davalı şirket yanında çalıştıktan sonra ortaklıktan ayrılan diğer davalı yanında çalışmaya başlamıştır. Davalılara ait işyerlerinin birbirlerinden bağımsız olduğu da bellidir. Bu nedenle hizmet sürelerinin birleştirilmemesi gerekir. Mahkemece davacının iki ayrı işveren yanında farklı dönemlerde çalıştığı kabul edilerek hesaplama yapılmalıdır ve ona göre karar verilmelidir." şeklindedir. Karar için Bkz. Osman CAN/ İhsan ÇAKMAK, İş Davaları, Bilge Yayınevi, 1. Bası, Mayıs 2011, s.262.

gerçek kişi tarafından işletilen işyerinde, işverenin de ortak olduğu bir şirket kurularak, işyerinin yeni kurulan şirket tarafından işletilmeye başlanması halinde organik bağ değil işyeri devrinin söz konusu olduğu sonucuna varmıştır<sup>16</sup>.

Ancak gerçek kişi işverenin tüzel kişilik avantajından yararlanmak amacıyla hareket ettiği anlaşılırsa organik bağ kavramından yararlanılabılır. Zira gerçek kişi işveren kendi malvarlığıyla sınırsız sorumluyken; tüzel kişinin sorumluluğu malvarlığı ile sınırlı olup ortaklarının malvarlığına gidilememektedir. Gerçekten işyeri devrine ilişkin normlar, - seyrek de olsa- işçi için yeterli koruma sağlamamaktadır.

Kim zaman, holding veya şirket topluluklarında, ortada işçilere karşı yönetim hakkını kullanan bir şirket vardır. Ne var ki bu şirketin görünüşte işveren olduğu saptandığında; tüzel kişilik perdesi kaldırılarak bu şirketin değil, karar merkezi durumdaki ana şirketin sorumluluğuna gidilebilir<sup>17</sup>. Burada yine topluluğu oluşturan şirketlerin ortakları ve aralarındaki ilişki incelenmelidir. Sadece ortaklarının aynı veya ilişkili kişiler olması birlikte sorumluluğunun doğacağı anlamına gelmeyeceği gibi aradaki ilişkinin birlikte istihdam, geçici iş ilişkisi, işyeri devri, iş sözleşmesi devri, muvazaa veya tüzelkişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren başka durumlardan kaynaklandığı iddiası varsa bunun da araştırılması; hukuki ilişki tespit edilemediği takdirdeyse kaydi işveren yönünden davanın taraf sıfatı yokluğu nedeniyle reddi ge-

rekmetedir<sup>18</sup>. Nitekim bazı hallerde sadece işçi alacağının daha kolay şekilde tahsil edilebilmesi veya başka nedenlerle görünüşteki işverene karşı da dava açılabilirdiği, bazen bu hatanın unvan benzerliğinden veya ticari ilişkilerin iç içe geçmesi gibi bir yanılgıdan da doğabileceği unutulmamalıdır.

## 2- Adres Ortaklığı

İş Kanunu'nun 2. maddesinde işyeri "İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir." Şeklinde tanımlanmıştır. Metnin devamında işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılmış, (İş K. m.2/2) işyerinin, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu kurala bağlanmıştır.(İş K. m.2/3) Yasal tanımdan da görüleceği üzere, işçinin iş görme edimini gerçekleştirdiği işyerinin belirlenmesiyle gerçek işveren ortaya çıkarılabilir.

Nitekim sadece ortaklar arasındaki yakınlık ve akrabalık ilişkisi organik bağın ispatı için yeterli değildir. Genellikle aralarında yakınlık ve akra-

16 Yargıtay 9. HD. 2007/20491 E., 2008/21645 K., 22.07.2008 T. sayılı ilamı "gerçek şahıs tarafından işletilen işyerinde, işverenin de ortak olduğu bir şirket kurularak, işyerinin yeni kurulan şirket tarafından işletilmeye başlanması halinde işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği sonucuna varılması doğru değildir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre bu tür bir ilişkide 4857 sayılı İş Kanununun 6.maddesinde sözü edilen işyeri devrinin kuralları uygulanmalıdır." şeklindedir. Karar için bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, S.21, 2009/2, s.176 vd.

17 Sarper SÜZEK, Türk İş Hukukunda İşveren, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, Mart 2010, s.23; İbrahim AYDINLI, Üst Kuruluş İşletmelerde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü, Çimento İşveren Dergisi, S.4, C.13, Temmuz 1999 s.6.; ÇANKAYA/ÇİL, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, s.639.

18 Yargıtay 22. HD. 2013/13472 E., 2014/15884 K. 04.06.2014 T. sayılı ilamı "Somut olayda; davacının işverenin dava dışı olan U. Seyahat Nakliyat Anonim Şirketi olduğu görülmektedir. Davalı şirket holding ve dava dışı bu şirket holding bünyesinde yavru bir şirket ise de farklı tüzel kişiliklere sahiptirler. Ayrıca davacı tarafından birlikte istihdam, geçici iş ilişkisi, işyeri devri, iş sözleşmesi devri ya da muvazaa veya tüzelkişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren başka durumlar iddia edilmemiştir. Sırf yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile ortaklarının bir kısmının aynı olması ve holding-yavru şirket ilişkisinin bulunması davalı şirketin de davacının taleplerinden sorumlu olduğunu sonucunu doğurmaz. Dosya kapsamındaki belgelere göre yargılama sırasında davacının işverenin dava dışı U. Seyahat ve Nakliyat A.Ş olduğu anlaşılmasına rağmen davacı tarafından maddi hataya dayalı bir taraf hatası yapıldığı ileri sürülerek dava dışı bu şirketin davaya dâhil edilmesi de istenmemiştir. Şu halde davanın husumet sebebiyle reddi gerekirken bunun yapılmayarak dava hakkında karar verilmesi isabetsizdir." Karar için bkz. OCAK, s.2795.

balık ilişkisi olan kişilerin kendileri veya ortağı buldukları şirketlere ait adreslerle iş görülen yerlerin adreslerinin aynı veya benzer olması, sıkça karşılaşılan bir durumdur. Aralarında bağ olan işverenlerin işin maliyetinden de tasarruf etmek amacıyla aynı adreste faaliyet yürüttükleri veya aynı adresteki faaliyetleri yine aynı amaçla böldükleri görülmektedir. Bu durumlarda, özellikle hangi adreste ve kime bağlı olarak çalışıldığının tespiti önem kazanmaktadır.

İş yargılamasından en sık karşılaşılan eksikliklerden biri, birden fazla işverene husumet yöneltmesi durumunda ticaret sicil kayıtlarının ve dinlenen tanıklardan hangi adreste, hangi işverene bağlı ve ne şekilde çalışıldığının sorulmamasıdır<sup>19</sup>. Bu verilere erişilmediğinde; hukuka uygun bir karar verilebilmesi de güçleşmektedir.

İşin yapıldığı yerin veya işverenlerin kayıtlarda yer alan adreslerinin tespiti çok önemlidir<sup>20</sup>. Gerek gerçek kişilerin gerekse tüzel kişilerin bir yerleşim yerinin bulunması yasal bir zorunluluktur<sup>21</sup>. Yürütülen faaliyetlerin yaygınlaşmasıyla işlerin tek merkezden yürütülmesinin zor olduğu durumlarda işler kurulan birimler aracılığıyla da yürütülebileceğinden, işveren şubeler açmaktadır<sup>22</sup>. Şirket adresleri incelenirken şirketin şubesi ya da ajansının da olup olmadığı veya varsa buraların adreslerine dikkat edilmesi; giderek aralarında bağ olduğu iddia edilen işyerleriyle bu işyerlerinin şubelerinin araştırılması gerekebilir.

### 3- Temsilci veya Vekillerin Aynı Kişi Olması

Aralarında organik bağ bulunan firmaların temsilci veya vekillerinde özdeşlik sıklıkla karşılaşılan bir durumdur<sup>23</sup>. Uygulamada aralarında organik bağ olduğu öne sürülen kişilerin aynı vekille temsil edildikleri de gözlemlenmektedir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak kişinin dilediği avukat ile vekâlet ilişkisi kurabileceği belirgin olmakla; aynı vekille temsilin organik bağın saptanmasında mutlak bir ölçüt oluşturmayacağını düşünmekle beraber, aralarında organik bağ bulunan firmaların aynı avukatla vekâlet ilişkisi kurduğu gerçeği de yadsınmamalıdır.

### 4- Faaliyet Ortaklığı ve Unvan Benzerliği

6356 sayılı Kanununun 4. maddesine göre hazırlanan 19.12.2012 tarihli İş Kolları Yönetmeliği, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan işkollarına hangi işlerin gireceğini tespit etmiş ve EK-1 İşkolları listesi ile 20 iş kolu düzenlenmiştir<sup>24</sup>. İlgili yönetmelik kapsamında işverenlerin aynı iş kolunda olup olmadığına da bakılması gerekebilir. Nitekim aynı iş kolunda olması ve faaliyetin tek bir işyeri üzerinden yürütülmesi olanağı varken; işverenin üretimini bölmesi salt alacaklıları zarara uğratmak ya da vergi veya iş hukukundan doğan yükümlülüklerden kurtulmak gibi bir amaçtan kaynaklanabilir.

19 OCAK, s.2794.

20 Yargıtay 7. HD. 2013/4887 E., 2013/12078 K., 27.06.2013 T. sayılı ilamı "Dosyada mevcut Sosyal Güvenlik Kurumu hizmet cetveli ile diğer bilgi ve belgelere göre, davacının 05.10.2002 tarihinde aynı yerde faaliyet gösteren ve davalı şirket ile aralarında organik bağ bulunan T. Hizmetler San. ve Tic. Ltd. Şti.'de çalışmaya başladığı, 11.05.2006 tarihinde davalı şirkete girişinin yapıldığı, her iki şirketin adresinin aynı olması ve ortaklarının birisini aynı olması nedeni ile aralarında organik bağ bulunduğu, aynı zamanda davacı işçinin hizmet akdi devrinin yapıldığı anlaşılmaktadır." şeklindedir. Karar için Bkz. Legal İş Hukuku Dergisi, Cilt: 10/Sayı: 40/Yıl: 2013, s.34, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:40, 2014/1, s.363 vd.

21 Hasan PULASLI, Şirketler Hukuku Genel Esasları, Adalet Yayinevi, 4. Bası, Ankara, 2016, s.53.

22 Ahmet TAŞKIN, İş Hukukunda İşletme Kavramı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.32, 2012, s.89.

23 Yargıtay 9. HD. 2009/32447 E. 2012/703 K. 18.01.2012 T. sayılı ilamı "İşçinin, 30.10.2006 tarihinde iş sözleşmesinin davalı F. firması tarafından sona erdirilip erdirilmediği taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır. Mahkemece davacının 9.3.1999-31.10.2006 tarihleri arasında davalı Fr. firmasında çalıştığı, ancak kıdem ve ihbar tazminatı ile ikramiye ve kömür yardımı yönünden işvereni ibra ettiği belirtilerek dava reddedilmiştir. Dosya içindeki vekaletnamelere göre davalı F. ve Fr. firmalarının ticari merkezleri, faaliyet alanları ve yönetim kurulu üyeleri aynı kişilerdir. Yine davacı tanıkları da her iki şirketin ortaklarının aynı olduğunu, davacının F. firmasından çıktktan sonra ara vermeksizin diğer davalı Fr. firmasında çalışmaya devam ettiğini belirtmiştir. Davalılar arasında organik bağ bulunmaktadır" Karar için bkz. OCAK, s.2794. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121219-8.htm> (erişim tarihi:28.08.2016)

Ticaret unvanının temel işlevi tacirin belirlenmesini, onun teşhis edilmesini, tanıtımını, tacirlerin birbirinden ayırt edilmesini sağlamaktır<sup>25</sup>. Aralarında organik bağ olan işverenler arasında genellikle unvan ve isim benzerliklerinin bulunduğu gözlemlenmektedir.

#### IV. Organik Bağın İspatı

6100 sayılı HMK m.190/1 uyarınca, "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir." O halde organik bağın varlığı, böyle bir savı ortaya atan tarafından kanıtlanmalıdır. Ekleyelim ki, Yargıtay ispat yükü ve araçlarına ilişkin ilke ve esaslar geliştirmiştir<sup>26</sup>.

İşçinin kimin emir ve talimatı ile çalıştığını gösteren her türlü kayıt, yargılamada delil olarak kullanılabilir.

Yargılamada işverenler arası bağı ve ticari birliği gösteren kayıtlar, faturalar, defterler ve üretim yapılan yerlere ilişkin başkaca delillerin toplanması istenebilir. Kimi zaman, sosyal medya paylaşımlarına dahi dayanılabilir.

Özellikle kurumsal nitelikteki işyerlerinde belirli logo ve amblem içeren iş kıyafetlerinin tercih edildiği görülmektedir. İşçinin farklı bir işverenin bordrosunda görünmesine rağmen kıyafetinde başka bir logo veya amblemin yer alması, organik bağın varlığına işaret edebilir.

Tanık beyanlarından ve kayıtlardan sonuca ulaşamadığı takdirde bilirkişi incelemesi veya keşif yapılması da mümkündür. Özellikle davanın birden fazla işverene karşı açılmış olduğu durumlarda -yargılamanın uzamaması için- yargıcın ticaret sicil ve vergi kayıtlarını yargılamanın başında istemesi ve tahkikat aşamasında varsa tanıklara bu kayıtları da dikkate alarak sorular yöneltmesi; işverenler arasındaki ilişkinin tespiti konusunda

25 Mehmet Emin BİLGE, Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, 2014, s.21.

26 Şahin ÇİL, 6100 sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, s. 87-102, 2014, s. 87.

uyuşmazlığın hala çözümlenemeyeceği kanaati oluştuğunda ise başkaca delillerin toplanmasını sağlaması şarttır.

Her ne kadar ispat yükü iddiayı ortaya atan tarafta da olsa, hâkim aydınlatma ödevi çerçevesinde gerekli incelemeyi yapmak zorundadır. Dolayısıyla işyeri şahsi sicil dosyasının, SGK kayıtlarının, kayıtlarda gözüken işveren ile davalı işverenin aynı mı yoksa farklı işverenler mi olduğu ve varsa bağlantıları resen araştırılmalıdır<sup>27</sup>.

HMK m. 31 "*Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.*" kuralını getirerek hâkimin davayı aydınlatma ödevinden söz etmektedir. Taraflar; avukatla temsil zorunluluğu olmayan Türk hukuk sisteminde, iddia ve taleplerindeki belirsizlik ve çelişkileri her zaman fark edemeyebilir<sup>28</sup>. Kaldı ki; taraflar kendilerini vekil ile temsil ettirseler dahi vekilin de hata yapması olasıdır<sup>29</sup>.

HMK m. 194 vakıaları somutlaştırma yükü getirmiş olduğundan, hâkimin, taraflarca somutlaştırılmayan durumları HMK 31. madde kapsamında aydınlatması gerekir<sup>30</sup>. Hâkim, bu ilke gereği, uyuşmazlığın aydınlığa kavuşması için gerekli gördüğü durumlarda bir delilin getirilmesini de isteyebilir<sup>31</sup>.

Hâkimin, kayıtlarda başka bir işverenin yer aldığı bu işverenin kim olduğunu araştırmalıdır<sup>32</sup>.

27 ÇİL, 6100 sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, s.91.

28 Varol KARAASLAN, Hakimın Davayı Aydınlatma Ödevi, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ekim 2013, s.104 vd.

29 KARAASLAN, s.104 vd.

30 ÇİL, 6100 sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, s.87

31 Seda ÖZMUMCU, Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, Cilt 4, Sayı 2, Isparta, 18-19 Ekim 2014, s.148.

32 Yargıtay 9. HD. 2007/6961 E., 2007/32783 K., 07.11.2007 T. sayılı ilamı "*davacının hizmet döküm cetvelinden davalı yanında çalıştıktan sonra 01.09.2004-15.02.2005 tarihleri arasında başka bir işyeri nezdinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacının bu dönemde çalıştığı işyeri tespit edilerek davalı ile aralarındaki hukuki veya organik bağ olup olmadığı*

Yargıtay kararlarında, sigorta hizmet dökümünde girdi-çıkıtı görüldüğü durumlarda bu şirketlerin farklı veya bağlantılı şirket olup olmadığının araştırılması gerektiği açıkça ifade edilmektedir<sup>33</sup>. Bu gibi durumları saptayan hâkim, gerekli delilleri toplayarak bu delillerden varacağı sonuca göre karar verecektir. Aksi takdirde davanın bağlantı kurulamayan işveren yönünden taraf sıfatı yokluktan reddedilmesi hukuka aykırı olacaktır.

## V. Birlikte İstihdamla Organik Bağın Farkı

Kendi organizasyonu ve çalıştırdığı işçilerle üretimi gerçekleştiren kişi iş hukuku anlamında işveren sayılır ve genellikle aynı üretim süreciyle iş organizasyonu içinde çalışan işçilerin bağlı oldukları tek işveren bulunur<sup>34</sup>. Ancak uygulamaya bakıldığında, özellikle bir holding veya şirketler grubu içerisindeki işçilerin aynı anda birden fazla işverene iş gördüğü, daha doğrusu birden fazla işverenin aynı işçi ile tek bir iş ilişkisi kurduğu ve böylece işçi tarafı aynı olan ve birden fazla işverenin taraf olduğu bir iş ilişkisinin ortaya çıktığı görülmektedir<sup>35</sup>. Bu ilişki içerisinde işverenler arasında bir birliktelik vardır. Bu birliktelikten kaynaklanan ortak bir temsil, yönetimde tek başlılık,

organizasyonda birlik, en geniş ifade ile bir bağımlılık olduğu gözlemlenmektedir. Bu yapının gereği yapılan işlemlerle, işçinin iş görme edimini ifası sırasındaki emir ve talimatları birbirinden titizlikle ayırmak gerekir. İşçi, aynı yapının içerisinde yer alan bağımlı veya bağımsız kaç işverenin emir ve talimatı altında çalışıyor ya da hangi sürelerde çalışıyor gibi soruların yanıtlanması kaçınılmazdır. Çünkü ifade edileceği üzere, birlikte istihdam ve organik bağ sıklıkla karıştırılan kavramlardır. Uygulamada birlikte istihdam olduğu yerde hukuki ilişkinin organik bağ olarak nitelenirildiğine çokça rastlanmaktadır.

İş uyumsuzluğunda davalı işverenler arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi yaşamsal bir önem taşır. Her ne kadar birlikte istihdam veya organik bağ tespit edildiği takdirde her halükarda davalıların birlikte sorumluluğuna gidileceği düşünülse dahi hukuki niteleme her iki açıdan farklı sonuçlar doğuracaktır. Zira birlikte istihdam hukuka uygun bir modeldir. Gerçekten birlikte istihdam halinde işverenlerin amacı işçiyi mağdur etmek veya alacaklarının ödenmemesi amacı ile hileli davranışlara başvurma değildir. Birlikte istihdam hukuka uygun bir uygulamayken; organik bağ yargı tarafından geliştirilmiş bir kavram olup, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak hukuka aykırı uygulamaları önlemeyi amaçlayan yargısal bir yöntemden ibarettir.

Organik bağda birlikte istihdam aranmaz<sup>36</sup>. Organik bağın varlığı durumunda işçinin aralarında organik bağ bulunan işverenlerin hepsine karşı iş görme edimini yerine getirme koşulu aranmaksızın işverenler birlikte sorumlu tutulur. Ancak birlikte istihdamda, işçinin iş görme edimini birlikte istihdam eden işverenlerin hepsine ifa etmesi gerekir<sup>37</sup>.

*araştırılmadan tüm süre üzerinden hüküm kurulması eksik inceleme olup..."* şeklindedir.

33 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2009/34703 E., 2012/150 K., 16.01.2012 T. sayılı ilamı ile "Somut olayda davalı işçi 01.04.1990...tarihinde ilk ismi Gr... sonraki ismi İPG Tanıtım olan davalı işyerine girmiş, aynı işyerinde aynı işi yapmakta iken davalı 30.04.1997 tarihinde buradan SSK çıkışı yapılarak ertesi gün davalı Ün... A.Ş'ye girişi yapılmış ve 02.08.2003 tarihinde de sadece Ün... A.Ş'deki çalışmaları için kıdem, ihbar tazminatı ödenerek iş sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkemece, iki şirketin birbirinin devamı olduğu kanıtlanamadığından ve Ün...A.Ş'ye geçerken kıdem ihbar tazminatı ödendiğinden davacının fark kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmiştir. İki davalı arasında organik bağ olduğu dosyada da bulunan yargı kararlarıyla kesinleşmiştir. Öte yandan davacı hep aynı yerde aynı işi yapmış, SKK giriş çıkışları da birbirini takip eder şekilde yapılmıştır. Böyle olunca tüm çalışma süresinin bütün olarak değerlendirilmesi gerekir" şeklindedir. Karar için Bkz. Çalışma ve Toplum, S.34, 2012/3, s.384 vd.

34 Ali GÜZEL, İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.1, 2004, s.32.

35 SÜZEK, İş Hukuku, s.147

36 Yargıtay 9. HD. 2014/27016 E., 2016/104 K., 11.01.2016 T. sayılı ilamı için Bkz. Şahin ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Yetkin Yayınları, 7.Bası, Ankara, 2016, s.1420.

37 Yargıtay 9. HD. 2014/19957 E., 2015/32175 K., 12.11.2015 T. sayılı ilamı "Görüldüğü gibi birlikte istihdam da işçi, birden fazla işverene iş görme edimini yerine getirmekte, bir anlamda birden fazla işveren iş sözleşmesine katılmaktadır. Organik bağda ise işçinin birden fazla işverene iş görme edimini yerine getirmesine gerek yoktur.

Birlikte istihdam da, organik bağ gibi, bir işçinin aynı hizmeti, birbiriyle bağlı bulunan birden fazla işverene sunmasıdır<sup>38</sup>. Birden fazla işverenin genelde grup veya aile şirketi olarak karşımıza çıktığı görülmektedir. İşçinin birden fazla işveren yararına yaptığı çalışmada, teknik olarak çalışmanın kaç saatinin veya ne kadarının hangi işverene özgülendiğinin tespiti olanak dışıdır. Çoğunlukla iş görme, iç içe geçmiş biçimde karşımıza çıkar. Üstelik aralarında bağ olan bu şirketlere verilen bir birimlik hizmet, aslında her iki işverenin yararına da yapılmış olabilir. Kısa süreli çalışmanın ayrıştırılabileceği düşünülse bile teknik açıdan somut gerçeğe ulaşmak kolay olmayacaktır. Örneğin, grup şirketler bünyesinde birlikte istihdam edilen şoförün hem A şirketinin hem de aynı grup içerisinde yer alan B şirketine hizmet vermesi güçlü bir olasılıktır. Grup şirketlerin tek bir muhasebe biriminin olduğu ve muhasebeci sıfatıyla çalışan kişinin şirketlerin hepsinin defter ve kayıtlarını birlikte tutması gündeme gelebilir. Bu şekilde yapılan bir çalışmada, emek sürecinin teknik olarak bölünebilmesi madden olanaksızdır.

Böyle durumlarda birlikte istihdamın varlığı kabul edilmektedir. Yargıtay tarafından da ücretin hangi işveren tarafından ödendiğine ve sigorta priminin hangi işverence yatırıldığına bakılmaksızın, bu şirketlerin idare müdürlüğünün aynı olması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik ulaşım, temizlik, kafeterya, yemek gibi hizmetlerinin bu işverenlere karşı birlikte verilmesi ve işçinin bütün şirketlere aynı anda hizmet etmesi halinde birlikte istihdamın varlığı kabul edilmektedir<sup>39</sup>. Yargıtay -özellikle son yıllardaki ilke kararlarında- bu ifadeleri kullanmaktadır<sup>40</sup>.

*Burada işverenlerin kanuna karşı hilesi veya dürüstlük veya dürüstlük kuralına aykırı davranışı vardır. Dolayısıyla salt birlikte istihdamın veya organik bağın tespiti müşterek ve müteselsil sorumluluk için yeterlidir.* şeklinde olup; karar için Bkz. ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, s.1420.

38 ÖCAK, s. 2793,

39 ÖCAK, s. 2793,

40 Yargıtay 9. HD., 24.3.2008 gün, 2007/27699 E, 2008/6006 K. "Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte

Birlikte istihdam grup şirketlerde daha çok görülen bir çalışma biçimidir. Bu çalışma şeklinde, işçilerin bir kısmı veya biri, aynı anda birden fazla işverene hizmet vermekte, başka bir ifade ile işçi iş görme edimini birden fazla işveren karşı yerine getirmektedir. Şirketlerin yönetim ve iş organizasyonu ile üretim süreçleri arasındaki bağlantıdan ötürü, işçi aynı anda birden fazla işverene iş görmektedir. Yoksa amaç, işçilik maliyetini düşürmek kaygısıyla işçinin aynı anda birden çok işverene hizmet sunması değildir. Kuşkusuz amaç bu olmamakla birlikte, böyle bir istihdam yöntemi sayesinde personel giderleri de doğal olarak azalacaktır.

Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı genellikle aynı binalarda faaliyet gösterdiği bilinmektedir. İşçinin burada birden fazla işverene karşı hizmet vermesi, birden fazla iş sözleşmesinin kurulduğu anlamına gelmez. Birlikte istihdam durumunda, tek bir iş ilişkisi vardır<sup>41</sup>.

Kimi iş kollarında özellikle aynı yapı içerisinde yer alan şirketlerin tek işçi ile gereksinimlerini karşılaması mümkündür. Örneğin tek bir muhasebecinin birden fazla şirketin muhasebesini tutabileceği daha önce vurgulanmıştır. Şirketler aynı aile ve grup içerisinde olduğundan şirketlere ilişkin bilgilerin tek kişi tarafından bilinmesi ve işin tek kişiyle yürütülmesi, işverenlerce özellikle tercih edilmektedir. Aynı hizmet binasında yer alan şirketler için birden fazla güvenlik firmasından

*hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir.* şeklindedir. Kararlar için Bkz. Şahin ÇİL, Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, Mart 2009, s.67.

41 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2013/18800 E., 2013/18737 K. 13.09.2013 T., sayılı ilamı "Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi, keza her iki işverenin sorumluluğu ve taraf sıfatı vardır." diyerek tek bir iş ilişkisi olduğunu ifade etmiştir. Karar için Bkz. Çalışma ve Toplum Dergisi, S.39, 2013/4, s.581 vd.

hizmet almak veya birden fazla güvenlik görevlisi istihdam etmek yerine tek bir firma veya işçi ile birden fazla şirketin güvenliğinin sağlanması; yine ulaşım ve nakliyat gibi organizasyonlarının tek elden sağlanması maliyet yönünden büyük avantajlar sunmaktadır.

Kimi durumlarda –açıkça birlikte istihdam olarak tanımlanmamakla birlikte- işçinin aynı bina içinde farklı işverenlerin işlerini görmesi yaygın bir uygulamalıdır. Tüm bu durumlarda işçiyle tek iş sözleşmesi kurulmuştur; şu kadar ki işçi eş zamanlı olarak birden fazla işverenin yanında iş görme edimi ifa etmektedir.

Öğretide, birlikte istihdam ilişkisinin doğabilmesi için işverenlerin aynı şirket grubu içerisinde yer almasının zorunlu olmadığı ifade edilmektedir<sup>42</sup>. İş ilişkisinin kapsamında birlikte istihdamın söz konusu olup olmadığı anlaşılabilir. Örneğin; iki ayrı apartmanın tek kapıcıdan hizmet alması olasıdır. Kapıcılık hizmetinin niteliği gereği günün belirli saatlerine bölünmesi de mümkün olmadığından kapıcı iş görme borcunu aynı anda iki ayrı işveren için yerine getirmektedir<sup>43</sup>.

Bununla birlikte, her grup şirket içi çalışmada birlikte istihdam olduğunun peşinen kabul edilmesi hukuka uygun olmaz.

İşçi tarafından sunulan hizmetin, birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesinin kurulabilmesine olanak tanıyacak şekilde ayrıştırılmasının olanaksız olduğu durumlarda karşımıza birlikte istihdam olgusu çıkmaktadır. Genellikle işin niteliği ve yasal düzenlemeler, yapılan işin bölünüp bölünemeyeceğinin belirlenmesinde yol göstericidir.

Birlikte istihdam durumunda; işçiyle birden fazla işveren arasında tek iş ilişkisi vardır. Uygulamada ise genellikle ücretin işverenlerden biri ya da birkaçı tarafından ödendiği, sigorta primlerinin ise başka bir işveren tarafından yatırıldığı görülmektedir. İşçinin ücretinin birlikte istihdam verilen şirketlerden biri tarafından ödendiği hallerde ücretin tespiti konusunda sıkıntı yaşanmayabilir. Ancak işverenlerin ayrı bordrolar ile farklı ödemeler yapıldığı saptandığı takdirde işçinin ücretinin nasıl belirleneceği tartışması ortaya çıkar. Yargıtay bir kararında, bu durumda işçinin ücretinin ödenen tüm ücretlerin toplamı üzerinden tespit edileceğine yönelik hüküm kurmuştur<sup>44</sup>.

## VI. Sorumluluk

Organik bağ bulunması halinde, bütün şirketler işçi alacaklarından müteselsil sorumlu kabul edilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61. Maddesinde "Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.", denilerek dış ilişkide müteselsil sorumluluğu, 62. maddede ise "Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur." denilerek iç ilişkide müteselsil sorumluluğu düzenlemiştir. Müteselsil sorumlulukta; alacaklı işçinin alacağına karşılık birden fazla borçluya gidebilmesi ve biri tarafından borcun ifası durumunda müteselsil borçlulardan diğeri için de borcun ortadan kalması söz konusudur.

42 SÜZEK, İş Hukuku, s.147

43 Yargıtay 9. HD. 2007/2624 E., 2007/30654 K., 17.10.2017 T. sayılı ilamı "1.10.2001 - 13.1.2004 tarihleri arasında davacının her iki davalı tarafından birlikte istihdamının söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Davacının bu çalışma şekline göre davalılardan K. apartman işyerinin 1.12.1997-1.10.2001 tarihleri arasında geçen çalışmalardan doğacak işçilik alacaklarının tümünden (asgari ücrete göre belirlenecek) tek başına sorumlu tutulmalıdır. 1.10.2001 13.1.2004 tarihleri arasında birlikte istihdam söz konusu olacağından bu dönem için doğacak alacaklardan her iki davalı müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalıdır." şeklindedir. Karar için Bkz. Çalışma ve Toplum, S.17, 2008/2, s.355 vd.

44 Yargıtay 22. HD. 2014/21637 E., 2015/33929 K., 08.12.2015 T. sayılı ilamı "Somut olayda, davacı işçinin ücretinin davalı her iki şirketçe ayrı ayrı ödendiğine dair bordrolar sunulduğu, söz konusu bordrolar ve tüm dosya kapsamına göre birlikte istihdamın söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde her iki ücret değerlendirilerek davacının aylık ücreti tespit edilmeli ve bu tespit edilecek ücrete göre de alacak miktarları belirlenmeli, bilirkişiden ek rapor alınarak sonuca göre karar verilmelidir." Demekte olup; karar için Bkz. ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, s.1420.

İş yargılamasında davalı işverenler arasında organik bağ olduğu tespit edildiği takdirde de yine işçinin ücret ve diğer haklarından her bir işveren sorumlu olacaktır.

Aynı işverenin yanı sıra aralarında bağlantı bulunan işverenlerde geçen sürelerin de kıdem tazminatına hak kazanma açısından birlikte değerlendirilmesi gerekir<sup>45</sup>. Şirketler arasında organik bağın varlığı durumunda işverenlerin birlikte sorumluluğuna gidilmesi, öğreti ve Yargıtay tarafından benimsenen bir uygulamadır<sup>46</sup>. Yargıtay 9. Hukuk ve Yargıtay 7. Hukuk Dairelerinin kararlarında aralarında organik bağ olan işverenlerde geçen kıdem süresinin birlikte ele alınması gerektiği, işverenler için dönemsel sorumluluk hesabı yapılarak kıdem tazminatına hükmedilmesinin hatalı olduğu açıkça dile getirilmektedir<sup>47</sup>.

Kıdem tazminatı ile birlikte ücret, fazla çalışma ücreti, yıllık ücretli izin gibi alacaklardan aralarında organik bağ bulunan veya birlikte istihdam ilişkisi içinde olan işverenler birlikte sorumludur.

45 Şahin ÇİL, Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesap Yönerlerinden Hizmet Süresi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11, Eylül 2008,s.24.

46 Yargıtay 9. HD. 2009/9436 E. 2009/15249 K. 2.6.2009 T. kararı için Bkz. www.kazancihukuk.com.tr.

47 Yargıtay 9. HD. 2010/8066 E. 2012/16244 K. 09.05.2012sayılı ilamı "Dosya içindeki SSK hizmet cetveli işe giriş bildirgelerine göre davacının 01.08.1998-12.11.2008 tarihleri arasında kesintisiz olarak E. Yem ve Gıda A.Ş., E. Madencilik Nak. A.Ş. ve E. Mermer İşletmeleri A.Ş. firmalarında çalışmasının bulunduğu sabittir. Yine dosya içindeki belgelere göre her üç şirketinde ticaret merkezleri aynıdır. Davalı firma ile dava dışı iki firma arasında organik bağ bulunmaktadır. Bu durumda mahkemece en son işveren olan davalı şirketin davacının 01.08.1998- 12.11.2008 tarihleri arasındaki kıdem süresine göre kıdem tazminatından sorumlu tutulması gerekirken sadece kendi bünyesinde çalıştığı dönemle sınırlı olarak kıdem tazminatından sorumlu tutulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." şeklindedir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Esas No. Karar No. Tarihi: 2013/5280 2013/12356 01.07.2013 sayılı ilamı "İşçinin en az bir yıllık çalışması aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerinde geçmelidir. Ancak çalışma hayatında işçinin sigorta kayıtlarında yer alan işverenin dışında başka işverenlere hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında birbiri ile bağlantısı olan işverenler tarafından sürekli giriş çıkışlarının yapıldığı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Farklı işverenler nezdinde geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabında organik bağ çerçevesinde sonuca ulaşma hedeflenmiştir." şeklindedir. Karar için Bkz. Legal İş Hukuku Dergisi, C. 10, S. 40, 2013 s. 33.; Çalışma ve Toplum Dergisi, S.40, 2014/1, s.394 vd.

Dolayısıyla anılan işverenler için dönemsel sorumluluk kuralı benimsenerek hesap yapılması uygun olmayacaktır.

## VII. Sonuç

Bilindiği üzere; iş hukukunun temel ereği işçinin korunmasıdır. Yabancılaşmanın ve bireyselleşmenin giderek ön plana çıktığı, insanoğlunun sosyal bir varlık olma niteliğinden sıyrılarak hızla yalnızlaştığı post-modern bu çağda; çoğu zaman emeği dışında satacak herhangi bir değerden yoksun işçiyle tüzel kişiliği bulunan, insan kaynakları bölümüyle hukuk birimleri olan ve kimi zaman holding veya şirketler topluluğu içerisinde yer alan güçlü bir yapı – eş deyişle işveren- karşı karşıya gelmektedir. Şayet bu güçlü yapı -iş hukukundan doğan yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla- bir de tüzel kişilik perdesi çekmişse, işçi daha da korumasız hale gelmektedir.

Organik bağ kavramının, mevzuat ve öğretiden daha çok Yargıtay kararlarında karşımıza çıkması, bu kararların özellikle incelenmesini gerektirmektedir. Yargıtay uzun yıllardan bu yana doğrudan teoriye göndermede bulunmadan 'organik bağ' ve 'birlikte istihdam' gibi hukuki nitelendirmeler yapmakta; uyuşmazlıkları bu şekilde çözmeye çalışmaktadır. Bu bağlamda, Yargıtay'ın organik bağ kavramına ilişkin çeşitli ölçütler geliştirdiği vurgulanmalıdır.

Aralarında fiili ve hukuki bağ olan işverenlerin işçinin hak ve alacaklarından birlikte sorumluluğu, işçinin korunması açısından özel bir önem taşımaktadır. Aynı biçimde, dürüstlük kuralı tüzel kişiliğin perdesinin ardına sığınılarak hukuk dışı yollara başvurulmasının engellenmesinde etkin bir rol oynamaktadır. Şu halde yargılamanın uzamasına yol açmadan gerekli araştırma yapılmalı; sonraki aşamada hukuki ilişkinin niteliği belirginleştirilmelidir. Nihayet aralarında organik bağ bulunduğu belirlenen işverenlerin birlikte sorumluluğuna gidilmesi, tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenilerek işçinin haklarından yoksun kılınmasının önüne geçecektir.



## KAYNAKÇA

- AYDINLI, İ. (1999). Üst Kuruluş İşletmelerde İşyeri ve İşletme Kavramları Bakımından İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdeliğinin Kaldırılması Teorisinin Görünümü, Çimento İşveren Dergisi, S.4, C.13
- CAN, O./ÇAKMAK, İ. (2011). İş Davaları, Bilge Yayınevi, 1. Bası
- ÇANKAYA, O.G./ ÇİL, Ş.(2011).İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Yetkin, 3. Bası, Ankara
- ÇELİK, N./ CANİKOĞLU, N. /CANBOLAT, T. (2016). İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 28. Bası, İstanbul.
- ÇELİK, N. (2014).Grup Şirketlerinde İşçilerden Bir Kısımının Aynı Anda Birden Fazla İşverene Hizmet Vermesinden Doğan Sorun, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.15, Özel S.
- ÇİFTER, A. (2011). Şirketler Arasında Organik Bağ ya da Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I., İstanbul.
- ÇİL, Ş. (2008). Kıdem Tazminatına Hak Kazanma ve Hesap Yönlere Hizmet Süresi, Sicil İş Hukuku Dergisi, s.11.
- ÇİL, Ş. (2009). Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13.
- ÇİL, Ş.(2016). İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara.
- ÇİL, Ş.(2016). 6100 sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, İÜHF, C. LXXII, S. 2, s. 87-102,
- GÜZEL, A.(2004).İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı Ve Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum, S.1.
- KARAASLAN, V. (2013). Hakim Davayı Aydınlatma Ödevi, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası.
- OCAK, U.(2015).İşçilik Alacakları, Kalkan Matbaacılık, Ankara.
- ÖZTEK, S.(2008).Alacaklarının Hakim Ortağa Karşı Korunması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile TMSF tarafından düzenlenen 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu 'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul.
- ÖZMUMCU, S. (2014). Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, C.4, S.2, Isparta, S.18-19.
- PULAŞLI, H.(2016).Şirketler Hukuku Genel Esasları, Adalet Yayınevi, 4. Bası, Ankara.
- SÜZEK, S.(2017). İş Hukuku, Beta Yayınevi,13. Bası, İstanbul.
- SÜZEK, S.(2010). Türk İş Hukukunda İşveren, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17.
- ŞAHLANAN, F. (2011). Tüzel Kişi İşverenin Sorumluluğunda Farklı Şirketler Arasında Organik Bağ Bulunması, Karar İncelemesi, Tekstil-İşveren Dergisi, S.373, Hukuk:58.
- ŞAKAR, M. (2016). İş Hukuku Uygulaması, Beta, 11. Bası, İstanbul.
- TAŞKIN, A. (2012). İş Hukukunda İşletme Kavramı, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.32.

## Dr. Gizem SARIBAY ÖZTÜRK\*

Makale Gönderim Tarihi: 19 Nisan 2017

Makale Kabul Tarihi: 24 Nisan 2017

### Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı

#### Öz

Çalışma yaşamında işverenlerin yaşlı işçilere karşı önyargıları bulunmakta, işçiler sırf “yaşlı” buldukları için ayrımcılığa uğramaktadırlar. Ülkemizde, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununa kadar yaşa dayalı ayrımcılığın “açıkça” yasak olduğunu düzenleyen “özel bir Kanun” yoktu. İş hukukunda, yaşlılık veya emeklilik, Yargıtay ve öğretinin geneli tarafından tek başına geçerli bir fesih gerekçesi olarak kabul edilmemektedir. Ancak, Yargıtay ve bir kısım öğretisi, toplu iş sözleşmesine veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki kaynaklara emeklilik hakkı gelmiş ve belirli yaşa

ulaşmış işçilerin sözleşmelerinin sona ereceği yönünde hükümler konulmasını, geçerli saymaktadır. Bununla birlikte, anılan geçerlilik, düzenlemelerin herkese istisnasız uygulanması koşuluna bağlanmıştır. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, yaşa dayalı farklı muameleyi yasaklarken, farklı muamelenin belirli koşullarda haklılaştırılabileceğini de düzenlemiştir. Böylece yaşa dayalı farklı muamelenin öne yasal olarak açılmış gibi görünse de, sözü edilen Kanun m.7/1,(c)'ye uygun olmayan yaş sınırlamaları artık geçersiz sayılmalıdır.

#### Anahtar Sözcükler:

Yaşlı ayrımcılığı, yaş ayrımcılığı, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, zorunlu emeklilik yaşı.

### Old Age Discrimination Concerning the Termination of the Employment Contract, with Regard to The Law on Turkish Human Rights and Equality Institution

#### Abstract

In working life, some employers could have prejudices towards older workers. Employees were discriminated against solely on ground of reaching to an age that can be evaluated as an elder person. Before The Law on Turkish Human Rights and Equality Institution came

into force, there was not a specific article in Turkish legislation, which explicitly protected workers from discrimination on the grounds of elderliness in employment relationship. Elderliness or fulfilling the legal conditions for old age pension according to the social security

\*İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku  
saribay@itu.edu.tr

legislation are not considered as valid reasons for termination of the employment contract in Turkish Labour Law according to the Court of Cassation and the majority of the labour law doctrine. However, the Court of Cassation and some members of the labour law doctrine consider the provisions stating that employment contract of the employees, who are entitled to pensions and who reach a certain age, could be terminated to be valid, in the condition that these provisions derive from collective agreements or some sources like employment contract annexes. However, this validity is

binded to the condition that these provisions should be implemented for everyone without expectation. While forbidding discrimination against elderly employees, The Law on Turkish Human Rights and Equality Institution gives an opportunity to justify the discrimination under some particular circumstances. Although this article can be deemed as discrimination towards elderly employees can be concerned 'legal' under some circumstances, the regulations which do not comply with the conditions set at the Article 7/1, (c) of the above mentioned Law, they should be regarded as invalid.

#### Keywords:

Old age discrimination, age discrimination, The Law on Turkish Human Rights and Equality Institution, mandatory retirement age.

## I. Giriş

Yaşlılık, insanlar için kaçınılmaz bir risktir. Varlığı değişken özellikler göstermesine rağmen, insan hayatının son safhasında karşılaştığı, kişinin bedeni ve fikri gücünün zaman içinde artan bir şekilde azalması sonucu, sürekli bir gelir kaybına ve gider çoğalmasına neden olan fizyolojik bir durum olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Kaynağını Anayasadan alan ve temel bir sosyal hak olan sosyal güvenlik hakkının (Anayasa m. 60), toplumsal yaşamdan kaynaklanan riskler karşısında bireyi koruma amacı kapsamında, yaşlıları da koruma bulunmaktadır. Yaşlılık sigortası, yaşlıları korumada etkili bir araçtır. Ancak yaşlıların korunması için yaşlılara emeklilik hakkı vermek yeterli değildir. Yaşlılara yönelik sosyal dışlanma ve ayrımcılık oluşturan farklı muamelelerin de yasaklanması gerekmektedir.

Türkiye nüfusu her ne kadar, genç bir nüfus olarak görünse de, yapılan bilimsel çalışmalara

göre, günümüzde genç nüfusun fazlalığı sebebiyle, ilerleyen yıllarda bu geniş ve kalabalık nüfus yaşlanacak ve yaşlı nüfus artacaktır<sup>2</sup>. Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından yapılan 2013-2075 nüfus projeksiyonlarından oluşturulan çalışma çağındaki nüfusun yaş gruplarına göre dağılımına göre, Türkiye nüfusunun yaşam beklentisi giderek artmaktadır<sup>3</sup>. Diğer taraftan Türkiye'nin toplam doğurganlık oranı yıllar itibariyle azalmaktadır. Doğum oranlarındaki azalma ve yaşam

2 Günsoy, G./Tekeli, S. (Mart 2015). Nüfusun Yaşlanması ve Ekonomik Büyüme İlişkisi: Türkiye Üzerine Bir Analiz. *Amme İdaresi Dergisi*. C.48, S. 1, 55.

3 Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) 2013-2075 Yılları Nüfus Projeksiyonları verilerine göre 2023 yılında 40-49 yaş grubunun çalışma çağındaki nüfus içindeki oranı artarken, 40 yaşın altındakilerin oranı düşecektir. 2050 yılında 40-49 yaş grubunun çalışma çağındaki nüfus içindeki oranı azalacaktır. 50-54 yaş grubunun toplam nüfus içindeki oranı 2013 yılında yüzde 5,5 iken, 2023 yılında yüzde 6,2'ye, 2050 yılında yüzde 7'ye yükselecektir. Söz konusu projeksiyonlar 55-59 ve 60-64 yaş gruplarında 2023 ve 2050 yıllarında da artış olacağını göstermektedir, <http://www.Tuik.Gov.Tr/PrehaberBultenleri.Do?id=15844>, (6.2.2017); Ögütoğulları, E./Kılıç, C. (Ocak 2016). Türkiye İş gücü Piyasasında Yeni Bir Problem Alanı: 40 Yaş ve Üstü İşsizler. *Çalışma İlişkileri Dergisi*. C.7, S. 1, 88.

1 Şakar M. (1987). Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlıların Korunması. Yayınlanmamış doktora tezi, 17-18 (Sözer A.N. (2015). Türk Sosyal Sigortalar Hukuku. 2. Bası. İstanbul: Beta Yayınevi, 353'den naklen).

beklentisindeki artışın sonucu olarak Türkiye'nin toplam nüfusu içerisinde yaşlıların payı artmaya devam etmektedir. 65 yaşın üzerindeki nüfusun payı özellikle 2015 yılından sonraki dönemde sürekli büyüme eğilimi içindedir<sup>4</sup>.

İnsanların cinsiyetleri, inançları ya da ırkları temelinde ayrımcılığa uğramaları çok eskiye dayanmakla birlikte, uzunca sayılabilecek bir zamandan beri, kişiler sadece yaşları yüzünden, ayrımcı davranışlarla karşılaşabilmektedir. Örneğin bazı insanlar "yaşlı" buldukları için bir işe kabul edilmemekte veya sözleşmeleri feshedilmektedir.

"Yaşa dayalı ayrımcılık, yaş ayrımcılığı ya da yaşçılık (ageism)" kişilere yaşları nedeniyle diğer kişilerden farklı davranılmasıdır<sup>5</sup>. Söz konusu farklı davranışın, yasal ve haklı bir gerekçeye dayanması halinde ayrımcılığın olmadığı kabul edilmektedir. "Yaş ayrımcılığı" ile "yaşlı ayrımcılığı" kavramları, aynı görünmekle birlikte, anılan kavramlar anlam açısından farklılıklar içermektedir. Yaş ayrımcılığı kavramı her yaş grubundan bireyi etkileyebildiğinden, yaşlı işçiler kadar, çocuk ve genç işçileri de kapsamaktadır. Nitekim genç yaşlardaki kişilerin deneyim ve tecrübelerinin yetersiz olması sebebiyle, gençlere yönelik bakış açısı olumsuz olabilmekte ve gençlerin de yaş ayrımcılığına uğradığı bilinmektedir. Yaş ayrımcılığı başlığı altında yapılan çalışmaların çoğu elli beş yaş üstü kişileri kapsamakta, dolayısıyla aslında yaşlı ayrımcılığını oluşturmaktadır<sup>6</sup>. Uygulamada daha ziyade yaşlı işçilerin yaşa dayalı ayrımcılığa maruz kaldığı görülmektedir<sup>7</sup>. Zira işverenler çoğu zaman, yaşlı işçiler yerine genç işçileri çalıştırmayı seçmektedir<sup>8</sup>. Çalışmamız yaşlı işçilere yapılan ay-

yrımcılıkla sınırlı olup, çalışmamızda "yaşlı ayrımcılığı" terimini kullanmayı tercih ettik.

Yaşlı nüfusun artması, bir takım sorunları da beraberinde getirmektedir. Anılan artışın kaçınılmaz sonuçlarından biri, sosyal güvenlik harcamalarında artış yaşanmasıdır. Gelecekte, ortalama yaşam süresinin uzamasına bağlı olarak kişilerin daha uzun süre çalışma yaşamında tutulması hedeflenmektedir. Böylece sosyal güvenlik harcamaları dengelenmeye çalışılmaktadır. Vurgulamak gerekir ki, çalışma yaşamında işverenlerin yaşlı işçilere karşı önyargıları bulunmakta ve önyargıların ortadan kaldırılmasına yönelik çalışmaların yapılması gerekmektedir<sup>9</sup>. Yaşlı işçilerin zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemeler, gelişmiş ülke hukuklarında uzun süreden beri tartışılmakta ve düzenlenmektedir. Amerika ve Birleşik Krallıkta konunun uzun bir geçmişe sahip olduğu ve konuya hem akademisyenlerin hem de yasa koyucunun büyük önem verdiği görülmektedir<sup>10</sup>. Avrupa

(Age Discrimination Employment Act) ile sadece 40 yaş ve üzeri çalışanların korunduğu görülmektedir (Baybora. (2010/1), 43). Her ne kadar 2000/78 sayılı Yönergenin başlangıç kısmının 6. resitalinde özellikle yaşlı ve engellileri bütünleştirmeden ve 8. maddesinde yaşlıları desteklemekten bahsetse de, Yönergede korunacak işçilere ilişkin herhangi bir yaş aralığı verilmemiştir. Fakat ABAD'ın önüne gelen C-555/07 Küçükdeveci v. Swedex GmbH (2010) ECR I-365 davasında, 2000/78 sayılı Yönerge hükümleri çerçevesinde genç işçilerin de yaşa dayalı ayrımcılık davası açabileceği görülmüştür (Ellis E./ Watson P. (2014). EU Anti-Discrimination Law. 2. Baskı. Birleşik Krallık. Oxford University Press, 41'de dn. 226).

9 Baybora. (2009), 59.

10 ABD'de yaş ayrımcılığı hakkında bkz. Baybora. (2010), 33-57; Yıldız G.B. (2008). İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu. 1. baskı. Ankara: Legal Yayınevi, 152-153; Tiritioğlu H.H. (2015). İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaş Ayrımcılığı. İstanbul. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). <http://tez.yok.gov.tr> (12.02.2017), 125-127; Birleşik Krallıkta yaş ayrımcılığı için bkz. Sargeant M. (2008). The Law on Age Discrimination in the EU. Chapter 10. 1. Baskı. Birleşik Krallık, Kluwer Law International, 208-227; Kilpatrick C. (2008). The New UK Retirement Regime, Employment Law and Pensions, Industrial Law Journal. Vol. 37, No. 1, 1-24; Dewhurst E. (Mart 2015). Are Older Workers Past Their Sell-by-Date? A View From UK Age Discrimination Law. The Modern Law Review. Vol. 78, N.2, 189-215; Williams G./Beck V. (2015). Redefining Retirement: Age Equality and the Rise of Performance Management, Industrial Relations Journal. Vol. 46, No. 5-6, 365-380; Barnard C./Deakin S. (2015). Age Discrimination and Labour Law in the UK: Managing

- 4 Bu konuda detaylı bir çalışma ve veriler için bkz. Günsoy/ Tekeli, 35 vd.
- 5 Baybora D.(2009). Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?. Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 21, s. 61-62; aynı yazar, (2010/1). Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletlerinde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine. Çalışma ve Toplum Dergisi. S. 24, 34.
- 6 Topgül, S. (2016). Çalışma Yaşamında Yaşlı Ayrımcılığı mı Yaş Ayrımcılığı mı? Sosyoloji Dergisi, S. 36, 14.
- 7 Baybora. (2010/1), 34.
- 8 Hatta Amerika'da İstihdamda Yaş Ayrımcılığı Kanununu

Birliği (AB) üyesi ülkeler, konuya ilişkin 2000/78 sayılı İstihdam ve İşte Eşit Davranma İlkesine İlişkin Çerçeve Yönerge (2000/78 sayılı Yönerge) temelinde, yaş bazında ayrımcılıkla ilgili hükümleri kendi iç hukuklarında içselleştirmiştir.

Ülkemizde ise yakın dönemde yürürlüğe giren Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu<sup>11</sup> (Eşitlik Kurumu Kanununa) kadar yaşa dayalı ayrımcılığın “açıkça” yasak olduğunu düzenleyen “özel bir Kanun” yoktu. Ancak sosyal güvenlik sisteminin finansman açıklarından hareketle, emeklilik yaşının artırılması kararı alınmış, bu çerçevede ilk olarak emeklilik yaşı, 1999 yılında 4447 sayılı Kanunla, 23.5.2002 tarihinden önce sigortalı olanlar için kademeli bir geçişten sonra, söz konusu tarihten sonra sigortalı olanlar için ise kademesiz şekilde kadınlarda 38’den 58’e, erkeklerde ise 43’den 60’a yükseltilmiştir. 2008 yılında yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeyle ise 1.10.2008-31.12.2035 arasında işe başlayanlar için olağan emeklilik yaşı kadınlarda 58, erkeklerde 60’a ve 1.1.2036-31.12.2047 arasındaki dönemde kademeli olmak üzere kadınlarda 64 ile erkeklerde 65’e, ve en son 1.1.2048 tarihinden itibaren hem kadın hem de erkekler için 65’e yükseltilmiştir. Yapılan değişiklikler sonucu, çalışanların, gelecekte geçmişe oranla işgücü piyasasında daha uzun süre yer alacakları tartışmasızdır<sup>12</sup>.

Kural olarak kişiler, fiilen çalıştıkları dönemde, emekli olmaları üzerine elde ettikleri emekli aylığının üzerinde kazanmaktadır. Bu sebeple, emekli aylığı alma hakkına sahip oldukları halde, çalışmaya devam etmek istemektedirler. Fakat bazı işçiler, sağlık sebepleri nedeniyle ya da iş hayatının stresinden bunaldıkları için emekli olmayı ve çalışmamayı tercih etmektedir. Emekli aylığını hak ettiği zaman, dinlenmeyi seçecek olan işçiler için erken emeklilik yaşı düzenlemeleri bir sosyal menfaat olarak değerlendirilmektedir. Sözü edi-

len bakış açısı aslında Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin 25. maddesinde temelleri bulunan yaşlı işçinin onurlu ve bağımsız yaşama hakkının yansımasıdır. Zira anılan madde “Avrupa Birliği, yaşlıların bağımsız ve onurlu bir yaşam sürme ve toplumsal ve kültürel hayata katılma haklarını tanıy ve bu haklara saygı duyar” şeklindedir. Dolayısıyla, yaşlı işçinin çalışmak istememesi doğaldır ve anılan ihtimalde elde edeceği emekli aylığı, onurlu bir yaşam sürmesi için olmazsa olmaz bir menfaattir. Fakat bir diğer kesim, çalışmayı tercih ettiğinden veya düşük emekli aylıkları nedeniyle daha uzun süre iş hayatında kalmak zorunda olduğundan, emeklilik yerine çalışmaya devam etmek istemektedir<sup>13</sup>. Diğer taraftan, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi m. 15/1’e göre “Herkes bir işte çalışma ve özgürce seçtiği veya kabul ettiği işini sürdürme hakkına sahiptir”. Böylelikle, zorunlu emeklilik yaşına ilişkin hükümler gereği belli yaşa gelen işçinin sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı yönündeki düzenlemeler ile Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin 15. maddesinde düzenlenen ve temel bir hak olan çalışmayı sürdürme hakkı karşı karşıya gelmektedir<sup>14</sup>.

## II. Yaşlı Ayrımcılığının Gerekçeleri ve Yerindeliği Sorunu

Yaşlı işçilerle ilgili önyargı, daha az verimli ve genç işçilere göre daha masraflı olduklarıdır<sup>15</sup>. Birçok işverenin ortak algısı, üretkenliğin yaşlanmayla birlikte azaldığı yönündedir<sup>16</sup>. Sözü edi-

13 Schlachter M. (2011). Mandatory Retirement and Age Discrimination under EU Law, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol.27, No. 3, 289; Kaya G. (2015). EU Age Discrimination in Light of EU’s Demographic Challenges and ECJ Case Law. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.17, S. 1, 99.

14 Kaya. (2015), 99.

15 Dewhurst (2015), 189.

16 Börsch-Supan A. /Weiss M.. (2011). Productivity and Age: Evidence from Work Teams at the Assembly Line. Mannheim Research Institute for the Economics of Ageing, 2; Schiek D. (Temmuz 2011). Age Discrimination Before the ECJ-Conceptual and Theoretical Issues”.

Ageing, Age Discrimination and Labour Law, Studies in Employment and Social Policy, Vol. 47, 297-317.

11 RG. 20.4.2016, Kanun No. 6701.

12 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Sözer. (2015), 378-384; Öğütoğulları/Kılıç, 86.

len işverenler, yaşlı işçilerin kendi çizgilerinden çıkmayı reddettiklerini, esnek olmadıklarını, işe uyum sağlamalarının zor olduğunu, gençlere göre daha yorgun, hasta, isteksiz, bürokratik, pahalı ve durağan olduklarını, teknik kabiliyetlerinin yetersiz, yeni teknolojiyi öğrenmede ve onu uygulamada başarısız olduklarını ifade etmektedir<sup>17</sup>. Diğer taraftan sağlık sorunları yaşama riski daha fazla olan yaşlı işçilerin, işyerinde hem kendi hem de diğer işçiler açısından tehlike faktörü olacağı görüşü bulunmaktadır<sup>18</sup>. Belirtilen algılarla ilgili problem, işveren ve mahkemelerin herhangi bir sorgulama yapmadan, herkes için bunları doğru varsayması, dolayısıyla da yaşlı işçilerin varsayılan özellikleri sebebiyle yaşlı ayrımcılığına uğramalarıdır<sup>19</sup>.

Yaşlı işçilere karşı genel algı olumsuz özelliklerinin daha fazla olduğu yönünde olmakla birlikte, yapılan araştırmaların büyük çoğunluğunda, yaş ve üretkenlik arasında çok az bağlantı olduğu ya da hiçbir bağlantının olmadığı tespit edilmiştir<sup>20</sup>. Kişinin kronolojik yaşının üretkenliğine etkisinin çok az olduğu, çevresel ve davranışsal etkilerin, başka bir deyişle yaşam biçiminin, eğitiminin, hastalık genetiği ve beslenmesi gibi birçok etkenin kişinin verimliliğini etkileyeceği ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Hatta yaşlı işçilerin iş ahlaklarının genç işçilere göre daha fazla, davranışlarının daha düzgün, daha sadık ve güvenilir oldukları ile tecrübeli ve müşteri ilişkilerinde daha başarılı oldukları şeklinde olumlu görüşlerin varlığı tespit edilmektedir<sup>22</sup>. Ancak işverenlerin yaşlı işçilere karşı olumsuz algıları değişmediğinden, yasal düzenlemelerden bağımsız olarak, işverenler, işçilerini belli yaşa

geldiklerinde çalışma hayatından uzaklaştırmaya çalışmaktadırlar. Bunu, istihdam fazlalığı olduğu gerekçelerini öne sürerek, zorunlu emeklilik düzenlemeleri vasıtasıyla veya doğrudan fesih prosedürleri uygulayarak gerçekleştirmekteler<sup>23</sup>. Sözü edilen uygulamalar ise yaşlı ayrımcılığı oluşturmaktadır.

### III. Yaşlı Ayrımcılığına İlişkin Avrupa Birliği Mevzuatı ve Uygulaması

Yaş nedeniyle ayrımcılık yasağı, ILO'nun 1980 tarih ve 162 sayılı Yaşlı İşçiler Tavsiye Kararının 4. maddesinde, yaşlı işçilerin yaşlarından dolayı herhangi bir ayrımcılığa uğramadan diğer işçilerle aynı koşullarda fırsat ve muamele eşitliğine sahip olmaları gerektiği şeklinde düzenlenmiştir. Ancak, bu konudaki en ayrıntılı hükümler Avrupa Birliği Konseyi'nin 2000/78 sayılı İstihdamda Eşit İşlem Hakkında Çerçeve Yönergesinde (2000/78 sayılı Yönerge) bulunmaktadır. 2000/78 sayılı Yönerge hiçbir çalışana dini, inancı, özürüllüğü, yaş ve cinsiyete ilişkin tercihi nedeniyle ne doğrudan ne de dolaylı ayrımcılık yapılamayacağını ve üye ülkelerin adı geçen konuda önlemler alması gerektiğini hükme bağlamıştır (m. 1, m. 2).

Kural, ayrımcılığın yasak olması ise de, 2000/78 sayılı Yönergenin "Yaş Nedeniyle Farklı Davranmanın Haklı Gerekçesi" başlıklı 6. maddesinde, hangi farklı muamelelerin yaş nedeniyle ayrımcılık sayılmayacağı gösterilmiştir. Hükme göre, ulusal yasalar bağlamında meşru istihdam politikası, meşru işgücü piyasası ve mesleki eğitim hedefleri de dahil olmak üzere meşru bir amaçla objektif ve makul şekilde haklı gösteriliyorsa ve amaç için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise, Üye Devletler, Madde 2 (2) hükmüne hanel getirmeksizin yaş nedeniyle yapılan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı kayıncı tedbirler alabilir. Bu demektir ki, 2000/78 sayılı Yönerge, yaşa dayalı ayrımcılığı yasaklamakla birlikte, 6. maddesiy-

Common Market Law Review, Vol.48, No. 3, 786.

17 Dewhurst. (2015), 191; O'Cinneide C. (2008). Age Discrimination and Mandatory Retirement, European AntiDiscrimination Law Review, No.6/7, 13.

18 Bu konu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Barrett B./ Sargeant M. (Mart 2015), Working in the UK without a Default Retirement Age: Health, Safety and the Oldest Workers, Industrial Law Journal. Vol. 44, No. 1, 75-100.

19 Dewhurst. (2015) 192.

20 Bu konudaki araştırmalar için bkz. Dewhurst. (2015), 191'de dn. 5'de adı geçen eserler.

21 Dewhurst. (2015) 197'de dn. 65-66-67-68'de adı geçen eserler

22 Dewhurst. (2015), 191.

23 Dewhurst. (2015), 202.

le yaşa bağlı olarak yapılan farklı muamelelerin haklılaştırılabileceğini düzenlemiştir. Elbette, yaş ayrımcılığı yasaklamasına istisna<sup>24</sup> yapılabilmesi birtakım koşullara bağlıdır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin Meslek Seçme ve Çalışma Hakkı başlıklı 15. maddesine göre ise herkes, çalışma ve serbestçe seçilmiş veya kabul edilmiş bir mesleği yapma hakkına sahiptir. Birliğin her vatandaşı, herhangi bir Üye Devlette iş arama, çalışma, yerleşme hakkını kullanma ve hizmet verme özgürlüğüne sahiptir. 2000/78 sayılı Yönergenin 1 ve 2. maddeleri, adı geçen 15. madde ışığında değerlendirildiğinde yaşa dayalı farklı muamelenin istisnai yapısının perçinlendiği görülmektedir.

Diğer taraftan, Yönergeye göre, üye Devletler eşit muamele ilkesinin korunması bakımından bu Yönerge hükümlerinden daha elverişli hükümler getirebilir veya var olanları sürdürmeleri mümkündür (2000/78 EC m. 8/1). Yönergenin kabul edilme gerekçelerine göre ise işbu Yönerge, emeklilik yaşlarını saptayan ulusal düzenlemelere zarar getirmez (m. 14). Dolayısıyla Yönergenin istisnaları düzenleyen 6. maddesi ile 8 ve 14. maddelerini birlikte yorumlandığında, yaşa dayalı ayrımcılık sayılmayacak bir istisnai uygulamanın, ulusal mevzuat eliyle düzenlenmiş ve sözü edilen yönergenin koşullarına uygun olması gerektiği anlaşılmaktadır.

2000/78 sayılı Yönerge m. 6 ile yaşa dayalı farklı muamelenin haklılaştırılabilmesi imkanı getirilmiş, haklılaştırma için gerekli olan meşru amacın uygunluğu ve gerekliliği koşulları hususunda ise üye devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır<sup>25</sup>. İşte burada, ulusların kendi belirleyecekleri meşru amacın ne olabileceği ile meşru amacın gerekli ve uygun olması koşullarının ne şekilde

yorumlanacağı önem arz etmektedir. 2000/78 sayılı Yönergenin hükümleri hakkında detaylı değerlendirme yapabilmek için anılan hükümleri yorumlayan ve uygulayan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarının incelenmesi gerekmektedir.

2000/78 sayılı Yönergenin 6. maddesinde düzenlenen ve farklı muameleyi haklılaştırdığı kabul edilen "uygunluk" ile kastedilen, üye devletin belirlediği meşru amaca ulaşmak için alınan önlemin yerindedir. Alınan önlemin açıkça yerinde olmadığı belli olduğu hallerde, Mahkeme bunun uygun olmadığını kabul etmektedir<sup>26</sup>.

Adı geçen maddede belirtilen ve farklı muameleyi haklılaştırdığı kabul edilen "gereklilik" ile kastedilen ise farklı muamele yapılarak ulaşılacak istenen meşru amaca, eşit uygunlukta ama daha hoşgörülü bir yoldan ulaşılamıyor olunması halidir<sup>27</sup>. Gereklilik konusu ile ilgili olarak temel soru, aynı sonuca ulaştıracak daha hafif bir yolun var olup olmadığıdır. Soru, uygunluk kavramı ile bağlantılı olmakla birlikte, iki hususun birbirinden ayrılması oldukça zordur (çoğu zaman ABAD dahi bu ayrıştırmayı yapmamaktadır). İstihdamın hüküm ve koşullarına ilişkin davalarda, Divan çok basit bir test yapmaktadır. Alınacak önlem hakkında karar verirken, yaş sınırı getirilmesinin objektif olarak gerekli olup olmadığını irdelemektedir. Adalet Divanı burada, yaş gruplarının homojen olmadığını varsaymaktadır. Fakat, emeklilik ile ilgili davalarda, ABAD doğrudan yaş sınırı seçimi veya seçimin objektif olarak gerekli olup olmadığı düşüncesi üzerinde durmamakta, normalde kararı ulusal mahkemelerin takdirine bırakmaktadır. Adalet Divanı, 65 yaş üstü olup çalışma kapasitesi kalmamış kişilerle değil, daha çok işinin ehli ve çalışmaya devam etme isteğinde olanlarla ilgilenmektedir<sup>28</sup>. Nitekim ABAD, meşru amaca ulaşmak için zorunlu emeklilik ya-

24 Söz konusu istisna sadece yaşa dayalı ayrımcılık için getirilmiş olup, İstihdam ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına Dair (yeniden düzenleme) 2006/54 sayılı Yönerge ya da "İrk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesine İlişkin 2000/43/EC sayılı Yönergelerde bu şekilde bir istisnai hüküm bulunmamaktadır (Ellis/Watson, 408'de dn. 108).

25 Ellis/Watson, 411.

26 Dewhurst E. (Temmuz 2013). The Development of EU Case-Law on Age Discrimination in Employment: Will You Still Need Me? Will You Still Feed Me? When I'm Sixty-Four. European Law Journal. Vol. 19, N. 4, 534.

27 Dewhurst. (Temmuz 2013), 534.

28 Dewhurst. (Temmuz 2013), 535.

şının örneğin 65 olarak belirlenmesinin gerekli olduğuna ilişkin somut bir delil aramamaktadır. Bunun yerine, üye devletin yetkililerinin zorunlu emeklilik yaşı gibi bir düzenleme getirmelerinin haksız olmadığını ve ulusal istihdam politikası gereği anılan önlemin uygun ve gerekli olduğunu temellendirmelerini beklemektedir. Daha da ötesi yaş sınırı getirilmesinin istihdam politikasını garanti edip etmediği hakkında karar verecek makamın ulusal mahkemeler olduğunu ifade etmektedir<sup>29</sup>.

2000/78 sayılı Yönerge, m. 6/1'de yazılı koşulların varlığı halinde, yaş nedeniyle ayrımcılık oluşturmayacak muamele farklılıklarına örnekler de vermiştir (m. 6/2). Hükme göre gençler, yaşlılar ve bakım sorumluluğu taşıyan kişilerin mesleki entegrasyonunu artırmak veya korunmalarını güvence altına almak amacıyla, işten çıkarma ve ücret koşulları da dâhil olmak üzere, istihdama erişim ve mesleki eğitim, istihdam ve meslek için özel koşulların oluşturulması; istihdam veya istihdamla bağlantılı çeşitli avantajlara erişim bakımından yaş, profesyonel tecrübe veya hizmette kıdem ile ilgili asgari şartların belirlenmesi; işin gerektirdiği eğitim veya emeklilikten önce makul bir süre çalıştırma gerekçesiyle azami yaş koşulu tespit edilmesi halinde, yapılan davranışın yaş nedeniyle ayrımcılık sayılmaması mümkündür.

Birleşik Krallıktaki önemli yaş ayrımcılığı davalarından *Seldon v. Clarkson Wright and Jakes (A Partnership)* davasında, hakim, farklı muameleyi haklılaştırmak için gerekli olan meşru amaçların neler olduğunu sıralamış ve değerlendirmeyi ABAD'ın hükme bağladığı davalar üzerinden örneklemiştir. Örnekler aşağıda sıralanmıştır<sup>30</sup>:

(i) Genç işçilere istihdam imkanı yaratma (*Felix Palacios de la Villa v Cortefield Servicios SA*<sup>31</sup>,

29 Dewhurst, (Temmuz 2013), 535.

30 *Seldon v Clarkson Wright and Jakes (A Partnership)* davasında, Birleşik Krallık Yargıtayı'nın kararı, Paragrafı 50/4, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2012/16.html> (Erişim tarihi: 22.03.2017).

31 *Case C-114/05*, [2009] ICR 1111 (Lane J. (2013). *Woodcock v. Cumbria Primary Care Trust: The Objective Justification Test for Age Discrimination*. *The Modern Law Review*. C. 76, No. 1, 149).

*David Hütter v Technische Universität Graz (Hütter)*<sup>32</sup>, *Küçükdevici v Swedex GmbH & Co KG*<sup>33</sup>);

(ii) Çalışanların işe alım ve ayrılma süreçlerini etkili şekilde planlama (*Fuchs and another v Land Hessen (Fuchs)*<sup>34</sup>);

(iii) İstihdam imkanlarını jenerasyonlar arasında adaletli şekilde dağıtma (*Petersen v Berufsgausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*<sup>35</sup>, *Rosenblatt v Oellerking GmbH*<sup>36</sup>, *Fuchs*);

(iv) Çalışanların farklı jenerasyonlardan olmasını garanti etmek suretiyle deneyimin aktarımını ve yeni fikirleri destekleme (*Georgiev v Technicheski Universitet Sofia, Filial Plovdiv*<sup>37</sup>, *Fuchs*);

(v) Deneyimi ödüllendirme (*Hütter, Hennigs v Eisenbahn-Bundesamt; Land Berlin v Mai*<sup>38</sup>);

(vi) Kıdemli işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde yeni iş bulmakta zorluk yaşamasını azaltma (*Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark*<sup>39</sup>);

(vii) Yaşlı işçinin çalışma yaşamına katılmasını kolaylaştırma (*Fuchs*, ayrıca bkz. *Mangold v Helm*<sup>40</sup>);

(viii) İşçileri aşağılayıcı sayılacak şekilde, bundan böyle işlerini yapmaya yeterli olmadıklarını gerekçe göstererek işçilerin sözleşmelerini feshetmek zorunda kalmaktan kaçınma, (*Rosenblatt v Oellerking GmbH*); veya

(ix) Belli bir yaşı geçmiş işçinin iş verimi ile ilgili uyumsuzluk yaşanmasından kaçınma (*Fuchs*).

Kararda da belirtildiği üzere, sosyal politika amaçları olarak kabul edilen ve yukarıda sayılan gerekçelerin hiçbiri, maliyetleri düşürmek veya

32 *Case C-88/08*, [2009] All ER (EC) 1129 (Lane, 150).

33 *Case C-555/07*, [2011] 2 CMLR 703 (Lane, 150).

34 *Fuchs and another v Land Hessen* Joined cases C-159/10 and C-160/10, [2011] 3 CMLR 1299 (Lane, 150)..

35 *Case C-341/08*, [2010] 2 CMLR 830 (Lane, 150).

36 *Case C-45/09*, [2011] CMLR 1011 (Lane, 150).

37 *Joined Cases C-250/09 & C-268/09*, [2011] 2 CMLR 179 (Lane, 150).

38 *Joined Cases C-297/10 and C-298/10*, [2011] ECR (Lane, 150).

39 *Case C-499/08*, [2011] 1 CMLR 1140 (Lane, 150).

40 *Case C-144/04*, [2006] 1 CMLR 1132 (Lane, 150).



rekabeti artırmak gibi işverene özgü bireysel gerekçeler değildir (Paragraf 50/2)<sup>41</sup>.

Adalet Divanı, önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında karar verirken dört aşamalı bir plan izlemektedir. Mahkeme, birinci aşama olarak öncelikle uyuşmazlığın Yönergenin kapsamında olup olmadığını incelemektedir. İkinci aşama, olayda yaşa dayalı farklı bir muamelenin var olup olmadığının tespit edilmesi, durumun tanımlanmasıdır. Üçüncü aşamada yaşa dayalı farklı muameleyi haklılaştıran, meşru bir istihdam politikası, iş piyasası, mesleki eğitim amaçları gibi meşru bir amacın var olup olmadığı değerlendirilmektedir. Eğer, Mahkeme meşru bir amacın varlığına kanaat getirirse, dördüncü aşamada, meşru amaç gerçekleştirilmek için seçilen amacın uygun ve gerekli olup olmadığını incelemektedir. Adalet Divanı kararlarının %93'ünde, üye devletin farklı davranmaya ilişkin meşru bir amacının olduğu tespit edilmiştir. ABAD, üye devletlerin sosyal ve istihdam politikalarında geniş bir takdir hakkının olduğunu birçok davada ifade etmiştir. Nitekim Adalet Divanı kararlarında, çok istisnai olarak yasal amacın olmadığı kabul edilmektedir. Söz konusu olan takdir hakkının dayanağı 2000/78 sayılı Yönergenin 6. maddesidir. Ayrıca, Mahkeme genel olarak meşru amaç hakkında üye ülkenin detaylı bir açıklama yapmasını beklemektedir. Dördüncü aşamada, üye devletin ileri sürdüğü meşru amacın uygunluk ve gereklilik denetimi yapılmaktadır. Temelde bu bir uygunluk testi niteliğindedir<sup>42</sup>.

Adalet Divanı kararları incelendiğinde, yaş ayrımcılığının tespitinde, diğer ayrımcılık türlerine nazaran daha gevşek bir standart izlendiği tespit edilmektedir<sup>43</sup>. Bu durumun ardındaki asıl sebep, yoğun şekilde görünen işsizlik ve genç işsizlere yeni istihdam yaratma amacıdır. İşsizlik oranları ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, işsizler arasında, en büyük payı genç işsizler almaktadır<sup>44</sup>. Ancak, yapılan araştırmalar incelendiğinde, genç

işsiz ile yaşlı çalışan miktarı arasında bir bağlantının olduğuna dair doğruluğu kanıtlanmış veri bulmak kolay değildir<sup>45</sup>. Yüksek genç işsizlik oranları bir yana, kişilerin içinde belli bir yaştan sonra eskisi kadar etkili bir performans gösterebilecekleri yönündeki varsayım ve önyargılar, yaşlı işçilerin genç işçilerle değiştirilmesi fikrini doğurmaktadır. Bazı mesleklerde işin doğası gereği veya işin yapılışı işçinin fiziksel özellikleriyle çok sıkı irtibat halinde olduğu için, yaşın ilerlemesinin olumsuz etki yarattığı söylenebilir. Örneğin, sivil havacılıkla ilgili işlerde, yeraltı maden işçiliği, polislik, askerlik, itfaiye erliği gibi. Fakat anılan durumun tüm mesleklerde aynı şekilde olduğunu kabul etmek mümkün değildir<sup>46</sup>. Nitekim yaşlı ve deneyimli bir işçinin yaptığı işin, genç fakat daha az nitelikli bir işçi tarafından yapılması mümkün değildir. Yüksek mevkide çalışan deneyimli bir işçi yerine konabilecek yeterli sayıda nitelikli genç işçi bulmak da zordur. Çünkü deneyim ve kıdem çalışarak elde edilmektedir. Bu sebeple, çoğu zaman işten ayrılan yaşlı işçilerin görevleri, genç işçilere değil, işten ayrılan işçiye yakın kıdem ve deneyimdeki işçilere verilmektedir<sup>47</sup>.

Avrupa Birliğine üye ülkelerin zorunlu emeklilik yaşı konusunda esnek politikalara doğru geçiş eğiliminde oldukları görülmektedir. ABAD, sözü edilen konunun kendi düzenleme yapacağı bir konu değil, ulusal mahkemelerin takdir hakkına sahip olduğu bir alan olduğunu kabul etmektedir. Çünkü sosyal ve istihdama ilişkin konularda karar yetkisi tamamen üye devletlere aittir. Fakat anılan yetki, mahkemenin Yönerge hükümlerini önüne gelen davalarda uygulamayacağı anlamına gelmez<sup>48</sup>. Diğer yaşa dayalı ayrımcılık davalarından farklı olarak, emeklilik yaşı düzenlemeleri konusunda ABAD'ın üye ülkelere geniş bir takdir yetkisi ve esneklik tanınması, Yönergenin getirdiği

41 Lane, 150.

42 Dewhurst. (2013), 525-535.

43 Schiek, 784-785; Kaya. (2015), 95-96.

44 Kaya. (2015), 99-100.

45 Sargeant M. (8.10.2012). Employer Justified Retirement Ages, Paper Presented at the Academy of European Law Anti-Discrimination Seminar (ERA), 7.

46 Kaya. (2015), Discrimination, 100.

47 Dewhurst. (2013), 532-533; Kaya. (2015), 101.

48 Kaya. (2015), 95.

korumayı azaltmakta olup, yaşlı işçileri olumsuz şekilde etkilemektedir<sup>49</sup>. Oysa çalışmaya devam etmek isteyen yaşlı işçilerin çalışma hayatında tutulması çalışma özgürlüğünü sağlamanın bir gereğidir. Diğer taraftan, yaşlı işçileri çalışma hayatında tutma, 2000/78 sayılı Yönerge gerekçelerinin 25. maddesinde bir amaç olarak belirtilen iş gücü çeşitliliğini de destekleyecektir. Dahası, 2000/78 sayılı Yönerge gerekçelerinin 8, 9 ve 11. maddelerinde belirtilen ve işçilerin potansiyeli ile yaşam kalitesinin farkına varmaları amacıyla katkıda bulunacaktır<sup>50</sup>.

#### IV. Yaşlı Ayrımcılığına İlişkin Ulusal Mevzuat

Mevzuatımızda, Anayasanın 10. maddesinde genel olarak ve İş Kanununun 5. maddesinde iş ilişkisinde ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. Anayasanın "Kanun Önünde Eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesine göre "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir".

Öğretideki genel kanaat, Anayasanın 10. maddesinin bütün hukuk düzenimizi kapsayan ve kişiler arasındaki ilişkilerde daima göz önünde bulundurulması gereken bir eşitlik ilkesini öngördüğüdür. Başka bir deyişle, anılan madde hem dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ortaya çıkabilecek ayırım yapma yasağını, hem de bunun dışında kalan hallerde de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlemektedir<sup>51</sup>. Anayasa mahkemesi ka-

rarlarının da aynı yönde olduğu belirtilmelidir<sup>52</sup>. Bu noktada hükümde yaşa ilişkin olarak özel bir ibare olmamakla birlikte, benzer sebepler içinde yaşın da bulunduğu kabul edilmelidir. İş Kanununun "Eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı düzenlenmiş, 2. fıkrada işverenin işçinin iş sözleşmesinin türüne göre bir ayrımcılık yapamayacağı belirtilmiş, 3., 4. ve 5. fıkralarda ise cinsiyet veya gebelik sebebiyle ayrımcılık yasaklanmıştır<sup>53</sup>. Yaşa dayalı ayrımcılığa ilişkin olarak İş Kanununun 5. maddesinde de herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Elbette, Anayasada olduğu gibi, İş Kanununda yer verilen "benzeri nedenler" içinde de yaşın bulunduğu kabul edilmektedir. Yapılacak bir kanun değişikliği ile maddeye yaş ölçütünün eklenmesi daha yerinde olacaktır<sup>54</sup>.

Ülkemizde yakın zamanda yürürlüğe giren, Eşitlik Kurumu Kanununun "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı" başlıklı 3. maddesine göre, "Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır. Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür

49 Dewhurst. (2013), 536.

50 Ellis/Watson, 410.

51 Bkz. Tuncay C. (2007). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 26; Süzek S. (Aralık 2008). İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 12, 25; Taşkent S. (1982), İşverenin Yönetim Hakkı. İstanbul. 82; Yıldız, 55-57; Öden M. (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara. 146 vd.; Kandemir M./Yardımcıoğlu D. (2014). İş Hukukunda Eşitlik İlkesi. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.19, S. 30-31, 7-8; Yuvalı E. (2012). İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu. Ankara: Turhan Kitabevi, 42.

52 Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Öden, 146 vd.

53 İş Kanununda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı hakkında detaylı bilgi için bkz. Tuncay C. (1982). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. İstanbul; Yenisey Doğan K. (2006/4). İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı. Çalışma ve Toplum Dergisi. S. 11, 63-81; Ulucan D. (2014). Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 372-378; Yıldız, 69 vd.; Ertürk Ş. / Gürsel İ. (2011). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan. C. 1. İstanbul: Beta Yayınevi, 425-459; Kandemir / Yardımcıoğlu, 1-44; Tiritioğlu, 7-77.

54 Yıldız, 156.

(m. 3/1, 2, 3). Böylece ilk kez bir ulusal Kanunda, yaş nedeniyle ayrımcılığın yasak olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Eşitlik Kurumu Kanununun 7. maddesinde, ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller madde madde sayılmıştır. Sayılanlardan bir tanesi yaş temellidir. Belirtilen düzenlemeye göre, işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele halinde ayrımcılık iddiası ileri sürülemez (m. 7/1, c). Dolayısıyla adı geçen açık Kanun maddesi ile Türk hukukunda, işe alma ve istihdam sürecinde, yaşa dayalı farklı muamele yapılabilmesi "hizmetin bir zorunluluğu sebebiyle olması" ihtimalinde mümkün kılınmış ve bununla da yetinilmeyip, farklı muamelenin "gereklilik ve amaçla orantılı" olması da şart koşulmuştur. Açık Kanun hükmü sebebiyle (Eşitlik Kurumu Kanunu m.7/1) anılan koşulları taşımayan ve yaş sınırlaması getiren bir düzenlemenin (personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleri ile) geçerli kabul edilebilmesi<sup>55</sup>, kanaatimizce artık mümkün değildir<sup>56</sup>.

## V. Yaşlılık ve Emekliliğin İş Sözleşmesinin Sona Ermesine Etkisi

### 1- Yaşlılık ve Emekliliğin İşverence Doğrudan Fesih Nedeni Olarak Kabul Edilmesi

İşçilere yaş sebebiyle ayrımcılık yapılması, iş görüşmeleri sırasında işçiye yaşının sorulması örneğinde olduğu gibi, henüz sözleşme ilişkisi kurulmadan belirli yaştaki işçilerin elenmesi su-

retiyile olabilmesine rağmen, çoğu zaman fesih aşamasında gerçekleşmektedir<sup>57</sup>.

Yer alan mevcut hükümlere göre, işçinin yaşlanması çalışmasına engel değildir. İş Kanunlarında ve Türk Borçlar Kanununda, işçinin çalışma yaşının "üst sınırına" ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Sosyal güvenlik mevzuatında, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek emeklilikten sonra da çalışma imkanı getirilmesi, bu kabulü desteklemektedir<sup>58</sup>. Diğer taraftan, ülkemizde kamu görevlileri dışında kalan kesimde (4/1 (a)'lı ve 4/1 (b)'lilerde) zorunlu emekliliğe ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır<sup>59</sup>. Başka bir deyişle, kişi gerekli şartları yerine getirdikten sonra, emekli olup olmama kararını kendisi alacaktır. Emekliliğin bir hak olduğu, bir yükümlülük olmadığı ifade edilebilir<sup>60</sup>. Sosyal güvenlik hukuku bakımından, yasal olarak çalışmak isteyen "işçinin" çalışmasına engel bir durum yoktur.

Konu iş hukukunda fesih hükümleri açısından değerlendirildiğinde, İş Kanunu madde 18'e göre, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması gerekmektedir. Bu demektir ki, işvere-

57 Sözleşmenin feshinde eşit işlem borcunun var olup olmadığı hakkında bir karar incelemesi için bkz. Yenisey Doğan K. (Haziran 2006). İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 1, S.2, 60-66.

58 Şahlanan, F. (2010). İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı. Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008. Ankara: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayını, 153; Baysal U. (2012). Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik. Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.7, S. 28, 148.

59 Kamu görevlileri 5510 sayılı Kanun m. 44/1 (a) ile yapılan yollama gereği, 5434 sK. m. 40'a göre yaş haddinden emekli edilmektedirler. İştirakçilerin görevleri ile ilişkilerinin kesilmesini gerektiren yaş haddi 65 yaşını doldurdukları tarihtir. Ancak bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin 40. maddede üniversite öğretim üyeleri için bu yaş haddi 67 olarak düzenlenmiştir. Adı geçen maddede farklı kamu görevlileri için farklı yaş hadlerinin belirlendiği görülmektedir.

60 Tuncay C. ( Haziran 2012). Geciken Yaşlılık ve Zorunlu Emeklilik Üzerine. Sosyal Güvenlik Dergisi. C. 2, S. 2, 87-88.

55 Eşitlik Kurumu Kanunu m.7/1'de ifade edilen koşullar hakkında değerlendirme için bkz. V, 2. B, b. Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'nin Değerlendirilmesi.

56 Fakat, bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, Kanunların geçmişe değil, ileriye etkili olduklarıdır. Eşitlik Kurumu Kanununun, yürürlük tarihinden önce gerçekleşen olaylara etki edip etmeyeceği hakkında değerlendirme için bkz. VII. Eşitlik Kurumu Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması.

nin işçinin sözleşmesini fesih gerekçeleri ya işçi- den ya da işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanacaktır. İşçinin belirli bir yaşa gelmesi, emekliliğe hak kazanmış olması veya işyerinde belirli bir kıdemi doldurması ise kural olarak bir fesih nedeni sayılamaz. Zira yaşlanmak, işçinin yer- terliliği veya davranışlarıyla ya da işletme ve işin gerekleriyle doğrudan bağlantılı değildir. Yaşlılı- ğın etkisi kişiden kişiye değişir. Yaşlılık işçinin veri- mini ciddi bir biçimde olumsuz etkiliyor, iş görme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesine engel oluyorsa, geçerli bir fesih nedeni olabilir<sup>61</sup>. Dolayısıyla yaşlanan işçinin sözleşmesi, tıpkı genç işçi gibi, ya kendisinden ya da işletme, işyeri veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplere dayalı olarak feshedilebilir. Öğretide, bu halde dahi, iş- çinin sözleşmesinin fesih hakkının işverenin işçiyi gözetme borcuna ve dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde kullanılması, dolayısıyla işyerine yıllar- ını vermiş kıdemli bir işçinin yaşlılık nedeniyle iş veriminde meydana gelen azalmanın geçerli bir neden olarak kabul edilmemesi gerektiği ve en azından anılan işçinin yaşlılık aylığına hak kazan- masının beklenmesinin yerinde olacağı belirtil- miştir<sup>62</sup>.

Almanya'da, Baden-Württemberg Eyalet İş Mahkemesini konuya ilişkin bir kararında, ista- tistiksel olarak yaşı ilerlemiş olan işçilerin, daha genç meslektaşlarına oranla hastalık nedeniyle işe gelmedikleri günlerin fazla olabildiği ve salt hastalık nedeniyle işe gelmeyen günlere daya- lı olarak alınacak bir fesih kararının, yaşlılık ne- deniyle ayrımcılığa neden oluşturabildiği; ancak

bu durum sadece kendisinden genç işçilere göre daha fazla, fakat karşılaştırılabilir nitelikteki işçi- lere oranla aynı seviyede iş günlerinin kaybı söz konusu olduğu zaman geçerlilik kazandığı, somut olayda aranan bu koşulun gerçekleşmediği, dava- cının, hastalık nedeniyle işe gelmediği günlerin sayısının sadece kendisinden genç meslektaşları ile karşılaştırıldığında değil, daha ötesinde aynı yaş grubu içerisindeki meslektaşlarına göre orta- lamanın oldukça üzerinde olduğu, dolayısıyla da yaşlılık nedeniyle ayrımcılığın yapıldığından söz edebilmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>63</sup>. Mahkeme kararında haklı olarak dikkat çekilmek istenen husus, kıyaslamanın yaşlı işçi ile genç işçi arasında değil, yaşlı işçinin aynı yaş grubu için- dekilerle yapıldığı ve kendi yaş grubundakilere oranla, işçinin hastalık nedeniyle işe gelemediği günlerin fazlalığıdır. Kanaatimizce karar yerinde- dir ve ayrımcılığın varlığından söz etmek müm- kün görünmemektedir.

Gerek iş hukuku öğretisi<sup>64</sup> gerek Yargıtay ka- rarlarında<sup>65</sup> salt yaşlılık veya yaşlılık aylığına hak kazanmış olmak geçerli bir fesih nedeni olarak ka- bul edilmemektedir. Diğer taraftan İş Kanununun

61 Taşkent S., Eyrenci Ö./Taşkent S./Ulucan D. (2016). Bireysel İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayınevi, 171; Ekonomi M. (Aralık 2006). Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Legal YKİ Dergisi, 131; Süzek. (2005), 573; aynı yazar, (2015), 594; Ertürk Ş. (2002). İş İlişkisinde Temel Haklar. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 183-184; Akı E. (2007). İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.9, Özel Sayı, 8; Yıldız, 157; Baysal U. (2011). İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İş Sözleşmesinin Feshi. Ankara: Adalet Yayınevi, 151-152; Yuvalı, 154.

62 Süzek. (2015), 594; aynı yazar. (2005), 572-573; Baysal. (2011), 152.

63 Kararın tam metni için bkz. Hekimler A. (2008/1). Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal Mahkeme Kararları. Çalışma ve Toplum Dergisi. S. 16, 110-111.

64 Süzek, S. (2005). İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshi. A. Can Tuncay'a Armağan. İstanbul: Legal Yayıncılık, 572; aynı yazar. (2015). İş Hukuku. 11. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 594; Ulucan D. (2003). İş Güvencesi, İstanbul, 49; Soyer P. (2005). Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları. İstanbul: Legal Yayınevi, 50; Akyiğit, E. (2007). Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade). Ankara: Seçkin Yayınevi, 260; Şahlanan, F. (Haziran 2007). Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Bir Neden Olması. Tekstil İşveren Dergisi-Hukuk Eki. S. 329, 2-3; Akı, 7-9; Sözer A. N. (Haziran 2006). AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler. Sicil İş Hukuku Dergisi. Y. 1, S. 2, 198; Alpogut, G. (2008). İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi, İ kale Sözleşmesi. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku. 11. Toplantı. İstanbul Barosu Yayınları, 28; Baysal. (2012), 148.

65 Y9HD, 27.10.2003, 2003/18257 E, 2003/17985K; Y 22. H.D, E. 2013/35129, K. 2013/29245, T. 13.12.2013; Y7. H.D, E. 2015/44311; K. 2016/6553, T. 17.3.2016 www. kazanci.com (1.2.2017).

geçerli feshi düzenleyen 18. maddesinin gerekçesinde, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplere örnekler verilirken, "işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma hali" de yetersizlikten kaynaklanan nedenler arasında sayılmıştır. Öğretide yasanın gerekçesinde yer alan bu ifadenin bulunduğu yerin uygun olmadığı, ancak ifadenin Alman hukuku ile birlikte değerlendirilmesi halinde, belli bir yaşa erişmiş ve yaşlılık aylığı almaya hak kazanmış olan işçinin iş sözleşmesinin; işyerinde personel planlaması, rasyonel bir yaş düzeni kurulması ve işçilere üst düzey makamlara ulaşma yolu açılması gibi nedenlerle sona erdirilebileceği ifade edilmiştir. Anılan kabul, önceden toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliklerinde yaşlılık ve emekliliğin bir fesih gerekçesi olarak düzenlenmiş olmasına bağlanmıştır<sup>66</sup>. Fakat katıldığımız görüşe göre, ifadenin madde gerekçesindeki yeri ve bütünü birlikte değerlendirildiğinde, toplu iş sözleşmesi ya da diğer düzenlemelerle getirilen hükümlere dayalı olarak, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olmak bir fesih gerekçesi değildir. Ancak, işyeri veya işletmeden kaynaklanan nedenlerle işçi çıkartılmaya başlandıktan sonra, öncelikle emeklilik yaşı gelenlerin bir seçim kriteri olarak tercih edilmesi, yapılacak fesihler kapsamında geçerli bir fesih gerekçesi olabilir<sup>67</sup>.

## 2- Yaşlılık ve Emekliliğin Personel Yönetmelikleri veya Toplu İş Sözleşmeleri ile Sözleşmeyi Sona Erdiren Bir Hal Olarak Kabul Edilmesi

### A- Eşitlik Kurumu Kanunu Öncesi Durum

İşverenler, doğrudan emeklilik veya yaş gerekçesiyle işçilerin iş sözleşmelerini feshetmekten ziyade, toplu iş sözleşmesine veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki kaynaklara emeklilik hakkı gelmiş ve belirli bir yaşa ulaşmış işçilerin söz-

leşmelerinin feshedileceği veya kendiliğinden sona ereceği yönünde hükümler koymaktadırlar. Zira işçinin yaşlılığı veya emekliliğinin gelmesi, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi<sup>68</sup>, tek başına bir fesih gerekçesi olmayıp, sadece işletme gereklerinden kaynaklanan ve bir işçi grubunu etkileyen fesihlerde, bu grup arasından seçilecek kişilerin belirlenmesinde bir sosyal seçim ölçütü sayılmaktadır<sup>69</sup>. Yaşlılık ve emekliliğin personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleri ile sözleşmeyi sona erdiren bir hüküm sayıldığı düzenlemelerin geçerli olup olmadığı sorunu, öğretide bir hayli tartışılmıştır. Görüşler ikiye ayrılmaktadır.

Birinci görüşe göre bu tür kayıtlar geçerli kabul edilmelidir. İşletmede geleceğe yönelik bir personel planlaması yapılması ve genç işçilere üst düzey görevlere yükselebileme yolunun açık tutulması için yaşlılık aylığına hak kazanma ve belirli bir yaşa gelmiş olmanın toplu iş sözleşmesi ya da ek protokol ile geçerli fesih gerekçesi olarak kararlaştırılması mümkündür. İşsizliğin azaltılması, gençlere iş olanağı yaratılması, işletmelerin esnek çalışma şartlarına ulaşması ve rekabet gücünü artırması açısından işçi ve işverenin anlaşmasıyla (toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklerle) belirli bir kıdem süresinin doldurulması veya yasal emeklilik yaşına ulaşılması halinde, işverene işçinin sözleşmesini fesih hakkının tanınması ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Dikkat edilmesi gereken husus, uygulamanın herkese eşit ve istisnasız yapılmasıdır<sup>70</sup>. Benzer görüşteki bir yazar, bir itirazını da dile getirmiştir. Yazar, iti-

68 Bkz. V, 1. Yaşlılık ve Emekliliğin İşverence Doğrudan Fesih Nedeni Olarak Kabul Edilmesi.

69 Süzek. (2005), 573; Alp. (Temmuz 2007), 181-182; Aktekin Ş. (Aralık 2010). İş Sözleşmeleri ya da Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2010/78/EC Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. Y. 5, S. 20, 276.

70 Ekonomi (Aralık 2006), 136-138; Tuncay. (2012), 84; Soyer, 50; Şahlanan F. (Ekim 2013). Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol ile Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi- Geçerli Neden. Tekstil İşveren Dergisi. Hukuk 79. S. 394, 1-4; Demir F. (Aralık 2007). Emekliliğe Hak Kazanmış ve 55 Yaşını Doldurmuş İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi Uyarınca İş Sözleşmelerinin Feshedilmesi. Sicil Dergisi. Y. 2, S. 7, 119.

66 Ekonomi. (Aralık 2006), 135-136.

67 Alp M. (Temmuz 2007). Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi. Legal YKİ Dergisi, 181.

razının, "istisnasız" sözcüğüne olduğunu, uygulamanın İş Kanunu ile getirilen yeni "esneklik" felsefesine uygun düşmediğini, toplu iş sözleşmesinde veya personel yönetmeliklerinde "emekliliğe hak kazananlardan işe devamında yarar görülenlerin iş sözleşmelerinin devam ettirileceği" yolunda bir hüküm bulunmayan hallerde, emekliliği gelenlerin "istisnasız" iş sözleşmelerinin feshedileceği yolundaki bir uygulamanın hayatın gerçekleriyle de Kanunun getirdiği yeni "esneklik" felsefesiyle de bağdaşmadığını ifade etmiştir. Yazar ayrıca yıllardır kendisinden istifade edilen tecrübeli muhasebe şefinin veya bir ustanın "emeklilik yaşına" gelmesi nedeniyle özel bir şirkette "zorunlu" olarak "res'en" emekli edilmesi sonucunu doğuracak böyle bir "istisnasız" uygulamayı kabul etmenin mümkün olmadığını, bunun Kanunun amacına (ruhuna) aykırı olduğunu, hükmün uygulamasının "hakkın kötüye kullanılması" (Türk Medeni Kanunu m. 2) ve "işverenin eşit işlem borcu" (İş Kanunu m.5) açısından da denetlenebileceğini, kararda öngörülen "istisnasız" sözcüğünü benimsemenin mümkün olmadığını eklemiştir<sup>71</sup>. Toplu iş sözleşmesine veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki kaynaklara emeklilik hakkı gelmiş ve belirli bir yaşa ulaşmış işçilerin sözleşmelerinin feshedileceği yönünde hükümler koymanın geçerli olacağı kanaatindeki bir diğer yazar ise söz konusu kayıtlarda öngörülen yaş sınırının, yasal olarak öngörülen asgari emeklilik yaşı ile uyumlu olması ve yaş sınırı kaydına işçinin açıkça rıza göstermesi gerektiğini belirtmiştir<sup>72</sup>.

Aksi yöndeki diğer görüşe göre ise, taraflar aralarında anlaşarak toplu iş sözleşmesi ile ya da personel yönetmeliği<sup>73</sup> gibi sözleşmenin eki mahiyetindeki kaynaklarla emekliliğe hak kazanmayı ve belirli bir yaşa gelmeyi geçerli sebep haline kural olarak getiremezler<sup>74</sup>. Bunun çeşitli sebepleri

71 Y9HD, 15.5.2006, 2006/12635E, 2006/14038K, karar ve kararın incelemesi için bkz. Demir 110-126.

72 Yuvalı, 156-157.

73 Personel yönetmeliği ile yaş sınırı getirilmesine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme ve Yargıtay karar incelemesi için bkz. Alp. (Temmuz 2007), 171-189.

74 Ulucan. (2003), 49; Süzek. (2015), 596; Ertürk, 183-184; Alpagut G. (2006/4). İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal

bulunmaktadır. Öncelikle İşK. md 18'de sayılan geçerli sebepler emredici nitelikte olup, geçerli fesih nedenleri tarafların anlaşması suretiyle arttırılmaz. Dolayısıyla anılan yöndeki personel yönetmelikleri, İşK. m. 18/1'deki emredici hükme aykırılık nedeniyle kural olarak geçersizdir. Aynı şekilde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 33/5'e göre, toplu iş sözleşmeleri Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içermeyeceğinden, söz konusu hükümlerin geçerli sayılması mümkün değildir<sup>75</sup>. İş Kanunu, işverenin geçerli fesih gerekçelerini işçiden ve işletmeden kaynaklanan nedenler olarak ikiye ayırmıştır. İşçiden kaynaklanan nedenler işçinin yetersizliğine veya davranışlarına dayanmalıdır. İşçinin belirli bir yaşa ulaşması ile veriminin düşeceği yolunda kesin bir kabul mümkün olmadığından, yaş sınırı öngören düzenlemeler işçinin ne davranışından ne yetersizliğinden kaynaklanan neden olarak değerlendirilebilir. İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri ise kural olarak işgücü fazlasının ortaya çıktığı nedenlerdir. Yaş sınırı öngören kayıtlarda işgücü fazlalığı söz konusu değildir. Dolayısıyla, sadece toplu iş sözleşmesi ile ya da personel yönetmeliği gibi sözleşmenin eki mahiyetindeki kaynaklara hüküm koymak, yetersizlikten veya işletme gereklerinden kaynaklanan bir geçerli fesih nedeni olarak nitelenemez<sup>76</sup>. Anılan tür sözleşme hükümlerinin geçerlilikleri temel haklar karşısında değerlendirmeye tabi tutulduğunda, çalışma yaşının sınırlanmasına ilişkin hükmün hem çalışma hem de kişiliğin serbestçe

Seçim Yüklülüğü Mevcut Mudur?, Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 4, 93; Akı, 8-9; Alp. (Aralık 2006), 156; Baysal. (2012), 159.

75 Süzek. (2015), 596; benzer yönde Ertürk, 183-184; Akı, 8-9; Baysal. (2011), 159; karşılaştırınız Alp. (Temmuz 2007), 184. Aksi yönde olmak üzere, Demir, Yargıtay kararlarında yer alan ve toplu iş sözleşmesi ile emeklilik aylığına hak kazanan ve belli bir yaşa ulaşan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedileceği yolundaki hükümlerin "mevzuata, işçinin kişilik haklarına, ahlak ve adaba aykırı ve konusu imkânsız" bir hüküm olduğunu söylemenin zor olduğunu, bu nedenle, bu hükmün de taraflarca bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde karşılaştırılabilecek bir hüküm olduğuna kuşku duymamak gerektiğini ifade etmiştir (Demir, 119).

76 Alpagut. (2006/4), 93; Baysal. (2011), 159; aynı yazar. (2012), 151.

geliştirilmesi hakkına aykırı olduğunu söylemek mümkündür. İleri bir yaşa gelmiş kimsenin belirli bir yaştan sonra yeni bir işe girip aynı mesleği sürdürmesi güç olduğundan, bu gibi durumlarda çalışma hakkının yanı sıra çalışma özgürlüğü de zedeleneyecektir<sup>77</sup>. Zorunlu emeklilik yaşına ilişkin kayıtlar, Avrupa Birliğinin yaş bakımından ayrımcılığa ilişkin 2000/78 sayılı Yönergesi'ne de aykırıdır. Salt yargı kararları ile bu yönde bir kabul İş Kanunu madde 18 karşısında mümkün değildir. Ayrıca zorunlu yaş sınırı kayıtları işçinin çalışma hakkını sınırlayıcı olduğu için hem Anayasanın eşitlik ilkesine, hem de ayrımcılık yasağını düzenleyen İş Kanununun 5. maddesine aykırıdır<sup>78</sup>.

Yargıtay, kararlarında birinci görüşü desteklemektedir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, yakın tarihli bir kararında, salt emekliliğe hak kazanmanın tek başına geçerli bir fesih nedeni yapılamayacağını ifade etmiştir. Ancak adı geçen Dairenin kararlılık kazanan uygulamasına göre Personel Yönetmeliğinde veya Toplu İş Sözleşmesinde emekliliğe hak kazanmış personelin iş sözleşmesinin feshedileceğine dair düzenlemeler, objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerli kabul edilmektedir. Yargıtay'ın 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin kararlarının da aynı yönde olduğu belirtilmelidir<sup>79</sup>. Buna karşın Eşitlik Kurumu Kanununun çok yeni oluşu sebebiyle, Yargıtay'ın adı geçen Kanunun yürürlüğünden sonra vermiş olduğu bir

kararı tespit etmemiz mümkün olmamıştır<sup>80</sup>.

## B- Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrası Durum

### a- Genel Olarak

Eşitlik Kurumu Kanunu m. 3/(2), yaşa dayalı ayrımcılığın yasak olduğunu ortaya koymuş, aynı Kanunun "Ayrımcılık İddiasının İleri Sürülemediği Haller" başlıklı 7. maddesi ise farklı muamelelenin haklılaştırılabileceğini ve bunun ne şekilde olacağını düzenlemiştir. Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'ye göre, işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele sayılmaz.

Konunun kanaatimizce iki ihtimal üzerinden değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Bunlardan ilki, personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleri ile belirli yaşa gelen işçilerin sözleşmelerinin feshinin geçerli nedene dayandığının, ikincisi ise belirli yaşa gelen işçilerin sözleşmelerinin kendiliğinden sona ereceğinin kabul edildiği ihtimallerdir. Her iki ihtimalde de, yapılan düzenleme yaşa ilişkin bir sınırlama olacaktır.

Konu, ilk ihtimal olan geçerli fesih gerekçesi sayılma açısından değerlendirildiğinde, farklı muameleye maruz kalan işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmaması durumu değiştirmektedir. İşçinin iş güvencesi kapsamı dışında kalması ihtimalinde, işverenin fesih hakkının tek sınırı hakkın kötüye kullanılması yasağıdır<sup>81</sup>. Toplu iş sözleşmeleri veya personel yönetmelikleri ile emekli aylığına hak kazanan ve belirli bir yaşa gelen işçinin sözleşmesinin feshedileceği yönündeki düzenlemeler, Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'ye uygun olması koşuluyla<sup>82</sup>, farklı muamele

77 Ertürk, 183-184; Ulucan. (2003), 49; Alp. (Aralık 2006), 156.

78 Alpagut. (2006/4), 93; Süzek. (2015), 596; Alp. (Temmuz 2007), 184-185.

79 Y. 7HD, 17.3.2016, E. 2015/44311; K. 2016/6553; aynı yönde Y.22HD, 13.12.2013 E.2013/35129, K.2013/29245, T., zikredilen kararlar için bkz. www.kazanci.com (1.2.2017); ayrıca Y.9HD, 10.4.2006, 2006/5883E, 2006/9359K, karar ve iki farklı değerlendirmesi için bkz. Ekonomi. (Aralık 2006), 125-140; Alp M. (Aralık 2006). Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir? Legal YKİ Dergisi, 141-158; Y.22HD, 19.03.2012, E. 2011/17688, K. 2012/4786 nolu karar ve kararın incelemesi için bkz. Şahlanan. (Ekim 2013), 1-4; Y.22HD, 5.6.2012, E. 2011/12567, K. 2012/12533, karar ve kararın incelemesi için bkz. Baysal. (2012), 146-153; Y.9HD, 15.5.2006, E. 2006/12635, K. 2006/14038, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.11, 2006/4, 278-279.

80 Bu noktada Yargıtay'ın Eşitlik Kurumu Kanununu, Kanunun yürürlük tarihinden önceki olaylara mı sonrakilere mi uygulaması gerektiğine ilişkin değerlendirme için bkz. VII. Eşitlik Kurumu Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması.

81 Süzek. (2015), 596; Engin M. (2003). İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri ile Feshi, İstanbul: Beta Yayınevi, 16 vd.

82 Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'ye uygunluk, V.2. B. b. "Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'nin Değerlendirilmesi" başlığı altında açıklanacağı için, burada detaya girilmemiştir.

oluşturmayacaktır. Buna karşın, Eşitlik Kurumu Kanununun adı geçen hükmünün, aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere bir hayli sınırlayıcı olduğu da belirtilmelidir.

Diğer taraftan belirli bir yaşa gelen ve emekli aylığına hak kazanan işçinin, iş güvencesi kapsamı dışında kalmasına uygulamada pek rastlanmamaktadır. Zira, işçinin iş güvencesi kapsamı dışında kalması için kıdeminin 6 aydan az olması gerekir ki, olağan durum belirli yaştaki işçinin kıdeminin 6 aydan fazla olmasıdır. İşyerindeki işçi sayısı kriteri açısından değerlendirme yapıldığında da, 30 işçiden az işçinin çalıştığı küçük işyerlerinde, zorunlu emeklilik yaşına ilişkin işyeri iç yönetmeliği ya da benzeri yazılı düzenlemelere rastlamak düşük bir ihtimaldir. Yine, iş güvencesinin kapsamı içinde olmak için belirsiz süreli sözleşme ile çalışmak gerekmektedir. Belirli süreli sözleşmeyle çalışanların sözleşmelerinin sona ereceği tarih zaten baştan bellidir. Zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemelerin, belirli süreli sözleşme ile çalışanlar için etkili olması mümkün gözükmemektedir. Bu noktada, sözü edilen düzenlemelerden etkilenebilecek tek grup, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işveren vekilleridir. Anılan işveren vekilleri için, diğer iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerde olduğu gibi, İşK. m. 22'ye uygun yapılmış personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleri ile getirilen yaş sınırlamalarının, geçerli sayılması gerekecektir. Anılan kurala tek istisna, hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Geçerli fesih gerekçelerini artırma işlevi de gören ve personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmelerine yaş sınırlamaları getiren hükümlerinin geçerliliği konusu, iş güvencesi kapsamı içindeki işçiler açısından ise İşK. m. 18 ile Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'yi karşı karşıya getirmektedir. İş Kanununun 18. maddesinin nispi emredici yapısı gereği<sup>83</sup>, Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)

çerçevesinde getirilen hükmün, işçi lehine olması halinde, geçerli fesih gerekçelerinin artırılması mümkün olabilir. Ancak personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleri ile emekli aylığına hak kazanan ve belirli yaşa gelen işçinin sözleşmesinin işverence geçerli olarak feshedileceği yönündeki hükümlerin işçi lehine olması kanaatimizce mümkün değildir. Şöyle ki, yaşlılık aylığı almaya hakkı olan bir işçi için zorunlu emeklilik yaşına ilişkin bir düzenlemenin işçi lehine olması; onun emekliliği tercih etmesi, çalışmayı istememesi anlamına gelmektedir. Oysa işçi emekli olmak istese zaten, sözleşmesini kendi feshedip, emekli aylığı alma hakkı bulunmaktadır. Aksi durum, işçinin emekli olmak istemediğini göstermektedir. Özetle personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleri ile yaşlılık aylığı almaya hak kazanan ve belirli yaşa gelen işçinin sözleşmesinin işverence geçerli olarak feshedileceği yönündeki hükümlerin kural olarak işçi lehine olmayacağı, dolayısıyla da geçerli kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

İkinci ihtimalde ise personel yönetmeliği veya toplu iş sözleşmesi ile belirli yaşa gelen işçinin sözleşmesinin kendiliğinden son bulmuş sayılacağı yönündeki düzenlemelerin geçerli olup olmadığı üzerinde durmak gerekmektedir. Zira, Türk hukuk mevzuatında, kendiliğinden sona erme, sözleşmenin sona erme hallerinden biri olarak düzenlenmemiştir. Şöyle ki, iş sözleşmesinin sona erme halleri; fesih ve fesih dışı sona erme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İş Kanunlarında feshe ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmakla birlikte, iş sözleşmesinin fesih dışı sona erme halleri kural olarak Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Fesih, süreli ve derhal fesih şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Fesih dışı sona erme halleri ise; ölüm (TBK. m. 440 ve m. 441/2), belirli süreli sözleşmenin süresinin sona ermesi (TBK. m. 430) ve tarafların sözleşmeyi anlaşarak sona erdirmesidir (Anayasa m. 48)<sup>84</sup>. İşçi-

83 İşK. m. 18'in nispi emredici yapısı hakkında bkz. Süzek. (2015), 664; Özdemir E. (2005). İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD, C. 54, S.3, 117; Sarıbay G. (2007). Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları. İstanbul: Legal Yayınevi, 79. Ayrıca İş hukukunun emredici

yapısı hakkında detaylı bir inceleme ve değerlendirme için bkz. Yenisey Doğan K. (2014). İş Hukukunun Emredici Yapısı. İstanbul: Beta Yayınevi.  
84 Süzek. (2015), 529 vd. ; Güzel A. (2014). İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım). İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu. İstanbul: Legal Yayınevi, 239-262; Yenisey Doğan



nin sözleşmesinin emekli aylığına hak kazanması ve belirli bir yaşa gelmesi halinde, kendiliğinden son bulmuş sayılacağı yönündeki düzenlemelerin fesih olarak kabul edilemeyeceği aşikardır. Ölüm ve belirli süreli sözleşmenin süresinin sona ermesi, birer kendiliğinden sona erme türüdür. Ancak, sona erme nedenleri kendine özgüdür. Zorunlu emeklilik yaşıyla bağlantıları yoktur. Diğer taraftan, personel yönetmeliklerine veya toplu iş sözleşmelerine işçinin belirli bir yaşa gelmesi ve emekliliğe hak kazanması halinde, sözleşmesinin kendiliğinden son bulacağı yönündeki düzenlemelerin ikale ( tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesi) olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır.

İkale, tarafların aralarında anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmesidir. Dolayısıyla işçinin bu düzenlemeye rızası olmalıdır. Kendiliğinden sözleşmenin son bulacağı yönündeki yaş sınırlamalarında, genel olarak ikalenin geçerlilik koşulları değerlendirilir ve anılan koşulların yokluğu; özellikle işçinin ikalede menfaatinin olmaması ihtimalinde, düzenlemenin geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir<sup>85</sup>. Buna karşın ikalenin geçerlilik koşulları varsa, emekli aylığına hak kazanan ve belirli yaşa gelen işçilerin sözleşmelerinin personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleri ile kendiliğinden sona ereceği yönündeki düzenlemelerin ikaleye yaklaştığı sonucuna ulaşıp, ikale varmış gibi değerlendirme yapılması mümkündür. Anılan değerlendirme sonrasında ikinci ve esas aşama, düzenlemenin "Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'ye uygun olup olmadığının tespiti-

dir. Yapılan farklı işlemin nasıl m. 7/1, (c)'ye uygun olacağı, başka bir deyişle ne şekilde haklaştırılacağı üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir.

Eşitlik Kurumu Kanununun yaşa dayalı ayrımcılık yasağına istisna getiren 7. maddesinin madde gerekçesinde, hükmün ilgili Avrupa Birliği müktesebatı ışığında hazırlandığı ifade edilmiştir. Gerekçeye göre zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı farklı muamele yapılabilir, hizmetin zorunlu kıldığı yaş sınırları istisna olarak getirilebilir<sup>86</sup>. Adı geçen Avrupa Birliği müktesebatı, 2000/78 sayılı Yönerge olduğundan, hükümlerin anılan Yönerge ve Yönergenin uygulayıcısı niteliğindeki ABAD kararları ışığında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

2000/78 sayılı Yönerge m. 6'ya göre yaşa dayalı ayrımcılık yasağına istisna getirilebilir; ancak bunun birtakım koşulları bulunmaktadır. Yönergenin sözü edilen hükmü, yapılan davranışın ülke iç hukukları bağlamında objektif ve makul şekilde haklı gösterilebilecek meşru bir amaca sahip olmasını şart koşmaktadır. Meşru amaç, meşru bir istihdam politikasına dayanabildiği gibi, işgücü piyasasına veya mesleki eğitim gerekliliğine de dayanabilir. Aynı zamanda, yapılan farklı muamele, meşru amacı gerçekleştirmek için hem gerekli hem de uygun olmalıdır (2000/78 sayılı Yönerge m. 6/1).

2000/78 sayılı Yönerge incelendiğinde, ulusların kendi iç hukuklarında bu yönde istisnai düzenlemeler yapabileceği; fakat bunun sınırlı olması gerektiği ifade edilmiştir. Eşitlik Kurumu Kanunu da Yönergeye uygun şekilde yaşa dayalı ayrımcılık yasağının istisnalarına sınırlama getirmiştir. Yönerge ve Eşitlik Kurumu Kanunu, yaş sınırlamalarının ayrımcılık sayılmayacağı hallere ilişkin esasen farklı kriterler öngörmüştür. Her ne kadar, Eşitlik Kurumu Kanunu, mehz Yönerge çerçevesinde yorumlanmalıysa da, getirdiği açık düzenlemelerin yadsınması mümkün değildir. Şöyle ki, Yönergeden farklı olarak adı geçen Kanun, hizmetin zorunluluklarını koşul olarak öngörmüştür. Dolayısıyla, hizmetin zorunluluğunun

K. (2014). Türk Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi" ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu. İstanbul: Legal Yayınevi, 95-108.

85 İkale hakkında bkz. Güzel. (2014), 240-255; Taşkent S. (2011). İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi. Kamu-İş, S. 4. 1-7. Özdemir E. (2013). "Sulh Sözleşmesi" Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Daire Kararlarının İncelenmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 30. 50-66; Astarlı M. (2013). İş Hukukunda İkale. Ankara; Alp M. (2008). İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları. İHSGHD. S. 17, 27-46; Kabakçı M. (2012). Sözleşme Özgürlüğü ve İkale, Karar İncelemesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 25, 121-135.

86 www.tbmm.gov.tr (21.02.2017)

olmadığı ihtimalde, yaş sınırlamaları, ayrımcılık teşkil edecektir. Diğer taraftan aynı Kanun, bunu da yeterli görmemiştir. 2000/78 sayılı Yönergeye (m. 6)'ya benzer şekilde, yapılan farklı muamelelerin gerekli ve amaçla orantılı olmasını şart koşmuştur (Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, c)<sup>87</sup>.

#### **b- Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'nin Değerlendirilmesi**

##### **aa. Hizmetin Zorunluluğu Kriteri**

Eşitlik Kurumu Kanunu yaş sınırlamalarının yapılabilmesi için hizmetin bir zorunluluğunun olması gerektiği düzenlemiştir (m. 7/1, (c)). Adı geçen kritere ilişkin olarak ayrıntılı ve açık düzenlemeler bulunmayıp, belirtilen ibarenin içinin doldurulması gerekecektir. Hizmetin bir zorunluluğu olma, yaşa ilişkin sınırlamanın hizmetin ifası için olmazsa olmaz bir koşul niteliği taşıması şeklinde anlaşılmaktadır. Bu noktada nelerin hizmetin zorunluluğu olamayacağı üzerinde durmak faydalı olacaktır. Kanaatimizce 2000/78 sayılı Yönergenin 6. maddesi çerçevesinde meşru amaç<sup>88</sup> olarak ifade edilen; örneğin genç işçilere istihdam yaratma veya istihdamı planlama ya da belirli yaştaki işçilerin verimi ile ilgili uyumsuzlıklardan kaçınma yahut işçilerin aşağılanması olarak kabul edilebilecek şekilde sözleşmelerin feshinin önüne geçme ve benzeri amaçlar, hizmetin zorunluluğu olarak değerlendirilemez. Adı geçen gerekçeler, meşru amacın dar veya geniş yorumlanmasına bağlı olarak farklı şekillerde değerlendirilebilecek olmakla birlikte, hizmetin zorunluluğu kriteri geniş yoruma açık bir ifade değildir. Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7 hükmü ile her ne kadar yaş sınırlamalarının farklı muamele sayılmayabileceği yönünde düzenleme getirilerek, yaşa dayalı farklı muamelelerin önü yasal olarak açılmış gibi görünse de, aslında hüküm, getirdiği kriterler ile aksini mümkün kılmayarak, bu imkanı önemli ölçüde daraltmıştır. Personel yönetmelikleri ya da toplu

iş sözleşmeleri ile işçi aleyhine getirilen zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemeler, adı geçen Kanun maddesine uygun değilse, bu düzenlemelerin geçerli kabul edilebilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

Öğretide çoğunluk ve Yargıtay, yüksek zihinsel, fiziksel ve psikolojik efor gerektiren iş ve meslekler bakımından belirli bir yaşa ulaşmanın yeterlilik kaybını beraberinde getirmesi sebebiyle, değinilen tür işlerde belirlenen zorunlu emeklilik yaşına ilişkin sınırlamaları geçerli saymaktadır. Örneğin pilotlarda, itfaiyecilerde<sup>89</sup>, cerrahlarda, sürücülerde olduğu gibi. Bu tür işlerde yaş ilerledikçe vücutta ve beyinde meydana gelecek olumsuz değişikliklerin kişinin kendisinin ve başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürebildiği için yaptıkları işe özgü yaş sınırlamalarının getirilmesi haklı olarak uygun görülmektedir<sup>90</sup>.

Adalet Divanının çözümlediği pek çok dava da, üye devletler tarafından özellikle ulusal planlarında farklı meslek grupları için öngörülen zorunlu emeklilik yaşlarına ilişkin ortaya konulan meşru amaçların haklı şekilde gerekçelendirilebilmesine ilişkindir<sup>91</sup>. Eşitlik Kurumu Kanunu ile getirilen hizmetin zorunlulukları kriteri, adı geçen kararlar ışığında yorumlandığında, uygulamada hukuki bir zemini bulunmadan geçerli kabul edilen düzenlemelerin, yasal bir zemine kavuştuğu sonucuna varılmaktadır. Daha açık bir deyişle, kanaatimizce yaş sınırlamasının hizmetin zorunluluğu sayılabilmesi, yüksek zihinsel, fiziksel ve psikolojik efor

87 Anılan kriterler hakkında aşağıda V.2. B. b. bb. "Gereklilik ve Amaçla Orantılılık Kriterleri" başlığı altında detaylı bilgi verildiğinden burada tekrardan kaçınılmıştır.

88 Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın meşru amaç olarak kabul ettiği amaçlar için bkz. III. Yaşlı Ayrımcılığına İlişkin AB Mevzuatı ve Uygulaması.

89 Avrupa Birliği Adalet Divanı, Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main davasında, başvurucu 31 yaşını doldurduğu için itfaiye eri olarak kabul edilmemesini, ayrımcılık yasağına aykırı görmemiştir. Zira yangınla etkin mücadelede itfaiye eri için yaş sınırının getirilmesi bir zorunluluktur. (Yücel E. (2015). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku. Adam Akademi. 6/1, 78).

90 Alpagut. (2008), 24-25; Tuncay. (Haziran 2012), 90; Alp. (Aralık 2006), 156; aynı yazar. (Temmuz 2007), 188; Süzek. (2015), 597; Sözer, 199; Baysal. (2011), 161; Manav E.A. (2014). 2000/43, 2000/78, 2006/54 sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 15, Özel Sayı, 768; Yuvalı, 157.

91 Kaya. (2015), 81.

gerektiren iş ve meslekler söz konusu olduğunda mümkündür.

**bb. Gereklilik ve Amaçla Orantılılık Kriterleri**

Eşitlik Kurumu Kanununa göre işe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele sayılmaz (m. 7/1, (c)). Dolayısıyla yaş sınırlamalarının geçerli kabul edilebilmesi için öncelikle sınırlamanın hizmetin bir zorunluluğu olup olmadığı kontrol edilecektir. Ardından düzenlemenin gereklilik ve amaçla orantılılık kriterlerine uygun olup olmadığı inceleneyecektir. Adı geçen koşullardan birinin yokluğu, düzenlemenin farklı muamele sayılması sonucunu doğuracaktır.

2000/78 sayılı Yönerge m. 6 ile yaşa dayalı farklı muamelenin haklılaştırılabilmesi imkanı getirilirken öngörülen koşullardan biri, yapılan farklı muamelenin adı geçen meşru amacı gerçekleştirmek için "gerekli" olmasıydı (m. 6/1). Gereklilik, aynı sonuca başkaca bir yoldan ulaşmanın mümkün olmaması şeklinde tanımlanmaktadır. Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'de olduğu gibi 2000/78 sayılı Yönergede de aynen ifade bulan gereklilik kriteri açısından, ilgili kısımda yaptığımız değerlendirmeler geçerli kabul edilmelidir<sup>92</sup>. Diğer taraftan konuyu netleştirmek adına ABAD'ın gereklilik kriterini detaylı şekilde incelediği iki kararına değinmek yerinde olacaktır.

Kararlardan ilki, Petersen v. Beerufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe<sup>93</sup> davasına ilişkindir. Anılan davada tartışılan hüküm, Alman Sosyal Güvenlik Kanununun kamuya bağlı görev yapan diş doktorlarının en fazla 68 yaşına kadar çalışabilmelerine izin veren hükmüdür. Buna göre 68 yaşını dolduran ve kamuda görevli diş doktorları, görev yapma yetkilerini kaybetmektedirler (Kitap V, Parag. 95/7).

92 Gereklilik kriteri hakkında bilgi için bkz.V. 2. B. b. bb. "Gereklilik ve Amaçla Orantılılık Kriteri".

93 Case C-341/08, Dr. Domnica Petersen Petersen v. Beerufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, [2010] ECR I-00047, dava hakkında bilgi için bkz. Tiritoglu, 141-146.

Ancak özel muayenehanesi olan diş doktorları adı geçen sınırlamaya tabi değildir. Diş doktoru olan Domnica Petersen'e, 68 yaşını doldurduğunda, kendisine anılan Kanun hükmü nedeniyle mesleğini yapamayacağı bildirilmiştir. Petersen, önce Alman İdare Mahkemesinde sözü edilen kararı dava etmiş, ardından konu ABAD'a taşınmıştır. Alman hükümeti yaş sınırlamasına ilişkin Kanun hükmünün iki gerekçesinin olduğunu iddia etmiştir. Gerekçelerden ilkinde göre, genel deneyimlere göre belirli yaşa gelen diş doktorlarının performansları düşmekte ve bu da hastaların sağlığını tehdit etmektedir; ikincisine göre ise diş doktorlarının iş bulma şansları kuşaklar arasında paylaştırılmalıdır, böylece genç diş doktorlarına istihdam yaratma amacına ulaşılabilecektir. ABAD, bu davada, öncelikle 68 yaş sınırı getiren hükmün, meşru bir amacı olup olmadığını değerlendirmiştir. 68 yaşına gelen diş doktorlarının performanslarının düştüğünden hareketle, hastaların sağlığının korunması amacıyla yaş sınırı getirilmesinin ve genç diş doktorlarının iş bulma şanslarını artırma amacının meşru bir sosyal ve istihdam politikasına dayandığını kabul etmiştir. Sorun, adı geçen amaç için alınan önlemin uygun ve gerekli olup olmaması noktasında toplanmıştır. Divan, belirlenen yaş sınırının 2000/78 sayılı Yönergenin 2(5). maddesi çerçevesinde gerekli olmadığına karar vermiştir. Zira yasak sadece kamuda çalışan diş doktorları için geçerli olup, özel sektörde çalışanlar için geçerli olmadığından, kamu ve özel sektör arasında yaratılan bu farklı uygulama tutarsız olarak değerlendirilmiştir. Bu sebeple, hastaların sağlığının korunması için yaş sınırı getirilmesinin gerekli olduğu savunmasına itibar edilmesi mümkün görülmemiştir<sup>94</sup>. Kararda ABAD, Alman hükümetinin belirli yaşa gelen diş doktorlarının performanslarının düşeceği yönündeki gerekçesini, detaylı şekilde sorgulamadan kabul etmiştir. Bu noktaya itiraz etmekle birlikte, Adalet Divanının gereklilik kriteri açısından yaptı-

94 Sargeant M. (2011). Age Discrimination: Ageism in Employment and Service Provision, 1. Bası, Birleşik Krallık: Gower Yayınevi, 201-201; adı geçen dava hakkında bkz. Tiritoglu, 144-145.

ğı değerlendirmenin son derece yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Üzerinde durmak istediğimiz ikinci karar ise Prigge ve diğerleri v. Deutsche Lufthansa AG (ECJ) davasıdır<sup>95</sup>. Bay Prigge ve arkadaşları, Lufthansa Havayollarında uzun yıllar pilot olarak görev yapmıştır. Bağlı oldukları toplu iş sözleşmesinde 60 yaşını bitiren pilotların, bu yaşı doldurdukları ayın sonunda, herhangi bir ihtaraya gerek olmaksızın sözleşmelerinin son bulacağı hükmü yer almaktadır (5a Numaralı Toplu İş Sözleşmesinin 19 (1). maddesi). ABAD'ın önüne gelen davada, Lufthansa Şirketi, toplu iş sözleşmesine koyduğu zorunlu emeklilik hükmünün yaş ayrımcılığı teşkil etmediğine gerekçe olarak üç sebep göstermiştir. Sebeplerden birincisi, kamu güvenliği (2000/78 sayılı Yönerge m. 2 (5)), ikincisi yaş sınırlamasının gerçek bir mesleki gereklilik olduğu (2000/78 sayılı Yönerge m. 4) ve üçüncüsü bu farklılığın objektif ve gerekçeli şekilde haklılaştırılmış olmasıdır (2000/78 sayılı Yönerge m. 6). Adalet Divanı, zorunlu emeklilik yaşına ilişkin hükmün temel amacının havayolu yolcularının güvenliği olduğu yönündeki savunmayı, meşru bir amaç olarak kabul etmiş ve yaş ilerledikçe bazı yetiler azaldığı için yaş sınırı düzenlemesi şeklinde alınan önlemin uygun görmüştür. Fakat, sınırlamanın "gerekli olmadığına" karar vermiştir. Zira, ulusal ve uluslararası mevzuatta pilotlar için yaş sınırı 65 olarak belirlenmiştir. Dahası Lufthansa Şirketi, kendi yolcuları özelinde mesleki gereklilik olarak toplu iş sözleşmesi ile neden mevcut yasal hükümlerden daha düşük zorunlu emeklilik sınırının getirildiği yönünde bir delil sunamamış, anılan toplu iş sözleşmesi hükmünü haklı bir şekilde gerekçelendirememiştir<sup>96</sup>. Adalet Divanı'nın

değindiğimiz her iki kararında da, meşru amacın varlığının kabul edildiği; diğer taraftan amaca ulaşmak için seçilen yolun "gerekli olmadığı" kanaatine varıldığı görülmektedir.

Yaşa dayalı farklı muamelenin haklılaştırılabilmesi için Eşitlik Kurumu Kanunu tarafından aranan diğer kriter, hareketin "amaçla orantılı" olmasıdır (m. 7/1, c). Anılan hükmü düzenleyen 7. maddenin gerekçesinde, maddenin ilgili AB müktesebatı ışığında hazırlandığı, zorunlu mesleki gereklerin varlığı halinde, amaca uygun ve orantılı olan farklı muamelenin yapılabileceği belirtilmiştir. Gerekçeden hareketle, AB müktesebatının değerlendirmelerimizde yol gösterici olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Amaçla orantılılık yanında amaca uygunluk kriterine de uygun davranılması gerektiği düşünülebilir.

"Orantılılık" kriteri dar anlamda ölçülülük şeklinde de ifade edilmektedir. Şöyle ki, genel olarak kabul gören görüşe göre, ölçülülük ilkesi üç alt ilkeden oluşmaktadır. Bunlar elverişlilik (uygunluk), gereklilik ve dar anlamda ölçülülük olarak da adlandırılan orantılılıktır<sup>97</sup>.

Uygunluk ilkesi, belirli bir amaca ulaşmak için yalnızca, kendisinin yardımıyla veya kullanılmasıyla arzu edilen sonuca ulaşabilmeyi prensip olarak mümkün kılacak araçların kullanılması anlamına gelmektedir<sup>98</sup>. Yapılan seçimin dayandığı tahminin bir belirsizlik unsurunu ihtiva etmesi sebebiyle, somut olayda amaca ulaşmak için seçilen tedbirin, esas itibarıyla arzu edilen sonucu gerçekleştirmeye yaradığı kabul edilebildiği zaman, bu tedbir amacın gerçekleştirilmesi açısından uygun sayılmaktadır<sup>99</sup>. Hedeflenen sonucun gerçekleşmesini güçleştiren veya arzu edilen amaç açısından herhangi bir etki doğurmayan

95 C-447/09, Reinhard Prigge, Micheal Fromm ve Volker Lambach v. Deutsche Lufthansa AG [2011] ECR I-8003, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5bf9ba425acf94d0a83fff08318907acc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLahf0?text=&docid=109381&pageIndex=0&doclang=en&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=897256> (16.03.2017).

96 Fudge J. (2017). Dignity, Disadvantage and Age: Putting Constitutional and Fundamental Rights to Work for Older Workers, Elder Law, Evolving European

Perspectives, Birleşik Krallık: Edward Elgar Yayınevi, 81.

97 Yıldız G.B. (2014). Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi. C. 15. Özel Sayı, 682 ve dn. 4'de adı geçen eserler.

98 Detaylı bilgi için bkz. Kılıçoğlu/Şenocak, 185 vd.

99 Kılıçoğlu M./Şenocak K. (2010). İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultimo-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu. Osman Güven Çankaya'ya Armağan. İstanbul: Kamu-İş Yayınevi, 186.

tedbir ise uygun olmayan tedbirdir<sup>100</sup>. Yaşa ilişkin sınırlama açısından konu netleştirilirken dikkat edilecek husus, sınırlamanın korunmak istenen amacı sağlamaya yetecek güçte olmasının gerekliliğidir.

Orantılılık ilkesi, araç ile amacı karşılaştırarak müdahalenin ağırlığı ile söz konusu müdahaleyi hukuka uygun hale getiren nedenlerin önemi arasında değerlendirme yapılmasını sağlamaktadır<sup>101</sup>. Adı geçen ilkenin değerlendirilmesi sırasında, tarafların yarar ve çıkarları birbiri ile kıyaslanmaktadır<sup>102</sup>. Elverişli ve gerekli olduğu iddia edilen araçla, müdahale ettiği eşit davranma borcunun niteliği birbiriyle orantılı olmalıdır<sup>103</sup>.

Adalet Divanı, Bilka<sup>104</sup> davasında orantılılık denetimini uygulamıştır. Uyuşmazlık konusu olay, işveren tarafından kısmi süreli çalışanların "işyeri emeklilik sigortasından" yararlanabilmeleri için yirmi yıllık çalışma süresi öngörülmüş ve adı geçen sürenin en az on beş yılının tam süreli çalışma ile geçirilmiş olması koşulunun getirilmiş olmasına ilişkindir. Sorun, anılan durumun, çoğunluğunu kadınların oluşturduğu kısmi süreli çalışanlar aleyhine ayrımcılık oluşturup oluşturmadığıdır. K. Weber von Harzt, işletmedeki iş ilişkisini belirli bir süre kısmi süreli sözleşmeli olarak geçirmiştir. Bu sebeple işyeri emeklilik hakkına hak kazanmanın asgari koşullarını gerçekleştirilememektedir. Yaşlılık aylığından yararlanma hakkını kazanamamıştır. K. Weber von Harzt, konuyu Alman İş Mahkemesi önüne, ardından ABAD'a taşımıştır. İşveren savunmasında, işletme politikasını ekonomik temele dayandırmış, tam süreli çalışmanın işlet-

menin ekonomik verimliliğini arttıracak olması nedeniyle özendirilmek istendiğini belirtmiştir<sup>105</sup>. Adalet Divanı, işverenin bu yöndeki politikasını cinsiyete dayanmayan objektif ve haklı nedenlerle gerekçelendirmesi halinde, uygulamanın ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmiştir<sup>106</sup>. Uyuşmazlık konusunun bizi ilgilendiren asıl kısmı ise kullanılan araçların işveren tarafından güdülen amaçla "ölçülü" olup olmadığının belirlendiği aşamadır<sup>107</sup>. ABAD'a göre istatistiklerin, bu koşulun erkeğe göre çok daha az sayıda kadın işçi tarafından yerine getirildiğini göstermesi ve ilgili düzenlemenin cinsiyet dışında nedenlere dayalı olarak gerekçelendirilememesi halinde ayrımcılık ortaya çıkacaktır<sup>108</sup>. Divan, adı geçen kararda, işletmenin gerçek bir ihtiyacını sağlamak için öngörülen araçların, ihtiyacın yöneldiği amacı gerçekleştirebiliyor ve amacı aşmıyorsa "ölçülü" sayıldığını, işverenin aynı amaca ulaşmak için bu aracın dışında daha az sakıncalı bir araca başvurmasının mümkün olmaması durumunda, söz konusu araçların "gerekli" olarak değerlendirildiğini belirtmiştir<sup>109</sup>. Divan, uygulamanın ölçülülük ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığını üç aşamalı bir testten geçirerek saptamaktadır. İlk aşamada, önlemin ya da aracın belli bir amaç için uygunluğu, daha sonra gerekliliği veya zorunluluğu, son aşamada ise önlem ya da aracın yöneldiği hukuki çıkarlarla orantılılığı saptanmaktadır<sup>110</sup>. Orantılılık, uygulama ile bu uygulamadan etkilenen kişilerin hukuki çıkarlarına verilen zararın, amaçlanan yararlarla uygun bir oranda olması anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, ayrıma yol açan önlemler veya uygulama ile gelişen zararlar, getirdiği ya-

100 Kılıçoğlu/Şenocak, 186-187.

101 Metin Y. (2002). Ölçülülük İlkesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 130.

102 Alp M. (Ocak 1999). Ölçülülük İlkesinin Özel Hukuk ve İş Hukukunda Özellikle de Hizmet Akdinin Feshinde Uygulanması -Alman Hukukuna Göre- Yasa Hukuk Dergisi, 1523.

103 Yenisey Doğan K. (2005). Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi. İHSGHD. S.7, 996, 1001; Süzek. (2008), 27.

104 Case 170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1607 ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170\\_4.4.2017](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170_4.4.2017)).

105 Onaran Yüksel, 107'de dn. 28; Kaya. (2012), 110.

106 Case 170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1607, para.31 ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170\\_4.4.2017](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170_4.4.2017)).

107 Case 170/84 Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1607, para.35 ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170\\_4.4.2017](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170_4.4.2017)); Kaya. (2012), 131'de dn. 436.

108 Kaya. (2012), 131'de dn. 450.

109 Onaran Yüksel M. (2000). Karşılaştırmalı Hukuk İşığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği. İstanbul: Beta Yayınevi, 108; Kaya. (2012), 111.

110 Onaran Yüksel, 107-108.

rarlardan büyük olmamalıdır<sup>111</sup>. Anılan örnek yaş sınırlamaları açısından değerlendirildiğinde, getirilen zorunlu emeklilik uygulaması ile korunmak istenen kamu güvenliği veya benzeri nedenli çıkar ile çalışma hayatından uzak kalan işçinin uğradığı zararın orantılı olması gerekecektir.

*cc. 2000/78 sayılı Yönerge m. 6 Hükmü ile Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c) Hükmünün Kıyaslanması*

2000/78 sayılı Yönerge m. 6'ya göre yaşa ilişkin farklı muamelenin haklılaştırılabilmesi, meşru bir amaç için yapılması ile meşru amaca ulaşmak için seçilen yolun uygun ve gerekli olmasına bağlıdır. Eşitlik Kurumu Kanunu'na göre ise farklı muamele hizmetin zorunluluğu olmalı ve farklı muamelenin gerekli ve amaçla orantılı da olması gerekmektedir (m. 7/1, c). Yönerge ve Eşitlik Kurumu Kanunu, farklı muamelenin haklılaştırılmasını farklı koşullara bağlamışlardır. Anılan Yönerge üye devletlerin tümüne uygulanacak genel hükümler getirdiğinden, farklı muameleyi haklılaştıracak olan meşru amacın ne olduğunu tespiti ulusal mevzuata bırakmıştır. Eşitlik Kurumu Kanunu ise meşru amacı, hizmetin zorunluluğu kriteri ile sınırlanmıştır. Böylece, meşru amaç sayılabilecek ve yabancı mevzuatta kural olarak meşru amaç olarak kabul edilen (işyeri istihdam planının yapılması, genç işçilere terfi yolunun açılması gibi) birçok gerekçe, yasallık çizgisinin dışında bırakılmıştır. Gereklik kriteri her iki düzenlemede de benimsenmiş; buna karşın ikinci kriterler farklılık göstermiştir. Eşitlik Kurumu Kanununun getirdiği amaçla orantılı olma, Yönergede uygunluk olarak belirlenmiştir. Uygunluk ve orantılılık aynı olmamakla birlikte, birbirini tamamlar niteliktedir. Bu sebeple Adalet Divanı kararları göz ardı edilmeden, ancak uygunluk kriteri yeterli kabul edilmeyerek, amaçla orantılılığın somut olayda aranması gerekecektir. Daha açık bir deyişle, personel yönetmelikleri ve toplu iş sözleşmeleri ile zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemeler, sadece Eşitlik Kurumu Kanununa tam uygun olması halinde geçerli kabul edilmelidir. Tam uygunluk,

yaş sınırlamalarının hizmetin bir zorunluluğu olması ve gereklilik ve amaçla orantılı olmasına bağlıdır.

## VI. Eşitlik Kurumu Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması

Eşitlik Kurumu Kanununun "Yürürlük" başlıklı 29. maddesine göre, anılan Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Konunun sorun teşkil eden kısmı ise mahkemelerin Eşitlik Kurumu Kanununu hangi tarihte kurulmuş hukuki işlemlere uygulaması gerektiğidir. Başka bir deyişle, Eşitlik Kurumu Kanunu, yürürlük tarihinden önce gerçekleşen olayları etkileyecek midir, adı geçen olaylara uygulanacak mıdır?

Yeni kanunun kural olarak gelecekteki işlemlere uygulanacağı kabul edilmektedir. Zira yeni bir kanunla, taraf iradelerine tanınan hakimiyetin zedelenmesi hem sözleşme serbestisi hem de hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır. Gelecekteki işlemler ile kastedilen; eski kanun zamanında tamamlanmamış, hukuki sonuca ulaşmamış veya hiç oluşmamış işlemlerdir. Eski kanun zamanında ve ona uygun biçimde oluşmuş ve tamamlanmış işlemlerin ise yeni kanundan etkilenmesi mümkün değildir. Anılan ilkeye "kanunların geçmişe etkili olmaması" adı verilmektedir<sup>112</sup>. Kanunların geçmişe etkili olması yasağı, hukukumuzun genel ilkelerinden biridir. Ancak "geçmişe etkili olma" kavramı öğretide farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Tartışma esasen iki teorinin doğmasına yol açmıştır. Sözü edilen teoriler "klasik teori" (kazanılmış hak teorisi) ve "modern teori (kanunların derhal yürürlüğü teorisi)"dir<sup>113</sup>.

<sup>112</sup>Gözübüyük Ş. (2008). Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları. 29. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 72-73; Baysal B. (2004). Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü. Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan. Ankara, 476 vd.; Baysal B. (2012). Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü. İÜHF. C. LXX, S. 1, 236.

<sup>113</sup>Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol Ş. (2006). Medeni Hukuka Giriş. 2. bası. İstanbul: Vedat yayıncılık, 171-173; Baysal B. (2004), 476-481.

<sup>111</sup> Onaran Yüksel, 108.

Modern teori doğrultusunda katıldığımız görüşe göre; iki olasılık söz konusudur. İlk olasılıkta, yeni kanun, eski kanun zamanında kurulmuş ve etkilerini yeni kanun zamanında sürdürmekte olan bazı hukuki durumlara müdahale etmez. Eski kanun bu durumlar için varlığını sürdürür. İkinci olasılıkta, yeni kanun bu durumlara da müdahale eder ve tüm hukuki durumlar için derhal yürürlüğe girer. İki çözüm olasılığında da geçmişe etki söz konusu değildir. Zira tamamen eski kanun zamanına ilişkin bir hukuki duruma müdahale yoktur. Eğer böyle bir müdahale olsaydı, geçmişe etkiden bahsedilebilirdi<sup>114</sup>. Dolayısıyla, modern teoride yarışan iki ilke, kanunların derhal yürürlüğe girmesi ilkesi ile eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesidir<sup>115</sup>. İki ilkeden hangisinin uygulanacağına karar verilirken, hukuki durumun meydana gelmesinde bireylerin iradesinin mi yoksa kanun koyucunun iradesinin mi ön planda olduğu dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu hukuki bir statü yaratmış ise artık taraf iradeleri geri planda kalır ve kanun koyucunun iradesi ile aynı durumda olan tüm hukuk sùjeleri anılan statüye tabi olur. Bunların başında usul kanunları gelmektedir. Sözleşmesel hukuki durumlar ise birey iradelerinin ön planda olduğu ve bireylerin (emredici hükümlere bağlı kalmak şartıyla) serbestçe içeriğini belirleyebildikleri hukuki durumlardır. Sözleşmelerin söz konusu olduğu hallerde, taraflar iradelerini eski kanun zamanındaki hukuki duruma dayanarak oluşturmuşlardır ve anılan iradelere saygı göstermek gerekir. Dolayısıyla artık yürürlükte olmayan eski kanun bu olaylar için yürürlükte sayılır ve yeni kanun uygulanmaz. Ancak özellikle sözleşmelerde zayıf tarafın korunduğu hükümler söz konusu olduğunda, kamu düzeni ve genel ahlak sebebiyle yeni kanun hükümlerinin derhal yürürlüğe girmesi mümkün olmaktadır<sup>116</sup>.

Özetle taraf iradelerinin ön planda olduğu maddi hukuk işlemlerinde kural, işlemin yapıldığı zamandaki kanunun bu tür işlemler için varlığını sürdürmesidir. Fakat yeni kanunun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin hükümleri, derhal yürürlüğe girer. Derhal yürürlüğe girme kavramı, yeni kanunun geçmişe etkili olduğu anlamına gelmemektedir. Sadece eski kanun zamanında kurulmuş hukuki işlemlerin yeni kanun zamanındaki etkilerine yeni kanunun derhal müdahalesi söz konusudur<sup>117</sup>. Ancak öğretide kabul gören her iki teoriye göre de, kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesi gereği, bir kanunun, yasa koyucunun aksine iradesi söz konusu değil ise, geçmişte tamamlanmış hukuki olgulara uygulanması gerekir<sup>118</sup>.

Sorun, inceleme alanımız açısından değerlendirildiğinde, cevaplanması gereken husus, Eşitlik Kurumu Kanunu ile getirilen hükümler açısından, kanunların derhal yürürlüğe girmesi ilkesinin mi eski kanunun varlığını sürdürmesi ilkesinin mi işletileceğidir. Geçmişe etkili olmama kuralı çerçevesinde, geçmişte tamamlanmış hukuki olgulara adı geçen Kanunun uygulanmayacağı ise nettir.

İş hukukunun doğuş ve gelişmesinin temel nedeni iş ilişkilerinde daha güçsüz olan işçinin korunması kaygısıdır. İşveren, sosyal ve ekonomik bakımdan güçlüdür. İşçi ise hukuki, ekonomik ve sağlıklı sebebiyle işverene bağımlıdır. Aradaki ilişkiyi dengeleyebilmek, işçiyi korumak ve kamu düzenini sağlamak için devletler emredici kural koymak vasıtasıyla iş ilişkilerine müdahale etmiştir. Devletlerin anılan müdahalesi, iş hukukunun kamu hukuku özelliğine de sahip bir karma hukuk dalı olması sonucunu doğurmuştur<sup>119</sup>. Buradan hareketle, Eşitlik Kurumu Kanununun işe kabul ve istihdam sürecinde yaş sınırlamalarını düzenleyen ilgili hükmünün kamu düzeninden olduğu ve derhal uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak zorunlu emeklilik yaşına ilişkin

114 Örneğin eski kanun zamanında kurulmuş, tüm sonuçlarını doğurmuş ve sona ermiş bir kira sözleşmesi çerçevesinde kiraya verenin aldığı toplam kira bedelinin bir kısmının, yeni kanun hükmü kira bedeline üst sınır getirdiği için iade edilmesi gerekirse, söz konusu yeni kanun geçmişe etkili bir kanundur (Baysal B. (2012), 226).

115 Baysal B. (2012), 229.

116 Gözübüyük, 73; Baysal B. (2012), 228, 230; karşılaştırmız Akyol, 186-187.

117 Baysal B. (2012), 236; karşılaştırmız Gözübüyük, 73-74.

118 Baysal B. (2012), 233.

119 Süzek. (2015), 16, 41; Doğan Yenisey. (2014), 53; Kabakçı M. (2009). İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri. TBB Dergisi. S. 86, 250, 252-253.

sınırlamaların yapıldıkları ve sonuçlarının doğduğu tarihler değişiklik göstereceğinden, Eşitlik Kurumu Kanununun yürürlük tarihinden önce gerçekleşen olaylara uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna tek bir cevap vermek mümkün değildir. Soru, aşağıda dört ihtimal üzerinden somutlaştırılarak değerlendirilecektir.

Birinci ihtimalde, önceden bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde zorunlu emeklilik yaşına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Anılan hüküm sebebiyle işçinin sözleşmesi sona ermiş ve işçi yaş sınırlaması getiren hükmün geçersiz olduğu iddiasıyla dava açmıştır. Eşitlik Kurumu Kanunu, dava görülürken yürürlüğe girdiyse adı geçen Kanun, olaya uygulanmalı mıdır?

Birinci ihtimalde hem yaş sınırlamasını içeren düzenleme hem sözleşmenin sona ermesi hem de dava açma tarihi, Eşitlik Kurumu Kanunundan önceki bir tarihe rastlamaktadır. “Kanunların geçmişe etkili olmaması” ilkesi gereği, eski kanun zamanında ve eski kanuna göre oluşmuş ve tamamlanmış işlemlerin, yeni kanundan etkilenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu ihtimalde Eşitlik Kurumu Kanununun uygulanamayacağı kanaatindeyiz<sup>120</sup>. Ancak kanunların zaman bakımından uygulanması açısından tespit edilen bu durum, önceden bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde zorunlu emeklilik yaşına ilişkin hükümlerin geçerli sayılması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Şöyle ki, anılan Kanundan önceki dönemde, ilgili hükümlerin geçersiz sayılması gerektiği öğretide birçok yazar tarafından haklı olarak belirtilmekteydi. Ancak Yargıtay, aksi yöndeki öğreti görüşleri çerçevesinde, birtakım sınırlamalar ile dahi olsa, ilgili hükümleri geçerli kabul etmekteydi. Buradan hareketle, anılan ihtimalde, Yargıtay’ın doğrudan Kanun hükmünü uygulaması yerine, getirilen hükmün objektif ve

120 Ancak bu kabul, personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleri ile getirilen zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemelerin geçerli kabul edilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Eşitlik Kurumu Kanunundan önce, öğretide bu düzenlemelerin geçerli kabul edilmemesi gerektiği kanaatinde olan görüşe katılmaktayız.

genel olarak uygulanması sonucunu doğuracak olan öğretideki diğer görüşleri tekrar değerlendirmesi, akabinde kararlarını değiştirmesi ve zorunlu emeklilik yaşına ilişkin hükümleri geçersiz sayması gerektiği kanaatindeyiz.

İkinci ihtimalde önceden bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde zorunlu emeklilik yaşına ilişkin hüküm bulunmaktadır ve anılan hüküm gereği işçinin sözleşmesi sona ermiştir. Ancak işçi, ilgili hükmün geçersizliği iddiasıyla henüz dava açmamıştır. Akabinde Eşitlik Kurumu Kanunu yürürlüğe girmiş ve ardından işçi dava açmışsa, Eşitlik Kurumu Kanunu anılan durumda uygulanmalı mıdır?

İkinci ihtimalde de Eşitlik Kurumu Kanununun uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira, işçinin sözleşmesi sona ermiş, başka bir deyişle toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliği ile düzenlenen yaş sınırlamasına ilişkin hüküm uygulanmıştır. Kamu düzeni gerekçesi ile eski kanun zamanında kurulmuş hukuki işlemlerin yeni kanun zamanındaki etkilerine yeni kanunun derhâl müdahalesinin mümkün olduğunu belirtmiştik. Ancak bunun için eski Kanun zamanında kurulmuş hukuki işlemin etkilerinin devam etmesi gerekmekteydi. Bu ihtimalde olduğu gibi, eski kanun zamanında ve eski kanuna göre oluşmuş ve tamamlanmış işlemlerin, yeni kanundan etkilenmesi mümkün değildir. Hal böyle olmakla birlikte, ilk ihtimal için önerdiğimiz çözüm, başka bir deyişle Yargıtay kararları ile konunun yeniden değerlendirilerek, ilgili hükümlerin geçersiz sayılması gerektiği yönündeki önerimiz, bu ihtimal için de geçerlidir.

Üçüncü ihtimalde, önceden bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde zorunlu emeklilik yaşına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Ancak Eşitlik Kurumu Kanununun yürürlüğünden sonra da devam eden bir sözleşme ilişkisi söz konusudur. İleri bir tarihte işçinin sözleşmesi ilgili yaş sınırlaması gereği sona erer ve ardından işçi dava açarsa, mahkeme Eşitlik Kurumu Kanununu uygulamalı mıdır?

Anılan ihtimalde önceden bağitlanmış bir top-



lu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde zorunlu emeklilik yaşına ilişkin hüküm bulunmasına rağmen, hükmün etkisi devam etmektedir. Çünkü hukuki işlem henüz tamamlanmamış, iş sözleşmesi sona ermemiştir. Eşitlik Kurumu Kanununun yürürlüğünden sonra da devam eden bir sözleşme ilişkisi olduğundan ve sona erme Eşitlik Kurumu Kanunu döneminde gerçekleştiğinden, Eşitlik Kurumu Kanununun derhal yürürlüğe girdiği kabul edilmelidir. Derhal yürürlüğe girmenin gerekçesi, hükmün kamu düzeni niteliğidir. Dolayısıyla, sözü edilen ihtimalde, somut olaya Eşitlik Kurumu Kanunu uygulanmalıdır.

Dördüncü ihtimalde, Eşitlik Kurumu Kanunundan sonra düzenlenmiş bir toplu iş sözleşmesi veya personel yönetmeliğinde zorunlu emeklilik yaşına ilişkin hüküm bulunmaktadır. İşçinin sözleşmesi Eşitlik Kurumu Kanunu yürürlüğe girdikten sonra sona erecektir. Daha ileri bir tarihte açılacak olan davada Eşitlik Kurumu Kanunu uygulanmalı mıdır?

Sözü edilen ihtimalde, hem uyumsuzluk doğuran yaş sınırlamasına ilişkin düzenleme hem sona erme hem de dava açma tarihi Eşitlik Kurumu Kanunundan sonraki bir döneme denk gelmektedir. Yeni kanun, kural olarak gelecekteki işlemler için geçerli olduğuna göre, sözü edilen son ihtimalde Eşitlik Kurumu Kanununun uygulanması gerektirir.

## VII. Sonuç

Türk hukukunda yakın zamanda yürürlüğe giren, Eşitlik Kurumu Kanunu, ilk kez açık bir şekilde yaşa dayalı ayrımcılığı yasaklamıştır (m. 1, m. 2). Ayrıca yaşa dayalı farklı muamelelerin belirli koşullarda haklılaştırılabileceğini de düzenlemiştir.

İşçinin yaşlılığı veya emeklilik hakkını elde etmesinin, sözleşmesinin sona ermesi üzerinde etkisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde, yapılması gereken ilk tespit, adı geçen hallerin tek başına bir fesih gerekçesi olmadığıdır. Buna karşın yaşlılık veya emeklilik, işletme gereklerinden kaynaklanan ve bir işçi grubunu etkileyen fesihlerde, bu grup arasından seçilecek

kişilerin belirlenmesinde bir sosyal seçim ölçütü sayılabilir. Nitekim işverenler de doğrudan emeklilik veya yaş gerekçesiyle işçilerin iş sözleşmelerini feshetmekten ziyade, toplu iş sözleşmesine veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki kaynaklara emeklilik hakkı gelmiş ve belirli bir yaşa ulaşmış işçilerin sözleşmelerinin feshedileceği veya kendiliğinden sona ereceği yönünde hükümler koymaktadırlar. Bu yöndeki hükümlerin geçerli olup olmadığı sorunu öğretide bir hayli tartışılmıştır. Ancak Eşitlik Kurumu Kanunu sonrasında, konunun adı geçen Kanun hükümleri de dikkate alınmak suretiyle yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Eşitlik Kurumu Kanunu ile her ne kadar yaş sınırlamalarının farklı muamele sayılmayabileceği hükmü getirilerek, yaşa dayalı farklı muamelelerin önü yasal olarak açılmış gibi görünse de, düzenlemenin mevhumu muhalifi gereği, hükümle getirilen kriterlere aykırı olan yaş sınırlamaları geçersiz kabul edilmelidir. Daha açık bir deyişle, personel yönetmelikleri ya da toplu iş sözleşmeleri ile işçi aleyhine getirilen zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemeler, adı geçen Kanun maddesine uygun değilse, aynı konuda düzenlenmiş açık Kanun hükmüne aykırılık niteliği taşıyacağından, anılan düzenlemelerin geçerli kabul edilebilmesi kanaatimizce mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, bugüne kadar kanun boşluğunu doldurma işlevi ile Yargıtay, personel yönetmelikleri ya da toplu iş sözleşmeleri ile getirilen zorunlu emeklilik yaşına ilişkin hükümleri, İşK. m. 22'ye uygun olmak ve objektif ve genel olarak uygulanmak koşuluyla geçerli saymıştır. Bundan böyle açık Kanun hükmü gereği, konunun farklı değerlendirilmesi ve anılan yöndeki düzenlemelerin ancak Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'ye uygun olmak koşuluyla geçerli kabul edilmesi mümkün olmalıdır. Elbette ilgili hükümlerin uygulanması sırasında, Kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler dikkatten kaçmamalıdır.

İşverenlerin de zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemeler yapmak istedikleri takdirde, Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/1, (c)'deki koşulların tam olarak karşılandığından emin olmaları

gerekecektir. Ayrıca ilgili düzenlemelerin "emekli aylığına hak kazanan ve belirli bir yaşa gelen işçilerin sözleşmelerinin işveren tarafından gerekli ödemeler yapılarak sona erdirileceği veya feshedileceği" kaydı ile kaleme alınması, 'kendiliğinden sona erer' ifadesinin kullanımı ile kıyaslandığında hukuken daha isabetli olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akı E. (2007). İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.9, Özel Sayı, 3-16.
- Aktekin Ş. (Aralık 2010). İş Sözleşmeleri ya da Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2010/78/EC Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. Y. 5, S. 20, 269-278.
- Akyiğit, E. (2007). Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Akyol Ş. (2006). Medeni Hukuka Giriş. 2. bası. İstanbul: Vedat yayıncılık
- Alp M. (2008). İş Hukukunda İkalenin (Bozma Sözleşmesi) Geçerlilik Koşulları. İHS-GHD. S. 17, 27-46.
- Alp M. (Aralık 2006). Otuz Hizmet Yılına Doldurmuş ve Emekliliğe Hak Kazanmış Olmak İş Sözleşmesinin Feshi İçin Geçerli Sebep Midir? Legal YKİ Dergisi, 141-158.
- Alp M. (Temmuz 2007). Personel Yönetmeliği ile Yaş Sınırı Getirilmesi. Legal YKİ Dergisi, 171-189.
- Alpagut G. (2006/4). İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?, Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 4, 95-105.
- Alpagut, G. (2008). İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi, İkale Sözleşmesi. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku. 11. Toplantı. İstanbul Barosu Yayınları.
- Astarlı M. (2013). İş Hukukunda İkale. Ankara.
- Barnard C./Deakin S. (2015). Age Discrimination and Labour Law in the UK: Managing Ageing, Age Discrimination and Labour Law, Studies in Employment and Social Policy, Vol. 47, 297-317.
- Barrett B./Sargeant M. (Mart 2015), Working in the UK without a Default Retirement Age: Health, Safety and the Oldest Workers, Industrial Law Journal. Vol. 44, No. 1, 75-100.
- Baybora D. (2009). Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var mı?. Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 21, 39-64.
- Baybora D. (2010/I). Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletlerinde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine. Çalışma ve Toplum Dergisi. S. 24, 33-58.
- Baysal B. (2004). Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü. Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan. Ankara.47-503.
- Baysal B. (2012).Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü. İÜHFİM. C.LXX. S. 1, 221-244.
- Baysal U. (2011). İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Baysal U. (2012). Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik. Sicil İş Hukuku Dergisi. Y.7, S. 28, 146-154.
- Börsch-Supan A. /Weiss M.. (2011). Productivity and Age: Evidence from Work Teams at the Assembly Line. Mannheim Research Institute for the Economics of Ageing, 1-43.
- Demir F. (Aralık 2007). Emekliliğe Hak Kazanmış ve 55 Yaşını Doldurmuş İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi Uyarınca İş Sözleşmelerinin Feshedilmesi. Sicil Dergisi. Y. 2, S. 7, 110-126.

- Dewhurst E. (Temmuz 2013). The Development of EU Case-Law on Age Discrimination in Employment: Will You Still Need Me? Will You Still Feed Me? When I'm Sixty-Four. *European Law Journal*. Vol. 19, N. 4, 517-544.
- Dewhurst E. (Mart 2015). Are Older Workers Past Their Sell-by-Date? A View From UK Age Discrimination Law. *The Modern Law Review*. Vol. 78, N.2, 189-215.
- Ekonomi M. (Aralık 2006). Belirli Hizmet Süresini Doldurmanın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Sebep Sayılabilmesi, *Legal YKİ Dergisi*, 125-139.
- Ellis E./Watson P. (2014). *EU Anti-Discrimination Law*. 2. Baskı. Birleşik Krallık: Oxford University Press.
- Engin M. (2003). İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Ertürk Ş. (2002). İş İlişkisinde Temel Haklar. 1. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Ertürk Ş. / Gürsel İ. (2011). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan. C. 1. İstanbul: Beta Yayınevi, 425-459.
- Eyrenci Ö./Taşkent S./Ulucan D. (2016). *Bireysel İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Fudge J. (2017). Dignity, Disadvantage and Age: Putting Constitutional and Fundamental Rights to Work for Older Workers, *Elder Law, Evolving European Perspectives*, Birleşik Krallık: Edward Elgar Yayınevi.
- Gözübüyük Ş. (2008). *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. 29. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Günsoy, G./Tekeli, S. (Mart 2015). Nüfusun Yaşlanması ve Ekonomik Büyüme İlişkisi: Türkiye Üzerine Bir Analiz. *Amme İdaresi Dergisi*. C.48, S. 1, 35-87.
- Güzel Ali. (2014). İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım). *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu*. İstanbul: Legal Yayınevi, 237-318.
- Hekimler A. (2008/1). Avrupa Adalet Divanı ve Alman Federal Mahkeme Kararları. *Çalışma ve Toplum Dergisi*. S. 16, 110-111.
- Kabakcı M. (2009). İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri. *TBB Dergisi*. S. 86, 249-267.
- Kabakcı M. (2012). Sözleşme Özgürlüğü ve İkale, Karar İncelemesi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*. S. 25, 121-135.
- Kandemir M./Yardımcıoğlu D. (2014). İş Hukukunda Eşitlik İlkesi. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.19, S. 30-31, 1-44.
- Kaya G. (2012). Avrupa Birliği İş Hukukunda Cinsiyet Ayrımcılığı (Doktora Tezi). Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-1.
- Kaya G. (2015). EU Age Discrimination in Light of EU's Demographic Challenges and ECJ Case Law. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C.17, S. 1, 79-117.
- Kılıçoğlu M./Şenocak K. (2010). İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultime-Ratio Prensiplerinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu. *Osman Güven Çankaya'ya Armağan*. İstanbul: Kamu-İş Yayınevi.
- Kilpatrick C. (2008). The New UK Retirement Regime, *Employment Law and Pensions, Industrial Law Journal*. Vol. 37, No. 1, 1-24.
- Lane J. (2013). *Woodcock v. Cumbria Primary Care Trust: The Objective Justification Test for Age Discrimination*. *The Modern Law Review*. C. 76, No. 1, 134-157.
- Manav E. A. (2014). 2000/43, 2000/78, 2006/54 sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 15, Özel Sayı, 731-779.

- Metin Y. (2002). Ölçülülük İlkesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- O' Cinneide C. (2008). Age Discrimination and Mandatory Retirement, European AntiDiscrimination Law Review, No.6/7, 13-21.
- Onaran Yüksel M. (2000). Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın Erkek Eşitliği. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Öden M. (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara.
- Öğütoğulları, E./Kılıç, C. (2016). Türkiye İş gücü Piyasasında Yeni Bir Problem Alanı: 40 Yaş ve Üstü İşsizler. Çalışma İlişkileri Dergisi. C.7, S. 1, 85-97.
- Özdemir E. (2005). İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD, C. 54, S.3, 95-120.
- Özdemir E. (2013). "Sulh Sözleşmesi" Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Daire Kararlarının İncelenmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. S. 30. 50-66.
- Sargeant M. (2008). The Law on Age Discrimination in the EU. Bölüm 10. 1. Baskı. Birleşik Krallık, Kluwer Law International.
- Sargeant M. (2011). Age Discrimination: Ageism in Employment and Service Provision, Birleşik Krallık: Gower Yayınevi.
- Sargeant M. (8.10.2012). Employer Justified Retirement Ages, Paper Presented at the Academy of European Law Anti-Discrimination Seminar (ERA).
- Sarıbay G. (2007). Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları. İstanbul: Legal Yayınevi.
- Schiek D. (Temmuz 2011). Age Discrimination Before the ECJ-Conceptual and Theoretical Issues", Common Market Law Review, Vol.48, No. 3, 777-799.
- Schlachter M. (2011). Mandatory Retirement and Age Discrimination under EU Law, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol.27, No. 3, 287-299.
- Soyer P. (2005). Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları. İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları. İstanbul: Legal Yayınevi.
- Sözer A. N. (Haziran 2006). AB'nin İstihdam İlişkin 2000/78 EG sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler. Sicil İş Hukuku Dergisi. Y. 1, S. 2, 184-208.
- Sözer A.N. (2015). Türk Sosyal Sigortalar Hukuku. 2. bası. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Süzek, S. (2005). İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Feshi. A. Can Tuncay'a Armağan. İstanbul: Legal Yayıncılık, 565-587.
- Süzek S. (Aralık 2008). İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 12, 24-39.
- Süzek S. (2015). İş Hukuku. 11. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Şahlanan, F. (Haziran 2007). Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Bir Neden Olması. Tekstil İşveren Dergisi-Hukuk Eki. S. 329, 2-3.
- Şahlanan, F. (2010). İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı. Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008. Ankara: Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayını.
- Şahlanan F. (Ekim 2013). Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol ile Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi- Geçerli Neden. Tekstil İşveren Dergisi. Hukuk 79. S. 394, 1-4.
- Taşkent S. (1982), İşverenin Yönetim Hakkı. İstanbul.
- Taşkent S. (2011). İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi. Kamu-İş, S. 4. 1-7.
- Tuncay C. (2007). İş Hukukunda Eşit Dav-

- ranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 21-38.
- Tiritöglü H.H. (2015). İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaş Ayrımcılığı. İstanbul. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). <http://tez.yok.gov.tr> (12.02.2017).
  - Topgöl, S. (2016). Çalışma Yaşamında Yaşlı Ayrımcılığı mı Yaş Ayrımcılığı mı? Sosyoloji Dergisi, S. 36, 13-31.
  - Tuncay C. (1982). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
  - Tuncay C. (2007). İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 21-38.
  - Tuncay C. ( Haziran 2012). Geciken Yaşlılık ve Zorunlu Emeklilik Üzerine. Sosyal Güvenlik Dergisi. C. 2, S. 2, 84-102.
  - Ulucan D. (2003). İş Güvencesi, İstanbul.
  - Ulucan D. (2014). Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 372-378
  - Williams G./Beck V. (2015). Redefining Retirement: Age Equality and the Rise of Performance Management, Industrial Relations Journal. Vol. 46, No. 5-6, 365-380
  - Yenisey Doğan K. (2006/4). İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı. Çalışma ve Toplum Dergisi. S. 11, 63-81
  - Yenisey Doğan K. (2005). Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi. İHSGHD. S.7, 973-1003.
  - Yenisey Doğan K. (Haziran 2006). İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 1, S.2, 60-66.
  - Yenisey Doğan K. (2014). İş Hukukunun Emredici Yapısı. İstanbul: Beta Yayınevi.
  - Yenisey Doğan K. (2014). Türk Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi" ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu. İstanbul: Legal Yayınevi, 78-110.
  - Yıldız G.B. (2008). İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu. 1. Baskı. Ankara: Legal Yayınevi.
  - Yıldız G.B. (2014). Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi. C. 15. Özel Sayı, 681-707.
  - Yuvalı E. (2012). İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu. Ankara: Turhan Kitabevi.
  - Yücel E. (2015). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Ayrımcılık Yasağı Hukuku. Adam Akademi. 6/1, 59-84.

## Av. Abbas BİLGİLİ\*

Makale Gönderim Tarihi: 28 Nisan 2017

Makale Kabul Tarihi: 5 Mayıs 2017

### İşveren Sorumluluk Sigortası

#### Öz

Sigorta, riski önlemeyen ancak riskin doğurduğu zararı gideren bir önlemdir. İş kazaları ve meslek hastalıkları işverenler için önemli bir risktir. İnşaat ve madencilik sektörü iş kazalarının en yaygın olduğu sektörler olarak biliniyor. İş kazası sonucunda işçinin maddi ve manevi kaybı doğmakta ve işçi de bu kaybını maddi manevi tazminat olarak işveren talep etmektedir. Her ne kadar bunun bir kısmı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafın-

dan karşılanırsa da, karşılanmayan kısmın muhatabı işveren olmaktadır. Kaldı ki, Sosyal Güvenlik Kurumu da ödediği kısım için de işverene rücu etmektedir. İşverenlerin gerek işçiye ve gerekse Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödemek zorunda kaldıkları miktar için sorumluluk sigortası yaptırımları mümkündür. Ödeyecekleri bir miktar prim karşılığında riski sigortanın üstlenmesini sağlamış olacaktırlar.

#### Anahtar Sözcükler:

Sigorta, sorumluluk, risk, zarar, tazminat, iş kazası, meslek hastalığı.

### Employer Liability Insurance

#### Abstract

The insurance is a measure that doesn't prevent the risk but compensate the loss caused by risk. Occupational accidents and diseases are important risks for employers. Construction and mining sectors are known as the most risky sectors by means of occupational accidents. There may cause pecuniary losses and intangible damages of the worker and the worker may ask for compensating these losses from the employer. Although an amount

of that is compensating by the Social Security Institution, the uncompensated part remains as the employer's responsibility. Moreover, the Social Security Institution is recouring to the employer for the amount paid. It is possible for employers to apply liability insurance for amounts paid both to employees and to Social Security Institution. They will make the risk undertaken by the insurance upon an amount of premium paid.

#### Keywords:

Insurance, responsibility, risk, damage, compensation, occupational accident, occupational disease.

\*Adana Barosu

a.bilgili@gmail.com

Sicil Sayı: 37 / Yıl: 2017

## 1. Giriş

İnsanların önemli ihtiyaçlarından birisi de güvenlidir. Güven içinde yaşamak isteyen insan, tarih boyunca korunmaya ihtiyaç duymuştur. Gelişen ve değişen dünyada, güvenlik ve korunmanın giderek önem kazandığı gözleniyor. Bu ihtiyaç nedeniyle de tehlikelere karşı güven içinde kalabilmek için arayış sürmüştür ve sürecektir.

Sigorta düşüncesinin de güven ihtiyacından doğduğu söylenebilir. Sigorta, tehlikeyi önleme de, tehlikenin doğurduğu zararın etkisini ortadan kaldırır. Ödenen bir miktar prim karşılığında, tehlike sonucunda doğan zarar bir sigorta şirketi tarafından üstlenilir. Sonuç olarak da zararın etkileri kısmen ya da tamamen yok edilmiş olur. Bu nedenle basit bir anlatımla sigorta, zarar doğuran bir olayın sonuçlarının ödenen prim karşılığında sigorta şirketi tarafından üstlenilmesini öngören sözleşmedir.<sup>1</sup>

Hayatın değişik alanlarında uygulanma imkanı olan özel sigortanın önemli bir türü de sorumluluk sigortası olup, bu kapsamda işveren mali sorumluluk sigortası da giderek önem kazanır hale gelmiştir. Özellikle iş kazalarının çok yaygın olduğu ülkemizde bunun önemi yadsınamaz. İş kazaları gündelik yaşamın bir parçası haline gelmiş olup, bazı sektörlerde hemen her gün iş kazasından ölümler sıradan vak'a haline gelmiştir. Madencilik ve inşaat sektörünün iş kazalarında başı çektiği görülüyor. Aşağıdaki tabloda yıllara göre iş kazası sayıları görünmekte olup, 2014 yılı içerisinde ölen işçi sayısının 1.886 kişi olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda günde 4 işçinin öldüğü sonucu çıkmaktadır. Nitekim iş kazalarında Türkiye'nin Avrupa ülkeleri içinde ilk sırada, Dünyada ise üçüncü sırada olduğu ifade edilmektedir.

İş kazalarının bu kadar yaygın olduğu bir ortamda, kaza mağdurlarının (zarar görenlerin) işverenlerden talep ettikleri maddi ve manevi tazminatın önem arz edeceği de çok açıktır. Kaldı ki, iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda SGK'nın

## İşveren Sorumluluk Sigortası ve İş Kazası Verileri Tablosu

YIL	POLİÇE	PRİM (TL)	İŞ KAZASI	CAN KAYBI
2006	26.993		79.027	1.601
2007	25.237		80.602	1.044
2008	23.832		72.963	866
2009	32.428	50.388.456	64.316	1.171
2010	48.287	58.471.782	62.903	1.444
2011	43.375	73.188.074	69.227	1.700
2012	88.391	96.254.365	74.871	744
2013	115.123	127.999.348	191.339	1.235
2014	230.428	131.076.774	221.336	1.886
2015	339.533	214.136.740	241.547	1.730

(Kaynak: Veriler, SGK ve Türkiye Sigorta Birliği internet sitelerinden tarafımızdan derlenerek tablo oluşturulmuştur.)

zarar görenlere yaptığı ödemeler için işverenlere rücu ettiği de düşünüldüğünde, işverene yüklenen fatura daha da kabarmaktadır. Özellikle çok tehlikeli işlerden kabul edilen maden işletmelerindeki yer altı çalışmaları, tersaneler ve inşaat sektöründe kazaların ve ölümlerin yüksek olması, bu sektörlerde işvereni çok daha büyük sorumluluk altına sokacaktır.<sup>2</sup> Şüphesiz bu tür olaylara karşı yapılması gereken en sağlıklı çözüm, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini en iyi şekilde uygulayarak iş kazalarını ve meslek hastalıklarını asgariye indirmek olacaktır. Ancak meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda doğan zarara katlanmak durumunda kalan işverenler açısından bu zararı telafi edecek bir yöntem olarak sigortanın devreye girmesi de şüphesiz oldukça isabetlidir. Sigortanın devreye girmesi, hem işverenlerin riskini izale edecek, hem de ödeme gücünü çeken veya iflas eden işverenlerin varlığı halinde de zarar görenlerin zararlarının telafisi için sigortacı gibi bir muhatapları olacaktır.

Bu amaçlarla başlatılan "İşveren Sorumluluk

1 ÇEKER, (2014, s. 2)

2 EKE, (s. 27 – 41)

Sigortası" çalışma yaşamında son zamanlarda giderek gelişme eğilimi göstermeye başlamıştır. Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere, 2006 yılında 26.993 adet olan bu alandaki poliçe adedi, 2015 yılında 339.533 adete çıkarak, 9 yılda yaklaşık 13 kat artmıştır. Bu artış sevindirici olmakla birlikte, yeterli düzeyde olduğu söylenemez.

## 2. Mevzuat

### 2.1. Yasa

Eski 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda (TTK) sorumluluk sigortalarını düzenleyen genel hükümler mevcut değildi, ancak yangından doğan hukuki sorumluluk (md. 1309), hırsızlık dolayısıyla hukuki sorumluluk (md. 1320) ve bir kişinin ödemeye mecbur kalacağı kaza tazminatını telafiye yönelik sigorta (md. 1335) yaptırılabilceği hükümleri vardı. Yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (TTK) bu eksiklik giderilmiş ve 1473'den başlayıp 1484. maddeye kadar olan hükümlerde sorumluluk sigortasının genel hükümleri yer almıştır. Ancak bu hükümler arasında işveren sorumluluk sigortasına doğrudan değinen bir hüküm mevcut değildir. Ayrıca 6102 sayılı TTK'da işveren sorumluluk sigortası konusunda özel bir düzenleme de mevcut değildir. Özel bir düzenleme olmasa da TTK'daki sorumluluk sigortasına ilişkin genel hükümleri içeren 1473 – 1484. maddelerin işveren sorumluluk sigortasına da uygulanacağı kabul edilmektedir.

TTK'da işveren sorumluluk sigortası konusunda özel bir hüküm olmamakla birlikte, 6098 Türk Borçlar Kanununda (TBK) bu konuda önemli bir hükmün mevcut olduğu unutulmamalıdır. TBK'nın "Üçüncü kişi yararına sözleşme" başlığı altında 129 ve 130. maddeler konumuz ile ilgilidir. Burada "Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir" (TBK, md.129/1) düzenlemesinden sonra 130. maddede sorumluluk sigortası konusuna şu şekilde düzenleme getirmiştir;

"Başkasını çalıştıran kişi, çalıştırdığı kişiye karşı hukuki sorumluluğunu güvence altına almak üzere

re sigorta yaptırmışsa, sigortadan doğan haklar doğrudan doğruya çalışana ait olur.

Ancak, çalışana ödenecek sigorta tazminatı, genel hükümlere göre ödenecek tazminattan indirilir.

Diğer hukuki sorumluluk sigortalarına ilişkin kanun hükümleri saklıdır" (TBK, md. 130).

Türk Borçlar Kanunu'nun bu hükmü, eski Borçlar Kanunu'nun (BK) 112. maddesinin yerine getirilmiş bir hüküm olmakla birlikte, yeni hüküm eskisinden oldukça farklı bir düzenlemedir. Şöyle ki, eski hükümde işverenin işçisi lehine sigorta yaptırmaması durumunda işçinin bu sigortadan yararlanabilmesi için sigorta priminin en az yarısını ödemesi gerekiyordu (BK, md. 112).<sup>3</sup> Oysa yeni hükümde işçiye sigorta primi ödeme yükümlülüğü getirilmemiş ve sigortadan doğan hakların doğrudan doğruya çalışana ait olması kabul edilmiştir (TBK, md. 130). Yasanın gerekçesinde de bu husus izah edilmiştir.

İşveren sorumluluk sigortasında TTK'daki yukarıda değinilen 1473 – 1484 maddelerinin mi, yoksa TBK'daki 130. maddenin mi öncelikle uygulanacağı konusunda çıkabilecek bir sorun karşısında, TBK'daki düzenlemenin özel olması nedeniyle öncelikli olması gerekir. Yani işveren sorumluluk sigortası söz konusu olduğunda, TTK hükümlerine nazaran, TBK md. 130 öncelikle uygulanır.<sup>4</sup> Esasen TBK'daki bu öncelik durumunun TTK hükümleri karşısında bir farklılığa yol açıp açmayacağı sorusu da akla gelebilir. TBK, md. 130 "üçüncü kişi yararına sözleşme" kenar başlığı altında yer almaktadır. Hükmünde açıkça ifayı talep hakkı verildiği için, bunun "tam üçüncü kişi lehine sözleşme" olduğu açıktır. TBK, md. 130'daki "sigortadan doğan haklar" ibaresi ile ne kastedildiği ise, madde gerekçesinde "sigorta tazminatının kime ait olacağı" şeklinde ifade edilmektedir. Buradan da TBK, md. 130'un TTK hükümlerine göre bir fark içermediği sonucu çıkmaktadır.<sup>5</sup>

3 AKYOL (2012, s. 41)

4 ACAR (2012, s. 41)

5 ACAR (2012, s. 41)



## 2.2. Sigorta Genel Şartları

Sigorta konusundaki çok önemli bir düzenleme de Hazine Müsteşarlığı'nca onaylanarak (Sigorta Murakabe Kanunu, md. 28/1) uygulamaya konulan sigorta poliçesi genel şartlarıdır. Genel işlem şartları, sigorta sözleşmeleri bakımından sigorta sözleşmeleri genel şartları adı altında karşımıza çıkmaktadır.<sup>6</sup> Sigorta Murakabe Kanunu'nun 539 sayılı KHK ile değiştirilmiş 28/1. maddesine göre, sigorta sözleşmeleri, Müsteşarlıkça onaylanan umumi şartlara uygun olarak yapılır. Aynı maddenin 2. fıkrasında da sigorta poliçelerinin genel şartları kapsayacak şekilde düzenleneceği belirtilmektedir. "İçerik" başlıklı TTK, md. 1425'in metni aşağıda verilmiş olup, burada sigorta genel şartlarının neleri içermesi gerektiği hususlarına yer verilmiştir.

*MADDE 1425- (1) Sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenir.*

*(2) Poliçenin ve zeyilnâmenin eklerinin içeriği teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklıysa, anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunan hükümler geçersizdir.*

*(3) Kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, genel şartlarda sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine olan bir değişiklik hemen ve doğrudan uygulanır. Ancak, bu değişiklik ek prim alınmasını gerektiriyorsa, sigortacı değişiklikten itibaren sekiz gün içinde prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının sekiz gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme eski genel şartlarla devam eder.*

İşveren sorumluluk sigortası, sorumluluk sigortalarından biri olduğu<sup>7</sup> için, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının işveren sorumluluk sigortalarında da uygulanma imkanı olacaktır. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Res-

mi Gazete'de yayınlanmıştır.<sup>8</sup> Ancak, işveren sorumluluk sigortası konusuna özgü bir düzenleme olan İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (İSSGŞ)'nin daha öncelikli bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür. İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları toplam 16 maddeden ibaret olup, ayrıntılı ve konuya özgü düzenlemeler içermektedir. Ayrıca poliçelerde özel şartlar da yer almaktadır.

## 3. Sigorta Tasnifindeki Yeri

İşveren sorumluluk sigortasının bir sorumluluk sigortası olduğu açıktır. Sorumluluk sigortalarının ise zarar sigortası meblağ sigortası ayrımı açısından zarar sigortası olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü zarar sigortaları, sigorta ettirenin sigortalanan rizikonun gerçekleşmesiyle uğradığı mali zararların sigortacı tarafından sözleşmede yer alan kayıtlar çerçevesinde borçlanıldığı sigortalardır.<sup>9</sup> Mal Sigortası – mal varlığı sigortası ayrımında ise sorumluluk sigortaları bir malvarlığı sigortasıdır. Zira mal varlığı sigortalarında malvarlığı, belli bazı tehlikelerin mali sonuçlarına karşı korunmaktadır.<sup>10</sup> Sorumluluk sigortası, aktifin sigortası – pasifin sigortası tasnifi içerisinde pasifin sigortası içinde yer alır. Çünkü sorumluluk sigortası bir yönüyle kanuni borçlara karşı sigorta, diğer yönüyle somut kayıp ihtimaline karşı bir sigortadır.<sup>11</sup>

Zorunlu sigorta – ihtiyari sigorta ayrımı açısından bakıldığında, işveren sorumluluk sigortasının zorunlu bir sigorta olmadığı, ihtiyari (isteğe bağlı) olduğunu da belirtelim. Ancak hemen belirtelim ki, iş kazalarının ve buna bağlı ölümlerin oldukça yüksek olduğu inşaat, madencilik ve tersane gibi işyerleri için zorunlu hale getirilmesinde yarar var. İşveren sorumluluk sigortasının zorunlu hale getirilmesinin sağlayacağı önemli yararları gözardı etmemek gerekir. Zorunlu hale getirilmesi halinde sigorta şirketleri de iş sağlığı

8 Resmi Gazete 16.03.2006/26110

9 ŞENOCAK 2008, s. 17,18)

10 ŞENOCAK (2008, s. 43 vd.)

11 ŞENOCAK (2008, s. 65); CAN (s. 7 vd.)

6 CAN (s. 1)

7 ÇEKER (2014, s. 268)

ve güvenliği önlemleri açısından işverenleri daha dikkatli olmaya zorlayacaktır. Rizikonun sigorta şirketince üstlenilmesi gibi işverenlere sağladığı önemli işlevin yanında, ekonomik durumu iyi olmayan, ödeme güclüğü çeken şirketlerin söz konusu olduğu durumda da zarar görenlerin zararları en azından poliçe limiti dahilinde garanti altına alınmış olacaktır.

#### 4. Amaç

Sosyal güvenlik hakkı temel bir insan hakkıdır<sup>12</sup> ve çağdaş anayasalarda bu hakka gerekli yer verilmiştir. Anayasamızın 2. maddesinde devletin "sosyal bir hukuk devleti" olduğu belirtilmekte ve 60 ve 65. maddelerinde de herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve devletin bu konuda gerekli önlemleri alacağı belirtilmektedir. Kişiler sosyal güvenlik hakkından feragat edemezler, çünkü bu hak kamu düzeni ile ilgilidir. Bu nedenlerle, işçilerin iş kazasına maruz kalmaları veya meslek hastalığına yakalanmaları halinde uğradıkları zararlar, bir kamu kuruluşu olan Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanmaktadır.

Belirtelim ki, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda zarara uğrayan işçilerin zararlarının tamamı SGK tarafından karşılanamamaktadır. Bu nedenle işçiler, zararın SGK tarafından karşılanmayan kısmını, iş sağlığı ve güvenliği konusunda yeterli önlemleri almadığı için sorumlu olarak görülen işverenlerden maddi ve manevi tazminat olarak talep etmektedirler. TBK'nın "Sorumluluk" genel başlığı altında düzenlenmiş olan 49 -56 maddelerinde maddi ve manevi tazminata ilişkin hükümler yer almaktadır. İşverenler maddi tazminatın SGK tarafından karşılanmayan kısmından kendi kusurları oranında sorumlu olmaktadır. Ayrıca zarar gören işçiye hakim belirleyeceği "uygun bir miktar" manevi tazminattan da işveren sorumlu olmaktadır.

İşverenin sorumluluğu, zarar gören işçiye ödeyeceği maddi ve manevi tazminatla sınırlı olmayıp, SGK'nın işçiye yaptığı ödemelerden dolayı

işverene rücu edeceği de yasal düzenlemede yer almaktadır. Şöyle ki, eski 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, md. 26 ve yeni 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu md. 21'de işverenin rücu düzenlenmiştir. Bu konudaki bir Yargıtay kararında da "*İş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri, gelecekte ödenecek gelirlerin, yaş, kesilme ihtimali ve Kurumca belirlenecek iskonto oranı dikkate alınarak hesaplanan tutarını ifade etmekte olup, Kurum iş kazası ya da meslek hastalığı ile malul-lük sonucu sigortalılara ve bunların ölümü halinde hak sahiplerine yaptığı her türlü ödemelerle bağlanmış bulunduğu gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerini, zarara sebep olan işveren ya da üçüncü kişilere rücu etmektedir*" demektedir.<sup>13</sup>

İşçiye ödenecek olan maddi ve manevi tazminat ile rücu sonucunda SGK'ya ödenecek olan meblağın işveren açısından önemli bir yük ve önemli bir risk olduğunda kuşku yoktur. İşte işverenleri bu riskten koruyacak olan sigorta, işveren sorumluluk sigortasıdır. İşverenler, anlaştıkları bir sigorta şirketine ödeyecekleri bir miktar prim karşılığında, söz konusu riski sigorta şirketine yansıtarak bundan kurtulacaklardır. İşveren sorumluluk sigortası hem işçinin hem de işverenin zararlarını karşılama gibi iki fonksiyona sahiptir.<sup>14</sup>

Sosyal Güvenlik Kurumu, 5510 sayılı Kanun gereği işçi ve ailesine her türlü yardımı sağlayacaktır. Zira "İşveren Mali Sorumluluk Sigortası", işçiler ve hak sahiplerine Sosyal Güvenlik Kurumu'nca sağlanan yardımlar ve ödemeler dışında kalan tazminat taleplerinin işverene yöneltildiğinde ya da Kurum tarafından işverene karşı iş kazalarından dolayı işçi ve ailesine yapılan yardımlar dolayısı ile rücu edildiğinde devreye girecek ve işverenin üzerinden bu yükü poliçe tutarı kadar alacaktır.<sup>15</sup>

12 ARSLANKÖLÜ (2009, s. 73); TUNCAY – EKMEKÇİ (2009, s. 75)

13 Y.10.HD,04.03.2014,E.2014/3541,K.2014/4451 (İSGHD, C. 11, S. 43, Yıl 2014, s. 230 vd.)

14 ULAŞ (2007, s. 697)

15 KESER (s. 202)

## 5. Sigortanın ve Sorumluluğun Başlangıcı

Sigortanın başlama tarihi ve sona erme tarihi poliçede belirtilir ve aksi kararlaştırılmadıkça Türkiye saati ile öğleyin saat 12:00'de başlar, öğleyin 12:00'de biter (İSSGŞ, md. 4). Sigortacının sorumluluğunun ne zaman başlayacağı ise *İSSGŞ'nin* 7. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, sigorta priminin tamamının, taksitle ödeme kararlaştırılmış ise peşinatın (ilk taksitin) sözleşme yapılır yapılamaz ve en geç poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekir. Aksi kararlaştırılmadığı sürece, prim veya peşinat ödenmediği takdirde poliçe teslim edilmiş olsa dahi sigortacının sorumluluğu başlamaz ve bu husus poliçenin ön yüzüne yazılır (İSSGŞ, md. 7).

## 6. Kapsam

### 6.1. Zarar Gören Kişi Bakımından Kapsam

İşveren sorumluluk sigortası, üçüncü kişi lehine bir sözleşmedir. Mesleki sorumluluk sigortalarında avukat,<sup>16</sup> hekim,<sup>17</sup> mimar,<sup>18</sup> noter<sup>19</sup> gibi meslek mensuplarının "mesleki kusur" nedeniyle üçüncü kişilere zarar verilmesinde bu sigorta devreye girmektedir. İşverenliğin her ne kadar bir meslek olup olmadığı tartışılabilirse de, işverenin de iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini yeterince almamış olmak şeklindeki kusurlarından dolayı işyerinde çalışan işçiler (üçüncü kişiler) zarar görecektir. Bu zarar nedeniyle işveren sorumluluk sigortası gündeme gelecektir.

İSSGŞ'nin 1. maddesinde, "işverene bir hizmet akdi ile bağlı ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi işçiler veya bunların hak sahipleri" ibaresi kulla-

nılmıştır. Zarar görenin işverene hizmet akdi (iş sözleşmesi) ile bağlı olan bir kişi, yani işçi olması gerekmektedir. Bu hükme göre, işyerinde iş sözleşmesi dışında bir ilişki ile bulunanlar işveren sorumluluk sigortasının dışında kalacaktır. Örneğin, memur, çırak, stajyer, misafir gibi kişilerin iş sözleşmesi dışında olmaları nedeniyle işveren sorumluluk sigortasının kapsamı dışında kalacaklarını söyleyebiliriz. Ancak, işverene iş sözleşmesi ile bağlı olmakla birlikte, sosyal güvenlik açısından SGK'ya değil de kendi özel sandıklarına bağlı olan işçilerin de kapsam dahilinde olması gerekir.

Hemen hatırlatalım ki, genel şartlardaki "Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi işçi" ibaresinin, kayıt dışı işçileri de kapsadığı konusunda kuşku duyulmamalıdır. İşçinin işveren tarafından kayıtlara intikal ettirilmeyerek, SGK'ya bildirilmeden kayıt dışı çalıştırılması, bildiregelerin verilmemiş olması, sigorta primlerinin Kurum'a ödenmemiş olması o işçinin sosyal güvenlik şemsiyesi dışında kaldığı anlamına gelmez. Kamu düzeni ile ilgili olması nedeniyle, sosyal güvenlik temel haklardan sayılmakta ve bir işverenin yanında çalışmaya başlayan işçi, Kurum'a bildirilmese dahi, kendiliğinden sigortalı sayılmaktadır, yani yasa kapsamındadır. Çalışanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden "sigortalı" olurlar ve sigortalı ile işverenlerin yükümlülükleri işe alındığı tarihte başlar (506 sayılı Kn. Md. 6/1 ve 6/2). 5510 sayılı yasada da 4. maddenin 1/a fıkrasındaki çalışanların "çalışmaya başladıkları tarihte" sigortalılığın başlayacağı belirtilmiştir (5510 sayılı Kn. md. 7/a).<sup>20</sup>

Üzerinde durulması gereken önemli bir husus da işverenlerin bazı işleri alt işverenlere (taşeronlara) yaptırımları halinde, taşeron firma işçisinin iş kazası sonucunda zarar gördüğünde, asıl işverenin tarafı olduğu işveren sorumluluk sigortasının alt işveren işçisinin zararını kapsayıp kapsamayacağıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde, alt işveren işçilerinin parasal haklarından alt işverenle birlikte asıl işveren de müşterek sorumludur. Bu durum asıl işverenin sorumluluk sigortasını nasıl etkileyecektir? Alt işverenin

16 ŞENOCAK (2008, s. 331-365); MAHMUTOĞULLARI (s. <http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/a/meslekisorumluluk.pdf>)

17 ŞENOCAK (2008, s. 298- 330); ÇEKER (2014, s. 301 - 314); ÇEKER (makale s. 411 - 422); DURAL (<http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCI%20tergisi/2008C.145.4/153-156.pdf>)

18 ŞENOCAK (2008, s. 366 - 406)

19 DEMİRCİ (s. 125 - 160)

20 BİLGİLİ (2011, s. 6)

(taşeron şirketin) işçisinin iş kazasında yaralanması sonucunda açmış olduğu davada asıl işveren davacı işçinin zararını karşılamış ve karşıladığı bu miktar için sigorta şirketine dava açmıştır. Sigorta şirketi savunmasında, kazaya uğrayan işçinin davacı şirketle hizmet akdinin olmadığını, bu nedenle de sigorta teminatının dışında olduğunu savunmuştur. Yargıtay bu konuda vermiş olduğu kararda asıl işverenin sigorta şirketinden talepte bulunabileceği yönünde karar vermiştir. Kararda şöyle denilmektedir.<sup>21</sup>

*“Bu karar tazminattan sorumlu olanların tümü hakkında müteselsilen tahsile olanak verecek şekilde A. 10. İcra Müdürlüğü’nün 2004/16865 sayılı dosyasından takibe konulmuştur. N. Mak. ve San. A.Ş. tarafından tazminatın tamamı ve fer’ileri ödenmiş bundan sonra da N. Mak. ve San. A.Ş. davalımız Sigorta Şirketi ile düzenlediği 3. Şahıs Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesine dayanarak ödediği maddi tazminat ve fer’ilerini davalı sigorta şirketinden işbu dava ile talep etmiştir. Davalı sigorta şirketi bu poliçe ile davacının sigorta tazminatı kapsamında kalan rizikolar nedeniyle 3. kişilere karşı doğacak sorumluluğunu poliçede kararlaştırılan limitler dahilinde üstlenmiş bulunmaktadır. Somut olayda yaralanan dava dışı 3. kişi İ.Ö.’in davalı sigorta şirketinden sigorta ettiren N. Mak. ve San. A.Ş.’nin olaydaki sorumluluk durumuna göre zararını talep etmesinin bir başka deyişle haksız fiilden doğan zararını diğer sorumlularla birlikte davalı sigorta şirketinden de sorumluluk limiti ile sınırlı olmak üzere müteselsilen talep etmesinin mümkün bulunmasına göre 3. kişinin zararını kesinleşmiş mahkeme kararına göre müteselsilen ödeyen davacının ödediği maddi tazminatı ve fer’ilerini poliçe limiti dahilinde davalıdan isteyebileceği ve davalının da ödedikten sonra kusur oranları nisbetinde diğer sorumlulara yönelebileceği gözetilerek, buna göre karar verilmek gerekirken, davacının olaydaki kusuru oranına göre davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.”*

21 Y. 11. HD, 12.03.2010, E.2008/9794, K.2010/2788 (<http://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2008-9794-k-2010-2788-t-12-03-2010-haksiz-fiilden-dogan-zararin-tazmini/767356/>)

Karar metninden de anlaşılacağı üzere, Yargıtay’ın asıl işveren lehine genişletici yorum yaptığı görülmektedir.

## 6.2. Rizikonun Kapsamı

İşveren sorumluluk sigortasında garanti altına alınan rizikonun şu kalemlerden oluşacağını söyleyebiliriz;

### 6.2.1. Maddi Tazminat

İş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan işçinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararları, maddi tazminatı oluşturacaktır. İşçinin iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda yapacağı tedavi masrafları ve çalışma gücündeki kayıptan dolayı mahrum kalacağı gelirlerin bir kısmı veya tamamı SGK tarafından karşılanmaktadır. İşçinin ölmesi halinde de yakınları destekten yoksun kalacaktır. Destekten yoksun kalanların da bu zararlarının bir kısmı SGK tarafından karşılanmaktadır. Tamamının SGK tarafından karşılanması halinde işverenin ödemesi gereken bir maddi tazminat doğmayacaktır. Bir kısmının SGK tarafından karşılanması halinde ise, karşılanmayan kısım, maddi tazminat olarak işçiye, ölüm halinde de hak sahiplerine ödenecektir. İşveren sorumluluk sigortası işverenden çıkması muhtemel bu rizikoyu karşılamaktadır. Zarar gören işçi işverenden maddi tazminat talebinde bulunmazsa mesleki sorumluluk sigortasından karşılanması söz konusu olmayacaktır.

Davacı işçinin işverene karşı açmış olduğu maddi/manevi tazminat davasından feragatinin sigorta şirketinden de feragat ettiği anlamına gelmeyeceğine dair bir Yargıtay kararında; *“Dava, işveren mali mesuliyet sigorta poliçesine dayalı tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davacının B. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2004/482. E sayılı dosyasında işveren B. İnşaat Taah. A.Ş.’ne karşı açtığı maddi tazminat davasından feragat ettiği, bundan sonra işverene karşı tazminatın ödenmesi şeklinde bir talebi olamayacağı, dolayısıyla işverenin sorumluluğunu teminat altına alan sigorta şirketinin de sorumlu olmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de davacı vekili davalı sigorta*

şirketinin taraf olmadığı B. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/482. E. sayılı dosyasının 27.09.2005 tarihli duruşmasında maddi ve manevi tazminat yönünden sigorta durumu bulunup tazminat taleplerinin sigorta şirketinden istenebileceğini belirtilerek dava dışı sigortalı işveren hakkındaki maddi tazminat taleplerinden vazgeçmiştir. BK'nun 145/2. maddesinde müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya ödemede bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, bu kurtulma öteki borçlular için ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği oranda sonuç doğurur hükmüne yer verilmiştir. Böylece örneğin alacaklı, borçlulardan sadece birini ibra etmişse durumun özelliğinden diğerlerini de ibra etmek istediği sonucuna varılamıyorsa diğer borçluların sorumluluğu devam eder. Somut uyuşmazlıkta da davacı vekilinin B. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/482. E. sayılı dosyasındaki vazgeçme beyanının hakkın özünden vazgeçme niteliğinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Davacı vekilinin "Maddi ve manevi tazminat yönünden sigorta durumu da vardır" beyanının BK'nun 145/2. maddesinde düzenlenen halin icabına göre sigorta şirketi yönünden de vazgeçme iradesi olarak değerlendirilemeyeceği nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir" denmektedir.<sup>22</sup>

### 6.2.2. Manevi Tazminat

İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda zarar görenin bu olgudan dolayı üzüntü ve elem duyacağı açık olup, bu acının giderilmesine yönelik olarak ödenen tazminata manevi tazminat denmektedir. Manevi tazminatlar SGK tarafından karşılanmaz. Ancak, manevi tazminatın işveren sorumluluk sigortası teminatı içinde olabilmesi için, sözleşmeye (poliçeye) bu konuda hüküm konulması gerekir. Manevi zararın gerçek miktarını tespit çok güçtür ve sübjektiflik barındıran bir durum olması nedeniyle sigortacı tarafından bu risk üstlenilmek istenmeyebilir.<sup>23</sup> Bu nedenle İSSGŞ'nin 2/D maddesinde, manevi tazminatın,

aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalacağı belirtilmiştir. Yani manevi tazminatın teminat kapsamında olabilmesi, poliçede bunu belirten hüküm olması halinde mümkündür. Bu nedenle işverenlerin manevi tazminatı da teminat kapsamına almak istemeleri halinde bunun primine katlanarak, sözleşmeye (poliçeye) hüküm konulmasını sağlamalarında yarar vardır. Maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatın da zarar gören işçi tarafından talep edilmesi gerekir ki, o zaman sigortadan karşılanması söz konusu olsun. Zarar gören talep etmezse, sigorta kapsamında ödeme de söz konusu olmayacaktır.

İş kazası sonucu ölen işçinin yakınlarına manevi tazminat ödeyen işverenin sigorta şirketinden bunu talep etmesi ile ilgili davada Yargıtay manevi zararın icra inkar tazminatı ile ödenmesine karar vermiştir.<sup>24</sup> "Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince; davaya konu alacak iş kazası sonucu vefat eden işçinin yakınlarının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi sonucu yapılan bu ödemenin sorumluluk poliçesi kapsamında davalıdan tahsili istemine ilişkindir. Davanın temelini oluşturan olay haksız eylemden kaynaklanmaktadır. Ancak, söz konusu eylem hakkında davacının taraf olduğu yargılama sonucu verilen karar kesinleşerek «kesin hüküm» halini almış ve anılan karar uyarınca davacı tarafından hak sahiplerine ödemede bulunulmuştur. Davacı tarafından bu ödemenin rücu tahsili için davalı sigorta şirketi hakkında icra takibine geçilmiş olmasına göre haksız eylemden kaynaklanan bu alacak hakkının yargılama sonucu verilen mahkeme kararı ile artık likit bir alacak hakkına dönüştüğünün kabulü gerekmektedir. Bu durumda, davacının yaptığı takip haksız eyleme değil, mahkeme kararıyla belirlenmiş alacağa dayandığından bu alacağın tahsili için yapılan icra takibine vaki itiraz sonucu duran takibin devamı için açılan itirazın iptali davasında davalı aleyhine icra inkar tazminatına karar verilmesi gerekirken, yazılı

22 Y. 11. HD, 14.07.2011, E.2010/601, K.2011/8893 (<http://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2010-601-k-2011-8893-t-14-07-2011-isveren-mali-mesuliyet-sigorta-policesine-dayali-tazmina/909403/>)

23 CAN, (s. 29, 30)

24 Y. 11. HD, 21.09.2006, E.2005/8510, K.2006/9043 (<http://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2005-8510-k-2006-9043-t-21-09-2006-isveren-mali-sorumluluk-sigortasi-policesinden-kaynakla/593971/>)

*gereğe ile bu yöndeki istemin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.”*

### 6.2.3. Rücu Davası Sonunda SGK'ya Yapılan Ödeme

İSSGŞ'nın 1. maddesinde *“Kurum tarafından iş kazalarından dolayı ikame edilecek rücu davaları sonrasında ödenecek tazminat miktarlarının”* poliçe limitleri dahilinde temin edileceği hükmü bulunmaktadır. İş kazası sonrasında malül kalanlara veya ölenlerin yakınlarına (hak sahiplerine) SGK tarafından gelir bağlanmakta ve tedavi masrafları ödenmektedir. Kurum, yaptığı bu ödemeler için ilgili işverene rücu amaçlı davalar açmakta ve dava sonunda da işçiye (veya yakınlarına) ödediğini işverenden almaktadır. İşveren sorumluluk sigortası SGK'ya yapılan ödemeyi de teminat altına almaktadır. SGK'nın rücu söz konusu olmazsa, sorumluluk sigortasından ödeme de söz konusu olmaz.

SGK'nın rücuuna ilişkin bir Yargıtay kararında gerçek zararın tespiti gerektiğine şu şekilde ifade edilmiştir; *“Ancak, dava işveren mali mesuliyet sigorta sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili istemine ilişkindir. Bu tür sigorta sözleşmelerinde asıl amaç, diğer tüm zarar sigortalarında olduğu gibi, işçinin veya onun hak sahiplerinin uğradıkları “gerçek zararların” karşılanmasıdır. Diğer bir deyişle, İşveren Mali Sorumluluk Sigortası can sigortalarındaki bir meblağ sigortası değildir. Sigorta poliçesinde gösterilen limit miktarı ise, sigortacının sorumlu olduğu azami miktarı saptamak için konulmuştur. Yoksa, rizikonun gerçekleşmesi ile bu miktarın mutlaka ödenmesi şart değildir. Nitekim, poliçe genel şartlarının 1 nci maddesinde de bu ilke vurgulandıktan sonra, “... Kurum tarafından işverene karşı iş kazasından dolayı ikame edilecek rücu davaları sonunda ödenecek tazminat miktarlarını, poliçede yazılı meblağa kadar temin eder” hükmü konulmak suretiyle özel düzenlemeye tabi tutulmuştur. O halde mahkemece, bu hüküm çerçevesinde inceleme yapılarak, davacı sigorta ettiren işverenin SSK tarafından açılan dava sonucunda ödenen tazminat miktarı*

*belirlenerek, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.”<sup>25</sup>*

Yargıtay bir kararında da SGK'ya rücu sonunda ödenen tazminatın sigorta şirketinden talep edilmesi konusunda, sigorta şirketinin anılan tazminatı icra inkar tazminatı ile birlikte ödemesine karar vermiştir.<sup>26</sup>

### 6.2.4. Faiz

İşverenin iş kazasına uğrayan işçiye veya rücu davası sonunda SGK'ya yapmış olduğu ödeme kalemleri içinde faizlerin de olması icap eder. Ana para ile birlikte faizini de ödeyen işveren, sigorta poliçesi kapsamında sigorta şirketinden faizi de talep edebilecektir. Nitekim SGK'nın rücu davası sonucunda ödeme yapmak durumunda kalan işverenin sigorta şirketine açmış olduğu davada Yargıtay şu şekilde karar vermiştir;<sup>27</sup> *“Dava, işveren mali sorumluluk sigorta poliçesine dayalı tazminat alacağının tahsiline yönelik icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir. Davacı sigorta ettiren aleyhine açılan dava sonucu tazminat, işlemiş faiz ve yargılama gideri ödemiş, daha sonra poliçe hükümleri uyarınca davalıya isabet eden kısmının tahsili için icra takibi başlatmıştır. Takip talebinde asıl davanın ihbar edildiği tarih ile tazminatın ödendiği tarihe kadar davalının sorumlu olduğu işlemiş faiz de mevcuttur. Ancak, bu kalem alacak, ödeme yapılmakla artık asıl alacağa dönüşmüştür. O halde, davalının sorumlu olduğu işlemiş faiz alacağının da takip tarihinden itibaren işleyecek temerrüt faiziyle tahsili yönünde takibin devamına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.”* Karardan da anlaşılacağı üzere, sigorta şirketinin faizden sorumluluğu açıkça vurgulanmıştır.

25 Y. 11. HD, 29.09.2003, E.2003/2310, K.2003/8517 (Legalbank)

26 Y. 11. HD, 08.07.2007, E.2005/11324, K.2007/1489 (Legalbank)

27 Y. 11. HD, 02.03.2009, E.2007/13504, K.2009/2310 (<http://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2007-13504-k-2009-2310-t-02-03-2009-isveren-mali-sorumluluk-sigortasi-policesinden-kaynakl/686233/>)

### 6.2.5. Yargılama Giderleri ve Avukatlık Ücretleri

İSSGŞ'nın 1. maddesinde "Sigortacı ayrıca bu sigorta ile ilgili olarak bir dava açılması halinde hükmolunan mahkeme masrafları ile avukatlık ücretlerini ödemekle yükümlüdür" denilmektedir. Bu hüküm gereğince avukatlık ücretinin de kapsayan yargılama giderleri de teminat kapsamındadır. Ancak aynı maddede, hükmolunan tazminat miktarının sigorta bedelini geçmesi halinde sigortacının, avukatlık ücreti dahil yargılama giderlerini sigorta bedeli oranında karşılayacağı da belirtilmiştir.

Belirtelim ki, zarara görene ödenecek maddi tazminat, manevi tazminat, rücu tazminat, yargılama giderleri ve avukatlık ücretinin, poliçe limitleri dahilinde ödenmesi söz konusudur. Poliçede yazılan miktarın tamamının ödenmesi söz konusu değildir, gerçek zarar tespit edilerek, poliçe limiti dahilinde ödeme yapılması gerekir.

## 7. Teminat Dışı Kalan Haller

İşveren sorumluluk sigortasına ilişkin teminat dışında kalan halleri İSSGŞ'deki düzenlemeyi dikkate alarak, "teminat dışı kalan haller" ve "aksine sözleşme yoksa teminat dışı kalan haller" şeklinde iki kategoriye ayırmak gerekir. Yargıtay kararlarında da talebin teminat kapsamında olup olmadığının belirlenmesi vurgulanmaktadır. İşyerinde maruz kaldığı iş kazası sonrasında tedavi giderlerini ödeyen işverenin, bu giderleri işveren sorumluluk sigortası yaptırdığı sigorta şirketinden istediği bir davada Yargıtay "Dava, işveren mali sorumluluk sigorta poliçesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. Mahkemece, düzenlenen bilirkişi raporlarına dayanılarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, işveren mali sorumluluk sigortası genel şartlarının 1. maddesinde; "Bu poliçe, işyerinde meydana gelebilecek iş kazaları sonucunda işverene terettüp edecek hukuki sorumluluk nedeniyle işverene bir hizmet akdi ile bağlı ve Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işçiler veya bunların hak sahipleri tarafından işverenden talep edilecek ve Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sağladığı

yardımların üstündeki ve dışındaki tazminat talepleri ile yine aynı Kurum tarafından işverene karşı iş kazalarından dolayı ikame edilecek rücu davaları sonunda ödenecek tazminat miktarlarını, poliçede yazılı meblağlara kadar temin eder." şeklinde belirtilmektedir. Davacı şirketin alacak talebinin sigorta teminatı kapsamında olup olmadığının tespiti açısından bu genel şart değerlendirilip sonucuna göre karar verilmelidir" demiştir.<sup>28</sup>

### 7.1. Teminat Dışı Kalan Haller

İSSGŞ'nın 3. Maddesinde sayılan haller teminat dışıdır, bu nedenle söz konusu maddede belirtilen hallerin gerçekleşmesi halinde doğan zarar işveren sorumluluk sigortasından karşılanmaz. Teminat dışı kalan haller şunlardır;

- Kasten veya bilerek gerçekleştirilen olaylardan doğan zararlar.
- Bir sözleşmenin ifasına veya özel bir anlaşmaya dayanıp, sigortalının kanuni sorumluluk ölçüsünü aşan talepler.
- Savaş, istila, yabancı düşman hareketleri, iç savaş, ihtilal, isyan, ayaklanma ve bunların gerektirdiği inzibati ve askeri hareketler sonucu meydana gelen bütün zarar ve hasarlar.
- İşverenin iştigal konusu dışında kalmak şartı ile, bir nükleer yakıttan veya bunun sonucu çıkan nükleer artıklardan doğan radyasyonların veya işverenin iştigal konusu içinde olsun ya da olmasın bunların getirdiği askeri ve inzibati önlemlerin sebep olduğu bütün kayıp ve hasarlar.
- 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda belirtilen terör eylemleri ile bu eylemlerden doğan sabotaj ve bunları önlemek için yetkili organlarca yapılan müdahaleler sonucunda doğan zararlar.

### 7.2. Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışı Kalan Haller

İSSGŞ'nın 2. maddesinde aksine sözleşme yok-

<sup>28</sup> Y. 11. HD, 24.01.2013, E.2012/985, K.2013/1562 (Legalbank)

sa, teminat dışı kalacak haller sayılmıştır. Aksine sözleşme yoksa sigorta teminatının dışında kalacak haller genel şartlarda şu şekilde sayılmıştır;

- a. İşçilerin, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak getirilip götürülmesi sırasında (md. 2/A-1),
- b. İşçilerin, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, meydana gelen iş kazaları (md. 2/A-2),
- c. Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında meydana gelen iş kazaları (md. 2/B).
- d. Meslek hastalıkları sonucunda vaki olacak tazminat talepleri (md. 2/C)
- e. Manevi tazminat talepleri (2/D)

Burada sayılan hallerin işveren sorumluluk sigortası açısından çok önem arz ettiğinde kuşku yoktur. İşçilerin işveren tarafından temin edilen bir araçla işe gidiş dönüşlerinde geçireceği trafik kazalarının iş kazası olduğu biliniyor. Bu nedenle poliçeye bu tür kazaların da dahil edilmesinin önemi çok açıktır. Son yıllarda Türk müteahhitlerinin yurt dışındaki bina, baraj, yol vs. inşaatları giderek artmaktadır. Yurt dışındaki iş kazalarından doğan zararların teminat kapsamında olabilmesi için poliçeye hüküm konulmalıdır. Meslek hastalıkları açısından bazı iş kollarının oldukça riskli olduğu biliniyor. Bu tür işyerlerinde işçilerin yakalanacağı meslek hastalığı sonucunda uğradıkları zararlar için poliçeye hüküm konulması önem arz etmektedir. Hüküm konulmadığı zaman bu tür zararlar sigorta teminatının dışında kalacaktır. Manevi tazminatlar için de poliçeye hüküm konulmalıdır. Bazen manevi tazminatların maddi tazminatın miktarını aştığı düşünüldüğünde, ya da maddi tazminatın tamamının SGK tarafından karşılandığı durumlarda manevi tazminat daha önemli hale gelmektedir. Poliçeye manevi tazminatla ilgili hüküm konulmadığı takdirde, sigorta teminatının dışında kalacağı unutulmamalıdır.

## 8. Halefiyet

Sorumluluk sigortalarında, tazminat ödemesinde bulunan sigortacının zarardan sorumlu olan

kişilere rücu edip edemeyeceği tartışmalıdır. Zira burada rücu edilecek kişi aynı zamanda sigortalıdır. Dolayısıyla sigortacının kendi sigortalısına rücu etmesini kabul etmek, sorumluluk sigortalarının amacıyla da bağdaşmaz.<sup>29</sup> Bu nedenle sorumluluk sigortalarında TTK, md. 1481/1. madde ve İSSGŞ'nin 10. maddesinde, sigorta şirketinin sigorta teminatını ödedikten sonra, hukuken sigorta ettirenin, yani işverenin yerine geçeceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda "Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur" (TTK, md. 1481/1, ikinci cümle). Görüldüğü üzere, sorumluluk sigortalarında sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkı tanınmamış, sigortacıya sadece sorumlu olan üçüncü kişilere (sigortalının dava yoluyla talepte bulunabileceği kişilere) karşı talepte bulunabilmesine olanak sağlanmıştır.<sup>30</sup> Nitekim maddenin gerekçesinde de bu hususa değinilerek "diğer sorumlulara rücu edebilir" denmiştir.

Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı gereğince, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir (TTK, md. 1481/2). Ayrıca, sigortalı veya zarar gören, tazminatın ödemesiyle sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur (TTK, md. 1481/3). Görüldüğü gibi, sadece sigortalı değil, aynı zamanda zarar görenin de sigortacının rücu hakkını ihlal eden davranışlardan kaçınması gerekmektedir.<sup>31</sup>

## 9. İhbar ve Tebligat

Sigorta ettiren işveren, poliçe teminatına girebilecek bir iş kazasını, buna muttali olduğu andan itibaren beş gün içinde sigortacıya bildirmekle yükümlüdür (İSSGŞ, md. 8/a). İş kazasından dolayı, sigorta ettiren dava yolu ile veya sair suretle bir tazminat talebi karşısında kalır veya aleyhine cezaî takibata geçilirse, durumdan sigortacıyı

29 ÇEKER (2014, s. 265)

30 ÇEKER (2014, s. 266)

31 ÇEKER (2014, s. 267)



derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai takibata ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye gibi tüm tebligatları sigortacıya tevdi etmekle de yükümlüdür (İSSGŞ, md. 8/e). Sigorta ettirenin ihbar ve tebliğleri sigorta şirketinin merkezine veya sigorta sözleşmesine aracılık yapan acenteye, noter aracılığıyla veya taahhütlü mektupla yapılır. Sigorta şirketinin ihbar ve tebliğleri de sigorta ettirenin poliçede gösterilen adresine, bu adresin değişmiş olması halinde ise sigorta şirketinin merkezine veya sigorta sözleşmesine aracılık yapan acenteye bildirilen son adresine aynı suretle yapılır. Taraflara imza karşılığı olarak elden verilen mektup veya telgraf ile yapılan ihbar ve tebliğler de taahhütlü mektup hükmündedir (İSSGŞ, md. 12).

Yargıtay da genel şartlardaki bu tebliğ hükümlerine uyulmayarak tanık beyanlarına itibar edilmesini kabul etmeyerek şu şekilde karar vermiştir: *“Dava, İşveren Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesinden kaynaklanan bakiye tazminat alacağına rucüen tahsili istemine ilişkin olup, taraflar tacirdir. TTK'nun 20/3'üncü maddesinde, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarlaraın muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şart olduğu öngörülmüş olup, sigorta ettireni, iş kazasından dolayı, sigorta ettiren dava yolu ile veya sair suretle bir tazminat talebi karşısında kalır veya aleyhine cezai takibata geçilirse keyfiyetten sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai takibata müteallik olarak almış olduğu ihbarname, davetiye gibi bilcümle tebliğnameleri derhal sigortacıya tebliğ etmekle yükümlü kılmıştır. Bu durumda, mahkemece, davacıya karşı SSK'ca açılan o davanın davalıya usulüne uygun şekilde ihbar edilip davalının temerrüde düşürülmediği gözetilmeden, tanık beyanına değer verilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”<sup>32</sup>*

## 10. İndirim

Sorumluluk sigortalarında tenkisin söz konusu olduğu durumların da üzerinde durmak gerekir. Daha önce, işçiye ödenecek maddi tazminatın belirlenmesinde, SGK'nın karşıladığı miktarın tenkisi gerektiğini belirtmiştik.

Belirtelim ki, işçiye genel hükümlere göre ödenecek tazminattan sorumluluk sigortasınca ödenen miktarın da tenkisi gerekir (TBK, md. 130/2). Aksi takdirde hem işverenin hem de sigortacının ödemesi söz konusu olur ki, bu da mükerrer ödeme anlamına gelir. Bu tür bir mükerrer ödeme hukuk düzenince korunmaz. Bu husus, 130. maddenin gerekçesinde izah edilirken, borçlar hukukumuzda geçerli olan zarar görenin, zarar verici olay nedeniyle elde ettiği yararların, uğradığı zararlardan indirilmesini ifade eden denkleştirme (mahsup) ilkesinin gözetildiği belirtilmektedir.

Bu durumda iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle işçinin (veya işçinin ölümü halinde hak sahibi yakınlarının) işverene karşı açacağı tazminat davasında, sigorta şirketinin “işveren sorumluluk sigortası” kapsamında işçiye ödemiş olduğu tazminatın, davada hesaplanan tazminattan düşülmesi gerekecektir.<sup>33</sup> Yargıtay da adam çalıştırmanın sorumluluk riskini sigorta ettirmesi halinde, çifte ödemeye sebep olmamak için sigortacının kazalı işçiye ödemiş olduğu sigorta bedelinin tazminattan düşüleceğini belirtmektedir.<sup>34</sup> Yargıtay'ın bu görüşü öğretide de kabul görmüştür.<sup>35</sup>

Aynı şekilde, işverenin sigortacıya açmış olduğu davada da şayet sigortacının zarar gören işçiye (veya ölenin yakınlarına) yapmış olduğu bir ödeme varsa, bunun da poliçe teminatından düşülmesi gerekir. Bu konuda Yargıtay da; *“İşveren Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 9. maddesi uyarınca sigortacı tazminat talebinde bulunan kişi veya kişilerle doğrudan doğruya temasa geçerek anlaşma hakkına haiz olduğundan, iş kazası sonucu vefat eden H.A. mirasçılarının sigortacı tarafın-*

32 Y. 11. HD, 18.12.2006, E.2005/13028, K.2006/13485 (<http://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2005-13028-k-2006-13485-t-18-12-2006-isveren-mali-sorumluluk-sigortasi/328882/>)

33 GÜNERAN (2011, s. 840, 1010)

34 Y. 21. HD, 03.05.2007, E.2006/18008, K.2007/7460 (GÜNERAN, s. 842, 843)

35 KESER, (s. 200 – 206)

dan yapılan ödemenin poliçe teminatından mahsubu gerekirken, sigortacıyı ölenin mirasçılarına ödenen meblağ kadar mükerrer ödemeye zorlar nitelikte hüküm tesisi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davalı sigortacı yararına bozulması gerekir” şeklinde karar vermiştir.<sup>36</sup>

## 11. Zamanaşımı

Sorumluluk sigortalarında zamanaşımı açısından mal sigortalarından farklı bir düzenleme söz konusudur. Şöyle ki, mal sigortalarında 2 yıllık zamanaşımı söz konusu iken, sorumluluk sigortalarında zamanaşımı 10 yıldır.<sup>37</sup> TTK, md. 1482’ye göre; “Sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar.” Tasarıda zamanaşımın beş yıl olarak öngörüldüğü, ancak gerekçede de belirtildiği üzere, davaların uzun sürmesi nedeniyle zamanaşımının on yıl olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.<sup>38</sup> Nitekim İSSGŞ’nda da işveren sorumluluk sigortası konusunda “Sigorta sözleşmesinden doğan bütün talepler on yılda zamanaşımına uğrar” (İSSGŞ, md. 15) hükmü mevcuttur. Belirtelim ki, iş kazasına maruz kalan işçilerin işverenlere karşı açmış oldukları maddi/manevi tazminat davalarında uygulana TBK. md. 146’daki on yıllık genel zamanaşımı süresi ile de uyumlu hale getirilmiş olması kanımızca da isabetli olmuştur.

İSSGŞ’nda “Sigorta sözleşmesinden doğan bütün talepler on yılda zamanaşımına uğrar” denildiğine göre, zarar görenin sigorta şirketine açacağı doğrudan davadaki zamanaşımının (TTK. md. 1478) ve sigortalı işverenin sigorta şirketine açacağı davadaki zamanaşımının on yıl olduğu anlaşılmaktadır.

## 12. Sonuç

Ülkemizdeki iş kazalarının yaygınlığı inkar edilemeyecek bir gerçek olarak karşımızda duruyor. Özellikle yeraltındaki maden ocaklarında ve ter-

sanelerde iş kazası sonucunda işçi ölümleri sıradan bir olay haline gelmiştir. Aynı şey inşaat sektörü için de söylenebilir. İnşaat sektörünün canlı bir sektör olması ve yurt dışına da uzanması, konuyu daha da önemli hale getirmektedir. Elbette öncelikle yapılması gereken, iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini yeterince almak, gerekli eğitimleri vermek, denetimleri ciddiyetle yapmaktır. Bu önlemlerin alınması sadece hukuksal bir yükümlülük değil, aynı zamanda insani bir görevdir. Bütün bunlara karşın, iş kazası sonucunda yaralanan işçilere ve ölenlerin yakınlarına da zararlarının karşılığında ödemeler yapılması gerekir. Bu ödemelerin bir kısmını SGK yapmaktadır. Ancak çoğu zaman SGK’nın karşıladığı miktar, gerçek zararın altında kalmaktadır. Bu durumda da zarar görenler SGK tarafından karşılanmayan zararları için işverenlere dava açmak zorunda kalmakta, işverenler de bunu ödemekle yükümlü olmaktadır. Ayrıca SGK da işçiye ödediği miktarla ilgili olarak rücu mekanizmasını işleterek işverenden talepte bulunmaktadır. İşverenler için önemli bir meblağ olan bu ödemeleri İşveren Sorumluluk Sigortası sözleşmesi kapsamında sigorta şirketine yansıtmaları mümkündür. Sigorta şirketine ödenecek bir miktar prim karşılığında teminat altına alınan bu zararların işvereni önemli bir sınıktan kurtardığı söylenebilir. Bu aynı zamanda zarar gören için de bir teminattır. Sonuç olarak bu ilişkinin tarafları olan işveren, sigorta şirketi ve zarar görenin ortak menfaati söz konusu olmaktadır. Ayrıca ülke ekonomisi açısından da olumlu katkı sunmaktadır. Çağdaş yaşamın da bir gereği olan işveren sorumluluk sigortasının henüz yeterli düzeyde yaygınlaşmış olduğu söylenemez. Temennimiz odur ki, hem iş kazalarını önleyecek önlemler alınmış olsun, hem de bu tür kazalara karşı sigorta mekanizması etkin ve yaygın şekilde kullanılsın.

## KAYNAKÇA

- ACAR, S. (2012), Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar, 1. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık

36 Y. 11. HD, 12.01.2001, E.2000/10187, K.2001/1098 (ULAŞ, 698)

37 ÇEKER (2014, s. 267)

38 ÇEKER (2014, s. 267); ACAR (2012, s. 62 vd.)

- AKYOL, Ş. (2008), Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık
- ARSLANKÖLÜ, R. (2009), Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Şerhi, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları
- BİLGİLİ, A. (2011), Hizmet Tespiti Davaları, 1. Baskı, Adana: Karahan Kitabevi
- CAN, M. (Baskı tarihi yok), Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış, 1. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Baskı tarihi yok
- ÇEKER, M. (2014), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, 10. Baskı, Adana: Karahan Kitabevi
- ÇEKER, M. (2012), Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 411- 422
- DURAL, M. Hekimin Sorumluluğu ve Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCI-tedergisi/2008C.14S.4/153-156.pdf> dosyasından erişildi
- EKE, A. Şahıs Zararlarının Özel Sigorta Sözleşmeleri ile Karşılanması, 3. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, 21 – 23 Ekim 2011 Çanakkale, Ankara: TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Yayını, 27 - 43
- GÜNERAN, A. (2011), İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi
- KESER; H. İşverence Mali Sorumluluk Sigortası Yapılması Durumunda İşverenin Tazminat Sorumluluğunun Belirlenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, 12, 200 - 2006
- MAHMUTOĞULLARI, S. N. Avukatlık Mesleki Sorumluluk Sigortası, <http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/a/meslekisorumluluk.pdf> adresinden erişilmiştir.
- ŞENOCAK, K. (2008), Mesleki Sorumluluk Sigortası, 1. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi
- TUNCAY, A. C. – EKMEKÇİ, Ö. (2009), Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayınevi
- ULAŞ, I. (2007), Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 6. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi

## Metin KORKMAZ\*

Makale Gönderim Tarihi: 1 Mart 2017

Makale Kabul Tarihi: 10 Mart 2017

### Sosyal Güvenlik Kurumu'nca Yersiz Yapılan Sağlık Harcamalarının Geri Alınması

#### Öz

Sosyal Güvenlik Kurumunun 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında yapmış olduğu ödemeler ve harcamaların yersiz ödeme kapsamında olduğu; mahkeme kararı, Sayıştay denetim raporu, Kurumun denetim ve kontrol ile yetkilendirilen memurlarının inceleme raporları veya Kurumun merkez ya da taşra teşkilatı birimlerinin incelemeleri sonucu tespit edilebilmektedir. Fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen her türlü ödeme ve masraflar Kanununun 96 ncı maddesi hükmüne dayanılarak ilgili kişilerden geri tahsil edilmektedir. An-

cak, Kurumca henüz konuya ilişkin hükümleri ve yapılan kanuni değişiklikleri içerecek şekilde kapsamlı bir ikincil mevzuat hazırlanmamıştır. Bu durum; Kurumun merkez teşkilatında görev ve yetki çatışmalarına, taşra teşkilatında ise güncel mahkeme kararları ile uyumsuzluk şeklinde farklı ve kanuna aykırı uygulamaların yapılmasına neden olmaktadır. Bu çalışmada, yersiz ödeme kapsamındaki tedavi masraflarının Kurumca tahsili aşamasında yaşanan sorunlar, mahkeme kararları ve kanuni düzenlemeler çerçevesinde ele alınacak ve çözüm önerileri tartışılacaktır.

#### Anahtar Sözcükler:

Yersiz ödemeler, sağlık masrafları, sahte sigortalılık, genel sağlık sigortalısı.

### Withdrawal of Redundant Health-Care Service Expenses Made by Social Security Institution

#### Abstract

The payments and expenses borne by social security institution in accordance with the social insurance and universal health insurance law could be determined to be made in excess or redundant in case its found out on court judgments, Audit Court reports, or on examinations carried out by Institution's officers with duty of inspection and control, or audit reports of courts of accounts, or examination of central units or provinces branches of institutions. Any kind of payments and expenses which is determined to be made in excess or redundant by the Institution shall be collected from the insurance holder or right holders in accordance with the provision of Article

96. Secondary legislation which contains the law amendments and making arrangements of the general rules related to this matter does not issued by Institution as yet. Under this circumstances, conflicting of authority and duty has been occurring in central organization, and implementation of the article 96 by civil servants is giving rise to unlawfully process which is incompatible with latest court judgments. In this article the problems which the institution encountered during collecting the health - care service expenses regarded as redundant payments is discussing in the framework of legal regulations and court judgments.

#### Keywords:

Inappropriate payments, health-care service expenses, unlawful insurance, universal health insurance.

\*Sosyal Güvenlik Uzmanı

mkorkmaz@sgk.gov.tr

Sicil Sayı: 37 / Yıl: 2017

## 1. Giriş

İşverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında ödeme ve masraflar yapılmaktadır. Kurumca yapılan bu harcamalar; gelir-aylık ödemeleri, geçici iş göremezlik ödeneği ve ilaç masrafı, yol ve gündelik giderleri, tıbbi malzeme gideri gibi kalemlerden oluşan tedavi giderleridir. Kurumca bu harcamalar, gerek kişilerin kasıtlı veya kusurlu davranışlarından gerekse Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanarak yersiz olarak yapılabilmektedir. Bu durumda Kurum, yapmış olduğu bu ödeme ve masrafları, ilgili kişilerden Kurumdan alacağı varsa mahsup yolu ile alacağı yoksa genel hükümlere göre tahsil etmektedir.

## 2. Yersiz Ödemelere İlişkin Genel Hükümler

5510 Sayılı Kanununun 96 ncı maddesine göre; Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler; kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır. (Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu [SSGSSK], 2006: madde 96) Yasa koyucu, Kurumca yapılan fazla veya yersiz ödemelerin geri alınmasında, yersiz ödemenin kaynaklandığı sebebe göre, tahsil edilecek ödeme miktarı ve faiz başlangıç tarihi konularında farklı düzenlemeye gitmeyi uygun görmüştür. Buna göre yersiz olarak yapılan ödeme;

a) **Kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa**, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,

b) **Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklan-**

**mışsa**, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren yirmi dört ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, yirmi dört aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan, itibaren hesaplanacak olan kanuni faizi ile birlikte tahsil edilecektir. (SSGS-SK, 2006: madde 96)

Yasa koyucunun, hatalı işlemin tespitinden geriye doğru en fazla 5 ve 10 yıllık ödemeleri geri isteyebilmesinin temel gerekçesi; Kurumun uzun yıllar boyunca yersiz olduğunu fark etmeden yaptığı ödemelerin tamamını yıllar sonra geri ödemek zorunda bırakmamak, bunu zaman açısından sınırlayarak (Özkaraca, 2013, s. 162), borçluları sürekli ödeme tehdidi altında bırakmamak düşüncesidir. (Aslanköylü, 2014, s. 26)

Ayrıca maddede; yersiz ödemelerin tespiti ile geri alınmasına ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esasların, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. 27.09.2008 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak 2008 yılının Ekim ayı başında yürürlüğe giren "Fazla Veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"te hangi durumların ilgililerin kasıtlı ve kusurlu davranışlarından veya Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklandığı açıklanmıştır. Aynı zamanda belirtilen yönetmelikte fazla veya yersiz ödemenin kapsamı, tespiti, değerlendirilmesi, tahakkuku ve tebliği ve tahsilatına ilişkin Kurumca yapılacak iş ve işlemler belirtilmiştir. Kanununun 96 ncı maddesinde düzenlenen yersiz ödemelerin kapsamını; geçici iş göremezlik, emzirme, evlenme ve cenaze ödenekleri, yaşlılık ve ölüm toptan ödemeleri, sürekli iş göremezlik ve ölüm gelirleri, malullük, yaşlılık ve ölüm aylıkları ile bu aylıklarla birlikte ödenen ek ödemeler, uzun ve kısa vadeli sigorta kollarından karşılanan yol, gündelik ve refakatçi giderleri (SGK 2011/58 Sayılı Genelge) ve kurumca sigortalı ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler için yapılan tedavi masrafları oluşturmaktadır.

Yersiz ödemelerin geri alınmasına ilişkin zamanaşımı süresinin ne olacağı 5510 sayılı Kanununun 96'ncı maddesinde açıkça belirtilmemiştir. Bu durumda

Yargıtay'ın da kabul ettiği gibi genel hükümlerin gözönünde tutulması gerekir. Yani Kurumun geri almaya hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde talep hakkının doğduğu tarihten itibaren 10 yıldır. (Tuncay & Ekmekçi, 2013)

## 2.1 İlgililerin Kasıt veya Kusurlu Davranışlarından Doğan Yersiz Ödemeler

İlgililere ödenek, toptan ödeme, gider veya masrafların yapılması ile gelir veya aylık bağlanması, ödenmesi ve yoklanması sırasında; Kuruma verilen veya ibraz edilen belgelerle gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması, Kurumca hazırlanan belgelerle bildirilmesi taahhüt edilen durum değişikliklerinin bir ay içinde Kuruma bildirilmemesi, Kanunda öngörülen şartlar yerine gelmediği halde, sahte bilgi ve belgelerle yardımlardan yararlandırılması ile gelir veya aylık bağlatılması, sahte hizmet kazandırılmak suretiyle yardımlardan yararlandırılması ile gelir veya aylık bağlatılması, boşanma nedeniyle gelir veya aylık bağlandıktan sonra boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşanması, gelir ve aylıklarının kesilmesi gerektiği halde durumun gizlenmesi ve/veya bildirilmemesi, sigortalılar ile gelir veya aylık alanlara yapılan ödemelerden, hak sahipliği sona ermesine rağmen her hangi bir kişi tarafından tahsilat yapılması, sebeplerinden kaynaklanan yersiz ödemeler, ilgililerin kasıt ve kusurlu davranışlarından doğan yersiz ödemeleri oluşturmaktadır. (SGK 2011/58 Sayılı Genelge) Sonraki başlıklarda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, hak etmediği halde gelir aylık almakta olan ya da sahte sigortalı olarak çalışan kişiler için ilgili dönemde yapılan tedavi masrafları da yersiz ödeme kapsamında olup, Kurumca sorumlu kişilerden tahsil edilmektedir.

## 2.2 Kurumun Hatalı İşlemlerinden Doğan Yersiz Ödemeler

İlgililerin kasıtlı veya kusurlu davranışları dışında kalan; Kurumun çalışma sistemi, uygulama değişiklikleri, Kurum çalışanlarının kasıtlı veya kusurlu davranışları, ihmali, dikkatsizliği ve bilgisizliği, gibi sebeplerden kaynaklanan yersiz ödemeler, Kurumun hatalı işlemlerini oluşturmaktadır. Buna göre,

fazla veya yersiz yapıldığı tespit edilen ödemelerde ilgililerin veya üçüncü kişilerin kasıt veya kusurunun bulunmaması halinde, bu ödemeler Kurumun hatalı işlemlerinden doğan yersiz ödemeler kapsamında değerlendirilecektir. (SGK 2011/58 Sayılı Genelge) Kurumun hatalı işlemlerinden doğan yersiz ödemelerin ilgililerden geri alınmasına ilişkin getirilen ve önceki 506 sayılı Sosyal Sigortalar ve 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununda bulunmayan bu hüküm, literatürde sıkça eleştiriye maruz kalmıştır. 96. maddeye göre, yapılan işlem Kurumun hatasından kaynaklansa bile başka bir deyişle kişi iyiniyetli olsa bile yanlış ve yersiz ödemeler geri alınabilir. Önemle ifade etmek gerekirse "dürüstlük kuralı (=iyiniyet) hukukun evrensel kuralıdır. 96. Maddeye göre yapılan işlem Kurumun hatasından kaynaklansa bile, başka bir deyişle kişi iyiniyetli sayılsa bile yanlış ve yersiz ödemeler geri alınabilmektedir. İyi niyet kuralı, 96. Maddeye nazaran uygulama önceliğine sahiptir. O nedenle kişi iyiniyetli ise fazla ve yersiz ödemeler geri alınmaz. (Aslanköylü, 2014, s. 33) Kötü niyetli olarak bu ödemeleri alanlara ilişkin hüküm isabetli ise de konunun Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde düşünüülerek sigortalıların ellerinde kalan miktarla sorumlu olması gerekmektedir (Güzel, Okur, & Caniklioğlu, 2016). Bu konuda yapılması gereken, Kurum hatasından kaynaklanan, ilgilinin bir kusurunun söz konusu olmadığı fazla veya yersiz ödemelerde, bu ödemelerin ileriye yönelik olarak kesileceğini, geçmişe yapılan fazla veya yersiz ödemeler açısından da Kurum işleminin hukuka uygun olduğuna güvenerek bu ödemeyi tüketen ilgilinin geri ödeme yükümlülüğünün bulunmadığını öngören yasal düzenleme getirmektir. Bu düzenleme biçimi sebepsiz zenginleşmeden iade yükümünün kapsamı konusunda Hukukumuzda kabul edilen ilkelerle de uyum içindedir. (Özkaraca, 2013, s. 178)

## 3. Yersiz Ödenen Tedavi Masrafları

5510 sayılı Kanuna göre; gerek Kurum hatasından gerekse sigortalı ve bakmakla yükümlü oldukları ilgililerin kasıtlı ve kusurlu davranışlarından do-

layı sağlık hizmetlerinden yersiz olarak faydalanan sigortalı ve bakmakla yükümlü kişilerden yapılan tedavi masrafları Kurumca geri alınmaktadır. Fazla veya yersiz ödeme tutarı; ilgilinin Kurumdan tahakkuk etmiş herhangi bir alacağı yoksa veya alacaklarından mahsup edildikten sonra kalan borcu varsa ve Kurumdan gelir ve aylık almaya devam ediyorsa, kesintinin başlayacağı ödeme dönemi başı itibarıyla kanunî faizi ile birlikte hesaplanan borç, gelir ve aylıklardan %25 oranında kesilmek suretiyle tahsil edilir. Kurumdan her hangi bir alacağının bulunmaması hâlinde ise, genel hükümlere göre tahsil edilir. (Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Yönetmelik, 2008: madde 13)

19.01.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6385 sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 45 inci maddede " Bu Kanuna göre genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına girmekle birlikte, asli olarak hak etmediği bir kapsamda sağlık hizmeti alanlara 31/1/2012 tarihine kadar verilen sağlık hizmetlerine ilişkin Kurumca tahakkuk ettirilmiş veya ettirilecek borçlar, varsa ilgililerin bu nedenle açtıkları davadan vazgeçmeleri halinde tahsil edilmez. Bu borçlara ilişkin açılmış olan dava ve icra takiplerinden Kurumca vazgeçilir." hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükmün gerekçesinde ise, 5510 sayılı Kanuna göre, vatandaşların genel sağlık sigortası kapsamına alınmasına ilişkin işlemlerin 2012 yılı Ocak ayı itibarıyla tamamlanması nedeni ile, bu tarihe kadar yaşanan geçiş sürecinde, tabi olduğu genel sağlık sigortası statüsünün aradığı şartlarla sağlık yardımı alması gerekirken, Kanunun diğer statülerine göre ya da bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünde hak etmediği halde sağlık yardımı yapılanlara ilişkin sağlık giderlerinin ilgililerden tahsil edilmemesi ve bu suretle oluşacak mağduriyetlerin önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

31/1/2012 tarihine kadar verilen sağlık hizmetlerine ilişkin Kurumca tahakkuk ettirilmiş veya ettirilecek borçlar ile ilgili getirilen bu hükmün uygulanmasına ilişkin Kurumca yayınlanan ikincil mevzuat 2013/20 sayılı Genelge ve söz konusu Genelgenin uygulanmasına ilişkin hükümleri düzenleyen 3 Ocak 2014 tarih ve 83996 sayılı talimatıdır.

2013/20 sayılı Genelge 29.09.2016 tarih ve 2016/21 sayılı Genelge ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 2016/21 sayılı Genelgede konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte 3 Ocak 2014 tarih ve 83996 sayılı talimat halen yürürlüktedir. Talimata göre, sahte sigortalılığı ya da sahte sigorta hizmetleri ve diğer nedenlerle gelir veya aylığı kesilenlere sahte sigortalılık veya emeklilik döneminde yapılan tedavi giderleri söz konusu kişinin bu dönemlerde başka bir kapsamda sigortalı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olması durumunda tahsil edilmeyecektir. Kanımızca, ilgili talimat 6385 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin gerekçesinde yer alan açıklamalara uygun olarak düzenlenmiş ve kanunun amacına aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak, sonraki başlıklarda açıklanacağı üzere, konuya ilişkin Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kararları incelendiğinde, 6385 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin Kurum aleyhine sonuç doğuracak şekilde daha geniş ve kapsamlı olarak sigortalı lehine yorumlandığı görülmektedir. Kurumca yapılan yersiz sağlık harcamalarının tahsili konusunun daha bütüncül ve ayrıntılı incelenebilmesi için 3 ayrı başlıkta değerlendirilmesi gerekmektedir.

### 3.1. 31/01/2012 Öncesi Dönem

5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 01/10/2008 tarihi öncesi dönemde 5510 sayılı Kanunun geçici 12 nci maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılan kanun hükümlerine göre sağlık yardımları yapılmaktadır. Bu konuda herhangi bir uyumsuzluk yoktur.

6385 sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 45 inci maddesinde belirtildiği üzere, sahte sigortalılığı ya da sahte sigorta hizmetleri ve diğer nedenlerle gelir veya aylığı kesilenlere sahte sigortalılık veya emeklilik döneminde yapılan tedavi giderlerinin söz konusu kişinin ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin bu dönemlerde başka bir kapsamda sigortalı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olması durumunda Kurumca tahsil edilmeyeceği yukarıda açıklanmıştı. Ancak, 31/01/2012 sonrası dönem için Kurumca talep edilen yersiz ödemelerde olduğu gibi, bu tarihten öncesi için de yargıya intikal eden uyumsuzluklar söz konusudur. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin son yıllar-

da vermiş olduğu kararları incelediğimizde sorun daha da somutlaşmaktadır.

Yersiz ödendiği ileri sürülen sağlık giderleri yönünden, 31.01.2012 tarihine kadar yapılan sağlık giderleri anılan Kanunun geçici 45. maddesi gereği talep edilemeyecektir. 10.01.2013 tarih 6385 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile 5510 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 45. maddede; bu kanuna göre genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına girmekle birlikte, asli olarak hak etmediği bir kapsamda sağlık hizmeti alanlara 31.01.2012 tarihine kadar verilen sağlık hizmeti giderlerinin tahsil edilmeyeceğinin öngörülmesi, 01.04.2009 tarihi itibarıyla boşandığı kocasıyla birlikte yaşadığı belirgin bulunan davalının, anılan tarih itibarıyla 5510 sayılı Yasa'nın 60. maddesinin (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı bulunması, geçici 45. maddede yer alan "... bu kanuna göre..." ibaresinden kastedilen kanunun 01.10.2008 yürürlük tarihli 5510 sayılı yasa olması karşısında, 20.03.2010-31.01.2012 arası dönemdeki tedavi giderlerinden davalının sorumlu olmayacağına dair çoğunluk görüşü isabetli olup bu yönde uyuşmazlık bulunmamaktadır. (Yargıtay 10. H.D E: 2016/4328 K: 2016/5931, 2016) (Yargıtay 10. H.D; E: 2016/1850 K:2016/3923, 2016) Bu iki kararda da çoğunluğun görüşüne katılmayan "karşı oy" yazısı mevcuttur. Karşı oy yazısında öncelikle geçici 45 inci maddenin gerekçesi açıklanmakta daha sonra madde yorumlanmaktadır. "Geçici 45 inci maddenin yorumu şu şekildedir: 01.01.2012 tarihi itibarıyla tüm vatandaşlar genel sağlık sigortası kapsamına alınmıştır. 31.01.2012 tarihi öncesinde ise sağlık yardımı yapılmasını sağlayan sigortalılık statüsünün geçersiz sayılması halinde bakılır; başka bir geçerli sigortalılık statüsü varsa veya bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına giriyorsa yine yersiz sağlık gideri tahsil edilmez. Bu iki hal de yoksa geçersiz sigortalılık statüsüne dayalı yapılan sağlık gideri yersizdir ve Kurumca tahsili gerekir. Örnek olarak, 4/1-a kapsamında sigortalılığı geçersiz sayılan kişi, aynı dönemde 4/1-b kapsamında sigortalı olabilir veya bir başka sigortalının bakmakla yükümlü olunan kişisi olabilir. Bu hallerde sağlık yardımı alabileceği geçerli bir statü bulunduğundan alınan sağlık yardımı yersiz sayılmaz. Bu madde,

sosyal güvenlik kurumlarının birleşmesi ve çifte sigortalılığın geçersiz sayılması nedeniyle karşılaşılan durumlar için çıkarılmış bir maddedir.

Geçici 45. madde, çoğunluğun yorumladığı gibi, 31.1.2012 tarihi öncesindeki tüm yersiz sağlık giderlerini affeden, tahsilini durduran, geçmişte sıfırlayan bir madde değildir. Aksi halde sahtecilik yoluyla sahte sigortalılık ve buna dayalı olarak haksız sağlık yardımı alan kişileri de Geçici 45. madde ile affetmiş oluruz. Geçici madde 45 ile geçmişe yönelik herkesin affedildiği şeklindeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz. En başta madde gerekçesi buna engeldir."

Karşı oy yazısında belirtilen gerekçeler ile geçici 45. Maddenin yorumu kanımızca doğru ve kabul edilebilir bir yorumdur. Her ne kadar yönetmelik yerine talimatla ilgili alan düzenlenmiş olsa bile Kurumun da uygulaması karşı oy yazısında belirtilen şekildedir. Ancak birçok Yargıtay kararı yukarıda belirtilen iki karar ile aynı sonuç ve hükümleri doğrulamaktadır. Bu durum geçici 45. Maddenin sigortalılar lehine yorumlanmasından kaynaklı olarak Kurumun gelirlerini azaltıcı sonuçlar doğurmaktadır.

### 3.2. 31/01/2012 Sonrası Dönem

6385 sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 45 inci maddesi 31/1/2012 tarihine kadar Kurumca verilen sağlık hizmetlerine ilişkin masraflardan vazgeçilmesini düzenlemektedir. 31/1/2012 tarihten sonrasına ilişkin Kurumca yersiz ödemelerin tahsilinde herhangi bir kısıtlama ya da istisnai bir durum bulunmamaktadır. Örneğin 01/01/2012- 31/12/2013 tarihleri arasında çalışmış olduğu işyerindeki hizmetlerinin fiili çalışmaya dayanmadığı ve sahte olduğu Kurumca ya da mahkeme tarafından tespit edilen sigortalının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, 01/01/2012- 31/12/2013 arasında geçen dönemde Kurumca sağlanan tedavi masrafları 96 ncı maddeye göre yersiz ödeme kapsamında geri tahsil edilmektedir. Peki bu durumun istisnası var mıdır? Bu konuda herhangi bir mevzuatla düzenleme yoktur. Ancak kanımızca, belirtilen dönemde sigortalının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin başka bir kapsamda sigortalılıkları veya başkasının bakmakla yükümlü olduğu kişi olmaları durumunda ilgili döneme ait Kurumca yapılan mas-



raflar 96 ncı maddeye göre yersiz ödeme kapsamında değerlendirilmemelidir. Çünkü, sahte sigortalı olan kişi ve bakmakla yükümlüleri ilgili dönemde başka bir kapsamda sigortalı ya da eş, çocuk ya da anne/babanın bakmakla yükümlü olduğu kişisi olabilir. Eğer sahte sigortalı olmasaydı, bu kapsamlardan biri üzerinden sağlık hak sahipliği oluşacak ve Kurum tarafından tedavi masrafları karşılanacaktı.

Bir diğer durum ise, sahte sigortalılığı tespit edilen kişi ve bakmakla yükümlülerinin başka bir kapsamda sigortalılıkları olmaması veya başka biri üzerinden bakmakla yükümlü olunan kişi olmamaları halidir. Bu durumda, sigortalı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler, 01/01/2012 tarihinden itibaren Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacak ve Kurumca re'sen tescilleri yapılacaktır. Bu kişiler gelir testine tabi tutulacak ve Kanununun 80 inci maddesinde belirtilen tutarlar dikkate alınarak 60/c-1 ya da 60(g) kapsamında prim ödeme yükümlüsü olarak tescil işlemleri sonuçlanacaktır. Bu kişilerin, gelir testine başvurarak 60/c-1 ya da 60(g) kapsamında tescil işlemleri yapılması ve ilgili döneme ait genel sağlık sigortası prim borçlarını ödemeleri halinde dahi, Kurum, Genel Sağlık Sigortası Tescil, Prim ve Müstehaklık İşlemleri Yönetmeliğinin 16 ncı maddesine dayanarak, yapmış olduğu tedavi masraflarını 96 ncı maddeye göre yersiz ödeme kapsamında değerlendirerek geri tahsil etmeye devam etmektedir. Aynı durum gelir aylıkları iptal edilen kişiler için de geçerlidir. Sonuç olarak, kasıtlı veya kusurlu davranışlardan veyahut kurumun hatalı işlemi nedeniyle hizmetleri veya gelir aylıkları iptal edilen kişilerin iptal edilen sigortalılık dönemleri için 60(g) kapsamında Kurumca re'sen tescilleri oluşturulmakta, bu kişilerin gelir testine başvurarak prim ödeme yükümlüsü olmaları ve prim borçlarını ödemeleri halinde dahi, Kurumca aynı dönem için ayrıca 96 ncı maddeye göre yersiz ödeme kapsamında borç tahakkuk ettirilmektedir. Bu durumun mükerrerliğe yol açtığına şüphe yoktur. Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendi ile (g) bendine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 28/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının

Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre tecil ve taksitlendirilenlerden tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç altmış günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması, (Genel Sağlık Sigortası Tescil Prim ve Müstahaklık İşlemleri Yönetmeliği, 2014: madde 16) şartı gereğince Kurum bu uygulamasına devam etmekte, bu da Yargıtay kararlarında açıkça karar bozma nedeni olarak gösterilmektedir.

Yargıtay, 31.01.2012 tarihinden sonra yapılan sağlık giderlerinin, davalı kişinin 5510 sayılı Kanununun 60 ıncı maddesinin ilgili bentleri gereğince genel sağlık sigortalısı sayıldığından ve 67 nci madde kapsamında gelir testine tabi tutulmasıyla oluşacak ihtilafa konu dönemdeki prim borçlarının kurum tarafından tahsili mümkün olduğundan, 01.01.2012 tarihinden sonra iptal edilen döneme ait tedavi masraflarının genel sağlık sigortalısı sayılan sigortalıdan talep edilemeyeceğini karara bağlamıştır. (Yargıtay 10. H.D E: 2015/3098 K: 2016/12335, 2016) (Yargıtay 10. H.D E: 2016/6946 K: 2016/10734, 2016) (Yargıtay 10. H.D E: 2016/3391 K: 2016/10809, 2016) Bir başka kararında Yargıtay, sigortalının, prim ödemesi bulunmasa dahi anılan yasanın 60 ncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında gelir testine tabi tutulmasıyla oluşacak ihtilafa konu dönemdeki prim borcunu bilemeyeceğinden, prim borcunun varlığı nedeni ile yersiz sağlık giderlerinden de sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. (Yargıtay 10. H.D E: 2016/4328 K: 2016/5931, 2016) Bu kararında ise Yargıtay, sigortalının lehine karar vererek kişi gelir testine gitmese dahi yersiz sağlık giderlerinden sorumlu tutulamayacağına kanaat getirmiştir. Sonuç olarak, 01/01/2012 tarihi sonrası döneme ilişkin sigortalılığın iptali halinde, iptal edilen sigortalılık nedeniyle sağlık yardımı almaya hak kazanılmasa da 01/01/2012 tarihinden geçerli olmak üzere 60/1-(g) kapsamında geriye doğru genel sağlık sigortası tescilinin yapılması nedeniyle sigortalılık sürelerinde yapılan tedavi giderlerinin yersiz tedavi gideri olarak kabul edilmemesi gerekmektedir.

31/01/2012 tarihi sonrası döneme ait yersiz ödenen tedavi masraflarının sigortalıdan tahsil edilmesini hükme bağlayan Yargıtay kararlarında yer alan karşı oy yazısı, hem Kurum uygulamasından

hem de konu ile ilgili hüküm tesis eden Yargıtay kararlarından farklı bir öneri içermektedir. Karşı oy yazısına göre, 31/01/2012 tarihi sonrası dönemde sahte sigortalılığı tespit edilen sigortalılar 5510 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında resen tescil edilmektedirler. Karşı görüşe göre "Bu kişilerin resen tescil edildikleri süreye ait prim ödemesi bulunup bulunmadığı araştırılarak prim ödemesi varsa veya prim ödemedi muaf ise anılan dönem sağlık gideri borcundan sorumlu olmadığına, aksi halde yersiz sağlık giderlerinin tahsiline karar verilmelidir. Gelir testi yapılmaması, zorunlu olan ve yukarıdaki tarihte gerçekleşmiş bulunan genel sağlık sigortalılığının başlangıcına etkili olmayıp, sadece ödenecek prim tutarını ve prim borçlusunu belirleyen bir süreç olacaktır." ifadesi yer almaktadır. (Yargıtay 10. H.D E: 2016/17047 K: 2016/15037, 2016) (Yargıtay 10. H.D E: 2016/14332 K: 2017/1416, 2017) (Yargıtay 10. H.D E: 2016/13341 K: 2016/11840, 2016) Sonuç olarak kararlardaki karşı oy yazısına göre, eğer bu kişiler sahte sigortalılıklarının tespit edildiği 31/01/2012 tarihi sonrası döneme ait genel sağlık sigortası primlerini ödedikleri takdirde, Kurumca kendilerine herhangi bir borç tahakkuk etmemelidir.

Yargıtay çoğunluk kararları bu kişilerin genel sağlık sigortası borçlarını ödemesi bile kendilerine yapılan sağlık giderlerinin yersiz tedavi gideri olarak kabul edilmemesi yönündedir. Kurum ise, bu kişilere hem yersiz sağlık gideri olarak borç tahakkuk ettirmekte hem de ilgili dönemde kişileri 60(g) kapsamında resen tescil ederek, genel sağlık sigortası prim borçlarını kendilerinden talep etmektedir.

Yersiz tedavi gideri olarak kabul edilip ilgililerden tahsili yoluna gidilerek konunun Yargıtay'a intikal etmesi halinde, önceki Yargıtay kararları dikkate alındığında Kurum aleyhine hüküm tesis edilme ihtimali kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla 01/01/2012 tarihi sonrası döneme ilişkin yersiz sağlık harcamaları için yukarıda belirtilen durumlar dikkate alınarak Kurumca mevzuatsal düzenleme yapılmalıdır.

### 3.3. 5510 Sayılı Kanunun 67 inci Maddesinde Belirtilen Durumlar

5510 Sayılı Kanununa göre; 18 yaşını doldurmuş olan kişiler, tıbben başkasının bakımına muhtaç

olan kişiler, trafik kazası halleri, acil haller, iş kazası ile meslek hastalığı halleri, bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar, 63 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri gereğince sağlanan sağlık hizmetleri, 75 inci maddede sayılan afet ve savaş ile grev ve lokavt hallerinde (SSGSSK, 2006: madde 67) 67 nci maddede sayılan sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları uygulanmayacaktır. Sigortalılıkları veya gelir aylıkları iptal edilen ve Kurumca iptal dönemlerine ait yersiz ödenen tedavi masrafları tahsil edilecek olan kişilerin 67 inci maddede belirtilen istisna kapsamlarında sağlık hizmeti almaları hallerinde bu kişilere hiçbir durumda yersiz ödemeye ilişkin işlem yapılmaması gerekmektedir. Bu hallerde kişiler herhangi bir kapsamda sigortalı ya da genel sağlık sigortalısı olmasa dahi sağlık hizmetlerinden faydalanabileceklerdir. Uygulamanın ve işlemlerin hangi usul ve esaslarda yapılacağı Kurum mevzuatında açıkça yer almamaktadır.

3 Ocak 2014 tarih ve 83996 sayılı talimatta, sigortalılıkları veya gelir aylıkları iptal edilen ve başka bir kapsamda sigortalı veya bakmakla yükümlü olmayan durumda olmayanlardan 18 yaşından küçük çocuklara ve 25.02.2011 tarihinden sonra meydana gelen trafik kazası hallerinde verilen sağlık hizmetlerinin tahsili yoluna gidilmeyeceği, tahsil edilmiş olanlar var ise hak sahiplerinin talepleri halinde iade edileceği belirtilmiştir.

Kurumun 2014/20 sayılı Genelgesinde ise, "sahte sigortalılığı tespit edilen kişinin başvurmuş olduğu gelir testi sonucunda genel sağlık sigortası tescilinin Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında tescil edilmiş ise, 01.01.2012 tarihinden sonra, kendisine ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere Kurumca sağlanan sağlık yardımları, Kanunun 96 ncı maddesine göre fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen ödemeler kapsamında sayılmayacaktır. Gelir testi sonucu tescil işlemi Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında yapılan kişilerin ise 01.01.2012 tarihinden sonra sahte sigortalı olduğu döneme ait genel sağlık sigortası prim borcunu ödemesi halinde kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere Kurumca analık nedeniyle sağlanan sağlık yardımları, Kanunun 96 ncı maddesine göre fazla

veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen ödemeler kapsamında sayılmayacaktır.”

Sahte sigortalılığı tespit edilip, gelir testine başvuran kişilerin ve bakmakla yükümlü olduğu, gelir testi sonucunda Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında tescilleri yapılırsa, Kurumca ilgili döneme ait yapılan tedavi masraflarının yersiz ödeme kapsamında sayılmayacağı isabetli ve doğru bir uygulamadır. Ancak, gelir testi sonucu tescil işlemi Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında yapılan kişiler ve bakmakla yükümlülerine sadece analık nedeniyle sağlanan sağlık yardımlarının yersiz ödeme kapsamında sayılmaması, 67 nci maddede belirtilen diğer hallerin kapsam dışında bırakılmasına tarafımızca anlam verilememiştir.

#### 4. Sonuç

5510 sayılı Kanununun 96 ncı maddesi kapsamında Kurumca, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen Kanun kapsamındaki her türlü ödemelerin geri alınması ve tahsili konusu, uygulama, mevzuat ve yargısal boyutları ile birlikte değerlendirildiğinde oldukça kapsamlı ve ayrıntılı süreçleri içermektedir.

Kurum hatasından kaynaklanan, ilgilinin bir kusurunun söz konusu olmadığı fazla veya yersiz ödemelerde, Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde konunun yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple yapılması gereken düzenleme, hukuk sistemimiz ile uyumlu olacak şekilde iyi niyetli kişinin geçmişe yönelik geri ödeme yükümlülüğü bulunmadığı yönünde olmalıdır.

Tarihsel süreç ve yargı kararları göz önüne alınarak, bütüncül düzenleme içeren (5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 45 inci madde, 5510 Sayılı Kanununun 67 inci maddesinde belirtilen durumlar, 31/01/2012 sonrası dönemi içeren yersiz ödemelerin tahsili) ikincil mevzuatın Kurumca ivedilikle hazırlanması gerekmektedir. Düzenleme, 31/01/2012 sonrası dönemde sahte sigortalı olmaları nedeniyle 60 (g) kapsamında resen tescil edilen sigortalıların genel sağlık sigortası primlerini ödedikleri takdirde, ken-

dilerine yersiz ödeme kapsamında borç tahakkuk edilmeyeceğine yönelik olmalıdır.

#### KAYNAKÇA

- Aslanköylü, R. (2014). Sosyal Sigortalar Kurumunca Yapılan Fazla ya da Yersiz Ödemelerin Geri Alınması. *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 13(3), 23-35.
- Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Yönetmelik. (2008: madde 13). *R.G. 27.09.2008 27010*.
- Genel Sağlık Sigortası Tescil Prim ve Müstahaklık İşlemleri Yönetmeliği. (2014: madde 16). *R.G. 18.04.2014 28976*.
- Güzel, A., Okur, A. R., & Caniklioğlu, N. (2016). *Sosyal Güvenlik Hukuku* (16 b.). İstanbul: Beta Yayınları.
- Özkaraca, E. (2013). *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 10(38), 151-180.
- SGK 2011/58 Sayılı Genelge. (tarih yok).
- Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu [SSGSSK]. (2006: madde 96). *R.G. 16.6.2006 26200*.
- Tuncay, C., & Ekmekçi, Ö. (2013). *Sosyal Güvenlik Hukuk Dersleri*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Yargıtay 10. H.D E: 2015/3098 K: 2016/12335 (10 11, 2016).
- Yargıtay 10. H.D E: 2016/13341 K: 2016/11840 (09 29, 2016).
- Yargıtay 10. H.D E: 2016/14332 K: 2017/1416 (02 23, 2017).
- Yargıtay 10. H.D E: 2016/17047 K: 2016/15037 (12 15, 2016).
- Yargıtay 10. H.D E: 2016/3391 K: 2016/10809 (06 28, 2016).
- Yargıtay 10. H.D E: 2016/4328 K: 2016/5931 (04 18, 2016).
- Yargıtay 10. H.D E: 2016/6946 K: 2016/10734 (6 28, 2016).
- Yargıtay 10. H.D; E: 2016/1850 K: 2016/3923 (04 18, 2016).

## 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 kelimedenden oluşacak ve araştırmamanın 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.baslayan.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



**Prof. Dr. Müjdat Şakar** tarafından hazırlanan “**Sosyal Sigortalar Uygulaması**” adlı eserin yenilenmiş onikinci baskısı Şubat 2017 tarihinde yayımlanmıştır.

İlk baskısı Mart 1994 tarihinde “Sosyal Sigortalar Uygulaması El Kitabı” olarak yayımlanan eserin birinci bölümünde “Genel Esaslar” başlığı altında sırasıyla sosyal güvenlik kavramı, sosyal güvenliğin gelişimi, sosyal güvenlik hukukunun kaynakları ve sosyal güvenlikle ilgili bilim dalları, sosyal güvenliğin finansmanı, Türk sosyal güvenlik sisteminin yapısı, primli sosyal güvenlik rejiminin özellikleri ve kapsamı, işyerinin ve sigortalıların kuruma bildirilmesi, primler ve prim belgesi, idari para cezaları ve cezalara itiraz usulü 9 ayrı alt başlıkta incelenmiştir. “Sigorta Kolları” başlıklı ikinci bölümde ise sırasıyla, iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası, hastalık sigortası, analık sigortası, malullük sigortası, yaşlılık sigortası, ölüm sigortası, işsizlik sigortası, Türk sosyal güvenlik sisteminde karşılanamayan risk: ailevi yükler sigortası, sigorta kollarında ortak esaslar ele alınmıştır. Üçüncü bölümde “Hizmet Borçlanması ve Hizmetlerin Birleştirilmesi” başlığı altında hizmet borçlanması, hizmetlerin birleştirilmesi başlıkları incelenmiştir. “Genel Sağlık Sigortası” başlıklı dördüncü bölümde ise genel sağlık sigortasının niteliği ve kapsamı, genel sağlık sigortasından sağlanan sağlık hizmetleri ele alınmıştır.



**Yrd. Doç. Dr. Arzu Arslan Ertürk** tarafından hazırlanan “**İş Sözleşmesinde Şekil**” adlı eser, 2017 yılında yayımlanmıştır.

Eserde, iş sözleşmesinde şekil kurallarının yeri ve işlevi, sözleşmenin kuruluşu, sona ermesi ve iş güvencesi hükümleri açısından bir bütün olarak değerlendirilmiştir.

Giriş bölümünde konunun önemi ve inceleme yöntemi ele alınan eserin birinci bölümünde “Türk Borçlar Kanununun Şekle İlişkin Genel Esasları” incelenmiştir. Bu bölümde sırasıyla, tarihçe, şekil kavramı ve şekle ilişkin Türk Borçlar Kanununa hakim olan ilkeler; şeklin türleri, şekle tabi sözleşmelerin değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması; şekil şartına uymamanın sonuçları ele alınmıştır. “İş Sözleşmesinin Kuruluşunda Şekil” başlıklı ikinci bölümde ise sırasıyla, genel olarak iş sözleşmesinin kurulması ve şekil; belirli süreli iş sözleşmesi ve şekil; çağrı üzerine çalışma, uzaktan çalışma ve şekil; deneme süreli iş sözleşmesi ve şekil; takım sözleşmesi ve şekil; pazarlamacılık sözleşmesi ve şekil konuları incelenmiştir. Üçüncü bölümde de “İş Sözleşmesinin Değiştirilmesinde ve Sona Ermesinde Şekil” başlığı altında, iş sözleşmesinin içeriğinin ve taraflarının değiştirilmesinde şekil, iş sözleşmesinin tarafların anlaşması ile sona erdirilmesi (ikale) ve şekil; iş sözleşmesinin feshi ve şekil; iş güvencesi kapsamında işçinin eski işine iadesine ilişkin düzenlemelerin şekli; toplu işçi çıkarma ve şekil konuları ele alınmıştır.

**Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer** tarafından hazırlanan “**İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**” adlı eser, Nisan 2017 tarihinde yayımlanmıştır.

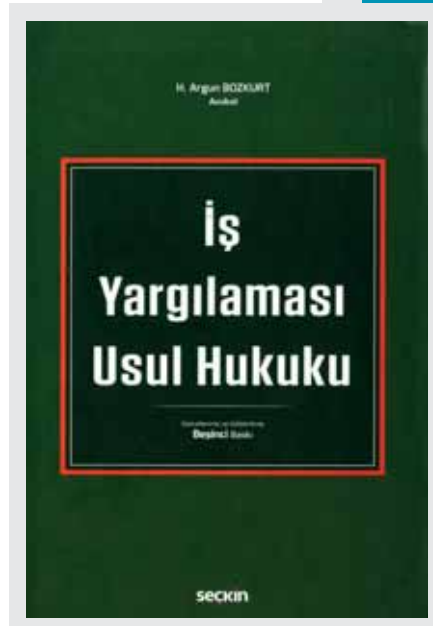
6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte ülkemizde yeni bir dönem başlamıştır. AB ve ILO normları dikkate alınarak hazırlanan söz konusu Kanun ile kamu özel ayrımı yapılmadan bütün çalışanlar kapsama alınmıştır. Birçok yeniliği beraberinde getiren Kanun, iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi açısından proaktif bir yaklaşımı benimsemiştir.

Bu kapsamda kitapta birinci kısımda “Genel Bilgiler” başlığı altında birinci bölümde iş sağlığı ve güvenliği hukukuna giriş, ikinci bölümde iş sağlığı ve güvenliği hukukunun temel kavramları, üçüncü bölümde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun uygulama alanı, dördüncü bölümde iş kazası ve meslek hastalıkları incelenmiştir. İkinci kısımda “Yükümlülükler” başlığı altında birinci bölümde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin işverenin yükümlülükleri, ikinci bölümde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çalışanların yükümlülükleri bölümleri ele alınmıştır. “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklere Aykırılıkların Sonuçları” başlıklı üçüncü kısımda ise sırasıyla, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklere aykırılığın işveren bakımından sonuçları ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklere aykırılığın çalışan bakımından yaptırımları bölümlerine yer verilmiştir.

**H . Argun Bozkurt** tarafından hazırlanan “**İş Yargılaması Usul Hukuku**” adlı eserin Güncellenmiş ve Geliştirilmiş Beşinci Baskısı Şubat 2017 tarihinde yayımlanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve istinaf mahkemelerini düzenleyen 5308, 5235 ve 5236 sayılı Kanunlar ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile bu Kanunların oluşturduğu görev, ispat yükü, bildirimler, kanıtlar, dava türü olarak iş yargılamasına getirdiği yenilikler söz konusu eserde ele alınmıştır.

Kitap, İş Mahkemeleri, İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Görev, Yetki, Davanın Tarafları, Kavramsal Olarak Tarafların Çoğalmas ve Davaların Ayrılması-Birleştirilmesi, Özel Yargılama Yöntemleri, Dava Türleri, Davanın Yürütümü ve Sonuçlanması, İspat Hukuku, Kanıtlar, Tanık, Bilirkişi, Bekletici Sorun, Eski Hale Getirme, İstinabe, Süreler, İhtiyati Haciz-İhtiyati Tedbir ve Delillerin Tespiti, Vekaletle Tarafların Davada Temsili, Tebligat, Davayı Sonuçlandıran Taraf İşlemleri, Davada Tarafça Yapılan Düzeltme İslah ve Maddi Hatanın Düzeltmesi, Keşif, Yasa Yolları, İstinaf, Adli Tatil, Yargılama Giderleri, Kesin Hüküm, Olağanüstü Yasa Yolu Yargılamanın İadesi, Uyuşmazlıklarda Tahkim, Tenfiz ve Arabuluculuk başlıkları altında 32 bölümü içermektedir.





T.C.  
İSTANBUL  
KÜLTÜR  
ÜNİVERSİTESİ

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ  
**İKÜ HUKUK**  
HUKUK FAKÜLTESİ



Türkiye İşçi Sendikaları  
Konfederasyonu



## PROF. DR. TURHAN ESENER 3. İŞ HUKUKU ULUSLARARASI KONGRESİ

PROF. DR. TURHAN ESENER  
3<sup>RD</sup> INTERNATIONAL CONGRESS ON LABOUR LAW

 19-21 Nisan 2018  
 İstanbul Kültür Üniversitesi - Ataköy Yerleşkesi - İstanbul

 April 19<sup>th</sup>-21<sup>st</sup>, 2018  
 İstanbul Kültür University - Ataköy Campus - İstanbul

### İletişim/Contact:

Yrd. Doç. Dr. Ender DEMİR  
(Asst. Prof. Dr. Ender Demir)  
e.demir@iku.edu.tr  
0212 498 45 19

Arş. Gör. Beste GEMİCİ FİLİZ  
(RA Beste Gemici Filiz)  
b.filiz@iku.edu.tr  
0212 498 45 91

 /turhanesener

[www.iku.edu.tr/4/1890/hukuk-fakultesi](http://www.iku.edu.tr/4/1890/hukuk-fakultesi)