

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2018 Sayı/Issue: 39 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:

Özgür BARUT, 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. Murat BATUR, Av. Şeyda AKTEKİN,

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

Av. Kadir GÜNAY, Av. Emre BÜYÜKKARABOSTANOĞLU, Av. Oğuz Kağan BÜYÜKTOSUNOĞLU

Baskı/Published by:

Elma Basım Yayın ve İletişim Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. Tefikbey 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 2018/July 2018

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

Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175 Kat: 13-14 34394 Şişli-İstanbul

Telefon/Telephone: +90 212 371 63 00 (pbx)

Faks/Fax: +90 212 371 63 01

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

Hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ve çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutması ve tartışma platformu oluşturması amacıyla Mart 2006 tarihinde yayın hayatına başlayan ve üç ayda bir yayımlanan SİCİL İş Hukuku dergisi, 2014 yılındaki ilk sayısı olan 31. sayıdan itibaren hakemli dergi olarak yayımlanmaktadır.

SİCİL İş Hukuku dergimizin 39. sayısında sekiz makale bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 39. sayısında; Prof. Dr. E. Murat Engin'in "Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Hakan Keser'in "İşverenin Fazla Çalışma Yapılması Yönündeki Talimatına Uymayan ya da Fazla Çalışma Onayını Geri Alan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshine İlişkin Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Serkan Odaman ve Araş. Gör. Eda Karaçöp'ün "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Muhammet Özekes'in "7036 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve

İcrasına Etkisi", Prof. Dr. Hakan Üzeltürk'ün "İkale Sözleşmesi Kapsamında Yapılan Ödemelerin Vergi Hukuku Boyutu", Doç. Dr. Ercüment Özkaraçın "Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı", Doç. Dr. Gaye Burcu Yıldız'ın "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi" ve Dr. Sezgi Öktem Songu'nun "Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak "Sataşma" 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 39. 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 iki 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** Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği
Prof. Dr. E. Murat ENGİN
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 19** İşverenin Fazla Çalışma Yapılması Yönündeki Talimatına Uymayan ya da Fazla Çalışma Onayını Geri Alan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshine İlişkin Bir Değerlendirme
Prof. Dr. Hakan KESER
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 44** İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme
Prof. Dr. Serkan ODAMAN- Arş. Gör. Eda KARAÇÖP
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 62** 7036 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı
- 78** İkale Sözleşmesi Kapsamında Yapılan Ödemelerin Vergi Hukuku Boyutu
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 90** Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı
Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 105** İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi
Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 113** Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak "Sataşma"
Dr. Sezgi ÖKTEM SONGU
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Contents

Articles

- 9** The Function of SSI Workplace Registration Number in the Competence Disputes and Legal Nature of the Objection to Branch of Activity Code
Prof. Dr. E. Murat ENGIN
Galatasaray University, Faculty of Law
- 19** An Analysis on the Employer's Termination of the Employment Contract of the Worker Who Does Not Obey Employer's Instruction for Overtime or Who Withdraws Overtime Consent
Prof. Dr. Hakan KESER
Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations Unit, Division of Labour Law and Social Security Law
- 44** A General Evaluation on Present and Future Position of Compulsory Mediation Arranged in Labour Law
Prof. Dr. Serkan ODAMAN- Arş. Gör. Eda KARAÇÖP
Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations Unit, Division of Labour Law and Social Security Law
- 62** The Effect of the Amendment Made by the Code No. 7036 on the Nature of the Reinstatement Cases and Its Effect on the Enforcement
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES
Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Bankruptcy Law
- 78** Tax Law Dimension of the Payments Made in the Context of Mutual Termination Contract
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK
Yeditepe University, Faculty of Law
- 90** The Right of Annual Leave in Intermittent Services with the Same Employer
Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA
Marmara University, Faculty of Law, Division of Labour and Social Security Law
- 105** The Analysis of the Two Different Supreme Court Verdicts on the Termination of the Employment Contract on the Basis of Employee's Social Media Posts
Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ
Ankara University, Faculty of Political Science, Department of Labour Economics and Industrial Relations, Division of Labour Law and Social Security
- 113** A Justified Reason for Termination: Teasing
Dr. Sezgi ÖKTEM SONGU
Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law Department

Yetki İtirazı Davalarında SGK İşyeri Sicil Numarasının İşlevi ve İşkolu Koduna Yönelik İtirazların Hukuki Niteliği

Öz

İşyerinin girdiği işkolunun tespiti özellikle işletme toplu iş sözleşmelerine ilişkin yetki itirazı davalarında uyuşmazlık konusu olmaya devam etmektedir. Yargıtay'a göre, yetki itirazı davasında işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise Mahkemenin bu konuyu ön sorun veya bekletici sorun yapması gerekir. Ancak, Yargıtay, sendikanın Bakanlığa yetki başvurusunu yaptığı tarihten önce işverenin SGK nezdinde işkolunun değiştirilmesine ilişkin girişimde bulunup bulunmadığını sorgulamakta ve incelemeyi bu tarihteki SGK kayıtları ile sınırlı tutmaktadır.

Halbuki, işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıklar genellikle SGK kayıtlarındaki maddi

hatalardan kaynaklanmaktadır. İş ve sosyal güvenlik mevzuatı, iş güvenliği mevzuatı yanında vergi mevzuatı ve ticaret odaları gibi kamusal nitelikteki kuruluşların işyeri tescil ve sicil işlemleri bir bütün olarak Eurostat NACE Rev.2 kodları temelinde düzenlenmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun bu kod temelli kayıtlarındaki bir hata, yetki işlemlerinde işyerinin farklı bir işkolunda görünmesine neden olmaktadır.

İşverenin yetki itirazı davasında ileri sürdüğü işkolu kodu itirazı hukuki niteliği itibarıyla işkolu değişikliği talebi değil, maddi hatanın giderilmesi isteminden ibarettir ve 6356 sayılı Kanun m. 5/2 kapsamında değerlendirilemez.

Anahtar Sözcükler:

Yetki itirazı davası, işletme toplu iş sözleşmesi, işkolu kodu, işkolu tespiti, ön sorun, bekletici neden.

The Function of SSI Workplace Registration Number in the Competence Disputes and Legal Nature of the Objection to Branch of Activity Code

Abstract

The determination of the branch of activity code that covers the workplace continue to be an issue of dispute especially in competence disputes concerning enterprise collective agreements. According to Court of Cassation; if there is a dispute in the scope of the enterprise in competence cases, the court should assess this as a

preliminary question or preliminary issue. Yet the Court of Cassation questions whether the employer undertook an initiative to change its branch of activity at SSI before the date of the trade union's application to Ministry for competence and limits the inquiry with the SSI records of this date.

*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi - murat.engin@enginhukuk.org

However, the disputes concerning the scope of enterprise usually emerge from error of facts in SSI records. Labour and social security legislation, job security and tax legislation are regulated basing on Eurostat NACE Rev.2 coding system; as well as the public institutions like trade chambers' workplace registry procedures. Because of an error in the Social

Security Institute's code-based records, the workplace seems to be in a different branch of activity.

The legal nature of objection to branch of activity code in competence disputes is only a request to correct the error in fact; not a branch of activity request and it cannot be considered in the context of art. 5 para. 2 act no. 6356.

Keywords:

Competence disputes, enterprise collective agreement, branch of activity code, determination of branch of activity, preliminary question, preliminary issue.

Giriş

07.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, gerekçesine göre, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün düzenli eleştirilerinin karşılanması ve Avrupa Birliği sosyal politika müktesebatına uyum sağlanarak Türk sendikacılığını ve toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşıma amacıyla hazırlanmıştır. Çağdaş sosyal normlara uyum konusundaki iddialı gerekçesine ve bu amaçla bazı değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, toplu iş sözleşmesi sisteminin omurgasını oluşturan işkolu sendikacılığı, toplu iş sözleşmesi türleri, ehliyet ve yetkiye ilişkin hükümler genel olarak korunmuş, buna bağlı olarak, önceki dönemin sorunları ve dava türleri yeni döneme taşınmıştır.

Bu sorunlardan biri, yetki itirazı davasında işyerinin girdiği işkolunun tespitinin bir ön sorun veya bekletici sorun olarak karşımıza çıkmasıdır. 2822 sayılı Kanun döneminde, yetki itirazı davası sırasında işkolu itirazının ileri sürülmesinin davayı kötüniyetle uzatma amacıyla kullanıldığı gerekçesiyle, 6356 sayılı Kanun m. 5/2 ile "Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar yetki işlemlerinde ve yetki tespit taleplerinde bekletici neden sayılmaz." hükmü düzenlenmiştir. Ancak, işyerinin girdiği işkolunun tespiti özellikle işletme toplu iş sözleşmelerine ilişkin yetki itirazı davalarında uyuşmazlık konusu olmaya devam etmektedir.

I. 2822 Sayılı Kanun Döneminde İşletme Kavramına İlişkin Öğreti Görüşü ve Yargı İçtihadı

İşletme toplu iş sözleşmesini ilk kez düzenleyen 2822 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren, bu kanun anlamında işletme kavramının öğreti ve yargı tarafından farklı yorumlandığı izlenmektedir.

İşletme toplu iş sözleşmesini hukuk sistemimizde ilk kez düzenleyen 2822 sayılı Kanun 3. maddesinde, "Bir gerçek veya tüzel kişiye.....ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu kanun anlamında bu sözleşmeye işletme toplu iş sözleşmesi denir." tanımını getirmişti. İşletme toplu iş sözleşmesi tanımlanmakla birlikte, "işletme" kavramının tanımına kanunda yer verilmemişti.

2822 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren öğretinin bütününün, kanundaki işletme teriminin hukuki ve ekonomik anlamdaki işletme kavramıyla bir ilgisinin olmadığı, terimin bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olmaktan başka bir anlam taşımadığı görüşünde birleştiği görülmektedir. Öğretiye göre, 2822 sayılı Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi, başka bir deyimlendirme olanağı bulunmadığı için "işletme" teriminin kullanılmış, 2822 sayılı Kanun m. 3 metninde yer verilen, "bu ka-

nun anlamında” işletme toplu iş sözleşmesi deneceği tanımına yer verilerek bu durum belirtilmiştir¹.

Öğretiye göre, işletme toplu iş sözleşmesinin yer bakımından uygulama alanını düzenleyen hüküm, bir işverenin aynı işkolundaki birden fazla olan işyerlerini ifade etmekte olup, ekonomik ve hukuki anlamda işletmeye dahil olsalar bile, farklı işkolunda bulunan işyerleri toplu iş sözleşmesi ünitesinin dışında kalırlar. 2822 sayılı Kanun anlamında işletmede işyerleri arasında herhangi bir amaç yahut yönetim, örgütlenme birliği gerekli değildir. İşletme toplu iş sözleşmesinin sınırlarının belirlenmesi için öncelikle her bir işyerinin ayrı birim olarak hangi işkoluna girdiğinin tespiti ve aynı işkoluna giren işyerlerinin işletme birimi altında toplanması gerekir. Örneğin, işletmenin merkezini oluşturan yönetim birimi bağımsız bir işyeri olarak kabul edildiğinde farklı bir işkolunda bulunacağından işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girmeyecektir. Buna karşılık, bir işverenin tamamen bağımsız biçimde örgütlenmiş iki ayrı işyeri olan çimento ve cam fabrikası aynı işkolunda olduğu için tek bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak değerlendirilecektir².

İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin yetki uyuşmazlıklarında görevli Mahkemeyi ve görevli makamı düzenleyen 2822 sayılı Kanun m. 15 ve 18’de “işletme merkezi” kavramına yer verilmesi de eleştirilmiştir. Kanun hükümleri arasında tutarsızlık olduğu ileri sürülmüş, çimento ve cam fabrikası örneğinde işletme merkezinin neresi olacağı, genel müdürlük işyerinin farklı işkolunda olması halinde işletme merkezinden ne anlaşılması gerektiği sorulanmıştır³.

Yargıtay’ın ise 2822 sayılı Kanun döneminde işletmeyi ekonomik bütünlüğü içinde değerlendirme kaygısı taşıdığı, genellikle toplu iş sözleşmesi

ünitesini ekonomik ve hukuki bütünlüğü kapsayacak biçimde yorumlamaya çalıştığı görülmektedir. Örneğin, idari işlerin yürütüldüğü merkez büronun asıl işin yapıldığı işyerinin tamamlayıcısı durumunda olması nedeniyle ayrı bir işyeri olarak değerlendirilemeyeceği, bir ilaç veya süt ürünleri şirketinin irtibat bürolarında yapılan işin asıl işte üretilen ürünlerin tanıtımı ve satışı olduğu, bu bürolarda çalışanların özlük işlerinin ve tüm faaliyetin şirket merkezinden yürütüldüğü, üretim, tanıtım ve satışın birbirinden ayıramayacak nitelikte olup bir bütün teşkil ettikleri, böylece merkez büro, fabrika ve irtibat bürolarının aynı işkolunda olduğu sonucuna vardığı çok sayıda kararı bulunmaktadır⁴.

Yargıtay, merkez büro, irtibat bürosu gibi birimleri bağımsız işyeri olarak kabul etmekle birlikte, asıl iş yardımcı iş ayrımını işletme düzeyine taşımış, bu gibi birimleri asıl işin yürütüldüğü işyerine bağlı yer gibi değerlendirmiştir. İşyeri toplu iş sözleşmesi için geçerli olan bağlı yer kavramının işletme düzeyine taşınması haklı olarak eleştirilmiştir⁵. Bu eleştirilere rağmen, 2822 sayılı Kanun döneminde Yargıtay’ın yönetimde birlik ve aynı ekonomik amaca örgütlenme kistaslarından hareket ettiği, asıl işe bağlı yer nitelemesini hukuki ve ekonomik anlamda işletme kavramına ulaşmak için kullandığı anlaşılmaktadır.

II. 6356 Sayılı Kanun Uygulamasında İşletme Toplu İş Sözleşmesi Kapsamına Girecek İşyerlerinin Belirlenmesi Sorunu

2822 sayılı Kanuna benzer biçimde, 6356 sayılı Kanun m. 2, işletme toplu iş sözleşmesini “bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerini”

1 Şahlanan, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, 1992, 33; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, 674-675; Canbolat, Talat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013, 121-122

2 Yenisey, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, 2007, 341; Eyrenci, Öner, 6356 sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.15, 2013, 133

3 Yenisey, İşletme, 347

4 Yenisey, İşletme, 342 vd.

5 Canbolat, 89; Özkaraca, Ercüment, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2014, Ankara 2016, 279

kapsayan sözleşme olarak tanımlamaktadır. Aynı kanunun 34. maddesi de, "Bir gerçek veya tüzel kişiye...ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde" yapılabileceğini hükme bağlamaktadır. Önceki ve sonraki kanunun tanımı benzer olmakla birlikte, aralarındaki dikkat çekici bir fark, yeni kanunun tanımında "bu kanun anlamında" ibaresine yer verilmemiş olmasıdır.

Öğreti bu kanun anlamında işletme ve işletme merkezi kavramlarına ilişkin görüşünü sürdürmektedir. Bir işletmenin her zaman aynı işkolundaki işyerlerinden oluşmayacağı, farklı işkollarına giren işyerlerinden oluşan işletmelerde sadece işletmenin aynı işkoluna giren işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapılacağı ifade edilmektedir. Giderek, 6356 sayılı Kanun m. 34'de 2822'den farklı olarak "işletme düzeyinden" söz edilmiş olması isabetli bulunmamakta, zira işletme toplu iş sözleşmesinin de "işyeri" düzeyinde yapılan sözleşme olduğu, kanunda söz edilen "işletme" deyiminin gerçek anlamda işletmeyi değil, bir işverenin aynı işkolundaki işyerlerini ifade eden toplu iş sözleşmesi ünitesi anlamına geldiği ifade edilmektedir⁶.

Nitekim, İşkolları Yönetmeliği öğretide savunulan görüş doğrultusunda düzenlenmiştir. Eurostat (Avrupa Birliği İstatistik Ofisi) tarafından oluşturulan NACE rev.2 kodları esas alınarak düzenlenmiş olan İşkolları Yönetmeliği Ek Liste, her bir işkoluna dahil olan işyerlerini NACE kodu temelinde sınıflandırmaktadır. Örneğin, ilaç sektöründe faaliyet gösteren bir şirketin üretim tesisi 04 No.lu Petrol Kimya, Plastik ve İlaç işkolunda iken, eczacılık ürünlerinin toptan ticaretini yapan merkez işyeri 10 No.lu Ticaret, Büro Eğitim ve Güzel Sanatlar işkolundadır. Buna göre, aynı işveren tarafından belirli bir faaliyet konusuna özgülenen bu iki işyeri ticaret hukuku anlamında bir işletme iken, toplu iş sözleşmesi ünitesi olarak farklı işkollarında bulunan bu iki işyerinde işletme toplu iş sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Her bir işyerinde farklı işkolunda örgütlü birer sendika ile iki ayrı işyeri toplu iş sözleşmesi yapılabilir.

Buna karşılık, İşkolları Yönetmeliği her bir ticari faaliyet konusu bakımından tutarlılığa sahip değildir. Yönetmeliğe göre, petrol ürünleri sektöründe faaliyet gösteren bir ticari işletmenin petrol türevi yakıtların, petrol gazları ve diğer hidrokarbonlar ile madeni yağların imalatını yaptığı işyerleri 04 No.lu işkolunda iken, bu ürünlerin toptan ticaretini yaptığı merkez işyeri de, ilaç firmasının aksine 10. No.lu işkolunda değil, yine 04 No.lu işkolundadır. Bu işverenin tüm işyerleri aynı işkolunda olduğu için ancak işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilecektir. Bu örnekte toplu iş sözleşmesi ünitesi anlamında işletme ile ticari işletme fiilen aynı anlama gelmektedir.

Sendikanın yetki başvurusu üzerine, Bakanlık kayıtlarında bulunan SGK işyeri sicil numarası içinde yer alan işkolu koduna bakarak her bir işyerinin hangi işkolunda görüldüğünden hareketle yetki tespit yazısını düzenlemektedir. 6356 sayılı Kanun m. 5'e göre işkolu tespiti yapılmadığı sürece başvurulacak tek yetki tespit yöntemi işyeri sicil numarasındaki işkolu kodudur⁷. Halen yetki itirazı davalarında işyerinin girdiği işkolunun tespiti sorununun devam etmesinin nedeni, işyeri numaralarının hatalı olduğu, aynı işkolunda bulunan bir veya birden çok işyerinin tespit yazısında kapsam dışında bırakıldığı iddialarıdır.

III. Yetki İtirazı Davasında İşkolu İtirazının İleri Sürülmesine İlişkin Yargı İçtihadı ve Öğreti Görüşü

6356 sayılı Kanunun hemen arkasından yürürlüğe giren İşkolları Yönetmeliği, yirmi işkolundan her birine giren işyerlerini Eurostat (Avrupa Birliği İstatistik Ofisi) tarafından oluşturulan NACE rev.2 kodları temelinde faaliyet konularına göre sınıflandırmıştır. Söz konusu NACE kodu, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği uyarınca verilen SGK işyeri sicil numarasında da yer almaktadır. Sendikanın yetki başvurusu üzerine Bakanlık, sendikanın bulunduğu işkoluna

6 Tuncay, Can/Kutsal, Burcu, Toplu İş Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2017, 216 vd.; Canbolat, 126-127

7 Yenisey, Kübra, Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 59

giren işyerlerini SGK kayıtlarındaki işyeri sicil numaralarından hareketle belirlemektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu işyeri sicil numarasındaki hatalar nedeniyle, işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin Bakanlık yetki yazısında aynı nitelikteki işyerlerinden kimi yetki kapsamında yer alırken, diğer bazı işyerlerinin yer almadığı görülmektedir. Bunun üzerine açılan yetki itirazı davalarında işletme kapsamına giren işyerlerinin tespiti bir ön sorun olarak yine karşımıza çıkmaktadır.

6356 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, Yargıtay 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri işletme toplu iş sözleşmesine ilişkin 34. maddesinin emredici niteliğine vurgu yapan ortak bir içtihat geliştirmişlerdir. Bu kararlara göre, "6356 sayılı Kanun m. 5/2 hükmünün bir toplu iş sözleşmesi olan ve Kanunun 34. maddesinde tanımlanan, işletme iddiası kapsamı dışında kalan haller için uygulanması gerekir. Aksi halde, işletme kapsamına giren bir gerçek veya tüzel kişiye ait işyerlerinde işletme bütünlüğü gözetilmeden yasanın emredici hükümleri dikkate alınmadan toplu iş sözleşmesi yapılması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. O halde, m. 5/2'de yer alan düzenlemeyi işyeri düzeyinde yeni bir toplu iş sözleşmesi süreci başlamış iken ortaya çıkan işkolu uyuşmazlıkları ile sınırlı olarak uygulamak gerekir. Yetki itirazı davasında işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise Mahkemenin işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlığı 6356 sayılı Kanun m. 34/4 hükmüne göre ön sorun olarak çözüme kavuşturması gerekmektedir"⁸.

Yargıtay, bu içtihadını 2016 yılı sonunda verdiği bir kararla sürdürerek, 6356 sayılı Kanun m. 5/2 hükmünün 34. madde ile tanımlanan işletme iddiası kapsamı dışında haller için uygulanması gerektiğini, aksi halde işletme kapsamına giren bir gerçek ve tüzel kişiye ait işyerlerinde, işletme bütünlüğü gözetilmeden yasanın emredici hükümleri dikkate alınmadan toplu iş sözleşmesi yapılması gibi bir durum ortaya çıkacağını, m. 34/4'ün kamu düzeni-

ne ilişkin emredici bir kural olduğunu, yetki itirazı davasında işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise Mahkemenin bu konuyu ön sorun veya bekletici sorun yapması gerektiğini belirtmektedir⁹.

Ancak, özellikle son yıllarda verdiği kararlarında Yargıtay, işletme kapsamına giren işyerlerinin girdiği işkolunun belirlenmesine ilişkin ön sorunun incelenmesini, sendikanın Bakanlığa yetki başvurusu tarihindeki SGK işyeri kayıtları ile sınırlamaktadır. Buna göre, "Yapılması gereken, davacı şirkete ait olan ve aynı işkoluna dahil bulunan işyerlerine ait, yetki tespit başvuru tarihi itibarıyla SGK işyeri tescil belgelerinin getirilmesi, davacının SGK nezdinde, işyerlerinin işkollarının değiştirilmesine yönelik talebi olup olmadığının belirlenmesi, yetki tespit tarihi itibarıyla davacının işletmesine hangi işyerlerinin dahil olduğu, işletme kapsamında kaç işçinin çalıştığı ve sendika üyesi olan kaç işçinin bulunduğu hususlarında yeni bir bilirkişi raporu alınması, sonucuna göre hüküm kurulmasıdır"¹⁰.

Kısaca, Yargıtay'a göre, işletme kapsamına ilişkin itiraz halinde, sendikanın Bakanlığa yetki için başvurduğu tarihteki SGK işyeri kayıtları esas alınarak ön sorun veya bekletici sorun çözümlenmelidir.

Öğreti görüşü de Yargıtay kararları ile aynı yöndedir. Öğreti tarafından kanunun her biri emredici olan m.5/2, 34/2 ve 34/4 hükümlerinin kanun koyucu tarafından iyi kurgulanmadığı, Kanun m. 42 gereği yetki itirazı davasında bir işyerinin girdiği işkolunun yetki tespit talep tarihindeki SGK kayıtlarına göre sonuca varılması gerektiği savunulmaktadır.

Öğreti çoğunluğuna göre, 2822 sayılı Kanun döneminde işletme toplu iş sözleşmesini düzenleyen hükmün emredici olması nedeniyle, işyerlerinin bir kısmının aynı işkolunda ve işletme kapsamında olup olmadığına ilişkin uyuşmazlığın öncelikle çözümlenmesi zorunlu idi. Ancak, Kanun m. 5/2'de işkolu tespitine ilişkin uyuşmazlıkların yetki işleme-

8 Y.7. H.D. E. 2013/23890, K. 2013/24204, 31.12.2013, Çalışma ve Toplum, 2014/2; Y.22. H.D. E. 2013/27028, K. 2013/24696, 15.11.2013; Y. 22. HD. E. 2014/21190, K. 2014/23771, 15.09.2014, <http://legalbank.net/>; Y.9. H.D. 23.10.2014, 29756/30769, www.kazanci.com

9 Y.9. H.D. E. 2016/35791, K. 2016/21757, 08.12.2016, <http://legalbank.net/>

10 Y.9. H.D. E. 2016/14028, K. 2016/11178, 03.05.2016, Y.9. HD E. 2015/11256, K. 2015/15216; 28.04.2015 <http://legalbank.net/>

ri ve yetki tespit davalarında bekletici neden yapılamayacağı hükme bağlanmış olup, artık 34. maddeye göre açılacak işletme niteliğinin tespitine ilişkin uyumsuzluğun anlamı, Bakanlık kayıtlarında maddi hata yapıp yapılmadığının tespitinden ibarettir. Bakanlığın, “yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas” almasını düzenleyen 6356 sayılı Kanun m. 41/7’ye dayanarak, yetki itirazı davasına bakan Mahkemenin, uyumsuzluk konusu işyerlerinin gerçekte hangi işkoluna girdiğini araştırmadan SGK kayıtlarına göre sonuca varması gerekir¹¹.

Buna göre, işyerlerinin girdiği işkolunun belirlenme usulü Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Yetki tespit işlemlerinde Bakanlık tarafından SGK verileri kullanılmakta olup, işyerinin girdiği işkolu Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği’ne göre işverenin yaptığı işyeri bildirimleriyle belirlenmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumu, işverenin bildirdiği işyeri faaliyetinden hareketle işkolu kodunu içeren işyeri sicil numarasını işverene tebliğ etmektedir. İşkolu kodu Yönetmeliğin ekinde yer alan (Ek. 12) işkolu kodu listesine göre hangi işkoluna girdiğini belirtmeye yönelik olup, işveren bu belirlemeye itiraz hakkına da sahiptir. Dolayısıyla, işverenler işyerlerini SGK’ya bildirdikleri aşamada işyerinin girdiği işkolunu gösteren işkolu kodundan haberdar olmaktadır. İşkolları Yönetmeliği ekinde yer alan işkolları listesinde NACE kodlarından yararlanılarak hangi işin hangi işkoluna girdiği belirlenmiştir. İşyerinin girdiği işkolunun ne olduğunu bilecek durumda olan ve sendika yetki için başvurana kadar hiçbir girişimde bulunmayan işverenin yetki başvurusundan sonraki işkolu itirazı dikkate alınmamalıdır¹².

Kısaca, öğretiye göre, bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olup olmadığının belirlenmesi için, “yetki başvuru tarihindeki” SGK işyeri sicil numarasında bulunan altı haneli işkolu koduna

bakmakla yetinilmeli, İşkolları Yönetmeliği Ek Listeye göre hangi işkolunda yer alıyor ise buna göre sonuca varılmalıdır.

Mahkemece yapılacak incelemeyi SGK kayıtları ile sınırlayan öğreti görüşü ve aynı yöndeki yargı kararlarının, uygulamada sıklıkla görülen SGK kayıtlarındaki maddi hataları hukuken bağlayıcı hale getirdiği ve bu durumun emredici kanun hükümlerine aykırı olduğu kanısındayız.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, ele aldığımız sorun işletme toplu iş sözleşmeleri yönünden yargı kararlarına ve öğreti görüşlerine konu olmuş ise de, yapacağımız değerlendirme işyeri toplu iş sözleşmesi yönünden de geçerlidir.

IV. Sosyal Güvenlik Kurumu İşyeri Sicil Numarasının İşlevleri

6356 sayılı Kanun uygulamasında işkolunun tespiti için Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği hükümlerinin büyük önem kazanması, işverenlerin çeşitli kanunlara göre yapmakla yükümlü oldukları bildirimlerin sadeleştirilmesi, sigortalı çalıştırılan bütün birimlerin denetim altına alınarak idarenin etkin olduğu bir yapı oluşturma amacını taşıyan bir dizi mevzuat değişikliğinin sonucudur. Bu amaçla, 5510 sayılı Kanun ile 6356 sayılı Kanun’a göre farklı idari birimlere ayrı ayrı yapılan işyeri bildirimlerinin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile bağlı kurulmuş, söz konusu kanunlara ilişkin yönetmelikler eliyle birleştirilmiş ve ortak bir sistem oluşturulmuştur.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, İşkolları Yönetmeliği ve İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği, NACE Rev.2 sınıflamasından türetilen altı basamaklı sınıflama sistemiyle birleştirilmiştir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 28 gereği, sigortalı çalıştıran işveren işyerini tescil ettirmek zorundadır. İşyeri tescil edilirken Kurumca işverene bir işyeri sicil numarası verilir¹³.

Bu sistemde, işveren, İş Sağlığı ve Güvenliğine

11 Canbolat, 140 vd.; Özkaraca, 275; Yıldız, Gaye Burcu, Yetki Tespitine İtiraz Davalarında Bekletici Mesele, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İKÜHFD. Özel Sayısı, cilt 15 sa.1, Ocak 2015, 521-522

12 Yıldız, 521-522; Canbolat, 142-143; Özkaraca, 275

13 RG. 21.8.2013, sa. 28742: Bkz. Yenisey, İşkolu, 58

İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği uyarınca işyerinde yürüttüğü faaliyet konusunu SGK'ya bildirmekte, bu bildirimden hareketle Tebliğ Ek'inde yer alan İşyeri Tehlike Sınıfları Listesi'ne göre, işyerinin NACE rev.2 6'lı kodu belirlendikten sonra bu kodu içeren sosyal güvenlik işyeri numarası verilmektedir. Söz konusu Tebliğ'e göre, Bakanlık işyerinin sınıfını ve tehlikelilik derecesini re'sen belirlememektedir. İşverenin bildirim esas olup, Bakanlık ancak itiraz üzerine veya iş müfettişleri tarafından yapılan denetimler sonucunda gerekli görür ise işyeri tehlike sınıfını yeniden belirleyebilir.

Esasen, SGK işyeri numarasında yer alan NACE rev.2 kodunun ortaya çıkış nedeni toplu iş hukuku yönünden yetkili sendikanın belirlenmesi değil, 2013 yılı öncesinde işyerinde yapılan işin iş kazası ve meslek hastalığı bakımından gösterdiği tehlikenin ağırlığına göre ödenecek prim oranının belirlenmesidir. 2013 öncesinde sosyal güvenlik işlemleri yönünden bir işyerinin tehlikelilik derecesinin o işyerinin ticari faaliyet konusundan bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Daha sonra 19/1/2013 tarihli ve 28533 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6385 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla 5510 sayılı Kanunun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yapılan değişiklikle, 1 Eylül 2013 tarihinden geçerli olmak üzere kısa vadeli sigorta kolları (iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kolları) prim oranı, 4/1-a (SSK) kapsamında işçi çalıştıran tüm işyerleri için % 2 olarak sabitlenmiştir. Buna bağlı olarak 5510 sayılı Kanunun "Kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi ve işkollarının ve işlerin tehlike sınıf ve derecelerinin belirlenmesi" başlıklı 83 üncü maddesi ile "Tehlike sınıf ve derecelerini etkileyebilecek değişiklikler" başlıklı 84 üncü maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

Aynı şekilde 29/09/2008 tarihli ve 27012 (2. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1 Eylül 2013 tarihine kadar uygulamada kalan Kısa Vadeli Sigorta Kolları Prim Tarifesi de (Prim Tarife Cetveli) yürürlükten kaldırılmıştır.

Toplu iş hukuku yönünden ortaya çıkan sorunun,

büyük ölçüde, sosyal güvenlik mevzuatında yapılan bu değişiklikten kaynaklandığını düşünüyoruz. 2013 öncesinde ticari işletme içinde yer alan, örneğin büro işyeri ile fabrika işyeri farklı tehlikelilik derecesinde ve farklı prim yükümlülüğüne tabi olduğundan, işverenler buna göre bildirim yapmakta idiler. İşyerlerinin tehlikelilik derecesi ile toplu iş hukuku arasında hiçbir bağlantının kurulmamış olduğu bu dönemde işyeri kodları verilirken önemli olan tek nokta, prim yükümlülüğünün oranı olup, prim yükümlülüğünün oranı değişmedikten sonra kodun yanlış veya doğru olmasının ne işveren ne de SGK yönünden bir sakıncası bulunmakta idi.

Eski dönemden, sistemin birleştirildiği yeni döneme geçildiğinde, pek çok işyeri tescil numarası zamanında verilmiş olan yanlış kodlar nedeniyle olması gerekenden farklı bir işkolunu işaret eder hale geldi.

İşverenin, önceki dönemde Kısa Vadeli Sigorta Kolları Prim Tarifesi uyarınca yaptığı bildirim sonucu işverenin veya SGK'nın hatası nedeniyle alınan yanlış kod, yeni dönemde Tehlike Sınıfları Tebliği uyarınca alınması gereken kod olmadığı için, o işyerinin 6356 sayılı Kanuna dayanan İşkolları Yönetmeliği Ek Listesi'ne göre girdiği işkolunu da hatalı belirlemiş oldu.

Böylece, işverenin faaliyet konusu bildiriminde geçmişte yapmış olduğu bir hata veya SGK kayıtlarında şu veya bu nedenle oluşmuş olan herhangi bir hata, bir işyerinde ehliyetsiz sendikanın yetki almasına, ehliyetli sendikanın yetki alamamasına, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işyerlerinin dışarıda bırakılmasına veya bunun tersine neden olur hale gelmiştir.

Geçmiş bir dönemde şu veya bu nedenle hatalı alınan bir işyeri numarasının, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünü, sendikaların ehliyeti ve yetkisini, toplu iş sözleşmesinin kapsamı ve düzeyini bu derece olumsuz etkilemesi şaşırtıcıdır.

Nitekim, öğretilerde de, sosyal güvenlik işlemleri ve iş sağlığı ve güvenliği açısından işyerinden beklenen işlevler ile toplu iş hukukunda işyerinin işlevinin aynı olmadığı, 5510 sayılı Kanun ile 4857 sayılı

Kanunun işyeri tanımları birbiri ile uyumlu görünse de ikincil mevzuattaki düzenlemeler açısından aynı sonuca varmanın mümkün bulunmadığı belirtilmiş; sosyal güvenlik sisteminde işyeri numarası olan birimin sendikal örgütlenme açısından da esas alınmasının çeşitli sakıncalar yaratacağına dikkat çekilmiştir¹⁴.

V. İşyerinin Girdiği İşkolunun Belirlenmesinin Hukuki Niteliği

Yetki itirazı davası sırasında SGK sicil numarasına yönelik itirazların dikkate alınmamasını, yetki başvuru tarihindeki SGK sicil numarasına göre sonuca varılması gerektiğini savunan öğreti çoğunluğu, bu tür bir itirazın 6356 sayılı Kanun m. 5/2'yi dolanma kastı taşıdığını, bu itiraza değer verildiği takdirde, emredici hükme aykırı olarak işyerinin bulunduğu işkolunun değiştirilmiş olacağı kanısındadır.

Kanımızca, 6356 sayılı Kanun m. 5/1'e göre kamu düzenine ilişkin emredici bir prosedüre tabi olan işkolunun tespit işlemi ile hatalı işyeri numarasının düzeltilmesi işlemi birbirine karıştırılmaktadır.

6356 sayılı Kanunun temeli işkolu sendikacılığıdır. İşyerinin girdiği işkolunun belirlenmesi için m. 5 ile emredici bir prosedür öngörmüştür. İşyerinin girdiği işkolunun tespiti sendikanın veya işverenin başvurusu üzerine Bakanlık tarafından yapılır ve Bakanlığın tespit ile ilgili kararı Resmi Gazete'de yayımlanır. Kanun ayrıca, Bakanlığın Resmi Gazete'de yayımlanan kararına karşı yargı yolunu düzenlemiştir. Maddenin ikinci fıkrası ile getirilen, yetki süreci başlamış ise işkolu tespitinin bir sonraki dönem geçerli olacağı, yetki davalarında bekletici neden sayılmayacağı kuralı, m. 5/1'in öngördüğü süreç kapsamında yapılan usulüne uygun işkolu tespitine ilişkindir ve bundan ibarettir.

6356 sayılı Kanun, bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti için sadece 5. maddede belirli bir yöntem öngörmüş, kamu düzenine ilişkin ve emredici bu yöntem dışında başka herhangi bir yol ile işkolu tes-

pitine ve değişikliğine imkan tanımamıştır. Nitekim Yargıtay da, 6356 sayılı Kanun m. 5/2'nin yetki süreci devam ederken ortaya çıkan ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında özel olarak düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹⁵.

VI. Yetki İtirazı Davasında İşkolu Koduna Yönelik İtirazın Hukuki Niteliği

Yetki itirazı davasında, bir veya birden çok işyerinin SGK işyeri sicil numarasındaki hata nedeniyle Bakanlık yetki yazısı kapsamı dışında bırakıldığına yönelik iddia, 5. maddenin düzenleme biçimi karşısında bir işkolu değişikliği talebi olarak nitelendirilemez. Hukuki niteliği itibarıyla böyle bir talebin anlamı, işyerinin girdiği işkolunun değişmesi değil, hatanın giderilmesi ve işyerinin zaten bulunduğu işkoluna ait kod numarasının almasının sağlanmasıdır. Kısacası, bu talep hukuki niteliği itibarıyla maddi hatanın giderilmesi talebidir.

Nitekim, Sosyal Güvenlik Kurumu uygulaması da, işyeri sicil numarası içinde yer alan işkolu kodundaki değişikliğin işkolu değişikliği anlamına gelmediğini ortaya koymaktadır. İşkolu kodunun tespiti, değişiklik ve itiraz işlemlerinin nasıl yürütüleceği konusunda Sosyal Güvenlik Kurumu Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü İl Müdürlüklerine 20.01.2014 tarih ve 2014/10 sayılı İşkolu Koduna İlişkin İşlemler konulu bir Genel Yazı göndererek, yapılacak işlemleri yeniden belirlemiştir. Bu Genel Yazı'da (Ek 2), İş Kolu Koduna İtiraz ve Yapılacak İşkolu Kodu Değişiklik İşlemlerinin nasıl gerçekleştirileceği açıklanmış ve işyerinin bağlı bulunduğu Vergi Dairesi kayıtlarının esas alınması talimatı verilmiştir.

Bu Genel Yazı'ya göre, "işyerine Kurumca verilmiş işkolu koduna herhangi bir sebeple işveren

¹⁵ Y.9.H.D.E. 2015/11256, K. 2015/15216, 28.04.2015; ayrıca bkz. dn. 8, 9, 10'da belirtilen kararlar

¹⁴ Bkz. Yenisey, İşkolu, 60

tarafından itiraz edilmesi halinde;

-İnternet Vergi Dairesi'nden işverenin e-Vergi Levhasına bakılacak, adına dosya tescil edilecek işyerine ait adresin, e-Vergi Levhasında kayıtlı işyeri adresi ile aynı olması durumunda e-Vergi Levhasında yer alan işkolu kodu esas alınarak,

-Tescil edilecek işyeri adresinin e-Vergi Levhasında yer alan işyeri adresinden farklı olması durumunda ise işveren tarafından işyerinin bağlı olduğu vergi dairesinden alınacak işkolu kodunu gösterir resmi yazıda/belgede belirtilen işkolu kodu esas alınarak,

İşkolu Kodu İtiraz Komisyonu'nca karar alınmak suretiyle işyeri tescil ve e-Sigorta servisince gerekli işlemler yapılacaktır.

İlgili vergi dairesinden alınan yazıda belirtilen işkolu kodunun veya "e-Vergi Levhası" ekranından yapılan sorgulama sonucunda ekrana gelen işkolu kodunun, işverenin talep ettiği işkolu kodundan farklı olduğunun anlaşılması halinde ilgili vergi dairesince işkolu kodu değiştirilmediği sürece vergi dairesinin kayıtları esas alınacaktır".

Görüldüğü üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu işyeri numarasında bulunan işkolu kodunun düzeltilmesinde, vergi mevzuatına göre işverene verilen ve NACE kodunu içeren vergi kimlik numarasını esas almaktadır.

İşyerinin vergi kimlik numarası içindeki NACE kodu, İşkolları Yönetmeliği Ek Liste ile uyumlu olduğundan, SGK'nın vergi kimlik numarasına göre yaptığı düzeltme ile SGK işyeri numarasındaki maddi hata da giderilmiş olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, vergi daireleri yanında Ticaret Odaları da tescil işlemlerini Eurostat NACE rev.2 kodlarına göre yürütmektedir. Vergi dairesi, Ticaret Odası kayıtlarından hareketle işlem yapmaktadır.

İşverenin talebi üzerine Sosyal Güvenlik Kurumu'nun vergi kimlik numarasına göre yaptığı düzeltme işlemi işkolu değişikliği olarak nitelenebileceğine göre, aynı itirazın işveren tarafından yetki itirazı davası sırasında ileri sürülmesi de işkolu itirazı olarak nitelenmesi ve 6356 sayılı Kanun m.

5/2 kapsamında değerlendirilmemelidir. Herhangi bir davada maddi hatanın giderilmesi talebi her aşamada ileri sürülebilir ve Mahkeme tarafından re'sen dikkate alınabilir. Yetki itirazı davasında, Ticaret Odası, vergi dairesi kayıtları ve SGK kayıtlarının eşleştirilerek maddi hatanın giderilmesinin önünde hukuki hiçbir engel bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, resmi kayıtların eşleştirilmesi, işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamı bakımından sorunu ancak kısmen çözmektedir. Vergi mevzuatı gereği işverene verilen vergi kimlik numarası, genel müdürlük/merkez işyerini tanımlamaktadır. Diğer işyerlerine ayrı bir vergi kimlik numarası verilmediği için, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına giren diğer işyerleri yönünden vergi dairesi kayıtlarına başvurulması söz konusu değildir.

Diğer işyerleri bakımından işkolu kodlarına yönelik düzeltme taleplerinin değerlendirilmesinde, bu işyerlerinde yürütülen faaliyete ilişkin her türlü kayıt ve belge İşkolları Yönetmeliği Ek Liste ile birlikte değerlendirilerek hatalı işyeri numarasının düzeltilmesi sağlanabilir.

İş ve sosyal güvenlik mevzuatı yanında vergi mevzuatı ve ticaret odaları gibi kamusal nitelikteki kuruluşların işyeri tescil ve sicil işlemleri bir bütün olarak Eurostat NACE rev.2 kodları temelinde düzenlenmiştir. Bu sistemde Bakanlık ve SGK da maddi hataları re'sen düzeltmeye yetkilidir. İdarenin bütünlüğü içinde öncelikle idarenin sorumluluğunda olan bir maddi hatanın, salt işverenin zamanında harekete geçmediğinden bahisle düzeltilmemesi, emredici hükümlerin ihlalini haklı kılmamaktadır.

Yargıtay kararlarında da, işletme toplu iş sözleşmesinin kapsamının belirlenmesinin kamu düzeyine ilişkin ve re'sen araştırma ilkesine tabi olduğu sürekli olarak vurgulanmaktadır. Bu bakımdan, Mahkeme tarafından yapılacak incelemeyi sendikanın Bakanlığa başvuru tarihindeki SGK kayıtları ile sınırlayan içtihat da kanımızca kendi içinde çelişkilidir. Şüphesiz, Kanunun 5. madde hükmü bu incelemenin sınırını çizmektedir. Kaldı ki, işyeri tescil işlemlerinde maddi hataların işverenlerin ve idarenin düzeltici işlemleriyle zamanla azalarak

yetki davalarında sorun olmaktan çıkacağı kanısındayız.

Sonuç

2822 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi 6356 sayılı Kanun döneminde de yetki süreçlerinden kaynaklanan çok çeşitli sorunlar karşısında yargı ve öğreti çözüm üretmeye çabalamaktadır. Hatalı işkolu koduna dayanan yetki tespiti ve buna ilişkin itirazların davalara etkisi çözüm aranan sorunlardan sadece biridir ve herhalde en önemlisi değildir.

Bununla birlikte, bu sorunun genellikle basit bir çözümü olmasına rağmen, öğretinin önerisi ve yargı uygulaması hukuka aykırı sonuçlara varmaktadır. Sendikanın yetki başvuru tarihinden önce işverenin henüz işkolu kodunun düzeltilmesi için başvuruda bulunmamış olmasına, yani "salt tarihsel bir rastlantı"yla sınırlanan bu çözüm, 6356 sayılı Kanunun, her biri kamu düzenine ilişkin emredici hükümler olan, işkolu esasını ve işkolunun tespiti usulünü düzenleyen m. 4 ve 5 ile toplu iş sözleşmesinin kapsamını düzenleyen m. 34'ü ihlal etmektedir.

İdare, düzenleyici işlemleriyle işyerlerini vergi, ticaret ve sosyal güvenlik mevzuatlarına ilişkin kayıtlarını bütüncül bir sistem içinde ele aldığına göre, işkoluna ilişkin maddi hata iddiaları tüm bu resmi kayıtların birlikte ve re'sen değerlendirilmesi ile kanuna uygun biçimde çözülebilir.

Yetki süreçlerinin farklı boyutlarıyla sorun olmaya devam etmesinin temel nedeni, 6356 sayılı Kanunun toplu iş sözleşmesi sisteminde gerçek bir reformu sağlayamamış olmasında aranmalıdır. Genel gerekçesinde belirtildiği üzere, 6356 sayılı Kanun, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün düzenli eleştirilerinin karşılanması ve Avrupa Birliği sosyal politika müktesebatına uyum sağlanarak Türk sendikacılığını ve toplu iş sözleşmesi düzenini daha ileriye taşıma iddiasıyla yürürlüğe girmiştir. Çağdaş sosyal normlara uyum konusundaki iddialı gerekçesine rağmen, toplu iş sözleşmesi sisteminin omurgasını oluşturan işkolu sendikacılığı, toplu iş sözleşmesi türleri, ehliyet ve yetkiye ilişkin hükümlerin genel yapısı yarattığı tüm sorunlar ile korunmuştur. Ka-

nunun m. 5/2 gibi ikincil önemde ve sınırlı etkiye sahip bazı hükümleriyle yetki süreçlerine ilişkin sorunların çözümü mümkün görünmemektedir.

KAYNAKÇA

- Canbolat, Talat, Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, 674-675.
- Eyrenci, Öner, 6356 sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.15, 2013.
- Özkaraca, Ercüment, Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2014, Ankara 2016.
- Şahlanan, Fevzi, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, 1992.
- Tuncay, Can/Kutsal, Burcu, Toplu İş Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2017.
- Yenisey, Kübra, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, 2007 (işletme).
- Yenisey, Kübra, Sendikal Örgütlenmede İşkolu Esası ve İşkolunun Belirlenmesi, Çalışma ve Toplum, 2013/4 (İşkolu).
- Yıldız, Gaye Burcu, Yetki Tespitine İtiraz Davalarında Bekletici Mesele, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İ. Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi özel sayısı, cilt 1, Ocak 2016.

Prof. Dr. Hakan KESER*

Makale Gönderim Tarihi: 12 Şubat 2018

Makale Kabul Tarihi: 18 Şubat 2018

İşverenin Fazla Çalışma Yapılması Yönündeki Talimatına Uymayan ya da Fazla Çalışma Onayını Geri Alan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshine İlişkin Bir Değerlendirme

Öz

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 inci maddesi uyarınca, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilecek ancak fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekecektir. İşçilerin fazla çalışma yapmaya onay vermemeleri, uygula-

mada zaman zaman işyerlerinde işlerin aksamasına sebep olabilmekte ve bunun sonucu olarak da işçi ve işverenin arasındaki ilişki bozulabilmektedir. Çalışmamızda işçilerin fazla çalışma yapmaya onay vermemelerinin iş sözleşmelerinin feshine sebep olup olmayacağı hususu incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Fazla çalışma, fazla çalışma onayı, davranıştan kaynaklanan geçerli sebep, bildirimli fesih.

An Analysis on the Employer's Termination of the Employment Contract of the Worker Who Does Not Obey Employer's Instruction For Overtime or Who Withdraws Overtime Consent

Abstract

According to Article 41 of the Labour Code No. 4857, overtime work may be performed for purposes such as the country's interest, the nature of the operation or the need to increase output and the employee's consent shall be required for overtime work. If the workers do not give consent

to overtime work, this sometimes can cause problems in the workplace and as a result, the relationship between the worker and the employer may deteriorate. In this study, it has been examined whether workers' disapproval of overworking would cause termination of their employment contracts.

Keywords:

Overtime work, overtime work consent, valid reason connected with conduct of the employee, notice of termination.

*Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-hakan.keser@deu.edu.tr

Giriş

4857 sayılı İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen "fazla çalışma", işverence duyulan lüzum üzerine uygulamada sıkça kullanılan bir çalışma şeklidir. Fazla çalışma, bazı hallerde işçinin onayı ile bazı hallerde ise, kanun gereği işçi tarafından haftalık kanuni çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmadır.

Fazla çalışmanın kanuni bir yükümlülük olmadığı hallerde, işçiler fazla çalışma yapmaya onay vermek zorunda değillerdir. Ancak bu tür bir zorunlulukları olmamasına rağmen, işçilerin fazla çalışma yapmaya onay vermemeleri, uygulamada zaman zaman işyerlerinde işlerin aksamasına sebep olabilmekte ve bunun sonucu olarak da işçi ve işverenin arasındaki ilişki bozulabilmektedir.

Çalışmamızda, işverenin duyacağı ihtiyaç üzerine, yönetim hakkı kapsamında vereceği fazla çalışma yapılması talimatına, işçinin onay vermemesinin ya da önceden vermiş olduğu onayı geri alması durumunun bir fesih sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu incelenecektir.

I- İşverenin Yönetim Hakkı ve Fazla Çalışma Kavramları

A- İşverenin Yönetim Hakkı Kavramı

1. Genel Olarak

Yönetim; ulaşılmak istenen bir amacı gerçekleştirmek için, insan kaynaklarının ve maddi kaynakların örgütlendirilerek, yönlendirilmesi olarak tanımlanabilecektir¹. Buna göre, işyeri faaliyetleri anlamında düşünüldüğünde, yönetimin; en azından, iki kişi arasında bir olgu olduğu ve değişen çevre koşullarını dikkate alarak sınırlı kaynaklardan en yüksek düzeyde yararlanmayı amaçlayan, iç içe geçmiş çeşitli aşamalardan oluşan bir süreç olduğu ifade edilebilecektir. Söz konusu süreçte, örgüt hedeflerinin gerçekleştirilmesine hizmet eden sonuçlara ulaşma derecesini ifade eden "etkinlik" ile girdi-çıkıtı arasındaki

oranı ifade eden "verimlilik" arasında denge kurmak amaçlanmaktadır².

Bu süreç içerisinde, işverenin işyerini yönetmesi kavramının, bir bütün olarak işverenin;

- işyerine ve işe ilişkin iş planlarını ayrıntılı olarak yapmasını(planlamayı),
- işyerindeki idari görevlerin ve işyeri örgütünün sosyal yapısının organizasyonu kapsayan sosyal organizasyonunun ayrıntılı bir şekilde düzenlemesini(örgütlemeyi),
- her bir alt yönetici için kendi bölümündeki çalışanların tümünden örgüt çıkarları için azami faydayı sağlamaya yönelik hiyerarşik yapıyı kurmayı(yönetmeyi),
- işyeri örgütünün işlemlerini kolaylaştıracak, başarılı olmasını sağlayacak şekilde tüm çalışanların uyumlu hale getirilmesine yönelik sistemin kurulmasını(koordinasyonu) ve
- işyerine ilişkin her şeyin yapılan plana, verilen talimatlara ve işyeri prensiplerine ve kurallarına uygun olarak yürüyüp yürümediğini denetlemeyi sağlayacak talimatlar vermeyi/düzenlemeler yapmayı

kapsadığı ifade edilebilecektir³. Görüldüğü üzere, yönetim süreci "Planlama", "Organizasyon", "Personel Alma", "Yönetme", "Koordinasyon" ve "Denetim" unsurlarından oluşmaktadır.

İşverenin yönetim hakkı ise, işverenin iş organizasyonu içerisinde mal veya hizmet üretimine ilişkin olarak, bu organizasyon içerisinde yerine getireceği iş görme edimi süresince, işçiye emir ve talimatlar verebilme yetkisini ifade etmektedir. Bu anlamda işverenin yönetim hakkının kaynağını iş sözleşmesi ve onun ayırıcı unsuru olan bağımlılık unsuru oluşturacaktır. Ortaya çıkan bu hiyerarşik yapılanma, sözleşme özgürlüğü ve sözleşme tarafları arasındaki statüsel anlamda eşitlik ilkelerine aykırı gibi gözükse de, bağımlılık unsuru bu yapılanmayı zorunlu kılmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'ndaki tanım da, 6098 sa-

1 EMRE, Cahit; Yönetim Bilimi, Ankara 2003, s. 355; ERDEMİR, M. Aymelek, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Ankara Mayıs 2015, s.27

2 EMRE, s.356, ERDEMİR, s.28

3 ZENCİRKIRAN, Mehmet; Örgüt Sosyolojisi, Bursa 2012, s.19-21, EMRE, s.357, ERDEMİR, s.28

yılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan tanımda da, iş sözleşmesinin ön plana çıkan unsuru bağımlılık unsurudur⁴. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade etmektedir⁵. Yani bir başka ifade ile, iş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır.

Buna göre, işçi iş sözleşmesini imzalamakla, sözleşmenin karşı tarafı olan işverenin yönetim ve denetimi altında çalışmayı kabul etmekte ve bu kabulün sonucunda da işveren, sözleşme hükümleri çerçevesinde işin yürütümüne ilişkin kararlar almakta ve işyerinde bu kararları yürürlüğe koymaktadır. İşte bu yüzden, yukarıda da ifade edildiği üzere, iş sözleşmesi, işverenin işyerinde işin yürütümüne ilişkin hususlarda alacağı kararlarda, yani sözleşmenin bir sonucu olan yönetim hakkının kullanılmasında kurucu nitelikte olmaktadır⁶.

Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da, 399 uncu maddesinde, işverenin iş sözleşmesi kapsamında işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği ve onlara özel talimat verebileceği hususlarını belirttiikten sonra, işçilerin de, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorunda oldukları esasını getirmiştir. Zira 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesi uyarınca, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bu kapsamda işveren de yönetim hakkını kullanırken, işçi de yönetim hakkı kapsamında iş görme borcunu yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olacaklardır.

2. İşverenin Yönetim Hakkının Kapsamı ve Sınırları

İşverenin girişim özgürlüğünden (AY. m. 48/1)⁷ kaynaklanan işverenin işyerini yönetim hakkı, bir yönüyle işyeri organizasyonunu, işyeri ve işletmenin düzenini, işyeri organizasyonu içinde çalışan tüm işçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunmasını, üretim planlanmasını ve çalışma sürelerini kapsarken, diğer taraftan da işçinin iş sözleşmesinden doğan borç ve yükümlülüklerini de kapsamaktadır⁸. Bu anlamda, işverenin yönetim hakkı, işverenin işletme politikalarını belirlemekten başlayıp işin görülmesi ve hatta işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin tüm düzenlemeleri ve genel/özel talimatlarını kapsamaktadır.

Buna göre, işyerinin sahibi olan işveren, öncelikle yönetim hakkına dayanarak, işyerinde üretiminin arttırılması ya da durdurulması, üretim çeşidi ve sürecinde değişiklik yapılması, bazı işlerin alt işverene verilmesi ve vardiya usulüne geçilmesi gibi kararlar alabileceği gibi, doğrudan üretim aşamasında işin düzenlenmesi kapsamında, günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatleri, ara dinlemeler, yapılacak telafi çalışmaları ya da gerek duyulması durumunda fazla sürelerle veya fazla çalışma yapılması gibi işçinin iş görme borcu kapsamındaki bu konularda günlük işleyişe ilişkin de çeşitli kararlar⁹ alabilecek ve bunlara ilişkin talimatlar verebilecektir¹⁰. Zira işçi iş sözleşmesini imzalamakla, işverenin bu kapsamda yönetim hakkının varlığını kabul etmiş olmaktadır.

Bir birey olan işçinin çalışma hakkı ile temel hak ve özgürlüklerinin iş hukuku alanında da korun-

4 Yarg. 9. HD. 12.02.2015 t. E.2013/9303, K. 2015/6160, Yarg. 9. HD. 10.09.2014 t. E. 2012/16961, K.2014/26011, Yarg. 9. HD. 02.03.2015 t. E.2015/2903, K.2015/8612, Yarg. 7. HD. 14.01.2014 t., E.2014/2091, K.2014/12808. Ayrıca bkz. GÜZEL, Ali; Fabrika'dan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi Yayını, Ankara 1997, sh. 83- 126

5 Yarg. 9. HD. 12.02.2015 t. E.2013/9303, K. 2015/6160

6 ENGİN, Murat; İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi, İstanbul 2003, s. 4, ERDEMİR, s. 48

7 AY. Madde 48/1 "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."

8 BAŞBUĞ, Aydın; İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008,s.2, 18

9 İşletme, işyeri ve işin düzenlenmesi ile ilgili işverenin aldığı her türlü karar geniş anlamda işletmesel karardır. Yarg.7. HD. 27.01.2015 t. E.2014/19859, K.2015/607, Yarg.7. HD. 27.01.2015 t. E.2014/18482, K.2015/600, Yarg.7. HD. 28.01.2015 t. E.2014/17005, K.2015/771, Yarg.7. HD. 26.06.2013 t. E.2013/15819, K.2013/11926

10 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. 7. HD. 01.07.2014 t. E.2014/9128, K.2014/14954

ması amacıyla, işyeri ve işletme organizasyonunun düzeni, güvenliği, yapılanması ve işleyişi sürecindeki işverenin yönetim hakkı kapsamındaki talimat verme yetkisi, emredici kanun hükümleri ile sınırlandırılmıştır. İşverenin yönetim hakkını sınırlayan en önemli düzenlemeler, 6098 sayılı TBK¹¹ ve 4857 sayılı İş Kanunu¹² ile bu kanunlara ilişkin mevzuatta yer almaktadır.

İşverenin yönetim hakkını mevzuata uygun kullanılması dahi dürüstlük kuralları ve ölçülülük ilkesi¹³ çerçevesinde mümkün olacak bu anlamda Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı da, işverenin dürüstlük kuralına aykırı talimatlar vermesini engelleyecektir¹⁴. Buna göre, işverenin yönetim hakkını kullanması dürüstlük kuralları çerçevesinde söz konusu olabileceğinden, işverence mevzuata uygun görülse de dürüstlük kurallarına aykırı olarak yönetim hakkının kullanılması söz konusu olduğunda, işverenin talimatları, emredici kanun hükümlerine uygunluk, dürüstlük kuralları ve ölçülülük kriteri göz önünde tutularak yargı denetimine tabi olacaktır. Bir başka ifade ile, işverenin bağımlılık unsuru kapsamında vereceği talimatların ve işyerinde yapacağı uygulamaların işyerinin gerçek ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olup olmadığı, zorunlu olup olmadığı,

işverence gerçekleştirilmek istenen amaca ulaşmaya uygun olup olmadığı ve sonuçta işverence sağlanacak yarar ile işçinin yükümlülükleri arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığı yönlerinden denetime tabi tutulacaktır.

Diğer yandan, işverenin yönetim hakkı kapsamındaki işçiye talimat verme hakkı ve işçinin de doğrudan bu talimata uyma borcu, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve iş sözleşmesinde belirtilmiş çalışma süresine ilişkin konularda söz konusu olamayacaktır. Bu anlamda işveren, yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar ile tek taraflı olarak ücreti düşürmek, çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip olmayacaktır¹⁵.

Zira işverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde, yönetim hakkı kapsamında talimat vermesinin kabul edilmesi durumunda, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması ve işçiyi koruyucu hükümlerin dolanılması söz konusu olabilecektir¹⁶. Buna göre, işverenin yönetim hakkı kapsamında tek taraflı iradeye dayanan talimatların sınırını iş sözleşmesinin asli unsurlarının oluşturduğu ifade edilebilecektir. İş sözleşmesinin asli unsurları dışındaki konularda, bir iş sözleşmesinde yer alan düzenlemeler ne kadar açık ve ne kadar ayrıntılı olursa işverenin yönetim hakkının kapsamı o kadar daralacaktır¹⁷. Ancak işçinin iş görme borcunun kapsamını sadece iş sözleşmesi oluşturmamakta, 4857 sayılı İK'nun 22 nci maddesinin metninden anlaşılacağı üzere¹⁸, işçinin

11 "Zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmaların geçersiz olacağı kuralı", "iş sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olması kuralı", "iş sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı kaydının, ancak belirli koşullarda geçerli olacağı kuralı" Türk Borçlar Kanunu ile işverenin yönetim hakkına ilişkin olarak getirilmiş kısıtlamalara örnek olarak verilebilecektir.

12 "Asgari ücret", "iş sözleşmesinin türünün seçimine ilişkin kısıtlamalar", "işverenin on beş yaşını doldurmamış çocukları çalıştıramayacağı kuralı ve bunun istisnaları", "ağır ve tehlikeli işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ile her yaştaki kadının çalıştırılmayacağı kuralı", "biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça cinsiyet ve gebelik sebebiyle iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı kuralı", "sendika üyesi olmanın iş sözleşmesinin feshinde bir geçerli sebep olamayacağı kuralı", "feshin bildirim süreleri" İş Kanunu ile işverenin yönetim hakkına ilişkin olarak getirilmiş kısıtlamalara örnek olarak verilebilecektir.

13 YÜKSEL, Metin; Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002, s.16 vd.

14 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,

15 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. 7. HD. 01.07.2014 t. E.2014/9128, K.2014/14954

16 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. 7. HD. 01.07.2014 t. E.2014/9128, K.2014/14954

17 SÜZEK, Sarper; İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1988, s.225-232, s.225; ALP Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s.108

18 "...işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilecek, bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler ise işçiyi bağlamayacaktır."

iş görme edimin içeriğini, iş sözleşmesi dışında, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşulları oluşturmaktadır.

Diğer yandan, işverenin yönetim hakkının ve buna dayanarak verebileceği talimatların kapsamının, kanun, bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi hükümleriyle daraltılıp genişletilmesi de mümkündür. Yani, işverenin yönetim hakkı kapsamında verebileceği talimatların sınırları, kanun, bireysel iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi hükümleri ile daraltıp genişletilebilecektir¹⁹. Bu anlamda işverenin yönetim hakkına dayanarak verebileceği talimatların iş sözleşmesinde yer alan görev tanımı kapsamında olması ve kanun/iş sözleşmesi/toplu iş sözleşmesi ile getirilmiş bulunan sınırlamalar içerisinde kalması yanında, işçinin eğitimi, yeteneği ve takati gibi hususlara da aykırılık oluşturmaması gerekmektedir²⁰.

Ayrıca, işçilerin iş görme borcunu talimatlara uygun olarak yerine getirip getirmediğinin tespiti için de, öncelikle işyerindeki yönetim ile ilgili tüm talimatların ve yönergelerin işçilere yazılı şekilde bildirilmiş ve talimatların içeriğinin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması gerekmektedir²¹.

B-Fazla Çalışma Kavramı

Çalışma hayatında oldukça sık karşılaşılan ve 4857 sayılı İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da düzenlenen "fazla çalışma", işverence duyulan lüzum üzerine üretimin arttırılması, sipariş aksamalarının önüne geçilmesi, zaman zaman zorunluluklar ve hatta bazı durumlarda idari kararlar sebebiyle bir işyerinde normal çalışma süreleri üzerinde yapılan çalışma olarak tanımlanabilecektir²².

Bu anlamda fazla çalışmanın, bazı hallerde işçinin onayı ile bazı hallerde ise, kanun gereği işçi tarafından kanuni çalışma süresinin üzerinde işveren yararına ve işverenin talebiyle gerçekleştirilen çalışma süresi olduğu ifade edilebilecektir. Yine sözleşmeyle belirlenen kanuni çalışma süresinin altında olan çalışma süresinin üzerinde, işçi tarafından işverenin talebi ile yapılan çalışmaya ise fazla sürelerle çalışma denilecektir²³.

Genel kural bu olmakla birlikte, 4857 sayılı İK'nun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, işçi ile işverenin anlaşması durumunda, haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilecek ve iki aylık süre²⁴ içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamayacaktır. Denkleştirme süresi denilen bu süre, toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar²⁵ artırılabilir. Bu şekilde denkleştirme esasının uygulandığı hallerde ise, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmayacaktır²⁶.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 inci maddesi uyarınca, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilecektir. Uygulamada olağan fazla çalışma olarak adlandırılan bu tür fazla çalışmanın kanunda yapılabileceğinin belirtildiği haller sınırlı sayıda değildir. Zira 41 inci madde "gibi nedenler" ifadesini kullanmıştır. Yani bir başka ifade ile, işverenin işyeri ile ilgili olarak işin niteliği veya üretimin arttırılması amacı dışında daha birçok durumda, örneğin, işlerin yoğunlaşması, personel azlığı, üstlenilen işin müşteriye bir an önce yetiştirilmesi amacı ile²⁷ ya da

19 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. Ayrıca bkz. ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Baskı, Ankara Eylül 2017, s.239

20 Yarg. 9. HD. 09.06.2008 t. E. 2007/40943 K. 2008/14421

21 Yarg. 9. HD. 21.02.2008 t. E. 2007/10779, K. 2008/1738

22 KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/KABUL, Sibel; 4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma, İÜHF C. LXXII, S. 2, 2014, s.233; "fazla mesai, üretimin arttırılması, üretim faaliyetlerindeki aksamala-

rın önlenmesi, işletme ve toplumun bazı ivedi ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla normal iş süreleri üzerinde yapılan çalışmalardır. ÇİL, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2007/3, S.14, s.57

23 KÖSEOĞLU/KABUL, s. 235

24 Turizm sektöründe dört aylık süre.

25 Turizm sektöründe altı aya kadar.

26 Yarg. 9. HD. 31.05.2016 t.E.2015/3262, K.2016/12860, Yarg. 9. HD. 13.04.2016 t.E.2014/37482, K.2016/9246

27 Akyiğit, s.4

makinelerin normal bakımının yapılması sebebiyle sıkışıklık oluşması, hastalık nedeniyle bazı işçilerin devamsızlığı gibi sebeplerle²⁸ de fazla çalışma yapılması mümkün olabilecektir.

Olağan fazla çalışma dışında, 4857 sayılı İş Kanunu'nda zorunlu haller ve olağanüstü hallerde de fazla çalışma yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir ve bu durumda fazla çalışma yapan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunlu olacaktır (İK. m. 42). Kanunda öngörülen haller için fazla çalışma yaptırılabilmesi, işin hemen yapılması gereken acele bir iş olması şartına bağlı olacaktır. Bu anlamda belirtilen nitelikteki işi ortaya çıkaran nedenin, zorunlu neden, umulmayan hal veya kusurlu bir davranış olması mümkün olabilecektir. Hemen yapılması gereken iş, giderilmediği takdirde işyerinde can ve mal güvenliği bakımından tehlike yaratan veya faaliyetin aksamasına ya da durmasına yol açan ve bu bakımdan işyerini olumsuz etkileyen durum olarak anlaşılacaktır²⁹.

Diğer yandan, seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre, Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilecektir (İK.m.43). Görüldüğü üzere, olağanüstü fazla çalışmada da herhangi bir süre kısıtlaması yoktur. Buna karşılık, işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi gereklidir. Aşağıda açıklanacağı üzere, olağan fazla çalışmada işçinin onayı aranmasına karşın zorunlu ve olağanüstü fazla çalışmada işçinin onayına gerek yoktur; zira bu durumda fazla çalışma işverenin talimatı ile değil, Bakanlar Kurulunun kararıyla yapılmaktadır.

Bazı işlerde çalışanlara ya da bazı işçilere fazla

çalışma yaptırılması ise yasaklanmıştır. Gerçekten, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin³⁰ 8 inci ve 9 uncu maddeleri uyarınca, günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işlerde, gece sayılan gün döneminde yürütülen işlerde³¹, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin³² yer ve su altında yapılanlarında fazla çalışma yapılamayacağı gibi, 18 yaşını doldurmamış işçilere, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçilere, gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere³³, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere, 4857 sayılı İK. uyarınca zorunlu nedenler ve olağanüstü haller dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacaktır. Bunun gibi, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere de fazla sürelerle çalışma yaptırılmayacaktır.

Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenecektir. Fazla sürelerle çalışmalarda ise, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenecektir. Yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, zorunlu ve olağanüstü hallerde, haftalık otuz yedi buçuk saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olma-

30 Resmi Gazete Tarihi: 06.04.2004 Resmi Gazete Sayısı: 25425

31 İK.m.69 Çalışma hayatında "gece" en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir.... İşçilerin gece çalışmaları yedibuçuk saati geçemez. Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir. Ancak gündüz işi sayılan çalışmalara ek olarak Yönetmelikte öngörülen fazla çalışmalar gece döneminde yapılabilecektir.

32 "gibi" ifadesine yer verildiğinden, maddede sayılan işlere benzer nitelikte olanlar da bu kapsamdadır.

33 Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik

28 Bkz. AKYİĞİT, 87-88; KARACAN, 84-85

29 MOLLAMAHMUTOĞLU, 898-899; ASTARLI, 210; GÜNAY, 11

mak üzere arttırılması suretiyle ödenecektir.

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamli ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilecektir. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği³⁴ uyarınca işçinin bunun için 6 ay içinde işverene yazılı olarak başvurması gerekmektedir. İşçi hak ettiği serbest zamanı, işverenin, işin veya işyerinin gereklerine uygun olarak belirlediği tarihten itibaren iş günleri içerisinde aralıksız ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanacaktır. İşçinin İş Kanunu'ndan ve sözleşmelerden kaynaklanan tatil ve izin günlerinde ise, serbest zaman kullanılamayacaktır.

Fazla çalışma yapılmasına ilişkin İş Kanunu'nun getirmiş olduğu yıllık 270 saatlik sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla çalışma ücretinin de ödeneceğine bir şüphe yoktur. Kanundaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir³⁵.

II- İşveren Tarafından Verilen Fazla Çalışma Talimatına Onay Verilmemesi veya Onayın Geri Alınmasının Fesih Sebebi Sayılıp Sayılmayacağı

A- Genel Olarak

İşyerinin sahibi olan işveren, yukarıda da ifade edildiği üzere, yönetim hakkına dayanarak, işyerinde üretiminin arttırılması, üretim çeşidi ve sürecinde değişiklik yapılması veya üretim aşamasında işin düzenlenmesi amacıyla, günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerinde ve ara dinleme süre-

lerinde değişiklik yapabileceği gibi, gerek duyması halinde işyerinde fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma yapılması gibi günlük işleyişe ilişkin çeşitli kararlar da alabilecek ve bunlara ilişkin talimatlar verebilecektir³⁶.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/7 nci maddesi uyarınca, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle yapılacak fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışmalarda işçinin onayının alınması gerekmektedir. Yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 398 inci maddesi de fazla çalışmayı ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma olarak tanımlamaktadır.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği³⁷ de "Fazla Çalışma Yaptırılacak İşçinin Onayı" başlıklı 9 uncu maddesinde, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin onayının yazılı olarak alınması gerektiği hususunu belirtmiştir. Yine yukarıda da ifade edildiği üzere, Kanun ve Yönetmelik uyarınca zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılacak fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için ise bu onay aranmayacaktır.

Görüldüğü üzere, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu ile İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmelik hükümleri dikkate alındığında, zorunlu veya olağanüstü fazla çalışmayı gerektirecek bir durumun bulunmadığı hallerde, işverence talep edilmesine rağmen, işçinin fazla çalışma yapmaya onay vermemesi durumunda, işçinin fazla çalışma yapmakla yükümlü olmayacağı ifade edilebilecektir.

Yapılan işin niteliğinden veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan sebeplerin ortaya çıkarabileceği fazla çalışma yapılması ihtiyacına ilişkin olarak, işverence işçilere yöneltilecek fazla çalışma yapılması talebinin işçiler tarafından olumsuz şekilde karşılanması yani, fazla sürelerle çalışmaya ya da fazla çalışmaya işçiler tarafından onay verilmemesi du-

34 RG. 06.04.2004 , Sayı: 25425

35 Yarg. 9. HD. 13.04.2016 t.E.2014/37482, K.2016/9246, Yarg. 9.HD. 18.11.2008 t. E.2007/32717, K. 2008/31210, Yarg. 7. HD. 10.02.2016 t.E.2015/14416, K.2016/2383

36 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. 7. HD. 01.07.2014 t. E.2014/9128, K.2014/14954

37 RG. 06.04.2004 No: 25425

rumunda, sonuçta ticari bir amaç güden işyerinde işlerin aksaması ve işverenin de bir anlamda zarara uğraması söz konusu olabilecektir.

Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi de, öncelikle işverenin işçisine yöneltebileceği fazla çalışma yapılması talebinin, işçisi tarafından reddedilmesi durumunda, işverenin işçisinin iş sözleşmesini bu sebeple geçerli veya haklı sebeple feshedip feshedemeyeceği sorusunu akla getirecektir.

B- İşçinin Fazla Çalışma Yapılması Talebi Karşısındaki Konumu

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu "Fazla Çalışma Borcu" başlıklı 398 inci maddesinde, fazla çalışmanın, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma olduğunu belirttiikten sonra, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğunun doğması durumunda, işçinin bunu yapabilecek durumda ise ve fazla çalışma yapmaktan kaçınmasının dürüstlük kurallarına aykırı olması halinde, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlü olduğu kuralını getirmiştir.

Buna göre, işyerinde fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğunun doğması durumunda, işçinin bunu yapabilecek durumda olması ve fazla çalışma yapmaktan kaçınmasının dürüstlük kurallarına aykırı görülmesi durumunda bir anlamda işçinin onay verme zorunluluğu olduğu ifade edilebilecektir³⁸. Ancak Kanunda yer alan "işçinin bunu yapabilecek durumda bulunması" ve "aynı zamanda kaçınmasının da dürüstlük kurallarına aykırı olması" ifadeleri son derece belirsiz ifadelerdir. Zira bu hususlara ilişkin olarak işçinin özel hayatına ve psikolojik durumuna ilişkin bir bilgisi olmayan işverenin yapacağı değerlendirmeler, işverenin subjektif nitelikte değerlendirmeleri olmaktan öteye geçemeyecektir.

38 Bu yönde bkz. SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017 s.826; CANIKLIOĞLU, Nurşen; Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi, TİSK tarafından düzenlenen "Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu" Semineri, İstanbul 2011, 78-109'

Gerçekten de dışarıdan işverenin bakışı ile fazla çalışma yapabilecek durumda olduğu düşünülen bir işçinin, özel hayatında yaşadığı bir durum sebebi ile ya da psikolojik durumu sebebi ile fazla çalışma talebine olumsuz yanıt vermiş olması mümkün olabilecektir. Böyle bir durumda da işçinin bu hususları işverene açıklama yükümlülüğü altında olduğundan da, işçinin kişilik hakları düşünüldüğünde söz edilemeyecektir.

Fazla çalışma yapmaktan kaçınmanın dürüstlük kurallarına aykırı olması durumunun da iddia ve ispat edilmesi aynı sebeplerden ötürü neredeyse imkansız olacaktır. Sonuçta işçinin fazla çalışma yapmaya onay verip vermemesi, işçinin kanundan doğan bir hakkıdır. Türk Medeni Kanunu'nda her ne kadar hakkın kötüye kullanılması yasağından söz edilse de, bir konuya ilişkin olarak kanunun kişiye tanımış olduğu onay verip vermeme hakkının kullanılmasında, kanımızca hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemeyecektir. Yukarıda ifade edildiği üzere, kanuni çalışma süresini tamamlamış olan işçi hiç kimseye açıklamak zorunda olmadığı bir özel sebepten ötürü onay vermekten kaçınmış olabilecektir.

Buna göre, işçinin, işverenden olağan fazla çalışma yapılması talebinin gelmesi durumunda, kendinin içinde bulunduğu psikolojik durumu ve özel hayatını göz önünde tutarak özgürce olumlu ya da olumsuz bir yanıt verebileceği ifade edilebilecektir. İşverenin işçiye baskı yapmak suretiyle onu fazla çalışma yapmaya zorlaması şüphesiz ki kabul edilemeyecektir.

Burada kanımızca çalışmamız açısından önemli olan husus, Türk Borçlar Kanunu'nun ve İş Kanunu'nun işçiye tanımış olduğu fazla çalışma yapmaya onay vermeme hakkının, işyeri ve işverenin ihtiyaçlarına uygun düşmemesi ve alınabilecek başka önlemlerle fazla çalışma yapma ihtiyacının ortadan kalkmaması durumlarında işverence ne şekilde bir hareket tarzının benimsenebileceğidir.

C- İşçiden Fazla Çalışma Yapmaya Yönelik Onayın Alınması ve İşçinin Bu Onayı Geri Alması Prosedürü

İşverenin yönetim hakkı kapsamında işçiye faz-

la çalışma yapma talimatı vererek fazla çalışma yaptırabilmesi için, yukarıda sözü edilen Kanun ve Yönetmelik hükümleri göz önüne alındığında öncelikle işçinin Yönetmelikte gösterilen şekilde onayının alınması gerektiği ifade edilebilecektir. Ancak tabii ki, kanuni düzenleme bu olmakla birlikte, işverence işçiden Yönetmeliğe uygun bir şekilde onay alınmamış olsa bile, işçi tarafından işverence yapılan fazla çalışma yapılması talebine olumlu yanıt verilmesi ve fazla çalışmanın yapılması, bir anlamda zımni kabul sayılacak ve işçi fazla çalışmaya ilişkin haklarına sahip olacaktır.

İşçinin fazla çalışma yapmaya ilişkin verebileceği onayın nasıl alınacağına ilişkin Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Konuya ilişkin düzenleme, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9 uncu maddesinde yer almaktadır. Maddenin 25.08.2017 tarihinde yapılan değişiklikten önceki halinde, işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yaptırma ihtiyacı olan işverence, her yıl başında işçilerden yazılı olarak fazla çalışma onayının alınması ve bu onayın işçinin özlük dosyasında saklanması yükümlülüğü getirilmişti.

Söz konusu Yönetmeliğin 9 uncu maddesinde 25.08.2017 tarihinde yapılan değişiklik ile işverenin her yıl başında işçilerden yazılı olarak fazla çalışma onayının alınması yükümlülüğü kaldırılmış bunun yerine, fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onayın iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınabileceği ve bu onayın işçinin özlük dosyasında saklanacağı esası getirilmiştir. Buna karşılık, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu tür bir onay aranmayacaktır.

Yönetmelikteki hüküm dikkate alındığında, işveren ya işçi ile iş sözleşmesinin imzalanması aşamasında, zaman zaman işyerinde fazla çalışmaya ihtiyaç duyulduğundan söz ederek işçiden bu aşamada bir onay alacak ve bunu iş sözleşmesine yazacak ya da iş sözleşmesi imzalanırken hiç böyle bir durumdan söz etmeyecek ve daha sonra

ihtiyaç duyulması durumunda işçiden bu yönde bir talepte bulunacaktır. Uygulamaya bakıldığında iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçiden bu yönde bir onayın alınmasının işverenlerce öncelikli olarak tercih edilebileceği bundan sonraki süreçte düşünülebilir.

Öte yandan, yine Yönetmeliğin 9 uncu maddesinde yapılan değişiklik uyarınca, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi, iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında verdiği yazılı onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilecektir.

Maddede sadece yazılı olarak bildirim denildiğinden, bu bildirim işyerindeki İnsan Kaynakları birimine verilecek bir dilekçe ile ya da işverene yapılacak bir tebligat ile yapılması mümkün olacaktır. Fakat Yönetmelikteki bu düzenleme dikkate alındığında, bundan böyle iş sözleşmesi yapılması sırasında işçiden alınmış bulunan fazla çalışma yapılmasına ilişkin bir onayın işverene bir güvence sağlamayacağı, zira işçinin otuz gün önceden haber vermek koşulu ile bu onayı kolayca geri alabileceği ifade edilebilir.

D- İşçi Tarafından Fazla Çalışma Talimatına Onay Verilmemesi veya Onayın Geri Alınması Halinde İşverenin Konumu

Yönetmelikte yapılmış olan değişikliğin, ilk başta işçinin korunmasını amaç edinmiş bulunan iş hukuku mevzuatına uygun olarak tasarlandığı, bu düzenlemenin işçi haklarının ve özgürlüklerinin korunmasına hizmet ettiği, böylelikle işçinin iradesine uygun olarak fazla çalışma talebine onay verebileceği ya da iradesine uymayan kendisi tarafından verilmiş fazla çalışma onayından otuz gün önceden yazılı olarak haber vermek suretiyle dönebileceği ifade edilebilir.

Ancak bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra, işin niteliği veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle fazla çalışma yapılması ihtiyacı ortaya çıktığında, işçi tarafından bu onayın verilmemesi ya da işçi tarafından iş sözleşmesi yapılırken veya ihtiyaç ortaya çıktığında

verilen onayın Yönetmeliğe uygun şekilde işçi tarafından geri alınmasında, işverenin karşılaşılabileceği zor durumlar ve bu durumlarda sahip olabileceği haklar, kanımızca daha da önem kazanmıştır.

Değişiklikten önce işveren en azından her yıl başında almış olduğu yazılı onayla, onayı takip eden bir yıl için bu tür ihtiyacın doğması halinde önünü görebilmekte iken, bundan böyle otuz gün önceden haber vermek koşulu ile işçinin bu onayı geri alabilmesi hakkı karşısında daha belirsiz bir duruma düşmüş olacaktır. Hele bu tür bir davranış şeklinin Yönetmelik hükümlerine uygun olarak işçilerce toplu olarak sergilenmesi durumunda ise, işyerinde ciddi üretim veya hizmet aksamaları söz konusu olabilecektir.

Görüldüğü üzere, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9 uncu maddesinde 25.08.2017 tarihinde yapılan değişiklik ile işverene fazla çalışmaya ihtiyacı olması halinde işçiden dilediği zaman onay alma imkanı getirilmiştir. Yine düzenleme uyarınca işveren fazla çalışma onayını bir defaya mahsus olmak üzere iş sözleşmesine koyacağı bir madde ile sözleşmenin imzalanması sırasında da alabilecektir.

Yönetmelik uyarınca, işverenin fazla çalışmaya ihtiyacı olması halinde işçiden dilediği zaman fazla çalışma onayı alma imkanına sahip olması, işverenin iş organizasyonu içerisinde mal veya hizmet üretimine ilişkin olarak, bu organizasyon içerisinde yerine getireceği iş görme edimi süresince işçiye emir ve talimatlar verebilme yetkisi kapsamında düşünüldüğünde yerindedir.

Ancak iş sözleşmesi imzalanırken söz konusu edilmeyen böyle bir ihtiyacın ortaya çıkması durumunda, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçiye fazla çalışma yapma talimatı verdiğinde, işçi tarafından bu talimat uyarınca fazla çalışma yapılmasına onay verilmediği takdirde, kanımızca taraf menfaatleri arasındaki dengenin de göz önünde tutulması suretiyle işverene de bazı hakların tanınması gerekecektir.

Bilindiği üzere, işverenin yönetim hakkı kapsamında verebileceği talimatların kanuni sınırla-

malar ile iş sözleşmesi/toplu iş sözleşmesi ile getirilmiş bulunan sınırlamalara, işçinin eğitimine, yeteneğine ve takatine aykırılık oluşturmaması gerekmektedir³⁹. Yani, işverenin talimat verme yetkisi, iş sözleşmesinde yer alan görev tanımı kapsamında olabilecek ve kanuni sınırlar içerisinde kalacaktır. Bu anlamda, normal çalışma dışında fazla çalışma yapılacağına dair işçinin ilgili Yönetmelik uyarınca yazılı olarak onayının alınmadığı hallerde, işverence işçiye verilecek fazla çalışma yapması talimatına işçi tarafından uyulmaması durumunun, işçinin görevini gereği gibi yapmaması olarak değerlendirilemeyeceği ve iş sözleşmesinin "işçinin görevini gereği gibi yapmaması" sebebine dayanılarak feshedilemeyeceği⁴⁰ kabul edilebilecektir.

Ancak, buna karşılık, iş sözleşmesinin temel ayırıcı unsuru olan bağımlılık unsuru kapsamında, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde vermiş olduğu talimatlara işçinin uymak zorunda olduğu da açıktır. Zira işçinin işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan yönetim hakkına dayanarak vermiş olduğu talimatlara uymaması, iş ilişkisini sürdürülemez hale getirecektir. Böyle bir durumda da taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin işlevi ortadan kalkmış olacaktır. İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılmaktadır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin Kanun, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmelerine uygun talimatlarına uyma borcu teşkil etmektedir.

İşveren, yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlarla, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerede, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenlemekte, günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, çalışma süresini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikleri belirlemektedir⁴¹. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli un-

39 Yarg. 9. HD. 09.06.2008 t. E. 2007/40943 K. 2008/14421

40 Yarg. 9. HD. 09.06.2008 t. E. 2007/40943 K. 2008/14421

41 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. 7. HD. 01.07.2014 t.E.2014/9128,K.2014/14954

surlarını oluşturan, ücretin miktarı ve iş görme borcu kapsamındaki çalışma süresine ilişkin söz konusu olamayacaktır. Yani, işveren, tek taraflı olarak çalışma süresini arttırmak yani fazla çalışma yaptırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip değildir⁴².

Zira işverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi durumunda, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması ve bunun sonucunda da iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilecektir⁴³. Oysa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır⁴⁴.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9 uncu maddesinde getirilmiş olan "fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onayın iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınacağı" kuralı da, işverenin talimat verme hakkının, bireysel iş sözleşmesi kapsamında genişletilmesi niteliğindedir. İşveren, bu şekilde alacağı bir onay ile tek taraflı olarak çalışma süresini arttırmaya yönelik talimat verme hakkına sahip olmaktadır.

Yönetmelik hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere, işçi, "işverenin talimat verme hakkının, bireysel iş sözleşmesi kapsamında genişletilmesi" anlamına gelecek olan, fazla çalışma talebi olması durumunda, fazla çalışma yapmaya onay vermesi durumunda dahi, hiçbir ön koşula tabi olmaksızın sadece otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla bu onayını geri alabilecektir.

Çalışma hayatının dinamikliği göz önünde tutulduğunda, bir işyerinde iş sözleşmeleri yapılırken ya da ihtiyaç doğduğunda verilmiş bulunan fazla çalışma onaylarına dayanılarak işverence fazla çalışma yaptırılan bir dönemde, işçilerin

otuz gün önceden fazla çalışma yapacaklarına ilişkin vermiş oldukları onayı yazılı olarak geri aldıklarını işverene bildirdiklerinde, işyerinde işin yürütümünde ciddi sorunlar yaşanabileceği açıktır. Hatta bu durum ticari bir amaç güden işyerinde işlerin aksaması ve işverenin de bu sebeple zarara uğramasına da sebep olabilecektir.

Böyle bir durumda, her ne kadar işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkeleri iş hukukunun temel ilkeleri olarak kabul edilse de, iş sözleşmesinin diğer tarafı olan işverenin işyerinin devamını sağlama yönündeki menfaatinin de göz ardı edilmemesi gerekecektir. Bu durumda da akla gelebilecek çözümler; iş yerindeki işçi sayısının arttırılması veya fazla çalışma yapmaya onay vermeyen ya da önceden vermiş olduğu onayı Yönetmelik kapsamında geri alan işçinin iş sözleşmesinin feshedilerek, yerine fazla çalışma yapmaya onay verecek başka bir işçinin işe alınması olabilecektir.

İşyerindeki işçi sayısının arttırılması doğrudan işverenin ekonomik durumu ile ilgili bir husus olacağı için, işverenin bu yönde bir işletmesel karar almak zorunda olacağından söz edilemeyecek, işverence muhtemelen onay vermeyen ya da onayını geri alan işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilerek yerine fazla çalışma yapmaya onay verecek başka işçilerin işe alınması yolu tercih edilebilecektir.

Kanımızca böyle bir durumda, iş sözleşmesinin taraflarının menfaatleri ve işyerinin gerekleri göz önüne alındığında, işverenin işyerinde fazla çalışma yapılmasının gerekli olduğu bir dönemde, fazla çalışmaya onay vermeyen ya da önceden vermiş olduğu onayı geri alan işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği kabul edilebilecektir. Burada önem taşıyacak olan husus, işverence yapılabilecek olan feshin haklı sebebe mi yoksa geçerli sebebe mi dayandırılabilmesi olacaktır.

E- İşçi Tarafından Fazla Çalışma Onayı Verilmemesi veya Verilmiş Olan Onayın Geri Alınmasının Haklı veya Geçerli Bir Fesih Sebebi Sayılması

İşveren talimatlarına ilişkin olarak hangi du-

42 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. 7. HD. 01.07.2014 t.E.2014/9128,K.2014/14954

43 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. 7. HD. 01.07.2014 t.E.2014/9128,K.2014/14954

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

rumlarda fesih yapılabileceği hususunda 4857 sayılı İş Kanunu'na ve Kanun gerekçesine baktığımızda iki durumdan söz edildiği görülmektedir. Buna göre, işçinin talimatlara uymaması, işverene duruma göre iş sözleşmesini haklı ya da geçerli fesih hakkı verecektir.

Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II'nci bendinin (h) fıkrası, işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı⁴⁵ halde yapmamakta ısrar etmesini, bir haklı fesih sebebi olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, İş Kanunu'nun gerekçesine bakıldığında ise, 19 uncu maddenin gerekçesinin 8 inci paragrafında, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeplere örnek verilirken "işçinin işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" geçerli bir fesih sebebi olarak sayılmıştır⁴⁶.

Ancak kanımızca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 inci maddesi ve İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği kapsamında işverenin işçiden talep edeceği onayın, işçi tarafından verilmemesi veya verilmiş olan onayın Yönetmeliğe uygun olarak otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirilmek suretiyle geri alınması, ne 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II'nci bendinin (h) fıkrası kapsamında işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevleri, kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ne de, 19 uncu maddenin gerekçesinin 8 inci paragrafında sözü edilen "işçinin işini uyarılara rağmen eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmesi" kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira burada ne görevli bulunan bir işin hatırlatılmaya rağmen

yapılmamakta ısrar edilmesi, ne de işin uyarılara rağmen eksik kötü veya yetersiz yapılması söz konusudur.

İşçi tarafından fazla çalışma onayı verilmemesi veya verilmiş olan onayın geri alınmasının kanımızca İş Kanunu'nun 25 inci maddesi göz önünde tutulduğunda, zorunlu veya olağanüstü bir fazla çalışmanın söz konusu olmadığı takdirde haklı bir fesih sebebi olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

Sadece zorunlu veya olağanüstü fazla çalışmada zaten işçinin onayının alınmasına gerek bulunmayacağından, böyle bir durumunun ortaya çıkması halinde, işçi bu yöndeki bir talimata uymadığı takdirde, iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin II/h bendi uyarınca "işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" haklı sebebine dayanılarak feshedilebilecektir.

Böyle bir durumda dahi, yapılan feshin haklı sebeple yapılmış bir fesih olduğunun kabul edilebilmesi için, öncelikle işçinin yapmakla görevli bulunduğu görevlerin, ki burada bu görev "zorunlu veya olağanüstü fazla çalışma yapılması gerektiği takdirde işçinin çalışması olacaktır", kendisine hatırlatıldığı halde işçi tarafından ısrarla yapılmış olması gerekecektir. Yani hatırlatma ve ısrar etmenin söz konusu olmadığı durumlarda⁴⁷ örneğin bu çalışmayı bir defaya mahsus yapmamış olması durumunda, iş sözleşmesinin haklı sebeple feshi söz konusu olmayacak, yapılan fesih diğer koşullar mevcutsa geçerli sebep ile yapılan bir fesih olacaktır.

Yine bunun gibi, zorunlu veya olağanüstü fazla çalışma yapılması gerektiği takdirde işçinin kendisine hatırlatıldığı halde ısrarla bu çalışmayı yapmaması sebebiyle sözleşmesinin haklı sebeple feshedilebilmesi için, İş Kanunu'nun 26 ncı maddesi uyarınca fesih yetkisinin işverenin, işçinin "yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" davranışında bulunduğunu öğrendiği günden başla-

45 Buradaki hatırlatmanın, borçlar hukuku anlamında bir ihtar şeklinde yapılması gerekmemektedir. Zira bu zorunluluk borca aykırı davranışın fesih için haklı sebep sayılması açısından mevcut olan bir zorunluluktur. Yapılacak hatırlatma herhangi bir şekle tabi olmayacak ancak yazılı olarak yapılması işverene ispat açısından kolaylık sağlayacaktır. Bu anlamda bkz. TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T.: İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 1999, s.202; AKYİĞİT, E.: İş Hukuku, Ankara, 2002, s. 183; CENTEL, s. 184; GÜVEN, E./AYDIN, U.: İş Hukuku, Eskişehir, 1998, s.89; 18; KAPLAN, s. 160; NARMANLIOĞLU, s.374; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.231; ODAMAN, s. 10

46 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

47 Yarg. 9. HD. 09.12.2004 t. E. 2004/10604, K. 2004/27177

arak altı iş günü içerisinde kullanması ve fesih işlemini gerçekleştirilmesi gerekecektir. Söz konusu hak düşürücü sürenin aşılması durumunda ise, ancak yine diğer koşullar mevcut ise, iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi mümkün olabilecektir.

Yukarıda sözü edilen zorunlu ve olağanüstü fazla çalışma yapılması mecburiyetinin ortaya çıkması halleri dışında, kanımızca iş sözleşmesinin yapılması esnasında fazla çalışma yapılmasına yönelik onay almayan bir işverenin, fazla çalışma ihtiyacı doğması durumunda işçiden fazla çalışma onayı alamamasının ya da işçinin daha önceden iş sözleşmesi imzalanırken ya da sonrasında verdiği onayı Yönetmeliğe uygun olarak geri almasının, ancak iş sözleşmesinin feshedilmesinde geçerli bir fesih sebebi olarak kullanılacağı kabul edilebilecektir. Zira haklı bir fesih sebebi olarak kabul edilmeyen birçok durumun iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmesi mümkündür.

Bilindiği üzere, İş Kanunu'nun 18 inci maddesinin birinci fıkrasında 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 olduğundan söz edilmek suretiyle üç tür geçerli sebebin olabileceği belirtilmiştir.

Fazla çalışma ihtiyacı doğması durumunda, işçinin fazla çalışma yapmaya onay vermemesinin veya iş sözleşmesi imzalanırken ya da sonrasında verdiği onayı Yönetmeliğe uygun olarak geri almasının bir geçerli sebep olabileceği düşünüldüğünde, bunun hangi tür geçerli sebebe girebileceği, feshin yapılması sırasında uyulması gereken prosedür açısından önem taşıyacaktır. Zira işverence iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilmesi sırasında, dayanılacak geçerli sebebe göre, işverenin uyması gereken prosedür farklılıklar gösterebilecektir. Bu anlamda, işverenin bazı hallerde yazılı savunma alması, bazı hallerde ise işletmesel karar alması gerekebilecektir.

İş Kanunu'nun 18 inci maddesinin birinci fıkrasında sözü edilen yeterlilik, ki kanımızca burada anlaşılması gereken yetersizlik olacaktır, genel olarak belli bir fonksiyonun yeterli olmaması durumunu ifade eden bir kavramdır. Yeterlilik ise, bir olgunun gerçekleşmesi için gereken şartların sağlanmış olması durumudur. İş hukuku açısından bakıldığında ise, yetersizlik işçinin iş sözleşmesi yapıldığı esnada işverence kendisinden beklenen beceriyi, performansı göstermemesi durumunu, yeterlilik ise, işçinin ilgili işyerinde çalışabilmesi için aranan profile sahip olmasını ifade etmektedir.

Yine bir başka ifade ile, yeterlilik, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerilerdir. Yani, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceriyi, kısaca donanımı vurgular⁴⁸. İş Kanunu'nun gerekçesinde yetersizlik olarak algılanabilecek birçok durum sayılmakla birlikte, uygulamada işçinin yetersizliğinin iki şekilde ortaya çıkabileceği ifade edilebilecektir. Bunlarda ilki işçinin fiziki yetersizliği diğeri ise, işçinin mesleki yetersizliğidir⁴⁹. İşçinin fiziki yetersizliği denildiğinde işçinin sağlık durumu, kapasitesi, eğitimi, yaşı gibi unsurlardan kaynaklanan yetersizlik anlaşılabilir. Mesleki yetersizlik ise, işçinin performans ve verim düşüklüğünü ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere işçinin fazla çalışma yapmaya onay vermemesinin veya iş sözleşmesi imzalanırken ya da sonrasında verdiği onayı Yönetmeliğe uygun olarak geri almasının işçinin yeterliliğinden (yetersizliğinden) kaynaklanan bir geçerli sebep kapsamına sokulması mümkün olmayacaktır. Zira burada işçi tarafından yapılan onay vermeye veya vermemeye yönelik bir tercih söz konusudur. Bu anlamda fiziki ve mesleki yeterliliği son derece yüksek olan bir işçinin de fazla çalışma

48 Yarg. 9. HD., 15.12.2008 t., E.2008/8488, K. 2008/33641, KAR, Bektaş; Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihle Yargısal Denetim, SİCİL 2008, Y:3 S:11 s.34-43

49 KAR, s. 345

yapmaya onay vermemesi mümkün olabilecektir.

İş Kanunu'nun 18 inci maddesinde sözü edilen ve iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak gösterilebilecek sebeplerden bir diğeri olan, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebebin ne anlama geldiği ise, İş Kanunu'nda açıklanmamış ancak, 18 inci maddenin gerekçesinde, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeplerin; işyerinin dışından veya içinden kaynaklanan sebepler olabileceği belirtildikten sonra, işyeri dışından kaynaklanan sebeplere; sürüm ve satış olanaklarının azalması; talep ve sipariş azalması; enerji sıkıntısı, ülkede yaşanan ekonomik kriz, piyasada genel durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebepler; işyeri içinden kaynaklanan sebeplere ise; yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması; işyerinin daraltılması; yeni teknolojinin uygulanması; işyerlerinin bazı bölümlerinin kapatılması; bazı iş türlerinin kaldırılması gibi sebepler gösterilmiştir.

Yargıtay da uygulamada vermiş olduğu kararlarında, sürüm ve satış olanaklarının azalmasını, talep ve sipariş azalmasını, enerji sıkıntısını, ülkede yaşanan ekonomik krizi, piyasadaki genel durgunluğu, dış pazar kaybını, ham madde sıkıntısını, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanmasını, işyerinin daraltılmasını, yeni teknolojinin uygulanmasını, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılmasını ve bazı iş türlerinin kaldırılmasını işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul etmektedir⁵⁰.

Bir işyerinde fazla çalışmanın yapılmasını gerektirecek şekilde sipariş miktarının artması, işyerinde mevsimsel yoğunlukların ortaya çıkması gibi durumlarda, ilk bakışta işverenden gelecek fazla çalışma yapılması talebinin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklandığı; bu sebeple de fazla çalışma ihtiyacına ilişkin yapılabilecek feshin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandırılabilmesi akla gelebilecektir.

50 Yarg.22. HD. 09.03.2014 t. E.2014/6702,K.2014/7420, Yarg.22. HD. 08.04.2014 E.2014/ 5846,K.2014/7262, Yarg. 22. HD. 07.02.2014 t. E.2014/1034, K.2014/1689

Burada söz konusu olabilecek feshin sebebi, fazla çalışmanın yapılmasını gerektirecek şekilde sipariş miktarının artması ya da işyerinde mevsimsel yoğunlukların ortaya çıkması olmayacağından, kanımızca verilmeyen ya da geri alınan fazla çalışma onayı sebebi ile, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir geçerli sebeple işçinin iş sözleşmesinin feshedilebileceğinden söz edilemeyecektir.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinin geçerli bir fesih sebebi oluşturabilmesi için, ortaya çıkan fiili durumun, iş sözleşmesinin feshedilmesi için bir nevi zorunluluk oluşturması, feshi haklı göstermesi gerekmektedir. Bu anlamda, işletme, işyeri veya işin gerekleri ile fesih, işyerini, işletmeyi veya işi etkileyen objektif sebeplerin istihdam fazlası yaratması, işçilerin işyerindeki istihdamını, bütünüyle ve sürekli olarak engellemesi, yani bir başka ifade ile işçinin işyerinde çalışma olanağını kesin ve sürekli olarak ortadan kaldırması gerekmektedir. Burada yapılabileceğini düşündüğümüz feshin sebebi, işverence duyulan lüzum üzerine yapılması istenen fazla çalışmaya işçinin onay vermemesi veya daha önceden vermiş olduğu onayı geri alması olacağından sözleşmenin işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklı bir geçerli sebeple feshi mümkün olmayacaktır.

İş Kanunu'nun 18 inci maddesinde sözü edilen ve iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak gösterilebilecek sebeplerden sonuncusu ise, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeptir. Yani madde uyarınca, işveren iş sözleşmesinin bildirimli feshinde işçinin bazı davranışlarını geçerli sebep olarak kullanabilecektir. İşverenin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde "geçerli sebep" olarak kabul edilebilecek işçi davranışları, yine 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 olacaktır⁵¹.

51 Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/35834 K. 2008/11440,

Kelime olarak, davranmak işi ya da biçimi, tutum, muamele veya hareket olarak tanımlanabilecek olan davranış⁵², 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 gözlenemez⁵³. Bu anlamda davranışlar; bir organizmanın gösterdiği her türlü tepki, organizmanın çevrede ya da çevreyle olan ilişkisinde değişiklik yaratan eylemler olarak gerçekleşmektedir⁵⁴. Bir işyerinde yürürlüğe konulan ya da konulmak istenen yeni bir uygulamaya karşı verilen tepki de bir işçi davranışıdır.

İşçilerin kişiliklerine bağlı olarak belirli olaylar karşısındaki davranışları, amaçlarına, inançlarına, eğilimlerine, ihtiyaçlarına ve güdülerine bağlı olarak değişebilecektir. Yani bir başka ifade ile, içinde yaşanılan 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 sayılabilecektir⁵⁵. Nitekim, psikolojinin temel konusunu oluşturan insan davranışlarından en önemli özelliklerinden birisi, bunların çok sebepli ve karmaşık oluşudur. Davranış açısından her olayın ondan önce gelen birtakım koşulların sonucu olduğu bir gerçektir. Bu da determinizm ilkesi ile ilgilidir⁵⁶.

İş 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. Yani, 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, herhangi bir uyumsuzlukta hakim işçinin kişiliği ve yaşam koşullarından ziyade iş ilişkisinin sürdürülebilir olup olmadığını tespit edecektir⁵⁷.

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. Bu davranış biçimlerinin standart ve tüm işçilere de 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 gereklidir⁵⁸.

Davranıştan kaynaklanan geçerli sebep, işçinin iş görme borcunu kendisinden (davranışından) kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektirdiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen se-

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

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

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

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

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

56 KÖSE, M. Mustafa; "Davranış Bilimleri", <http://www.genbilim.com/content/view/1615/86/> (Erişim Tarihi: 23.08.2009)

57 BARUTÇUGİL, s.14-15, KÖSE, <http://www.genbilim.com/content/view/1615/86/> (Erişim Tarihi: 23.08.2009)

58 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.

beptir⁵⁹. Yani bir başka ifade ile, işçinin davranışlarından doğan geçerli sebep kavramı; haklı neden sayılacak düzeyde ağır ve ciddi kusur içermeyen bununla birlikte iş ilişkisinin devamını önleyecek derecede olumsuzluk yaratan eylemlerden oluşan ve iş sözleşmesinin feshini sosyal açıdan geçerli kılan haller olarak tanımlanabilecektir⁶⁰.

Bu anlamda, davranışlardan doğan geçerli sebepten söz edilebilmesi için, işçinin davranışının 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 edilecektir⁶¹.

İş Kanunu'nun gerekçesinde davranışlardan kaynaklanan geçerli sebeplere örnek olarak, işverene zarar vermek veya zararın tekrarı tedirginliği yaratmak, işyerinde rahatsızlık yaratacak şekilde çalışmak, 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 etkileyebilecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatacak şekilde işyerinde dolaşmak gibi haller gösterilmiştir. Mevcut uyuşmazlıklarda, işçinin davranışlarından kaynaklanan haklı sebepler ile geçerli sebepler ayrımı yapılırken örneklerden hareket etmektense, ölçütlerden yola çıkmak daha doğru olacaktır⁶². Zira kişinin çevrede ya da çevreyle olan ilişkisinde değişiklik yaratan tüm eylemleri davranış olarak nitelendirilebileceğinden bunların sayılması sınıflandırılması mümkün olmayacaktır. Bu anlamda, işçinin işverenin bir talebine onay vermemesi bile bir tür işçi davranışı olarak kabul edilebilecektir.

59 ŞAKAR, Müjdat; Gereçeli ve İctihatlı, İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2009, s.247

60 KAR, s.237

61 KAR, s.262-263

62 KAR, s.237, Ayrıca bkz. TULLUKÇU, Nezihe Binnur; İş Mahkemeleri Kanunu ve Arbuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi - İşe İade, Ankara Kasım 2017, s.234

Bu açıklamalar ışığında kanımızca, işverence fazla çalışma yapılması ihtiyacının ortaya çıkması durumunda işçinin fazla çalışmaya onay vermesi veya daha önceden vermiş olduğu onayı otuz gün önceden haber vermek suretiyle geri alması işçinin davranışlarından kaynaklanan bir fesih sebebi olarak düşünülebilecektir.

Davranışlardan kaynaklanan geçerli bir sebebin varlığından söz edebilmek için, kural olarak her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesi gereğinden söz edilse de⁶³, iş sözleşmesinde hiç söz edilmeyen bir durumun gerçekleşmesi ya da işçinin kanuni bir hakkını kullanarak belirli bir davranışta bulunması da işin normal işleyişini bozuyor, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve işverenden bu sebeple iş ilişkisini yürütmesi normal olarak beklenemiyorsa⁶⁴ 4857 sayılı İş Kanun'un 18/1. maddesi anlamında davranışlardan kaynaklanan bir geçerli sebebin varlığı kabul edilebilecektir.

Buna göre, fazla çalışma yapılması ihtiyacının ortaya çıkması durumunda işçinin fazla çalışmaya onay vermemesi veya daha önceden vermiş olduğu onayı otuz gün önceden haber vermek suretiyle geri alması sonucunda, işlerin tamamlanamaması suretiyle işyerinde işin görülmesi önemli ölçüde olumsuz etkilenmiş ise, işverenin düşmüş olduğu zor durum, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemeyeceği sonucunu yarattıysa⁶⁵ bu gibi durumlarda, feshin davranışlardan kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandığı kabul edilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, herhangi bir işçi davranışı objektif bir değerlendirme sonucunda işverenin güvenini sarsacak ve iş ilişkisinin

63 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

64 DEMİR, Fevzi; Geçerli Sebeple 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

65 KAR, s.262-263

sürdürülmesini makul ölçüler içinde beklenemez kılacak nitelikte ise, geçerli fesih sebebi sayılabileceklerdir⁶⁶. Nitekim iş sözleşmesinin işçiye yüklediği en önemli yükümlülüklerden olan işçinin sadakat yükümü, iş sözleşmesinin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme ile sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir⁶⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18 inci maddesi uyarınca işverene işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeplerle iş sözleşmesini feshedebilmesine yönelik verilen yetkinin amacı, işçinin iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ihlal etmesi durumunda, işverenin bu ihlalin devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmasıdır⁶⁸. Konumuz açısından bakıldığında da, işverenin ihtiyacı olduğu durumda kendisine fazla çalışma onayı vermeyen veya daha önce vermiş olduğu onayı usulüne göre geri alan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi, aslında bir ceza niteliğini taşımamakta, aksine bundan sonraki süreçte işyerinde yine fazla çalışma yapılmasını gerektirecek bir durum ortaya çıktığında işverenin tekrar zor durumda kalmaması için bir anlamda kendisini güven altına alması olarak görülebilecektir.

Diğer yandan, işçinin fazla çalışmaya onay vermemesi veya daha önceden vermiş olduğu onayı otuz gün önceden haber vermek suretiyle geri alması davranışının geçerli bir sebep olarak kabul edilebilmesi için, kanımızca işçinin davranışının

kusurlu olması koşulu⁶⁹ da aranmayacaktır. Zira burada işçi Kanunun kendisine vermiş olduğu fazla çalışma talebine onay verip vermeme hakkını kullanmakta olduğundan işçinin kusurundan söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

Ayrıca, işverenin eşit davranma borcunun da, işçinin iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshinde dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim, aynı davranışta bulunan bir kısım işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesine rağmen, sadece bazı işçilerin iş sözleşmelerinin feshi, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacak⁷⁰ ve bu durum da söz konusu davranışın geçerli sebep olarak kabul edilmesini önleyecektir. Yani fazla çalışma onayı vermeyen veya daha önce vermiş olduğu onayı usulüne göre geri alan birden fazla işçinin varlığı durumunda, sadece belirli işçilerin iş sözleşmelerinin bu sebeple feshedilmesi, aynı durumdaki başka işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmemesi davranıştan kaynaklanan geçerli sebebin varlığını ortadan kaldıracak feshi geçersiz hale getirebilecektir.

Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere, fesih en son çare (ultima ratio) olması kuralı, işletmeye, işyerine ve işe ilişkin fesihlerde göz önüne alınması gereken bir ilke olmasına rağmen, doktrinde işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeple fesih hallerinde de, bu ilkenin uygulanması gerektiği, başka bir çözüm bulunmasının mümkün olduğu hallerde fesih yoluna gidilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁷¹. Bu anlamda fazla çalışma yapma talebine olumsuz cevap veren ya da vermiş olduğu onayı geri alan işçinin iş sözleşmesinin feshinin davranıştan kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandığının kabulü için,

- böyle bir durumda işverenin gerçekten zor durumda kalıp kalmadığının,
- işverenin sırf işçiyi zor durumda bırakmak için fazla çalışma yapılmasını talep edip etmediğinin,

66 KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, 407, SÜZEK, s. 525, KAR, s.272-273

67 Yarg.7. HD. 06.05.2014 t. E.2014/6016,K.2014/9858, 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,

68 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.9. HD. 07.03.2013 t. E.2012/29826,K.2013/8170, Yarg.9. HD. 11.09.2013 t.E.2013/6458,K.2013/22020, Yarg.9. HD. 13.06.2013 t. E.2013/1522,K.2013/18228, Yarg. 22. HD. 04.02.2014 t. E.2013/36752, K.2014/1371, Yarg. 9. HD. 05.05.2014 t. E.2014/9939, K.2014/14425

69 Yarg. 9. HD. 23.06.2008 t. E. 2007/42733 K. 2008/17109, Yarg. 9. HD.12.05.2008 t. E. 2007/35915, K. 2008/12012, Yarg. 9. HD.12.05.2008 t. E. 2007/35921, K. 2008/12018

70 Yarg. 9. HD. 18.09.2007 t. E. 2007/28938, K. 2007/26952
71 KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 329

- işyerinde ortaya çıkan ihtiyacın giderilebilmesi için ya da işin niteliği gereği fazla çalışma yapılmasının zorunlu olup olmadığının,
- fazla çalışma yapılması gereken bölümde çalışan tüm işçilerin fazla çalışma yapmaya onay verip vermediklerinin,
- sözleşmesi feshedilen işçinin onay vermesi ya da onayını geri alması sebebi ile işverenin fazla çalışma yapmaya onay veren ve onaya uygun olarak çalışma yapan yeni bir işçi alıp almadığının

ve bunlara benzer her olayın kendine özgü niteliklerinin göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerekecektir. Tüm bu değerlendirmeler sonucunda da işveren açısından zorunlu ve kötüniet içermeyen objektif bir uygulama söz konusu ise, fazla çalışma yapma talebine olumsuz cevap veren ya da vermiş olduğu onayı geri alan işçinin iş sözleşmesinin davranıştan kaynaklanan geçerli bir sebep ile feshedilebileceği kabul edilebilecektir.

Diğer yandan, işverenin fazla çalışma talebine onay vermeyen ya da daha önceden vermiş olduğu onayı usulüne uygun olarak geri alan işçinin bu tutumunun davranışlardan kaynaklanan bir geçerli fesih sebebi olarak kabul edilmesi durumunda işverenin geçersiz bir fesih yaptırımı ile karşılaşmaması için feshi yaparken belirli bir prosedüre de uygun davranması gerekecektir.

Zira 4857 sayılı İK'nın "sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında, işverenin fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olduğu belirtildikten sonra, 2 nci fıkrasında da hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre, işverenin iş sözleşmesinin feshini yazılı olarak yapması ve fesih sebebini de açık ve net olarak, işyerinde duyulan fazla çalışma ihtiyacına karşın işçinin bu yönde onay vermemesi veya önceden vermiş olduğu onayı usulüne uygun olarak geri alması olarak göstermesi gerekecektir. İK.m.19/2

hükümdeki "zorundadır" ifadesi bu şekil şartının mutlak emredici olduğunu göstermektedir⁷². Fesih bildiriminde fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmemesi feshin geçersizliğine karar verilmesi sonucunu doğuracaktır⁷³.

Diğer yandan, işçinin davranışı veya verimiyle ilgili olduğu hallerde fesihten önce işçinin bu konudaki savunmasının alınması da zorunlu olduğundan aksi durumda fesih geçersiz sayılacaktır⁷⁴. Yani bir başka ifade ile, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörül-müş ve salt işçinin savunmasının alınmamasının tek başına, bildirimli feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir. Bu sebeple konumuz kapsamında, işverence işçi fesihten önce savunma vermeye davet edilmeli ve işçiye gönderilecek savunmaya davet yazısında, işyerinde fazla çalışma ihtiyacının doğmuş olduğu ve işçi tarafından bu talebe onay verilmediği ya da önceden verilmiş talebin geri alınmasından bahisle konuya ilişkin olarak işçiden bir savunma talep edilmelidir. Talepte yazılı savunma vermediği takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağına da kendisine hatırlatılması gerekmektedir⁷⁵. Yargıtay, işçinin savunma yazısını almaktan dolayısıyla savunma vermekten imtina etmesi durumunda, işverence artık fesih işlemi için savunma talep yazısındaki sürenin beklenmesine gerek olmadığını kabul etmektedir⁷⁶.

Aslında buradaki savunma talebi sadece Kanundan doğan bir yükümlülüğün yerine getiril-

72 Yarg. 9. HD. 05.12.2008 t. E.2008/6322 K.2008/33544

73 Yarg. 9. HD. 17.05.2010 t. E.2010/13668 K.2010/13692

74 9. HD, 10.11.2003, 18254/18254; 9. HD, 27.05.2004, 646/12696; 9. HD, 01.02.2005, 31375/2841; 9. HD, 10.03.2005, 5198/7938; 9. HD, 11.04.2005, 9752/12858; 9. HD, 23.04.2005, 11075/14364-ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.84, dn.128 ve s.390 vd.; Yarg. 9. HD. 21.02.2005 t. E. 2004/22907, K. 2005/5956, Yarg. 9. HD.28.04.2008 t. E. 2007/34014, K. 2008/10352, Yarg. 9. HD. 05.11.2007 t. E.2007/20017, K.2007/32368, Yarg. 9. HD. 24.05.2010 t. E. 2009/20438 K. 2010/14394

75 Yarg. 7. HD. 30.04.2014 t. E.2014/2211, K.2014/9720, Yarg. 9. HD. 24.09.2008 t. E.2008/2909 K.2008/24572; Yarg. 9. HD. 02.06.2008 t. E. 2007/39366, K. 2008/13348. Ayrıca bkz. M. EKONOMİ, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren D., Mart 2003, Ek, s.14; ÇANKAYA/GÜNAY/GÖKTAŞ, s.107

76 Yarg. 22.HD. 04.11.2013 t.E.2013/32439, K.2013/23194

mesi amacıyla yapılmaktadır. Zira işçi Kanundan doğan onay vermeme hakkını kullandığından aslında savunma yapmak zorunda da değildir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere burada işçinin savunmasında yazacağı hususlardan ziyade işçiden bu savunmanın şeklen alınması önem taşımaktadır. Nitekim işçi bu savunmasında fazla çalışma onayı vermemesi ya da onayı geri almasına ilişkin çok haklı gerekçeler sunsa bile, kanımızca işyerinden kaynaklanan sebeplerin fazla çalışmayı zorunlu kılması durumunda geçerli sebebin varlığına bir etki etmeyecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş sözleşmesinin feshinde uyulması gereken usulü düzenlediği 19 uncu maddesinde, iş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeple feshinde, işverene işçiye ihtarda bulunmasına yönelik bir yükümlülük getirilmemiştir. Yani bir başka ifade ile, işçinin iş sözleşmesini davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebeple feshetmek isteyen işveren, kanunen fesihden önce işçiye ihtar çekmekle yükümlü değildir. Bu anlamda İK metnine bağlı kalındığında ihtarın varlığının veya yokluğunun geçerli sebebin oluşması üzerinde bir etkisi olmayacaktır. Ancak, İş Kanunu'nda sözleşmenin geçerli sebeple feshinde ihtar yükümü getirilmemiş olsa da, doktrin ve Yargıtay İLO'nun 166 sayılı İşverenin Girişimi ile İş İlişkisinin Sona Ermesine İlişkin Tavsiye kararında yer alan, işçinin kural olarak uyarılmasını ve buna rağmen işçinin davranışı tekrarlamayı sürdürmesini, geçerli sebebin varlığından söz edilebilmesi için aramaktadırlar.

Buna göre, doktrinde iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshinde 166 sayılı Tavsiyenin hükümlerinin göz önüne alınması gerektiği ve işçinin kusurlu davranışı halinde yazılı olarak uyarılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷. Kanunda işçinin uyarılmasına ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, işverenin geçerli sebeple fesih hakkını iyiniyetle kullandığından söz edilebilmesi için,

işçinin davranışı ile ilgili bir sebep ortaya çıktığında, bunu fırsat bilerek iş sözleşmesini hemen feshetmektense, öncelikle işçiye ihtarda bulunulmasının yerinde olacağı, şayet davranış tekrarlanırsa artık "en son çare" olarak işten çıkartmak zorunda kalındığının belgelenmesinin mümkün olacağı, aksi halde işçinin davranışı kasdi olsa bile işverenin iyi niyetinden bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir⁷⁸.

Buna karşın yine doktrinde, geçerli sebep oluşabilmesi için ihtarın gerekli olduğu ancak, bunun her durumda olmayıp işçinin kusurlu davranışına rağmen bu ve benzeri davranışı tekrarlamayacağı düşüncesi ile bir şans daha tanınmanın doğru olacağı durumlar için geçerli olacağı; aksine kasdi şekilde kusurlu davranışta bulunan işçiye ise, iyi niyetten söz edilebilmesi için ihtar verilmesinin zorunlu olmayacağı, zira kasdi davranışın aradaki güven ilişkisini esaslı tarzda sarsan hatta haklı sebep oluşturan bir davranış olabileceği görüşü de savunulmaktadır⁷⁹.

Nitekim Yargıtay da işçinin iş sözleşmesinin devamını çekilmez hale getiren kusurlu ve ihmali davranışlarının tespiti halinde, işyerinde olumsuzluklara yol açan bu davranışı nedeni ile başka bir işyerinde veya başka bir görevde değerlendirilmesinin dahi işveren açısından beklenmemesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁰.

Ancak bununla beraber Yargıtayca, işçinin iş görme edimini yerine getirmek istememesi durumunda, işçiye ihtarda bulunulmasının ve bu ihtarda işçiye aynı şekilde davranmaya devam ettiği takdirde, iş sözleşmesinin feshedileceğinin bildirilmesinin olumlu etki yaratabileceği, bu yüzden işçinin iş görme edimini yerine getirmek istememesi durumunda bunun kasıtlı olması ya da yetersizlik kaynaklı olmasına bakılmaksızın işçiye ihtarın yapılmasının zorunlu olması gerektiği ifade edilmektedir⁸¹.

77 DEMİR, s.263; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.731; Ayrıca bkz. SOYER, Polat; 158 Sayılı İLO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001 Toplantısı, s.281-282

78 DEMİR, Fevzi ; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Huku-ku ve Uygulaması, İzmir 2017 s. 316

79 Somut olayın özelliğine göre işlem yapılması gerektiği yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 730.

80 Yarg. 9. HD. 05.05.2014 t. E.2014/9939, K.2014/14425

81 Yarg. 9. HD. 23.06.2008 t. E. 2007/42735K. 2008/17111,

Kanımızca konumuz açısından düşünüldüğünde, işverence yapılmış fazla çalışma talebine onay verilmemesinin ya da verilmiş olan onayın usulüne uygun geri alınmasının, duyulan fazla çalışma ihtiyacını çözebilmek amacıyla davranışlardan kaynaklanan bir geçerli sebep olarak kullanılması düşünüldüğünde, işçiden şeklen alınan savunma dışında, işçiye işyerinde duyulan fazla çalışma ihtiyacını ve bunun sebeplerini açık ve net bir biçimde anlatan, fazla çalışmaya onay verilmemesi durumunda, fazla çalışma yapabilecek başka işçilerin işe alınması amacıyla işçinin iş sözleşmesinin feshedilmek zorunda kalınacağını açıklayan bir ihtarın verilmesi faydalı olacaktır.

Bu şekilde işçi belki sonuçlarını önceden düşünmediği "fazla çalışma yapmaya onay vereme" ya da "onayı geri alma" fiilinin sonuçları hakkında bilgilendirilmiş olacaktır. İlk bakışta böyle bir durumda işçiden tehditle zorla onay alınıyor gibi düşünülebilse de, kanımızca yukarıda da ifade dildiği üzere, özellikle işyerinin ya da işin niteliğinden dolayı fazla yapılmasının zorunlu olduğu hallerde en azından işçinin bu zorunluluğa ilişkin dikkatinin çekilmesi iş sözleşmesinin feshinin önüne geçebilecektir.

Yukarıda sözü edilen işverenin uymak zorunda olduğu prosedür dışında, işverence işçinin davranışlarından kaynaklı geçerli sebeple yapılacak fesihlerde, işverenin fesihte dayanacağı geçerli sebebi öğrendikten sonra makul süre içinde fesih hakkını kullanmış olması da gerekecektir. Nitekim, geçerli sebeple yapılacak olan fesihlerde bu hakkın hiçbir süreye tabi olmaksızın kullanılacağı yönünde bir düşüncüyü, iş sözleşmesinin taraflarına yüklediği hak ve borçların niteliği, iş hukukunun temel ilkeleri ve yaşam gerçekleriyle bağdaştırmak mümkün olmayacaktır.

İşverenin geçerli sebeple fesih imkânına sahip olmasına karşın, bu yolu tercih etmeyerek işçiyi çalıştırmaya devam etmesi bir anlamda bu duru-

mu kabullenmiş olduğu anlamına gelecektir. Aksi takdirde işverence istenildiği zaman fesih hakkının kullanılabilmesinin kabulü, fesih hakkının işçi üzerinde uzunca bir süre baskı unsuru olarak kullanılmasına izin vermek anlamına gelecek ve bu durum işçi ve ailesi üzerinde olumsuz psikolojik etkiler yaratacaktır⁸². Bu şekilde belirsizliğin sürmesinin işyeri ortamı ve çalışma ilişkilerine olumsuz yansımaları da söz konusu olabilecektir. Nitekim, bu durum Medeni Kanun'un 2 nci maddesi kapsamında da değerlendirilebilecektir. Buna göre, herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olacak ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacaktır. İşverenin de böyle bir durumda geçerli sebeple fesih hakkını kullanmayıp daha ileri bir tarihte bu hakkını kullanması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir⁸³.

Kanunda makul bir sürenin ne anlama geldiği konusunda ise bir açıklık bulunmamaktadır. Kendi içerisinde bir belirsizlik içeren "makul süre" kavramının, yargı tarafından her somut olayın özelliği dikkate alınarak, fiilin ağırlığı ve yarattığı etkinin henüz geçmiş olup olmadığı, fiilin araştırılma ve işçinin savunmasının alınması için gereken süre gibi unsurlar çerçevesinde şekillendirilmesi gerekmektedir⁸⁴.

Yukarıda sözü edilen prosedüre uygun olarak yapılan fazla çalışma konusuna ilişkin fesihlerde İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Süreler-

Yarg. 9. HD. 26.05.2008 t. E. 2007/37481, K. 2008/12505, Yarg. 9. HD. 16.06.2008 t. E. 2008/2918 K. 2008/15627, Yarg. 9. HD.18.03.2008 t. E. 2008/3713, K. 2008/5337, Yarg. 9. HD. 23.02.2009 t. E. 2008/17133, K. 2009/3187

82 Yarg. 9. HD. 02.10.2006 t. E.2006/17797 K.2006/25426, AVCI Mustafa; Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında "Makul Süre", Karar İncelemesi, SİCİL Mart 2007 s.90-93

83 "Makul süre, fesih hakkının Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığına göre her olayın özelliği dikkate alınarak hakim tarafından belirlenecektir. Makul sürenin belirlenmesinde işverenin süregelen tutumu ile işçide feshe başvurmayacağı yönünde haklı bir güven oluşturup oluşturmadığı dikkate alınmalıdır. İşveren feshe başvurmayacağı yolunda işçide bir güven oluşturmuş ise artık bu güvene üstünlük tanınması gerekir ve işverenin aksi yöndeki davranışı çelişkili bir davranış sayılacağı için korunmamalıdır". SOYER, s.33 ÇANKAYA/GÜNAY/ GÖKTAŞ, s.105

84 EKMEKÇİ, (4773), s. 102

le Çalışma Yönetmeliği'nin 9 uncu maddesinde 25.08.2017 tarihinde yapılan değişiklikten önce, yani işverenin her yıl başında işçilerden yazılı olarak fazla çalışma onayı almasının gerektiği dönemde, işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle işverence işçiden fazla çalışma yapması talep edildiğinde, işçi tarafından bu talebin yerine getirilmemesinin işveren açısından iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda, Yargıtay öncelikle işçinin fazla çalışma yapma hususundaki talebe onay vermesine rağmen, kendisinden fazla çalışma yapması istenildiğinde fazla çalışma yapmak istememesini iş sözleşmesinin feshine olanak sağlayan bir geçerli sebep olarak kabul etmiştir⁸⁵.

Başka ifade ile Yargıtay onay vermiş olan işçinin bir anlamda fazla çalışma yapmakla yükümlü bulunduğunu kabul etmiştir. Bu dönemde verilmiş onayın geçerlilik süresinin de bir yıl olduğu düşünüldüğünde bir yıllık süre boyunca işçinin vermiş olduğu onaya bağlı kalması gerektiği, aksine davranışın ise iş sözleşmesinin feshini haklı kılan geçerli bir sebep olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu anlamda, yönetmeliğe uygun olarak fazla çalışma için onay alınmamış olması ve zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılmasını gerektiren bir durumun da bulunmaması halinde işçinin fazla çalışma yapmak istememesi iş sözleşmesinin feshinde bir geçerli sebep sayılmamıştır⁸⁶.

Bunun gibi, iş sözleşmesinde fazla çalışma yapmaya işçinin rıza gösterdiğine ilişkin bir hüküm bulunması durumunda bu hükmün ancak sözleşmenin imzalanmış olduğu yıl için geçerli olduğu kabul edilerek, takip eden yıllarda yeni onay alınmadığı takdirde işçinin fazla çalışma yapma yükümlülüğünün bulunmadığı ve bu durumun da fazla çalışma yapmamasının iş sözleşmesinin feshi için bir geçerli sebep oluşturmayacağı kabul edilmiştir⁸⁷.

Görüldüğü gibi, bu dönemde Yargıtay yılbaşlarında alınan onayın işverene en azından onay süresi boyunca bir güvence sağlaması gerektiğinden hareketle öncelikle verilmiş bir onaya rağmen fazla çalışma yapmak istememeyi bir geçerli sebep olarak kabul etmiştir. Kanımızca yukarıda ifade edildiği üzere, Yönetmelikte yapılan değişiklikten sonra da, artık alınan onayın işverene uzun vadeli bir güvence sağladığından söz edilmeyeceği, işçi dilediğinde 30 gün önceden yazılı bildirimde bulunmak suretiyle bu onayı geri çekebileceği için, bu tür durumlarda işverenin fazla çalışmanın gerekliliğini ispat etmesi halinde geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshini gerçekleştirebileceği ifade edilebilecektir.

Diğer yandan, Yargıtay bu dönemde fazla çalışma için önceden iş sözleşmesinde veya Yönetmelik gereği her yıl başında işçiden fazla çalışma için onay alınmamış olmasına rağmen, fazla çalışma yapan ve yapılan fazla çalışmanın ücreti tam ve düzenli olarak ödenen işçinin, takip eden dönemde fazla yapmak istememesini de iş sözleşmesinin feshine olanak sağlayacak geçerli bir sebep olarak kabul etmiştir⁸⁸. Yani bir başka ifade ile, bu dönemde işverenin her ne kadar fazla çalışma yaptırabilmesi için işçinin her yıl başında yazılı rızasını alması gerekse de, bu rıza alınmaksızın işyerinde fiilen fazla çalışma yapan ve tam ve düzenli olarak ücretini alan işçinin, sonradan işverenin bu yöndeki talebine olumsuz yanıt vermesi fiilini, Yargıtay iş sözleşmesinin feshine olanak sağlayan geçerli sebep olarak kabul etmiştir⁸⁹.

Yargıtay bu dönemde şekli olarak onayın alınmasından çok, işyerinde fiili olarak fazla çalışmanın yapılması ve bunun ücretinin işçilere ödenip ödenmediği hususu üzerinde durmuş, ücret ödemesi düzenli olarak yapılıyor ise ve işçi de bir dönem bu fazla çalışmayı yapıyor ise, daha sonradan bu fazla çalışma talebine olumsuz yanıt ve-

85 Yarg. 9. HD. 13.05.2014 t. E.2014/3840, K.2014/15607; Bu yönde bkz. EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 8.Baskı, İstanbul 2017, s.287

86 Yarg. 9. HD. 07.07.2008 t., E.2008/19612, K. 2008/18982, KAR, s.332-333

87 "fazla mesai için her yıl yeniden işçinin muvafakatinin

alınması gerekir"Yarg 9. HD. 23.12.2004 t. E. 2004/17276, K. 2004/29157; Yarg. 9. HD. 08.05.2006 t. E. 2006/10028, K. 2006/13006

88 Yarg. 9. HD. 08.10.2007 t. E. 2007/11936, K. 2007/29817

89 Yarg. 9. HD. 08.10.2007 t. E. 2007/11936, K. 2007/29817

rilmesini geçerli sebep olarak değerlendirmiştir.

Kanımızca Yargıtayın bu görüşü, bugün için bizim de varmış olduğumuz çözüme uygun bir çözümdür. Görüldüğü üzere burada Yargıtay da kanuni yükümlülüklerine uyan, düzenli ve zamanında fazla çalışma ücretini ödeyen bir işverenin onay dahi almadan işçisini çalıştırması sonrasında, işçinin fazla çalışma talebine olumsuz cevap vermesini geçerli bir fesih sebebi olarak kabul etmiştir. Yargıtay fazla çalışma ücreti düzenli bir şekilde ödenen bir işçinin baştan onayının alınmamış olması durumunda bile fiilen yapmakta olduğu fazla çalışmayı sürdürmek istememesini, işvereni zor durumda bırakacak bir fiil olarak değerlendirmiş ve bunu iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep olarak kabul etmiştir. Onay vermemekle birlikte fiilen fazla çalışma yapmayan ya da onayı olmamasına rağmen fazla çalışma yapan ancak ücretini alamayan bir işçinin, fazla çalışma yapmaması durumunu ise fesih için geçerli sebep olarak kabul etmemiştir⁹⁰.

Günümüzde Yönetmelikte yapılan değişiklikten sonra, muhtemelen işverenlerin büyük bir çoğunluğu belki de hepsi, iş sözleşmesinin yapılması aşamasında işçinin fazla çalışma yapmasına ilişkin olarak matbu iş sözleşmelerine koyacakları maddelerle işçilerin onaylarını alma yoluna gideceklerdir. Bu durumda da en azından işçi 30 gün süre ile bu onayı ile bağlı kalacak ve bu süre zarfında işverence talep edildiğinde ücreti ödemesi koşulu ile fazla çalışma yapmakla yükümlü olacaktır.

İşveren bu onay uyarınca işçiye fazla çalışma yaptırıp ücretini de düzenli bir şekilde ödediğinde, işçinin 30 gün önceden yazılı olarak bu onayı geri alma hakkı olsa da, bu durum işverenin halihazırda süregelen işyerindeki çalışma sürecini aksatacağından ve işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmesine sebep olabileceğinden⁹¹, Yargıtayın önceki kararlarında esas alınan düşün-

ceden hareketle bu durum kanımızca işverene işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeple iş sözleşmesini fesih hakkı verecektir.

Diğer yandan, Yargıtay işverenden gelen fazla çalışma yapma talebine uzun süre onay verilmesine rağmen, işverence bir işlem yapılmamasının bu hareket tarzının işveren tarafından kabul edilmiş olduğu sonucunun çıkarılmasını mümkün kılacağından, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından fazla çalışma talebine onay verilmediği gerekçesi ile sonradan geçerli sebeple feshini kabul etmemiştir⁹². Aynı uygulama kanımızca bugün için de aynen geçerli olacaktır.

Sonuç

İşverenin yönetim hakkı, işverenin iş organizasyonu içerisinde mal veya hizmet üretimine ilişkin olarak, bu organizasyon içerisinde yerine getireceği iş görme edimi süresince, işçiye emir ve talimatlar verebilme yetkisini ifade etmektedir. İşçi iş sözleşmesini imzalamakla, sözleşmenin karşı tarafı olan işverenin yönetim ve denetimi altında çalışmayı kabul etmekte ve bu kabulün sonucunda da işveren, sözleşme hükümleri çerçevesinde işin yürütümüne ilişkin kararlar almakta ve işyerinde bu kararları yürürlüğe koymaktadır.

İşveren, yönetim hakkına dayanarak, işyerinde üretiminin arttırılması ya da durdurulması, üretim çeşidi ve sürecinde değişiklik yapılması, bazı işlerin alt işverene verilmesi ve vardiya usulüne geçilmesi gibi kararlar alabileceği gibi, doğrudan üretim aşamasında işin düzenlenmesi kapsamında, günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatleri, ara dinlemeler, yapılacak telafi çalışmaları

92 Yarg. 9. HD. 11.12.2006 t. E. 2006/25134, K. 2006/32353; Buna karşılık, doktrinde, "fazla mesai" konusunda işçiye tanınan "onay" hakkının "objektif iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması" (MK. md.2); işçinin "haklı bir gerekçesi" olmadan fazla mesaiye kalmama hakkını kullanmasının "işvereni zarara uğratmaması" gerektiği ve işçinin haklı bir gerekçeye dayanmadan onay vermemesinin veya onay verdiği halde "fazla mesaiye" kalmamasının "işverenin uğradığı zarara" paralel olarak iş sözleşmesinin "haklı sebeple" tazminatsız feshine kadar uzanan bir yaptırıma neden olabileceği ifade edilmektedir. DEMİR (Geçerli Sebep), s.499

90 Yarg. 9. HD. 20.03.2006 t. E. 2006/3279, K. 2006/7010

91 Yarg. 9. HD. 23.06.2008 t. E. 2007/42733 K. 2008/17109, Yarg. 9. HD.12.05.2008 t. E. 2007/35921, K. 2008/12018, Yarg. 9. HD. 26.05.2008 t. E. 2008/17442, K. 2008/12581,

ya da gerek duyulması durumunda fazla sürelerle veya fazla çalışma yapılması gibi işçinin iş görme borcu kapsamındaki bu konularda günlük işleyişe ilişkin de çeşitli kararlar alabilecek ve bunlara ilişkin talimatlar verebilecektir.

Ancak işverenin yönetim hakkı kapsamındaki, işçiye talimat verme hakkı ve işçinin de doğrudan bu talimata uyma borcu iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve iş sözleşmesinde belirtilmiş çalışma süresi gibi konularda söz konusu olmayacaktır. Bu konulara ilişkin olarak iş sözleşmesinde veya sonradan ayrı bir düzenlemede işçinin ayrıca onayının alınması gerekecektir. Çalışma hayatında oldukça sık karşılaşılan ve 4857 sayılı İş Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da düzenlenen "fazla çalışma" ve "fazla sürelerle çalışma" da iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan iş görme borcu kapsamındaki çalışma süresine ilişkin uygulamalardır.

İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği⁹³ de "Fazla Çalışma Yaptırılacak İşçinin Onayı" başlıklı 9 uncu maddesinde, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin onayının yazılı olarak alınması gerektiği hususunu belirtmiştir. Ve yine Yönetmelik uyarınca, işçi fazla çalışma yapmaya onay vermiş olsa bile, hiçbir ön koşula tabi olmaksızın sadece otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla bu onayını geri alabilecektir.

Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu ile İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmelik hükümleri dikkate alındığında, zorunlu veya olağanüstü fazla çalışmayı gerektirecek bir durumun bulunmadığı hallerde, işverence talep edilmesine rağmen, işçinin fazla çalışma yapmaya onay vermemesi durumunda, işçinin fazla çalışma yapmakla yükümlü olmayacağı ifade edilebilecektir. Ancak yapılan işin niteliğinden veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan sebeplerin ortaya çıkarabileceği fazla çalışma yapılması ihtiyacına ilişkin olarak, işverence işçilere yöneltilecek fazla çalışma yapılması

talebinin işçiler tarafından olumsuz şekilde karşılanması yani, fazla sürelerle çalışmaya ya da fazla çalışmaya işçiler tarafından onay verilmemesi durumunda, sonuçta ticari bir amaç güden işyerinde işlerin aksaması ve işverenin de bir anlamda zarara uğraması söz konusu olabilecektir.

Kanımızca böyle bir durumda, iş sözleşmesinin taraflarının menfaatleri ve işyerinin gerekleri göz önüne alındığında, işverenin işyerinde fazla çalışma yapılmasının gerekli olduğu bir dönemde, fazla çalışmaya onay vermeyen ya da önceden vermiş olduğu onayı geri alan işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği kabul edilebilecektir.

Böyle bir durumda, zorunlu veya olağanüstü fazla çalışma söz konusu ise, işçiye hatırlatılmasına rağmen işçi tarafından ısrarla zorunlu veya olağanüstü fazla çalışma yapılmaması durumunda, işverence 6 iş günlük hak düşürücü süreye uyularak İş Kanunu'nun 25/II-e maddesi uyarınca işçinin iş sözleşmesi haklı sebeple feshedilebilecektir.

Zorunlu ve olağanüstü fazla çalışma yapılması mecburiyetinin ortaya çıkması halleri dışında ise, iş sözleşmesinin yapılması esnasında fazla çalışma yapılmasına yönelik onay almayan bir işverenin, fazla çalışma ihtiyacı doğması durumunda işçiden fazla çalışma onayı alamamasının ya da işçinin daha önceden iş sözleşmesi imzalanırken yada sonrasında verdiği onayı Yönetmeliğe uygun olarak geri almasının, ancak iş sözleşmesinin feshedilmesinde işçi davranışlarından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi olarak kullanılabilmesi kabul edilebilecektir.

Fazla çalışma yapılması ihtiyacının ortaya çıkması durumunda işçinin fazla çalışmaya onay vermemesi veya daha önceden vermiş olduğu onayı otuz gün önceden haber vermek suretiyle geri alması sonucunda, işlerin tamamlanamaması suretiyle işyerinde işin görülmesi önemli ölçüde olumsuz etkilenmiş ise, işverenin düşmüş olduğu zor durum, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından makul ölçüler içinde beklenemeyeceği sonucunu yarattıysa⁹⁴ bu gibi durumlarda, feshin

93 RG.06.04.2004 No: 25425

94 KAR, s.262-263

davranışlardan kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandığı kabul edilecektir.

Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, böyle bir durumun iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebep olarak kabul edilebilmesi için, işveren tarafında yapılan feshin, işverenin eşit davranma borcuna, İK'da sözü edilen fesih prosedürüne ve feshin en son çare olması kuralına da uygun olarak yapılmış olması gerekecektir.

Bu anlamda, fazla çalışma yapma talebine olumsuz cevap veren ya da vermiş olduğu onayı geri alan işçinin iş sözleşmesinin feshinin davranıştan kaynaklanan geçerli bir sebebe dayandığının kabulü için, böyle bir durumda işverenin gerçekten zor durumda kalıp kalmadığının; işverenin sırf işçiyi zor durumda bırakmak için fazla çalışma yapılmasını talep edip etmediğinin, işyerinde ortaya çıkan ihtiyacın giderilebilmesi için ya da işin niteliği gereği fazla çalışma yapılmasının zorunlu olup olmadığının; fazla çalışma yapılması gereken bölümde çalışan tüm işçilerin fazla çalışma yapmaya onay verip vermediklerinin; sözleşmesi feshedilen işçinin onay vermemesi ya da onayını geri alması sebebi ile işverenin fazla çalışma yapmaya onay veren ve onaya uygun olarak çalışma yapan yeni bir işçi alıp almadığının ve bunlara benzer her olayın kendine özgü niteliklerinin göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerekecektir.

Özetle, Yönetmelikte yapılan değişiklikten sonra, işverenlerin büyük bir çoğunluğunun, iş sözleşmesinin yapılması aşamasında işçinin fazla çalışma yapmasına ilişkin olarak matbu iş sözleşmelerine koyacakları maddelerle işçilerin onaylarını alma yoluna gidecekleri kabul edildiğinde, işçilerin en azından 30 gün süre ile bu onay ile bağlı kalacakları ve bu süre zarfında işverence talep edildiğinde ücreti ödenmesi koşulu ile fazla çalışma yapmakla yükümlü olacakları ifade edilebilecektir. İşveren bu onay uyarınca işçiye fazla çalışma yaptırıp ücretini de düzenli bir şekilde ödediğinde, işçinin 30 gün önceden yazılı olarak bu onayı geri alma hakkı olsa da, bu durumun işverenin halihazırda süregelen işyerindeki çalışma sürecini aksatması ve işverenin işletmesel menfa-

atlerinin zarar görmesine sebep olması halinde, mevcut Yargıtay uygulamasına da uygun olarak, bu durumun işverene işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeple iş sözleşmesini fesih hakkı vereceği kabul edilebilecektir.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku, Ankara, 2002.
- AKYİĞİT, Ercan; "Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar", TÜHİS 2005 s.1-27.
- ALP Mustafa; İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.
- ASTARLI, Muhittin; İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008.
- ATAMAN, Ayşegül; Gelişim ve Öğrenme, Gündüz Eğitim ve Yayıncılık, Ankara, 2005.
- AVCI Mustafa; Geçerli Nedenlere Dayalı Fesih Hakkının Kullanılmasında "Makul Süre", Karar İncelemesi, SİCİL Mart 2007 s.90-93.
- BARUTÇUGİL, İsmet; Organizasyonlarda Duyguların Yönetimi, 2. Basım, Kariyer Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- BAŞBUĞ, Aydın; İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008.
- BUDAK, Selçuk; Psikoloji Sözlüğü, 2. Basım, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2003.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen; Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına Tarafın Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi, TİSK tarafından düzenlenen "Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu" Semineri, İstanbul 2011, 78-109.
- ÇANKAYA O. G./GÜNAY C. İ./GÖKTAŞ S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Baskı, Ankara Eylül 2017.
- ÇİL, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2007/3, S.14, s.57-79.

İşverenin Fazla Çalışma Yapılması Yönündeki Talimatına Uymayan ya da Fazla Çalışma Onayını Geri Alan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshine İlişkin Bir Değerlendirme

- DEMİR, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2017.
- DEMİR, Fevzi; Geçerli Sebep Fesih Kavramı Ve Uygulama Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi S:10/2006, s.469-497.
- EKONOMİ, Münir; Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren D., Mart 2003.
- 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.
- EMRE, Cahit; Yönetim Bilimi, Ankara 2003.
- ENGİN, Murat; İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi, İstanbul 2003.
- ERDEMİR, M. Aymelek; İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Ankara Mayıs 2015.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk; Bireysel İş Hukuku, Eskişehir, 2007.
- GÜZEL, Ali; Fabrika'dan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Yayını, Ankara 1997, sh. 83- 126.
- KAR, Bektaş; Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesih Yargısal Denetim, SİCİL 2008, Y:3 S:11 s.34-43.
- KARACAN Hatice; 4857 Sayılı İş Kanuna Göre Fazla Çalışma, Ankara, 2009.
- KESER, Hakan; İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3.Bası, Ankara Mayıs 2016.
- KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal; Baskı Feshi, SİCİL Mart 2007 Y:2, S:5, s.47-50.
- KÖSE, M. Mustafa; "Davranış Bilimleri", <http://www.genbilim.com/content/view/1615/86/> (Erişim Tarihi: 23.08.2016).
- KÖSEOĞLU Ali Cengiz/ KABUL, Sibel 4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma İÜHF C. LXXII, S. 2, 2014 s. 233-268,
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008.
- NARMANLIOĞLU Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, B.3, İzmir 1998.
- ODAMAN, Serkan; Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri, İstanbul Şubat 2013.
- ÖZKALP, Enver; Davranış Bilimleri ve Organizasyonlarda Davranış, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, No:249/169, İ.T.İ. Akademisi Basımevi, Eskişehir, 1982.
- SOYER, Polat: 158 Sayılı ILO Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılması Gerekenler, Galatasaray Üniversitesi/İstanbul Barosu 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları.
- SÜZEK, Sarper; İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1988.
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017.
- ŞAKAR, Müjdat; Gereçeli ve İçtihatlı, İş Kanunu Yorumu, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2009.
- TULUKÇU, Nezihe Binnur; İş Mahkemeleri Kanunu ve Arbuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi - İşe İade, Ankara Kasım 2017.
- TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T.: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1999.
- YAMAKOĞLU, Efe; Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, İstanbul 2011.
- YÜKSEL, Metin; Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002.
- ZENCİRKIRAN, Mehmet; Örgüt Sosyolojisi, Bursa 2012.
- Legalbank Karar Bankası.

Makale Gönderim Tarihi: 18 Haziran 2018

Makale Kabul Tarihi: 20 Haziran 2018

İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme

Öz

Türk alışma hayatına ilişkin düzenlemelerin küreselleşme ve gelişen teknoloji karşısında yetersiz kalması mevzuatta köklü değişikliklerin yapılmasını zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda, öncelikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmiş, istinaf yargı yolu siteme dahil edilmiştir. Akabinde yargılamanın yükünü hafifletmek amacıyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yasalaşmıştır. Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulamalarının en çok işçi-işveren ilişkisinden kaynaklı uyuşmazlıklarda başarı sağlamış olması 1950 yılından bu yana uygulanmakta olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun yeterliliğini sorgulatmıştır.

Tüm bu gelişmeler akabinde "Torba Yasa" niteliğindeki 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yasanın "Dava şartı Olarak Arabuluculuk" başlıklı 3. madde-

sinde iş yargılamasında zorunlu arabuluculuk müessesesi ana hatlarıyla düzenlenmiştir. İş hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesesi 01.01.2018 tarihi itibariyle iş yargılamasında uygulanmaya başlamıştır. Sistemin uygulanması ile birlikte Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin değiştirilmesi ve sistemde ortaya çıkan sorunlara çözümler içerir şekilde yeniden ele alınması gerekliliği doğmuş ve 02.06.2018 tarihinde 7036 sayılı Yasa ile uyumlu olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir.

Çalışmamızda iş hukukunda öngörülen zorunlu arabuluculuk müessesesinin bugünü ve geleceği üzerine bazı tespit ve önerilerimizin sunulması söz konusu olup, amacımız uygulamada ortaya çıkan sorunlar bakımından farklı bir bakış açısının ortaya konmasının sağlanmasıdır.

Anahtar Sözcükler:

İş Mahkemeleri Kanunu, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, İşçilik Alacakları ve Tazminatları, İş Yargılaması, Dava şartı.

A General Evaluation On Present And Future Position Of Compulsory Mediation Arranged In Labour Law

Abstract

With globalization and technological development, Turkish law and regulations have been inadequate in practice and to make necessary changes in Turkish law and regulations especially in labour legislation has been needed. In this context, first, Civil Procedure Law numbered 6100 entered into

force and first-degree appeals jurisdiction system has been accepted. Instantly with the aim to reduce the burden of the proceedings, Law on Mediation on Civil Disputes numbered 6325 was enacted and mediation on civil disputes has been included in our legal system as an alternative dispute resolu-

* T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakltesi alışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-serkan.odaman@deu.edu.tr

** T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakltesi alışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-eda.karacop@deu.edu.tr

tion. Data that shows the successful results on the solutions of the disputes arising from the employee-employer relationship in mediation practices has questioned the adequacy of the Labour Courts Law numbered 5521 which has been implemented since 1950.

After all these developments Labour Courts Law numbered 7036 which is an omnibus bill entered into force by the publication on Official Gazette. In the third article of the Law entitled "Mediation as a Clause of Litigation", the compulsory mediation in the labour proceedings has been arranged. The compulsory mediation in labour procedure law has

started to be implemented on 01.01.2018. With the implementation of the system, it has become necessary to revise the Regulation on Mediation on Civil Disputes Law. In addition, regulation needed to be rearranged to include solutions to the problems that arise in the system. The Regulation on Mediation on Civil Disputes Law that fits Law numbered 7036 entered into force on 02.06.2018.

In our study, it will be presented some findings and recommendations on the present and future of the compulsory mediation envisaged in the labour law and our aim is to provide a different perspective on the problems that arise in practice.

Keywords:

Labour Procedure Law, Compulsory Mediation in Labour Law, Labour Claims and Compensations, Labour Jurisdiction, Clause of Litigation.

I. Giriş

Türk çalışma hayatına ilişkin düzenlemelerin küreselleşme ve değişen teknoloji karşısında yetersiz kalması mevzuatta köklü değişikliklerin yapılmasını zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda iş ve sosyal güvenlik mevzuatı hem torba yasalarla müdahaleye uğramış hem de iş yargılaması tamamen değiştirilmiştir. Mahkemelere taşınan iş uyuşmazlıkları sayısının hızla artması ve bu artışın yargılamada gecikmelere neden olması 30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu¹ çerçevesinde özel yetkili mahkemeler olan İş Mahkemeleri aracılığıyla yürütülmekte olan iş yargılanmasının yeterliliğini sorgulamıştır. Yine sanayileşmedeki artış ve teknolojik gelişimin yanında küreselleşme, uluslararası rekabetin artması, işsizlik, kayıt dışı istihdamdaki artış gibi faktörler iş uyuşmazlıklarını artırmakla beraber, 1950 yılından bu yana yürürlükte olan İş Mahkemeleri Kanununun yürürlükten kaldırılarak yerine yeni bir sistemin öngörülmesini zorunlu kılmıştır².

İş Mahkemeleri Kanununun yürürlükten kaldı-

rılmasında yargı sistemimizdeki reformun etkisi büyüktür. Medeni usul hukukuyla başlayan değişimde önce 01.10.2011 tarihinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ yürürlüğe girmiş ve istinaf yargılama yolu yargı sistemine dahil edilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesi ve istinaf kanun yoluna ilişkin düzenlemelerin yapılmasıyla başlayan yargılama sistemindeki değişimi daha sonra hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk müessesesinin yargı sistemimize dahil edilmesi takip etmiştir. Bu çerçevede 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir⁴. Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk ile birlikte tarafsızlık, iradilik ve gizlilik prensiplerinin ön plana çıktığı arabuluculuk müzakereleriyle uyuşmazlıklar çözümlenmeye başlanmıştır ve sistem bugün başarılı şekilde işleyişini sürdürmektedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği hukuk uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak işleyen sistemde Yasanın yürürlüğe girdiği dönemlerde anlaşma ile sonuçlanan arabuluculuk görüşmelerinin çoğunlukla işçi-işveren uyuşmazlıklarından

1 RG., 04.02.1950, 7424.

2 Eda MANAV: İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum, 2015/4, s. 185.

3 RG., 04.02.2011, 27836.

4 RG., 22.06.2012, 28331.

kaynaklandığı tespit olunmuştur⁵. İhtiyari arabuluculuğun iş uyuşmazlıkları üzerindeki olumlu sonuçları ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun birçok hükmünün 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri ile uyumsuzluk göstermesi akabinde Adalet Bakanlığınca İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı hazırlanmış ve görüş alınmak üzere ilgili kurum ve kuruluşlara 23.03.2016 tarihinde gönderilmiştir⁶. Daha sonra bu taslak gündemden kaldırılmış ve yine bazı iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğu öngören ve ilgili birçok Kanunda değişiklik yapan "Torba Yasa" niteliğindeki İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı hazırlanmış ve Tasarı Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından 20 Haziran 2017 tarihinde kabul edilmiştir. Böylelikle başta yargılama hukukunun genelinde başlayan ve arabuluculuk müessesesi ile güçlendirilen sistem iş yargılaması hukukunu da doğrudan etkilemiştir.

Yapılan değerlendirmeler sonucunda "Torba Yasa" niteliğindeki 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 25.10.2017 tarihli ve 30221 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir⁷. Yasanın "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" başlıklı 3. maddesinde iş yargılamasında zorunlu arabuluculuk müessesesi ana hatlarıyla düzenlenmiştir. Yine Yasanın yürürlüğe ilişkin 38. maddesi uyarınca, zorunlu arabuluculuğun yürürlüğe girişi 01.01.2018 tarihi itibarıyla olmuştur. İş hukukunda zorunlu arabuluculuk beş aydan fazla süredir Kanunda öngörülen işçi işveren uyuşmazlıklarında dava şartı olarak uygulanmaktadır. Zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin ihtiyari arabuluculuktan farklı unsurları da içerisinde barındırması karşısında yürürlükte bulunan 26.01.2013 tarihli Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁸ 02.06.2018 tarihli Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle ilga olmuştur⁹.

İş hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesesinin bugünü ve geleceğine ilişkin değerlendirme ya-

pabilmek için mevzuatın uygulamada ortaya çıkarmış olduğu sorunlar ve eksikliklerin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede sistem içerisinde aktif olarak yer alan arabulucuların tarafımıza ilettiği oldukları bilgiler ve olması gereken hukuk çerçevesinde objektif ve tarafsız olarak sunmuş olduğumuz görüşlerimiz çalışmamızda yer alacaktır. Bu itibarla, çalışmamızda ileri sürmüş olduğumuz görüşlerden farklı görüşlere saygılı olduğumuzu belirtmekte yarar görmekteyiz.

Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle arabuluculuk ve iş hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesesinin temel esasları üzerinde durulacak, daha sonra istatistiksel veriler çerçevesinde uygulamanın etkisi değerlendirilecek, akabinde beş aydan fazla süredir yürürlükte olan iş hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesesinin uygulamada ortaya çıkardığı sorunlar ve sorunlara yönelik çözüm önerilerimiz 02.06.2018 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği de dikkate alınarak ortaya konacaktır.

Çalışmamızda izlenecek yöntem konusunda iki hususun belirtilmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi, metnin gereğinden fazla uzun olmaması için yürürlükteki mevzuatın biliniyor varsayılması ve bu konuda uzun açıklamalardan kaçınılmasıdır. İkincisi ise genel olarak başarılı bulduğumuz mevzuatın olumlu hükümlerine yer verilmeyerek eleştirel bir bakışla uygulamada aksaklığa neden olan yanlarının ele alınarak önerilerimizin sunulacak olmasıdır.

II. Arabuluculuk ve İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Düzenlemesi

1. Hukuk Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2. maddesinde arabuluculuğun tanımı yapılmaktadır. Tanım uyarınca arabuluculuk sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya

5 Tasarı genel gerekçesi için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/tasarilar/20160323-isMahkemeleriKanunuTasarisi-DuzmetinGerekce.pdf>, 08.06.2018.

6 <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/>.

7 RG., 25.10.2017, 30221.

8 RG., 26.01.2013, 28540.

9 RG., 02.06.2018, 30439.

getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir¹⁰. Arabulucu ise uyuşmazlığın çözümünde tarafsız olarak taraflara yardımcı olan kişidir¹¹.

Arabuluculuğun temel ilkelerini eşitlik, iradilik, tarafsızlık ve gizlilik oluşturmaktadır. İhtiyari arabuluculuğa taraflar dava açılmadan önce veyahut dava açılmasından sonra başvurabilmektedirler. Tarafların dava açılmadan önce arabulucuya başvurmaları hâlinde, ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren arabuluculuk süreci işlemeye başlar. Davanın açılmasından sonra arabulucuya başvurulması hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa

geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukta bir diğer önemli husus her türlü davanın arabuluculuğa konu olamamasıdır. Zira 6325 sayılı Yasanın "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinde Kanunun yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı belirtilmektedir. Yine aynı maddede, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı altı çizilmektedir.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus da, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulamasında arabulucu kararının niteliğidir. Zira hukuk uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yöntemi olarak belirlenen arabuluculukta arabulucu tarafları öneri sunmak dışında yönlendiremez, taraflara yönlendirici nitelikli süreç dışında kalan hukuki bilgi veremez, hakim ya da hakem gibi karar veremez, hareket edemez. Arabulucu çoğunlukla tarafların birbirlerini daha iyi anlamalarını sağlayacak açık uçlu sorular yönelterek uyuşmazlığı çözmeye çalışacaktır¹². Ancak Yasanın 15. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir. Çözüm önerisi ile kast edilen hukuki bilgi paylaşımı değildir. Tarafların iradelerine uygun görüşmelerde sunulmuş olan bir çözüm önerisi arabulucu tarafından hatırlatılabileceği gibi, taraf iradelerine uygun gündeme gelmemiş yeni bir öneri de arabulucu tarafından sunulabilir. Yasanın 18. maddesinde arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamının taraflarca belirleneceği; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belgenin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacağı düzenlenmektedir. O halde arabuluculuk sonunda imzalanan anlaşma taraf iradelerine uygun

10 Arabuluculuk doktrinde "alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinden biri olarak üçüncü kişinin katılımı ile yürütülen, "mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü" olarak tanımlanmaktadır, Mustafa Serdar ÖZBEK: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBB, S. 68, 2007, s. 265; Çağatay AKÇA: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk ve Uzlaştırma, Hukuk Gündemi, Makaleler, 2009, s.27. Hakan PEKCANİTEZ: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5, s.12-16.

11 "Kanun ve doktrin dikkate alındığında arabuluculuk ile ilgili belirtilen belirlemelerin yapılması mümkündür:

- Arabuluculuk müessesesinden bahsedebilmek için öncelikle taraflar arasında bir uyuşmazlığın olması gerekmektedir.
- Söz konusu uyuşmazlığın giderilebilmesi için, tarafsız ve genellikle gönüllü bir üçüncü kişinin müdahalesi gerekmektedir.
- Bu üçüncü kişi, tarafları müzakere masasında bir araya getirerek uyuşmazlığın dostane bir çözüme ulaşılmasında aracılık etmelidir.
- Sonuca bağlanan çözüm önerisi kural olarak bağlayıcı olmamaktadır.", Salim Yunus LOKMANOĞLU: İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı, TAAD, Y: 9, S. 33, Ocak 2018, s. 868.

12 Serkan ODAMAN/Eda KARAÇÖP: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, Sicil İşveren Dergisi, S.35, 2016, s. 57.

oluşturulmuş bir hukuki metin niteliği taşımaktadır. Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümlüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de tarafların onaylaması koşuluyla müzakerelerde hazır bulundurulabilir.

Yasanın 18. maddesinde taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacağı hüküm altına alınmaktadır.

Taraflardan birinin veyahut her ikisinin avukatı olmaksızın arabuluculuk faaliyetinin yürütölmesi durumunda ise taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görölmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görölldüğü mahkemeden talep edilecektir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır¹³.

Bu düzenleme karşısında arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşan anlaşmanın temelde bir anlaşma niteliğinde olduğunu, tarafların bu anlaşmaya aykırılık durumunda anlaşmada yaptırım öngörme imkanlarının söz konusu olduğunu söylemek mümkündür. Anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh ile ilam niteliğinde belge sayılacağı da bu ifadenin temelini oluşurmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya

varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı 18. maddenin son fıkrasında düzenlenmektedir.

2. İş Yargılamasında Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin İhtiyari Arabuluculuktan Farklılıkları

7036 sayılı Yasa ile gündeme gelen ve 01.01.2018 tarihi itibariyle de yürürlüğe giren iş hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesesi genel itibariyle hukuk uyuşmazlıklarında söz konusu olan ihtiyari arabuluculuktan farklı bir takım özellikleri barındırmaktadır.

a. Nitelik ve Kapsam Bakımından Farklılıkları

aa. İşçi işveren uyuşmazlığından kaynaklanan bazı taleplerde arabulucuya başvurulması dava şartıdır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3. maddesi iş hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesesine ilişkin düzenlemeye yer vermektedir¹⁴. Düzenleme uyarınca, Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Kanun bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatları ile işe iade taleplerinde arabuluculuk müessesine başvuruyu zorunlu kılmaktadır. Ancak gerek arabuluculuğun ihtiyari niteliği gerekse belirtilen talepler bakımından arabuluculuğa başvurunun sadece zorunlu olması buna karşın mutlaka anlaşma zorunluluğunun aranmaması nedeniyle Yasa koyucunun zorunlu ifadesi yerine dava şartı ifadesini kullanmış olduğu dikkati çekmektedir¹⁵.

14 Zorunlu arabuluculuğa getirilen eleştiriler için bkz. Kürşat KARACABEY: Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, TBB Dergisi, 2016 /1, s. 457- 490;

Ali GÜZEL: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!, Çalışma ve Toplum, 2016/3, s. 1131-1146.

15 Arabuluculuk Kanunu'nun bazı maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru sonucunda, Anayasa Mahkemesi, 25 Ocak 2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 10 Temmuz 2013 tarihli ve 2012/94

13 Yargıtay'ın aksi yöndeki kararı Yarg. 9. H.D., 08.12.2016, 2016/25300 E., 2016/21744 K. ve kararın haklı eleştirisi için bkz. Serkan ODAMAN: Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. şeref Ertaş'a Armağan, DEÜ-HFD, C. 19, Özel Sayı, 2017, III. Cilt, s. 1753-1766.

Belirtilen talepler bakımından arabuluculuğa başvurunun dava şartı olması demek arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği anlamını taşımaktadır¹⁶.

bb. İş hukukundan kaynaklanan her talep zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir.

Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesine ilişkin hükümlerinden kaynaklı alacak ve tazminat taleplerinde, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, İş Kanunu veyahut Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunundan kaynaklanan işçi ve işveren alacakları ve tazminatları ile işe iade talebiyle açılan davalarda tarafların arabulucuya başvurması Kanunen zorunludur. Yasa iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları bakımından ise arabuluculuk müessesesine başvuruyu dava şartı olarak aramamaktadır¹⁷. Toplu menfaat uyuşmazlıklarında ise 6356 sayılı Yasa ile düzenlenen resmi arabuluculuk kurumu varlığını sürdürmektedir¹⁸.

Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin davalarda ise zorunlu arabuluculuk müessesesi söz konusu olmayacaktır. Zira yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil

olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacaktır. Oysa Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar değildir. Bu nedenle de bu tür uyuşmazlıklar ilgili hüküm kapsamında içerisinde değerlendirilemeyecektir¹⁹.

b. Süreç Bakımından Farklılıkları

aa. Zorunlu arabuluculukta başvuru mercii belirlenmiştir.

İhtiyari arabuluculuktan farklı olarak zorunlu arabuluculukta başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve onuncu fıkrada belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili büro, altıncı fıkra uyarınca arabulucu görevlendirir.

bb. Sicile kayıtlı uzman arabulucular arabulucu portal üzerinden kendilerini aktif hale getirmeleri koşuluyla zorunlu arabulucu olarak görev yapabilirler.

İlgili hükümde zorunlu arabuluculuk yapabi-

E. ve 2013/89 K. sayılı kararında; alternatif uyuşmazlık yöntemlerine başvuru zorunluluğunun, bu yöntemlerin kullanılması durumunda mahkemeye başvuru imkanının ortadan kalkmaması karşısında hak arama özgürlüğüne aykırı nitelik taşımadığını vurgulamıştır. RG., 25.01.2014, 28893, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-16.htm>, 08.06.2018; Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinin Hak Arama Özgürlüğü ile İlişkisi için bkz. Süha TANRIVER: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, S. 64, 2006, s.153-155. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>, 07.06.2018.

16 Dava şartı eksikliği için bkz. Baki Kuru: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, s. 129.

17 Olgu ÖZDEMİR: Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı, İstanbul 2016, s. 612.

18 Talat CANBOLAT: 6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Çalışma ve Toplum 2013/4, S. 39, s.250-280; İbrahim SUBAŞI: Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s. 757.

19 ODAMAN/ KARAÇÖP, s. 60.

lecekler bakımından da özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderir. Bu noktada arabulucular siciline kayıtlı arabulucuların iş hukukunda zorunlu arabulucu olarak görev yapmalarının uygulamada ancak Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan Arabulucu Portal üzerinden kendilerini aktif hale getirmeleri ile mümkün olacağı belirtilmelidir. Yine hükümde uzmanlık alanına göre listelerin oluşturulacağı belirtilmiş olması karşısında iş hukukunda zorunlu arabulucu olarak görev yapabilmeyen iş hukukunda uzmanlık eğitiminin tamamlanmış olmasıyla mümkün olabileceği söylenmelidir. Ancak mevcut durumda henüz uzmanlık eğitimleri birçok arabulucu tarafından tamamlanmadığından bu şart bir süreliğine askıya alınmış görünmektedir.

cc. Tarafların arabulucu görüşmeleri sonucunda anlaşamamaları durumunda arabuluculuk bürosu tarafından listeden bir arabulucu görevlendirilir.

Hükümde arabulucunun belirlenmesi noktasında taraf iradelerinin dikkate alınmış olduğu vurgulanmalıdır. Zira düzenleme arabulucunun, listeden taraflarca belirlenebileceğini ifade etmektedir. Ancak başvurunun zorunlu olması karşısında ihtiyari arabuluculuktan farklı olarak tarafların bir arabulucu üzerinde anlaşamama ihtimalleri de dikkate alınmış ve bu durumda arabulucunun, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından belirleneceği düzenlenmiştir.

dd. Zorunlu arabuluculukta arabulucunun görev süresi de belirlenmiştir.

Yine Yasada arabuluculuk sürecinin arabulucu tarafından görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içerisinde sonlandırılması öngörülmektedir. Bu

süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilecektir²⁰. Üç haftalık süreç asıl olmakla beraber ancak zorunlu hallerin varlığında bu sürenin bir hafta daha uzatılabilmesi söz konusudur. Zorunlu hallerin süre uzatılmasını gerektirip gerektirmediğini belirleme yetkisi ise arabulucuya verilmektedir²¹. Kanaatimizce uzatmanın söz konusu olduğu durumlarda uzatma gerekçesinin de tutanak altına alınması ve imzalanması ileride gündeme gelebilecek itirazların önüne geçebilmek bakımından önemlidir.

ee. Arabulucu son tutanağın bir örneğini derhal arabuluculuk bürosuna bildirmekle yükümlüdür.

Yasada arabuluculuk müzakereleri tamamlandığında arabulucu tarafından son tutanağın düzenleneceği ve arabulucunun görüşmelerin tamamlandığını arabuluculuk bürosuna derhal bildirip, son tutanağın bir örneğini göndereceği hükmüne de yer verilmektedir. Uygulamada arabulucunun Arabulucu Portal üzerinden görevlendirildiği dosyayı sonucuna göre seçim yapmak suretiyle kapatması büyük önem arz etmektedir. Zira görüşmenin anlaşmazlıkla sonuçlandığı durumlarda dava ancak dosyanın arabulucu tarafından kapatılması ile açılabilir. Bu zorunluluk özellikle dava açma bakımından hak düşürücü sürenin söz konusu olduğu 4857 sayılı Yasanın 21. maddesinde yer verilen işe iade taleplerinin arabuluculuk nezdinde yapılan görüşmeler sonucunda anlaşma olmaksızın sonuçlanmasında arabulucunun görevi özenle yapması yükümlülüğü ile kendini göstermektedir.

ff. İşverenin yazılı belge ile yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanu-

20 Doktrinde sürenin taraflara çıkarılan tebligat sürecinde yaşanabilecek olası sıkıntılar, tarafların birden çok görüşme yapmak istemesi ihtimali, iş davalarına konu olan alacak kalemlerinin fazla sayıda olması dikkate alındığında az olduğu ve zorunlu hallerde en fazla 3 ay olarak belirlenmesinin uyuşmazlıkların çözümü bakımından daha yararlı olacağı görüşü bulunmaktadır, LOKMANOĞLU, s. 879-880.

21 Özgür OĞUZ: Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Mart 2016, s. 80.

nunda düzenlenen arabuluculuk görüşmelerine tarafların bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilmelerine ilişkin düzenleme iş hukukunda zorunlu arabuluculuk için de söz konusudur. Ancak ihtiyari arabuluculuktan farklı olarak zorunlu arabuluculukta işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir. Bu noktada iki hususa dikkat etmek gerekmektedir. Birincisi işverenin ancak sigortalı çalışanını görüşmelerde kendisini temsil etmek ve son tutanağı imzalamak üzere görevlendirebileceğidir. Bu bağlamda örneğin serbest çalışan işverene de makbuz karşılığı hizmet veren mali müşavirin belirtilen düzenleme uyarınca arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil etmesi mümkün değildir. İkincisi ise işveren imzasını taşıyan yazılı belgenin bu temsil yetkisinin kullanılması bakımından yeterli olduğudur. Yasa yazılı belgenin şekli bakımından bir resmi koşul öngören geçerlilik şartı belirlememiştir.

gg. İşe iade talebinin söz konusu olduğu durumlarda zorunlu arabuluculukta özel bir takım düzenlemelere yer verilmiştir.

4857 sayılı Yasanın 20. maddesinin ilk fıkrasında 7036 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik uyarınca, iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorunda olduğu hüküm altına alınmaktadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşarlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir.

Yine İş Kanununun 21. maddesine 7036 sayılı Yasa ile eklenen yedinci fıkrasında arabuluculuk

faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde; a) İşe başlatma tarihini, b) Üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını, belirlemelerinin zorunlu olduğu, aksi takdirde anlaşmanın sağlanamamış sayılacağı ve son tutanağın buna göre düzenleneceği ifade edilmektedir.

İşe iade talebiyle ilgili zorunlu arabuluculukta öngörülen bir başka özel durum ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığında ortaya çıkmaktadır. 7036 sayılı Yasanın 3. maddesinin on beşinci fıkrası uyarınca asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcutsa ve işe iade talebiyle arabulucuya başvurulmuşsa, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Bu noktada asıl işveren-alt işveren ilişkisinde dava şartı olarak arabuluculukta öngörülen zorunlu dava arkadaşılığının sadece işe iade talebinin var olduğu durumlar için söz konusu olduğu vurgulanmalıdır. Asıl işveren- alt işveren ilişkisinden kaynaklı diğer taleplerde zorunlu dava arkadaşılığı söz konusu olmayıp İş Kanununda ve Türk Borçlar Kanununda yer alan diğer üçlü iş ilişkileri için de böyle bir şart Yasada öngörülmemektedir. Bu durum da uygulamalarda özellikle müteselsil sorumluluk çerçevesindeki talepler bakımından sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

hh. Zorunlu arabuluculukta idarenin temsili noktasında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda yapılan değişiklikler uygulama alanı bulacaktır.

7036 sayılı Yasa ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesine e bendi eklenmiştir. Bentte, Kanunda yer verilen idarenin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idare ve kurumlar ile 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahalli idareler ve bu idareler tarafından kurulan işletmeleri, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı

ortaklıkları, müessese ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları ifade ettiği belirtilmektedir. Yine 15. maddeye eklenen iki fıkra ile arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyonun temsil edeceği, Komisyonun, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenleyip beş yıl boyunca raporu saklayacağı düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder.

İdarenin temsili bakımından getirilmiş olan işbu düzenleme idarenin 7036 sayılı Yasanın 3. maddesinde öngörülen alacak ve tazminat talepleri ile işe iade taleplerinde işveren konumunda veyahut asıl işveren konumunda bulunması durumunda zorunlu arabuluculuk müessesesi kapsamında ne şekilde temsil edileceğini de hüküm altına almaktadır.

c. Arabuluculuk Ücreti ve Masraflar Bakımından Farklılıkları

aa. Zorunlu arabuluculukta arabuluculuk ücretine ilişkin de farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir.

7036 sayılı Yasanın 3. maddesinin on üç ve on dördüncü fıkraları arabuluculuk ücretinin ne şekilde belirleneceğini düzenlenmektedir. Fıkralarda arabuluculuk ücreti bakımından tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaları veyahut anlaşamamaları ya da görüşmeye katılmamaları durumlarına göre farklı bir düzenlemenin yapıldığı ve ücret sorumluluğu bakımından özel bazı kuralların belirlendiği görülmektedir. Düzenleme uyarınca, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından

az olamaz. İşe iade talebiyle yapılan görüşmelerde tarafların anlaşmaları durumunda, arabulucuya ödenecek ücretin belirlenmesinde işçiye işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, Tarifenin İkinci Kısım uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır²². Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır.

Hazine tarafından ve taraflarca ödenen arabuluculuk ücretinin yargılama gideri olarak kabul edilerek ve yargılama sonucunda yargılamayı kaybeden taraftan bu ücretin tahsil edilecek olması temelde tarafların arabuluculuk aşamasında anlaşmaya varmalarının teşvik edilmesi amacını taşımaktadır.

bb. Zorunlu arabuluculukta geçerli mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan taraf için bir yaptırım öngörülmektedir.

İş yargılamasında öngörülen zorunlu arabuluculuk düzenlemesinde dikkat çeken en önemli hususu 7036 sayılı Yasanın 3. maddesinin on ikinci fıkrası oluşturmaktadır. Düzenleme uyarınca, taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın

²² Mustafa Serdar ÖZBEK: Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, <http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/arabuluculuk-asgari-ucet-tarifesinin-tahlili>, 08.06.2018.

Tablo 1. İhtiyari Arabuluculuk Uygulama İstatistikleri (02.01.2018-27.05.2018)

İhtiyari Arabuluculuk Uygulama İstatistikleri (02.01-27.05.2018)		
BAŞVURU SAYISI	15655	
ANLAŞMA	15234	97%
ANLAŞMAMA	421	3%

Konu Bazında İhtiyari Arabuluculuk İstatistikleri			
UYUŞMAZLIK KONUSU	ANLAŞMA	ANLAŞMAMA	TOPLAM
İŞÇİ-İŞVEREN UYUŞMAZLIKLARI	14140	312	14452
SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLI ALACAKLAR	309	25	334
TÜKETİCİ HUKUKU	221	19	240
ALACAK	199	23	222
MADDİ-MANEVİ TAZMİNAT	107	22	129
SİGORTA HUKUKU	64	0	64
TAŞINMAZ MÜLKİYETİ	44	1	45
ESER SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLI	32	2	34
ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ	31	1	32
KİRA - TAHLİVE	21	7	28
AİLE HUKUKUNDAN KAYNAKLI MADDİ-MANEVİ TAZMİNAT	19	5	24
İDARE İLE KİŞİ ARASINDAKİ ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARI	18	3	21
NAFAKA	18	0	18
MİRAS	6	1	7
MAL REJİMİ	4	0	4
FİKRİ VE SİNAIL MÜLKİYET HAKLARI	1	0	1
TOPLAM	15234	421	15655

Kaynak: Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/index.html>, 09.06.2018.

da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

İlk tasarı taslağında da mevcut olan bu düzenlemenin sırf Kanunun zorunluluk olarak öngörmesi sebebiyle göstermelik arabuluculuk faaliyetlerinin yapılmasını önlemek amacıyla getirildiği doktrinde ifade edilmektedir²³.

cc. Zorunlu arabuluculuk uygulamasında arabuluculuk bürosu tarafından yapılan masraflara ilişkin bir düzenlemeye de Kanunda yer verilmektedir.

7036 sayılı Yasanın 3. maddesinin on altıncı fıkrası uyarınca, arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zaruri giderler; arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenmek, anlaşmaya varılmaması hâlinde ise ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır.

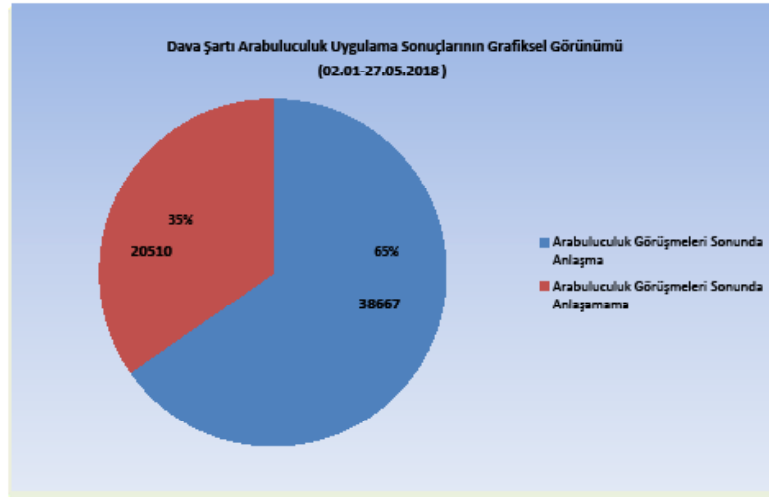
III. Arabuluculuk Uygulama İstatistiklerinin Değerlendirilmesi

İş hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesesinin 01.01.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girdiğini

23 OĞUZ, s. 82.

Tablo 2. Dava Şartı Arabuluculuk Uygulama İstatistikleri (02.01.2018-27.05.2018)

Dava Şartı Arabuluculuk Uygulama İstatistikleri		
[02.01-27.05.2018]		
Arabulucu Görevlendirilmesi Yapılan Dosya Sayısı	127.845	
Arabuluculuk Görüşmeleri Sonunda Anlaşma	38667	65%
Arabuluculuk Görüşmeleri Sonunda Anlaşamama	20510	35%



Kaynak: Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler/index.html>, 09.06.2018.

ve arabuluculuğun iş hukukunda bazı alacak ve talepler bakımından dava şartı olarak zorunlu olarak uygulandığını yukarıda belirtmiştik. Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan 02.01.2018 ile 27.05.2018 tarihleri arasındaki verilere dayanan istatistikler incelendiğinde, ihtiyari arabuluculuk uygulamasının iş hukukunda arabuluculuğun dava şartı olarak öngörülmesine rağmen işçi işveren uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak halen tercih edildiği görülmektedir. Zira 15655 başvurunun 14452'sini işçi işveren uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Yine ilk tablodaki veriler işçi işveren uyuşmazlıklarındaki ihtiyari arabuluculuk uygulamalarının %97'ye yakınının anlaşma ile sonuçlandığını ortaya koymaktadır. Bu veriler tarafların özel-

likle iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda karar sürecinde bizzat yer almak istediklerinin, hızlı çözüme olan ihtiyaçlarının çok büyük olduğunun ve tarafsız bir kişi nezdinde gizlilik prensibi çerçevesinde anlaşmayı önemsediklerinin de bir göstergesi niteliğindedir²⁴.

İş hukukunda dava şartı olarak arabuluculuk uygulamalarına ilişkin istatistiksel veriler değerlendirildiğinde %65 anlaşma oranıyla 2018 Ocak ayı itibarıyla iş mahkemelerinin amaçlandığı gibi yükünün azaltılmış olduğu sonucuna varmak mümkündür. Verilerde dikkat çeken bir diğer husus da

²⁴ Serkan ODAMAN: Arabuluculuk Neden Tercih Edilmelidir?, KESİAD Dergisi, S.13, Mayıs 2018, s. 44, <http://www.kesiad.org/13sayi.pdf>, 07.06.2018.

görevlendirilen dosya sayısı karşısında anlaşma oranının düşük kalmış olmasıdır. Bu noktada konusuz kalma ve başvurudan vazgeçme durumlarının da uygulamada sıklıkla karşılaşılan haller olduğu söylenebilecektir. İstatistiksel veriler iş hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesesinin geleceğine ilişkin de bir takım çıkarımlar yapma imkanı tanımaktadır. Zira Yasanın uygulanmaya başladığı beş aylık süreçte ilgili düzenlemenin amacına ulaşma yönünde önemli bir gelişim sergilediği görülmektedir. Zorunlu arabuluculuk aşamasında anlaşmanın sağlanması ile yargıya düşen yükün hafiflemesi ve yargı sürecinin hızlanması söz konusu olmuştur. Kanaatimiz veriler karşısında sistemin uzun süreçte istenen amacı yerine getireceği yönündedir. Ancak dava şartı olarak arabuluculuk müessesesinin gelecekte daha da verimli işleyebilmesi için bugün mevcut olan sorunların tespit edilmesi ve tespit edilen sorunların Türk Hukuk sistemi içerisindeki kurallara uyumlu şekilde çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

IV. Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ve Yönetmelik Çerçevesinde Sunulan Çözüm Önerileri

Beş aydan fazla süredir uygulanmakta olan zorunlu arabuluculukta yeni bir uygulama olması dolayısıyla bazı aksaklıklar ve belirsizliklerin gündeme gelmesi söz konusu olmuştur. Bu süreçte özellikle 7036 sayılı Yasanın 3. maddesinin uygulanması bakımından yürürlükte bulunan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliği'nin Yasadan önce yayınlanmış olması dolayısıyla Yasayla uyumsuzluğu ve ortaya çıkan sorunların çözümü bakımından yetersiz kalması birçok sorunun uygulamacıların görüş birliği oluşturmasıyla çözüme kavuşturulmasını zorunlu kılmıştır. 02.06.2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren ve uygulama bakımından yetersiz olan Yönetmeliği yürürlükten kaldıran Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği uygulamada yaşanan sorunların tespiti akabinde yürürlüğe girdiğinden birçok uygulama problemlerine çözüm niteliğinde

düzenlemeyi de beraberinde getirmektedir.

1. Tarafların Zorunlu Arabuluculuk Sürecinde Temsili

Zorunlu arabuluculuk uygulamasında dikkati çeken sorunların başında tarafların süreçteki temsili gelmektedir. Zira Yasada arabuluculuk görüşmelerine tarafların bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilmelerine ilişkin düzenlemeye yer verilmiş ve akabinde zorunlu arabuluculukta işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın da görüşmelerde işvereni temsil edebileceği ve son tutanağı imzalayabileceği düzenlenmiştir. Bu noktada tarafların avukat aracılığıyla temsilinde uygulamada vekaletnamede bu hususa ilişkin özel yetkinin bulunmasının gerekip gerekmediği hususu tartışma yaratmaktadır. Zira işverenin zorunlu arabuluculuk görüşmelerine sigortalı çalışanın yazılı belgeyle kendisini temsil ve son tutanağı imzalama noktasında yetkilendirme imkanının bulunması avukat tarafından temsilde de bu hükmün uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu beraberinde getirmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun davaya vekaletle ilişkin ve yine Türk Borçlar Kanununun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin varlığı ve doğrudan uygulanabilirliği karşısında avukatların iş hukukunda zorunlu arabuluculukta tarafı temsil edebilmesi için mutlaka noterde tanzim edilmiş vekaletnamelerinde özel yetkinin bulunması gerektiği kanaatindeyiz²⁵. Bunun tek istisnasını ise avuka-

25 6100 sayılı HMK'nın "Davaya Vekaletle Özel Yetki Verilmesinin Gerektiren Haller" başlıklı 74. maddesinde açıkça yetki verilmediği durumlarda vekilin işlem yapamayacağı haller sayılmaktadır. İlgili düzenleme uyarınca, açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez. Sayılan konularda

tın iş sözleşmesine dayalı işverenin sigortalı çalışanı konumunda olması oluşturmaktadır. Böyle bir durumun varlığında işveren sigortalı çalışanı konumundaki avukatına vekâletnamesinde özel yetkinin var olup olmadığı aranmaksızın yazılı bir belge vermek suretiyle kendisini zorunlu arabuluculuk görüşmelerinde temsil etme ve son tutanağı imzalama yetkisini verebilecektir.

2. Arabulucunun Taraflarla İletişiminin Usulü

7036 sayılı Yasada zorunlu arabuluculuk için başvuran tarafın, kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna vereceği, büronun da, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya yetkili olduğu düzenlenmektedir. Bu noktada, ilgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür. 3. maddede yer alan düzenleme uyarınca, taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar. Uygulamada arabuluculuğa davetin yapılma şekli ve süresi bakımından da farklılıkların söz konusu olduğu görülmektedir. Yine vekillerin asillerin iradelerini dikkate almayıp zorunlu arabuluculuk noktasında kendi iradelerine göre hareket ettikleri örnekler de uygulamanın bir başka sorunu oluşturmaktadır.

vekilin açıkça yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Sayılan haller dava şartıdır. Belirtilen hükmün tahkim ve hakem sözleşmesini kapsamı karşısında arabuluculuk görüşmelerinde asil temsil edecek olan vekilin vekaletnamesinde mutlaka özel yetkili kılınmış olması zorunluğunun söz konusu olduğu söylenmelidir. HMK 115/2 maddesi gereği Mahkeme dava şartı noksanlığı tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak söz konusu eksiklik giderilmesi mümkün ise bu durumda eksikliğin giderilmesi için Mahkeme kesin süre verir. Kesin sürede eksikliğin giderilmemesi halinde dava şartı yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verir. Yarg. HGK, 05.04.2017 , 2016/497 E., 2017/660 K., www.legalbank.net, 09.06.2018.

Bu bağlamda işbu hususta yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliğinin 25. maddesinin ikinci fıkrasında çözüm niteliğinde bir düzenlemeye yer verilmektedir. Düzenleme uyarınca, arabulucu adliye arabuluculuk bürosu tarafından görevlendirildikten sonra ilk önce başvuran taraftan başlamak üzere asiller ile ön görüşme yapar, başvurucudan ve diğer taraftan uyuşmazlığın esasını öğrenir. Arabulucu asilleri, arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında aydınlatır, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümünün ekonomik, sosyal ve psikolojik faydalarının olduğunu hatırlatarak onları bilgilendirir. Asilleri ilk oturuma varsa vekilleri ile birlikte davet eder. Düzenleme asillerle ön görüşme yapılarak vekillerin temsilcisi oldukları kişinin iradesi dışında işlem yapmalarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Yine tarafların vekilleri ile arabuluculuk görüşmelerine katılımının Yönetmelikte önemini vurgulandığı da söylenebilecektir. Ön görüşme yapılarak arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında tarafların bilgilendirilmesi ve uyuşmazlık esasının net olarak belirlenmesi süreçte ortaya çıkabilecek hukuki aksaklıkların ve irade sakatlığı, gabin gibi iddiaların da önlenmesini sağlayacaktır.

3. İlk Oturum Yerinin ve Tarihinin Belirlenmesi

Zorunlu arabuluculuk uygulamasında bir başka sorun arabuluculuk görüşmelerinin yeri ve tarihinin belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Zira 7036 sayılı Yasada "Arabuluculuk görüşmeleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülür." düzenlemesine yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda İstanbul, İzmir, Ankara gibi büyük şehirlerde bazı arabulucuların bu hükme dayanarak arabuluculuk görüşmeleri noktasında taraf iradelerinin aksi yönde olması halinde bile kendilerine en uygun lokasyonda görüşmelerin sağlanması yönünde telkinlerinden bahsedilmektedir. Taraf iradelerinin temel oluşturduğu bir sistemde bu şekildeki yaklaşım, sistemin ana unsuruna aykırılık arz etmektedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanu-

nu Yönetmeliğinin 25. maddesinin 3. fıkrasında uygulamada söz konusu olan sorunun çözümü bakımından bir düzenlemeye yer verilmiş olduğu görülmektedir. Düzenleme uyarınca, arabulucu ilk oturum davetini yaparken toplantı tarihi ve yerinin belirlenmesi konusunda taraflar ile iletişim kuracaktır. Tarafların toplantı tarihi ve yeri noktasında anlaşmaları halinde anlaşılacak yer ve tarihte görüşmeler yapılacaktır. Arabulucu anlaşılacak yerde görüşmeleri yapmak zorunda olacaktır. Taraflarla iletişimin kurulması akabinde toplantının yapılacağı yer ve tarih hususunda anlaşma sağlanmadığı takdirde toplantı tarihi ve yeri arabulucunun kendisi tarafından belirlenecek olup taraflara bildirilecektir.

4. Yetki İtirazı ve Arabulucunun Ücretinin Akıbeti

7036 sayılı Yasanın 3. maddesinin dokuzuncu fıkrasında arabulucunun yetkisine itiraza ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. İlgili hüküm arabulucunun kendisine görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate almayacağını öngörmektedir. Yetkisizliğin söz konusu olduğu durumlarda itiraz hakkının karşı tarafa ait olduğu ve en geç ilk toplantıda yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine tarafın itiraz edebileceği hüküm altına alınmıştır. Yapılan itiraz üzerine arabulucu dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim edecek, Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda yetkili büroyu kesin olarak karara bağlayacak ve dosyayı büroya iade edecektir. İtiraz üzerine yapılan yargılama sonucunda arabulucuya görevlendirme yapan büronun yetkisiz olduğunun tespiti durumunda kararın tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde yetkili büroya başvurulabilecek ve büro tarafından yeni bir arabulucu görevlendirilecektir. Yasada yetkisiz büro tarafından görevlendirilen arabulucunun yetki itirazının yapılabileceği ilk toplantıya kadar yapmış olduğu faaliyetleri noktasında ücrete hak kazanıp kazanmayacağına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bu durum da haklı olarak uygulamada tartışmalara neden olmuştur. Zira Anayasanın angarya yasağına

ilişkin düzenlemesi karşısında görev yapan arabulucunun ücrete hak kazanması gerekliliği görüşü tarafımızca da desteklenmiştir.

02.06.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliğinin 25. maddesinin dördüncü fıkrasında hem yetki itirazı süreci ayrıntılı olarak belirtilmiş hem de görevini sonlandıran arabulucunun bu sürece kadar yaptığı hizmetler sebebiyle 26 ncı maddenin ikinci fıkrası uyarınca ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir.

Hüküm uyarınca, arabulucu, görevlendirmeyi yapan adliye arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle adliye arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere adliye arabuluculuk bürosuna teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden ivedilikle yapacağı inceleme sonunda yetkili adliye arabuluculuk bürosunu belirleyip kesin olarak karara bağlar ve dosyayı adliye arabuluculuk bürosuna iade eder. Yetki itirazına ilişkin inceleme yapılırken mahkemece atamayı yapan büro değil görevlendirilen arabulucunun listesinde kayıtlı bulunduğu komisyon dikkate alınır. Mahkeme kararı adliye arabuluculuk bürosu tarafından Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca taraflara masrafı suçüstü ödeneğinden karşılanmak üzere tebliğ edilir. Yetkisiz adliye arabuluculuk bürosu ayrıca kararı görevlendirdiği arabulucuya bildirir. Arabulucu görevlendirmeyi Arabulucu Bilgi Sistemi üzerinden sonlandırır. Arabulucu bundan önceki yaptığı hizmetler sebebiyle 26 ncı maddenin ikinci fıkrası uyarınca ücrete hak kazanır. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve 27 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilen süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazının kabulü durumunda ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili adliye arabuluculuk bürosuna başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz adliye arabuluculuk bürosuna başvurma tarihi yetkili adliye arabuluculuk bürosuna başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili adliye arabuluculuk bürosu, 24

üncü maddenin birinci fıkrası uyarınca arabulucu görevlendirir.

Arabulucunun büronun yetkisizliği nedeniyle görevinin sona ermesi durumunda o ana kadar yapmış olduğu işlemleri dolayısıyla alacağı ücret Yönetmeliğin 26. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, iki saate kadar Tarifenin Birinci Kısımına göre Bakanlık bütçesinden ödenecekken; iki saatten fazla süren işlemleri için iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde, Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanacaktır.

5. Son Tutanağın Tanzimi

7036 sayılı Yasa zorunlu arabuluculuk görüşmesi sonucunda tarafların anlaşma durumu ile anlaşamaması durumlarına ilişkin arabuluculuk son tutanağının düzenlenmesiyle ilgili genel kuralları belirlemektedir. Oysa uygulamada tarafların arabuluculuk konusu uyuşmazlıkta anlaşmaları veyahut anlaşamamaları ihtimalleri yanında uyuşmazlığın bir kısmında anlaşmalarının da mümkün olduğu görülmektedir. Kısmi anlaşmanın söz konusu olduğu durumlarda arabulucunun son tutanağı ne şekilde düzenleyeceği hususu uygulamacılar arasında görüş farklılıklarının oluşmasına neden olmuştur.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği bu hususa ilişkin ayrıntılı bir düzenleme öngörerek bu soruna bir çözüm getirmektedir. Yönetmeliğin 25. maddesinin altıncı fıkrasında tarafların arabuluculuk konusu uyuşmazlık üzerinde kısmen anlaşmaya varmalarının mümkün olduğu ortaya konmaktadır. Zira ilgili fıkra "Tarafların uyuşmazlık konusunda anlaşmaları veya kısmen anlaşmaları hâlinde süreç anlaşma son tutanağı ile sonuçlandırılır. Bunların haricindeki her durumda taraflar anlaşmamış sayılır ve anlaşmama son tutanağı düzenlenir." ifadesiyle kaleme alınmıştır. Tarafların arabuluculuk sürecinde ileri sürülen taleplerden bir kısmı üzerinde anlaşmaya varmaları hâlinde, üzerinde anlaşma sağlanan ve sağlanamayan hususların son tutanakta açıkça belirtileceği ve ücretin taraflardan aksi kararlaştırılmadıkça eşitçe alınacağı da ilgili maddenin yedinci fıkrasında yer almaktadır. Yönetmelikte arabulucuya taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması, yapılan görüşmeler

sonucunda veya kanunda belirtilen süre içerisinde anlaşmaya varılamaması yahut varılması hallerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirmeye yükümlülüğü yüklenmiş ve son tutanağın arabulucu tarafından düzenlenerek durumun derhal adliye arabuluculuk bürosuna bildirileceği ifade edilmiştir.

Arabuluculuk sürecinin sehven kayıt, mükerrer kayıt veya arabuluculuğa elverişli olmama nedeniyle sona erdirilmesi hallerinde ise arabulucunun ücrete hak kazanamayacağı da Yönetmeliğin 26. maddesinin üçüncü fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

6. Dava Şartı Niteliğindeki Arabuluculuk Anlaşmasının İçeriği ve Vergi Sorunu

Bilindiği üzere 7036 sayılı Yasada Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu belirtilmiş ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda düzenlenen gazeteci ile 854 sayılı Deniz İş Kanununda düzenlenen gemi adamının bu madde kapsamında işçi sayılacağı ifade edilmiştir. Yine yasada zorunlu arabuluculuk sürecinin işleyişi ve arabulucunun süreç sonunda taraf iradelerini içerir arabuluculuk anlaşması ile son tutanağı hazırlaması gerekliliği belirtilmiştir.

Bu noktada arabuluculuk anlaşmasının içeriği bakımından herhangi bir sınırlama veyahut düzenlemenin gerek 7036 sayılı Yasa gerekse 6325 sayılı Yasada yer almadığı görülmekte sadece anlaşma ve tutanakta anlaşma sağlanan hususlar ve anlaşma sağlanamayan hususlar bakımından taraf iradelerinin aktarılmasının yeterliliği vurgulanmaktadır.

Uygulamada zorunlu arabuluculuk akabinde hazırlanan arabuluculuk anlaşmaları ve sonuç tutanaklarında bir yeknesaklığın mevcut olmadığı görülmektedir. Zira bazı arabulucular arabuluculuk anlaşmalarını tarafların anlaşma sağladıkları kalemleri her bir kalem için anlaşılan bedellerin ayrı ayrı belirlendiği metinler şeklinde hazırlarken, bazıları genel olarak anlaşılan kalemler ve karşılığında ödenen toplam bedeli anlaşmalarında düzenlemektedirler. Bu durum uygulamada işçilik

alacaklarının ve tazminatlarının vergilendirilmesi boyutunda sorunlara neden olmaktadır. Bilindiği üzere iş hukukunda işçilik alacakları ve tazminatları niteliklerine göre farklı vergilendirmeye tabidir. Vergilendirme İş Kanununa tabi çalışanlar, Basın İş Kanununa tabi çalışanlar ve Deniz İş Kanununa tabi çalışanlar bakımından farklılıklar yaratmakla birlikte, 4857 sayılı Yasaya tabi çalışanlar bakımından da alacak ve tazminatlara göre farklı vergiler uygulanmaktadır²⁶. 4857 sayılı Kanuna tabi alacak ve tazminatlar incelendiğinde, kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatının²⁷ sadece damga vergisine tabi olduğu²⁸; ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat ile genel olarak ücret alacaklarının hem damga hem de gelir vergisine tabi oldukları görülmektedir²⁹. Bu durumda zorunlu arabuluculuk görüşmeleri sonucunda varılan anlaşmada anlaşılacak hususların kalem kalem sayılması yanında her bir kalem karşılığı ödenen bedelin de belirtilmesi vergi hukuku açısından ortaya çıkabilecek karışıklık ve aykırılıkların önlenmesi bakımından gereklidir. Ancak böyle bir zorunluluğun varlığının kabulü takdir edilecektir ki arabuluculuğun ruhuna aykırıdır. Zira tarafları anlaşma konusu kalemleri tek tek belirleme yanında anlaşılacak her kalem için ödenen bedeli de açıklamaya zorlamak hem müzakere teknikleri bakımından

uygun değildir³⁰, hem de tarafların iradelerine bir baskı niteliği taşıyacaktır.

Kaldı ki zorunlu arabuluculuk görüşmeleri sonucunda hazırlanan anlaşma ve son tutanağın içeriğine bu şekilde müdahale edilmesi de bir çözüm değildir. Uygulamada vergi muafiyetini azaltmak amacıyla farklı bir alacak kalemi için ödenmiş olan bedelin gelir vergisinden kurtulmak adına damga vergisine tabi alacak olarak anlaşmada gösterildiği örneklerle de rastlanmaktadır. Belirtilen sorun bakımından yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde de bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanaatimiz bu durumun Vergi mevzuatında yapılacak köklü bir değişiklik ile ancak çözümlenebileceği şeklindedir.

V. Genel Değerlendirme ve Sonuç

Beş aydan fazla süredir yürürlükte ve uygulanmakta olan iş hukukunda zorunlu arabuluculuk müessesesi Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yapılan araştırma sonuçları ve istatistiklere göre ilgili düzenlemenin yürürlüğe girmesindeki temel amaç olan yargının iş yükünü azaltma fonksiyonunda başarılı bir sonuca ulaşıldığını ortaya koymaktadır. Arabuluculuk uygulamasının yürürlüğe girmesi ile yargıda en çok iş yükünü doğuran işçi ve işveren uyuşmazlıklarının birçoğu arabuluculuk anlaşmaları ile çözülmüştür. İş hukukunda bazı alacak ve tazminat talepleri ile işe iade taleplerinde arabuluculuk müessesesinin zorunlu olarak öngörülmesi doktrinde hak arama özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama niteliği taşıyıp taşıyamaması tartışması çerçevesinde eleştirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin çalışmamızda belirtilen kararında başvurunun zorunlu olduğu, taraflara anlaşılacak anlaşmama özgürlüğünün ve akabinde anlaşmama durumunda yargı yoluna başvurma serbestisinin tanınmış olduğu zorunlu arabuluculuk uygulamasının hak arama özgürlüğüne aykırı nitelik taşımadığı belirtilmiştir.

26 Ali EKİN/K. Melis TOPÇU: İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler, s.115-147, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/271164>, 09.06.2018.

27 Ayşe YİĞİT ŞAKAR: İş Güvencesi (İşe Başlatmama) Tazminatından Gelir Vergisi Kesintisi Yapılması Durumunda İşverenin Düzeltme Talep Etme Hakkı, Maliye Dergisi, S. 161, Temmuz -Aralık 2011, s. 133-147, https://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/161/008.pdf, 09.06.2018; 16.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5904 sayılı Kanun ile 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununda değişiklik yapılmış ve işe başlatmama tazminatı gelir vergisi istisnaları arasında sayılmıştır. Yarg. 9. HD., 10.03.2016, 2014/33758 E., 2016/5701 K.; Yarg. 22. HD., 01.12.2014, 2014/21535 E., 2014/33761 K.; Yarg.9. HD., 10.03.2013, 2014/33758 E., 2016/5701 K.; Yarg. 22. HD., 01.12.2014, 2014/21535 E., 2014/33761 K., www.legalbank.net, 09.06.2018.

28 Durmuş ÖZCAN: İş Hukukunda İşçilik Alacakları, Ankara 2016, s. 25-265.

29 Müjdat ŞAKAR/Ayşe YİĞİT ŞAKAR: İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukuku Açısından İşçiye Ödenecek Tazminatlar, İstanbul 2011, s. 146.

30 Arabuluculukta müzakere teknikleri ve taktikler için bkz. Kekeç, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunda yer verilen ve 01.01.2018 tarihi itibarıyla yürürlükte olan zorunlu arabuluculuk müessesesi özellikle yürürlükte bulunan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ile çalışmaktaydı ve ortaya çıkan sorunlar çerçevesinde yürürlükte olan yönetmelik yetersiz kalmaktaydı. Bu noktada uygulama ile ortaya çıkan sorunlar farklı çözümlerin geliştirilmesi ve benimsenmesine, uygulama çerçevesinde farklı bakış açılarının ortaya çıkmasına neden olmuştu. 02.06.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği hem mevcut ve yetersiz olan yönetmeliği yürürlükten kaldırmış hem de uygulamada ortaya çıkan farklı çözüm önerileri çerçevesinde en makul olanın kabul edilerek uygulanması ve uygulamada yeknesaklığın sağlanması bakımından yol gösterici olmuştur. Ancak yine de yönetmeliğin her sorunu çözdüğünü söylemek pek de mümkün gözükmemektedir. Zira örneğin işçilik alacakları bakımından söz konusu olan vergilendirme farklılığı ancak yapılabilecek Kanun değişikliği ile yasal çerçevede çözüme kavuşturulabilecek bir sorun olarak dikkati çekmektedir.

Tüm bu saptamalar yanında Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın sunmuş olduğu istatistiksel veriler zorunlu arabuluculuğun iş hukuku yargılamasında yürürlüğe girmesi ile birlikte tarafların kendi iradelerinin ön plana çıktığı ve kazan kazan ilkesinin temel oluşturduğu anlaşma sisteminde büyük oranda anlaşmaya vardıklarını göstermektedir. Yine arabuluculuk müessesesine getirilen eleştirilerden biri olan avukatların uzlaştırma yetkisinin varlığı³¹ karşısında arabuluculuk uygulamasının gereksiz olduğu görüşü ihtiyari arabuluculuğa ilişkin yakın tarihli istatistik veriler çerçevesinde değerlendirildiğinde geçerliliğini yitirmiştir.

İnsanların dava açmak yerine haklarını hızlı bir şekilde elde etme istekleri arabuluculuk müessesesinin Yargı sistemimize adaptasyonunda önemli bir

yere sahiptir. Bu bağlamda arabuluculuğun psikolojik yanının göz ardı edilmemesi önemlidir. Zorunlu arabuluculuk müessesesi tarafların bir kez birbirini dinlemeleri ve birbirleriyle iletişim kurmalarının sağlanması amacını gütmektedir. Ancak tespit ettiğimiz sorunlar sürecin işleyişinde eşitliğin sağlanması noktasında sisteme olan güveni zedeleyici bir bakış açısının doğmasına neden olmaktadır. Sistemin ilerleyen dönemde verimliliğini artıracağına inancımız mevcut olmakla birlikte olması gereken, belirtilen eksiklikler ve belirsizliklerin Hukuka uygun şekilde giderilerek tarafların anlaşmaya vardıklarında akıllarında herhangi bir soru işaretinin kalmamasının sağlanmasıdır.

Yarının zorunlu arabuluculuk müessesesi tarafların haklarını hızlı bir şekilde sağlamaları bakımından eşitliğin gözetilerek taraflarda varılan anlaşmaya güvenin sağlandığı, herhangi bir baskı hissetmeksizin özgür iradeleriyle anlaşmaya vardıkları bir zeminde gerçekleşen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak var olmalıdır. Bu noktada taraflar kendi kararları ile oluşturulan anlaşmaya güven duymalı ve sorunun masada çözüme kavuştuğunu bilerek o masadan kalkmalıdırlar. İş yargılamasında zorunlu kılınmak suretiyle uygulanan ve uygulanmaya devam edecek olan arabuluculuğun mevcut eksiklik ve belirsizliklerin giderilmesi ile istatistiklerdeki başarılı yükselişini sürdüreceği, bu başarının başta Ticaret Hukuku olmak üzere diğer hukuk dallarında meydana gelen uyuşmazlıklara ilişkin yargılama sürecinde de zorunlu arabuluculuk uygulamasının gündeme getirilmesi bakımından olumlu sonuçlar doğuracağı kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

- Akça, Çağatay: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk ve Uzlaştırma, Hukuk, s. 25-36, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-1/9.pdf>, 08.06.2018.
- Canbolat, Talat: 6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Çalışma ve Toplum 2013/4, S. 39, s.250-280.
- Ekin, Ali/Topçu, K. Melis: İşçi Alacakları Açısın-

31 İbrahim ÖZBAY: Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VIII, S.3-4, 2004, s.317-418.

- dan Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler, s.115-147, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/271164>, 09.06.2018.
- Güzel, Ali: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler!, Çalışma ve Toplum, 2016/3, s. 1131-1146.
 - Karacabey, Kürşat: Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar, TBB Dergisi, 2016 /1, s. 457-490.
 - Kekeç, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011.
 - Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015.
 - Lokmanoğlu, Salim Yunus: İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı, TAAD, Y: 9, S. 33, Ocak 2018, s. 863-885.
 - Manav, Eda: İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum, 2015/4, s.183-220.
 - Odaman, Serkan: Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, DEÜHFD, C. 19, Özel Sayı, 2017, III. Cilt, s. 1753-1766. Arabuluculuk Neden Tercih Edilmelidir?, KESİAD Dergisi, S.13, Mayıs 2018, s. 44, <http://www.kesiad.org/13sayi.pdf>, 07.06.2018.
 - Odaman, Serkan/Karaçöp, Eda: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağından Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi, Sicil İşveren Dergisi, S.35, 2016, s. 51-67.
 - Oğuz, Özgür: Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Mart 2016.
 - Özbay, İbrahim: Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VIII, S.3-4, 2004, s.317-418.
 - Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009. Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözü-
 - mü, TBBD, S. 68, 2007, s. 265- 320.
 - Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, <http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/arabuluculuk-asgari-ucet-tarifesi-nin-tahlili>, 08.06.2018.
 - Özcan, Durmuş: İş Hukukunda İşçilik Alacakları, Ankara 2016.
 - Özdemir, Olgu: Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayısı, İstanbul 2016, s. 601- 616.
 - Pekcanitez, Hakan: Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2005/5, s.12-16.
 - Subaşı, İbrahim: Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s.750 vd.
 - Şakar Yiğit, Ayşe: İş Güvencesi (İşe Başlatmama) Tazminatından Gelir Vergisi Kesintisi Yapılması Durumunda İşverenin Düzeltme Talep Etme Hakkı, Maliye Dergisi, S. 161, Temmuz -Aralık 2011, s. 133-147, https://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/161/008.pdf, 09.06.2018.
 - Şakar, Müjdat / Şakar Yiğit, Ayşe: İş Hukuku, Sosyal Güvenlik Hukuku ve Vergi Hukuku Açısından İşçiye Ödenecek Tazminatlar, İstanbul 2011.
 - Tanrıver, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, S. 64, 2006, s.151-178. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>.

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES*

Makale Gönderim Tarihi: 8 Haziran 2018

Makale Kabul Tarihi: 11 Haziran 2018

7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi

Öz

7036 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler çerçevesinde, işe iade davaları bakımından da önemli bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler, işe iade ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü yönünde yenilikler de içermektedir. İşe iade uyuşmazlıkları zorunlu arbuluculuğun kapsamına alınmıştır. Ayrıca işe iade

davalarında da bazı düzenlemeler yapılmıştır. İşe iade davalarının niteliği ve icrası doktrinde ve yargı kararlarında bugüne kadar sürekli tartışılmıştır. Yapılan değişiklikler bu tartışmaları da etkilemektedir. Bu çalışmada, yapılan değişikliklerin işe iade davasının niteliği ve icrasına etkisi incelenmektedir.

Anahtar Sözcükler:

İşe iade, iş güvencesi, zorunlu arbuluculuk, 7036 sayılı Kanun.

The Effect of the Amendment Made by the Code No. 7036 on the Nature of the Reinstatement Cases and Its Effect on the Enforcement

Abstract

In the context of the amendments made with Code No. 7036, important changes were made in respect of the reinstatement cases. These changes include innovations in the resolution of disputes related to the reinstatement. Reinstatement disputes are included in the scope of compulsory mediation. In addition, some regulations have been made in

reinstatement cases. The nature and enforcement of the reinstatement cases, the doctrine, and the judicial decisions have been constantly discussed. Current amendments are also affecting these discussions. In this study, the effect of the changes on the nature of the reinstatement cases and its effect on the enforcement are examined.

Keywords:

Reinstatement claims, employment security, compulsory mediation, Code No. 7036

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı - mozekes@yahoo.com

Giriş

1475 sayılı İş Kanunu'na eklenen (4773 sayılı Kanunla) hükümlerle sisteme giren ve şu anda yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu'nda da (İşK) kabul edilen iş güvencesi (işe iade) kuru mu hakkında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İşMK) bazı önemli değişiklikler yapmıştır. Belirli iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğu kabul eden ve iş yargılamasına ilişkin de aslında çok önemli olmayan bazı değişiklikler yapan 7036 sayılı İşMK, bunun yanında 4857 sayılı Kanun ve diğer iş kanunlarında da değişiklikleri içermektedir. İş Kanunu'ndaki değişikliklerden biri de işe iade hakkındadır. İşe iade talepleri de zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Bu çerçevede, işçinin işe iade davası açmadan önce dava şartı olarak arabulucuya başvurması gerekmektedir (İşMK m. 3/1, İşK m. 20/1). Bununla bağlantılı olarak bu arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşmaya varırlarsa, işe iade talepleri bakımından bu anlaşmanın içeriği de ayrıca düzenlenmiştir (İşK m. 21/7). İşe iade bakımından değişiklik arabuluculukla sınırlı kalmamış; işe iade taleplerinde ve davasında başvuru, bu konudaki süreler, davada verilecek karar, karara karşı kanun yolu (İşK m. 20/1, 3) konusunda da değişiklikler yapılmış, iş güvencesi ile ilgili parasal hakların nasıl belirleneceği de konuyla ilgili tartışmaları ortadan kaldırmak için açıklığa kavuşturulmuştur (İşK m. 21/4).

Biz işe iade davalarının iş hukukumuzda dahil olmasından kısa bir süre sonra, konunun yargılama ve icra boyutu ile bunların sonuçları hakkında üç makale yayınlamıştık¹. O makalelerde değinilen birçok sorun, bugüne kadar tam anlamıyla çözülebilmemiş değildir. Bu sorunların bir kısmı kanunların gerek hazırlık aşaması gerekse düzenlemesindeki yanlışlıktan bir kısmı ise Yargıtay'ın bazı yanlış uygulamalarındaki ısrarı ile

iş hukuku doktrininin yargılama ve icra kurallarını gereği gibi dikkate almadan ve bu alanların temel ilkelerinden uzak, salt iş hukuku gözüyle soruna yaklaşmalarından kaynaklanmaktadır. Ancak doktrinin ve Yargıtay'ın sisteme uygun çözüm üretmek yerine, bu yanlıştaki ısrarı sorunları bugüne taşımıştır. İş yargılaması ile ilgili bir düzenleme yapıldığında, maddî iş hukukunun gözardı edilmesi düşünülemez, çünkü usûl ve icra hukuku maddî hukuktaki hakların yerine getirilmesini amaçlar. Ancak düzenlenen asıl alanın özel bir "yargılama" alanı olduğu da unutulmamalıdır. Bu sebeple, düzenlemenin yargılama ve onun devamı olan icra hukuku ilke ve kuralları gözardı edilerek yapılması, sorun çözmek yerine yeni sorunlar doğurmaktadır.

Bu çalışma, daha önce konuyla ilgili yayınladığımız ilk üç makalenin devamı sayılabilir. Bu çalışmada, işe iade konusunda 7036 sayılı Kanunla yapılan yeni düzenlemenin, özellikle işe iade davası sonunda verilen kararın niteliği ve icra hukuku bakımından ortaya çıkartacağı durum üzerinde durmaya çalışacağız. Daha önce işe iade davaları sonunda verilen kararların niteliği ve bunların icrası tartışmalı olup bir takım uygulama sorunlarını içermekteydi. Şu anda sisteme zorunlu arabuluculuğun eklenmesi ile özellikle arabuluculuk süreci sonunda işe iade konusunda bir anlaşmaya varıldığında (veya varılmadığında), ortaya yeni sorunlar çıkacaktır. Hatta bu düzenlemenin kendi içinde bazı çelişkileri de içerdiği görülmektedir. Keza iş güvencesi ile ilgili parasal haklarla ilgili yapılan düzenlemenin de icra hukuku bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Şüphesiz bunlar açıklanırken konunun usûl hukuku boyutuyla da bağlantı kurmaya çalışacağız.

Bu çerçevede önce 7036 sayılı Kanunla işe iade konusunda yapılan değişiklik ve düzenlemeleri belirtecek, bu değişikliklerin konumuz bakımından dikkat çeken yönleri üzerinde duracağız. Daha sonra bu değişikliklerin işe iade davasının ve bu dava sonunda verilen kararın niteliği hakkındaki tartışmalara etkisini belirteceğiz.

1 Özekes., Değerlendirme, s. 479 vd. Bu makaleden sonra da özellikle geçen sürede ortaya çıkan uygulama ve yargılama sorunlarıyla ilgili olarak Özekes., Uygulama Sorunları, s. 131 vd.; Özekes, Takip, s. 32 vd.

Son olarak da, yeni düzenleme kapsamında işe iade talepleri hakkında gerek arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşma gerekse işe iade davası sonunda verilen kararın icrası sürecini açıklamaya çalışacağız.

A. 7036 Sayılı Kanunla İşe İade Hakkında Yapılan Değişiklik ve Düzenlemeler

1. Düzenleme ve Değişikliklerin Genel Çerçevesi

7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*". Bu hüküm çerçevesinde, çok genel olarak işçi veya işveren alacakları ile işe iade talepleri zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ayrıntılı biçimde zorunlu arabuluculuğu düzenlenmiştir. Kanun'da belirtilen iş uyuşmazlıkları hakkında iş mahkemesinde dava açmadan önce, arabulucuya başvurulmuş ve başvurunun başarısızlıkla sonuçlandığı tutanakla belgelenmiş olmalıdır. Davacı dava açarken, arabulucuya başvurduğunu, fakat anlaşmaya varılamadığını gösteren son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğini dava dilekçesine eklemeyeği takdirde, mahkeme tarafından, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması, aksi halde davanın usûlden reddedileceği ihtarı içerir bir davetiye gönderilir. Davacı bu ihtarın gereğini yerine getirmediğinde, dava dilekçesi tebliğe çıkartılmadan usûlden reddedilir. Arabulucuya hiç başvurulmadan dava açılması halinde ise, başkaca bir işlem yapılmadan, dava, dava şartı yokluğundan reddedilecektir (İşMK m. 3/2). İşMK m. 3'de, iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculukla ilgili sürecin işleyişi ve sonuçları özel olarak düzenlenmiş, hüküm bulunmayan hallerde ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabulucu-

luk Kanunu (HUAK) hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir (İşMK m. 3/21). İşMK m. 3, işe iade talepleriyle ilgili olarak arabulucunun ücreti ile asıl-işveren alt işveren ilişkisinin bulunması hallerine ilişkin ayrıca hüküm içermektedir (İşMK m. 3/13, 15). Bunun yanında işe iade konusunda zorunlu arabuluculukla ilgili asıl düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde yer almaktadır. Bu sebeple, konuyla ilgili değerlendirme yapılırken özelden genele doğru, önce İş Kanunu (m. 20, 21) ve İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki (m. 3/13, 15) işe iade ile ilgili özel hükümlerin, sonra zorunlu arabuluculuk hakkında İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin ve hüküm bulunmayan hallerde de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun uygulanması gerekir.

İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde 7036 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler esasen şu noktalarda toplanmaktadır²:

- İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasında ise ve bu yönde taleplerini ileri sürmek istiyorsa, fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Tarafların mahkemede dava açmak yerine, bu konuda mutabık kalmaları halinde, uyuşmazlığı aynı sürede özel hakeme de götürmeleri mümkündür. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılırsa dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir. Davanın usûlden reddi hâlinde, ret kararı taraflara re'sen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da re'sen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir (İşK m. 20/1).

² Bu konuda ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 9 vd.; Astarlı, s. 40 vd.

- İşe iade davasının ivedilikle sonuçlandırılacağı kabul edilmiştir. Kanun yolu olarak da işe iade davaları için sadece istinaf yolu kabul edilmiş, mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde, bölge adliye mahkemesinin ivedilikle ve kesin olarak karar vereceği düzenlenmiştir (İŞK m. 20/3)
- Mahkeme veya özel hakem, işe iade tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları, artık tereddüt edilmeyecek şekilde hüküm altına alacaktır. Bu çerçevede, bu haklar dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenecektir (İŞK m. 21/4).
- Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde, bu anlaşmanın içeriği de özel olarak düzenlenmiştir. Anlaşma belgesinde, işe başlatma tarihinin, boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların parasal miktarı ile işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminatın parasal miktarının açıkça belirtilmesi zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur (İŞK m. 21/7).

2. Değişikliklerin Davanın Niteliği ve İcra Hukuku Bakımından Dikkat Çeken Yönleri

Yapılan düzenlemenin birçok yönden sorunlu olduğunu söyleyebiliriz. 7036 sayılı Kanun'un genel eleştirisi hakkında daha önce başka bir çalışma yaptığımızdan, bu sorunlar üzerinde durmayacağız oraya atıf yapmakla yetiniyoruz³. Burada özellikle düzenlemenin davanın ve dava sonunda verilen kararın niteliği ile icra hukuku bakımından dikkat çeken yönlerine değinip aşağıda da bunları ayrı ayrı inceleyeceğiz.

7036 sayılı değişiklikten önce, uygulamada ve Yargıtay kararlarında işe iade davaları sonun-

da feshin geçersizliğinin tespiti halinde, işçinin iadesine, işe iade edilmeme halinde işe iade (asgarî dört azamî sekiz aylık ücreti tutarında) tazminatına, ayrıca kararın kesinleşmesine kadar işinin çalıştırılmadığı azamî dört aylık ücretinin ve diğer haklarının ödenmesine karar verilmesi kabul edilmekteydi. Bu noktada, işe iade hükmü dışındaki tazminat ve ücrete ilişkin hususların süre (ay) olarak belirtilmesinin yeterli olduğu esas benimsenmişti. Böylece, dava sonunda verilen kararda tazminat ve ücret konusunda açık bir parasal miktar belirtilmiyordu. Ayrıca işe iade davası sonunda verilen hükmün bir tespit hükmü olduğu da Yargıtay ve doktrinde ağırlıklı olarak benimsenmişti. Keza, işe iade hükümlerinin uygulanacağı fesih söz konusu olduğunda, feshe rağmen iş sözleşmesinin sona ermediği, işçinin şartları olduğu halde işverence işe başlatılmaması halinde sözleşmenin işverence feshedilmiş sayılacağı kabul ediliyordu. Bu konuda feshin ne zaman sonuç doğurduğu, iş ilişkisinin eski iş ilişkisinin devamı olup olmadığı tartışmaları konumuz dışında kaldığından girmiyoruz⁴.

Açıklanan uygulama ve görüşler kapsamında, bu anlayışın doğal sonucu olarak, tespit hükümleri ilâmlı icra konusu olamayacağından, hükmün gereği yerine getirilmediğinde özellikle parasal haklar bakımından ya önce ilâmsız icra takibi yapılması (itiraz durumuna göre ardından dava açılması) veya ayrı bir dava açılıp önce bu konuda bir eda hükmü alındıktan sonra ilâmlı icra takibi yapılması gerekiyordu. O tarihte, işe iade hükmünün bazı özellikler göstermekle birlikte, temelde eda hükmü olduğu ve ilâmlı icranın konusu olabileceği yönündeki görüşümüz azınlıkta kalmış, iş hukuku doktrini (hatta bazı usûl hukukçuları) ve Yargıtay tarafından kabul görmemişti. Ancak, doktrin ve Yargıtay kararlarının ağırlıklı olarak kabul ettiği, işe iade davası sonunda verilen kararın tespit hükmü olduğu

3 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özkes/Atalı, Tebliğ Metni.

4 İşe iade ve iş güvencesi hakkında bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 446 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 494 vd.; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 159 vd.; Süzek, s. 567 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 334 vd.; Kar, s. 23 vd.; Tulukçu, s. 17 vd.

görüşü de sorunları çözmemiş, hatta farklı sorunlara yol açmıştır. Gelineen noktada, özellikle yeni düzenlemenin de ortaya çıkardığı durum dikkate alındığında, aslında bizim görüşümüzün kendi içinde tutarlı olduğu, zamanın bizi haklı çıkardığı görülmektedir. Bu konuya aşağıda ayrıca değineceğiz. Şimdilik durumu ortaya koymakla yetiniyoruz.

Önceki döneme ilişkin bu kısa açıklamadan sonra, yeni düzenleme dikkate alındığında şu hususları tespit etmek mümkündür:

- “İşe iade” kavramı daha önce Kanun’da yer almamaktayken artık açık şekilde Kanun’da yer almaktadır.
- İşe iade davasında verilen hükmün niteliği konusu yeni düzenlemede de açık şekilde belirtilmemiştir. Bu sebeple hükmün tespit hükmü mü eda hükmü mü olduğu tartışmaya devam edilecektir. Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere, artık tespit hükmü görüşünü kabul etmek, eskisine göre daha çok çelişkiyi barındırmakta ve kendi içindeki tutarlılığını kaybetmektedir.
- İş Kanunu’nun 21. maddesine yeni eklenen 4. fıkra ile işe iade tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ve diğer haklar (tazminat) bakımından artık süre şeklinde değil, açıkça parasal bir miktar belirlenmesi gerekir. Parasal miktarlar bakımından da dava tarihindeki ücret esas alınmalıdır⁵. Bu düzenlemeden hareketle, artık iş sözleşmesinin, işe iade kararından sonra işçinin işe başlatılmaması halinde sona erdiğinin kabulü mümkün değildir; iş ilişkisinin fesih tarihinde sona erdiği kabul edilmelidir⁶. Çünkü, parasal hakların dava tarihi itibarıyla hesaplanması demek, dava tarihinde bir iş ilişkisinin

olmadığını kabul etmek demektir⁷. Bu durumda da şu anda iş ilişkisinin sona ermesi bakımından tarihin geriye çekildiği ve değerlendirmenin buna göre yapılması gerektiği söylenebilir.

- Zorunlu olarak başvuru arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşmanın içeriğinde işe başlatma tarihinin, işe iade tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların parasal olarak belirlenmesi gerekir; aksi halde anlaşma yapılmamış sayılır (İşK m. 21/7). Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılırsa, arabulucunun ücreti bu parasal miktar esas alınarak belirlenir (İşMK m. 3/13). İşe iade taleplerinde arabuluculuk hakkındaki düzenlemede özel hüküm olmadığından, tarafların anlaşması durumunda anlaşmanın niteliği hakkında genel hükümlere, yani Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na bakmak gerekecektir (İşMK m. 3/21). Buna göre, anlaşma belgesi belirli şartlarda ilâm niteliğinde belge sayılacaktır (HUAK m. 18).

Yukarıdaki tespitler, sadece konunun icra hukuku yönünden önemi sebebiyle yapılan tespitlerdir. Esasen işe iade talepleriyle ilgili olarak getirilen en önemli düzenleme ve eleştiriye açık nokta, zorunlu arabuluculuğun kabul edilmesidir. Ancak biz bu konu üzerinde üzerinde durmayacağız. Zira, işe iade taleplerinde arabuluculuk faaliyeti ayrı bir inceleme konusu olacak niteliktedir⁸. İşe iade davası ile ilgili yargılama hukuku yönünden eski düzenlemeye göre en önemli fark ise, dava şartı olarak arabuluculuğun kabulüne bağlanan davanın açılmasında izlenecek yol ve süreler (İşK m. 20/1) ile işe iade davalarının istinaf aşamasında kesinleşecek olmasıdır (İşK m. 20/3).

5 Astarlı, dava tarihindeki ücretin esas alınmasının mevcut uygulama bakımından işçiler için bir geriye gidış olduğuna dikkat çekmektedir (Astarlı, s. 47). Kanunun Taslak halindeki düzenlemesi bakımından benzer eleştiri için bkz. Güzel, s. 1144.

6 Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 19.

7 İşçinin boşta geçirdiği sürenin azami dört aylık kısmı için mahrum kaldığı ücret ve diğer hakların tutarı da bundan böyle tazminat olarak hüküm altına alınmak gerekecektir. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 21. Bu konudaki eleştiri için bkz. Güzel, s. 1143.

8 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 12 vd.; Astarlı, s. 41 vd.; Özekes Ö., s. 1 vd.

B. İşe İade Davasının Niteliği Hakkında Tartışmalar ve Yeni Düzenlemenin Bu Tartışmalara Etkisi

1. İşe İade Davasının Niteliği Hakkındaki Tartışmalar ve Bu Konudaki Görüşümüz

İşe iade davalarının hukukumuzda girdiği, kanunen kabul edildiği ilk dönem, bu davanın niteliği tartışılmıştır. Davanın eda davası mı tespit davası mı olduğu tartışması, davanın sonunda verilen hükümden hareketle yapılmıştır. Gerek doktrinde ağırlıklı görüş⁹ gerekse Yargıtay kararlarında¹⁰, bu davanın tespit davası ve verilen hükmün de tespit hükmü olduğu kabul edilmiştir.

Biz ise, işe iadenin iş hukuku sistemine girdiği ilk dönemden beri bu davanın özel nitelikli bir eda davası ve verilen hükmün de eda hükmü olduğu kanaatini taşıyoruz¹¹. 7036 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce eda hükmü görüşünü savunmakla birlikte, işe iade tazminatı ve hükmün icrası ile ilgili olarak bazı çekincelerimiz mevcuttu. Fakat 7036 sayılı Kanunla İşK m. 21'de yapılan değişiklik ve eklenen fıkralar ve bunların gerekçeleri dikkate alındığında, tespit hükmü görüşünün önemli ölçüde zayıfladığı söylenebilir.

Genel kabulün aksine, kanunun lafzı ve amacı ile verilen hükmün niteliği, tespit davası ve tespit hükmü görüşünü çok haklı kılmamaktadır. Özellikle tespit hükmünün kabulündeki en önemli dayanak noktaları, İşK m. 21/1'de "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığını ... tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde,..." şeklindeki ifadenin tespit hükmü olduğu, buna bağlı olarak işe iade tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin de tespit niteliği taşıdığı, ayrıca şarta bağlı hükmün mümkün olmadığı, eda hükmü görüşünün kabulünün icraî zorluklarının olacağı hususlarına dayanmaktadır. Kanunun ifadesi bir bütün olarak değil yarım alındığında, bu görüş haklı görünmekle birlikte, aynı hükmün devamında "...karar verildiğinde, işveren, işçiyi ... işe başlatmak zorundadır" şeklindeki ifade, işveren bakımından bir şeyi yapmayı zorunlu kılmaktadır ki, bu da eda niteliğindedir. Bir maddenin yarısı gözardı edilerek, diğer yarısındaki ifadeye bakarak yorum yapıp sonuca varılamaz, maddenin lafzı bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca, asıl hüküm olan işe iade yanında, işe iade tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer hakların ödenmesi bakımından da İşK m. 21/2'de "ödenek tazminat miktarını belirler" denilerek eda anlamındaki ödemedem, m. 21/3'de "ücret ve diğer hakları ödenir" denilerek yine bir ödemenin yapılmasından söz edilmektedir. Yani, işe iade davası sonunda verilen hüküm, işçinin işveren tarafın-

9 Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 18; Astarlı, s. 45; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 518; Süzek, s. 637 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 362; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 246; Yılmaz, Dava, s. 25-26; Yılmaz, Takip, s. 47 vd. Diğer eserler daha önce yazılmış olmasına rağmen, 7036 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra yeni basısı yapılan eserinde de *Kar, değişikliğe rağmen tespit hükmü görüşünü sürdürmektedir* (Kar, s. 386 vd., 509 vd.). *Tuluk ise, değişiklikten sonraki çalışmasında konuyla ilgili tartışmalara yer vermekle birlikte, değişiklikten sonrası için bir değerlendirme yapmamaktadır* (Tuluk, s. 291 vd.).

10 "İşe iade davalarında davanın tespit davası olması niteliği nedeniyle, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti hakkında "tahsil" hükmü kurulmaz, Mahkemece sadece "tespit" hükmü kurulmalıdır." 9. HD, 14.02.2011, 2009/48522, 2011/2870 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). "Ayrıca feshin geçersizliği istemi tespit niteliğinde olduğundan, boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların miktar belirtilmeksizin, hüküm altına alınması ve ödenmesi gerektiğinin tespiti ile yetinilmesi gerekir." 7. HD, 20.04.2016, 2015/41444, 2016/8802 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). "Ayrıca feshin geçersizliği istemi tespit niteliğinde olduğundan, boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların miktar belirtilmeksizin, hüküm altına alınması ve ödenmesi gerektiğinin tespitiyle yetinilmesi gerekir." 22. HD, 26.09.2013, 2013/23450, 2013/19901 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). "İşe iade davasının nitelik itibarıyla tespit davası olduğu dikkate alındığında, davanın boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarının tespiti ile yetinilmeli, ayrıca tahsili yönünde hüküm kurulmamalıdır. Mahkemece boşta geçen süre ücreti ile ilgili tahsil yönünde hüküm kurulmuş olması da doğru olmuştur." 22. HD, 26.07.2011, 2011/50, 2011/248 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu konuda ayrıca bkz. Kar, s. 387-388.

11 Bu konuda daha önce yaptığımız değerlendirme ve açıklamalar için bkz. Özkes, Değerlendirme, s. 495; Özkes, Takip, s. 33-34.

dan işe başlatılmasını zorunlu kılması sebebiyle, bir yapma; parasal haklar bakımından da ödeme niteliğinde olduğu açıktır. Yapma ve ödeme ise, edaya yönelik emirlerdir.

Bu konuda eda hükmünün kabulünün şarta bağlı hükmü kabul etmek anlamına geleceği, ancak bunun icrasının da zor olduğu gerekçesi de aslında çok yerinde değildir. Şarta bağlı hüküm verilemez gerekçesi, bir klişe ve alışılmışın tekrarından başka bir şey değildir. Bu gerekçeye dayanan görüş, esasen bu ifadenin anlam ve içeriğine girmeden, klişe bir gerekçe şeklinde ileri sürmektedir. Şarta bağlı hüküm verilip verilemeyeceği tartışması usûl hukukunda yapılmakla birlikte, hem kanunî düzenlemeler sebebiyle hem de uygulamadaki ihtiyaçlardan hareketle özellikle karşılıklı edimlerin ifası gereken durumlarda, şarta bağlı hükümler verilebilmektedir¹². Burada önemli olan icra organlarının uygulamasını mümkün kılacak şekilde hükümde açıklık olmasıdır. Öncelikle hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilemez şeklinde kanunî ve mutlak bir yasak yoktur. Hatta Yargıtay'ın şarta bağlı hükme imkân tanıyan kararları da mevcuttur. İŞK m. 21'de önce işe iadeye, bunun yerine getirilmesi halinde ise işe iade tazminatına karar verileceği şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir (her iki durumda da boşta geçen süre ücretinin ödenmesi kabul edilmiştir). Bu ise, aslında şarttan daha çok, hukukumuzda pek rastlanmayan şekilde hükmün ikamesidir. Buna benzer bir durum, İİK m. 24'de taşınır teslimine ilişkin ilâmların

icrasında icra aşamasında düzenlenmiştir. İİK m. 24'e göre, şayet ilâmda belirtilen taşınırın teslimi mümkün olmazsa, icra memuru onun değerinin tahsilini gerçekleştirecek, hatta malın değeri ilâmda belirtilmezse kendisi değer tespiti de yapacaktır. Kanunun açıkça düzenleme yaptığı bir yerde, şarta bağlı hüküm olur mu olmaz mı tartışması doğru değildir, kanun koyucunun iradesine aykırıdır. Tespit hükmü görüşünün kabul edilmesi, bugüne kadar işe iade ile ilgili mahkeme hükmünün yerine getirilmesi bakımından sorunları çözememiş, hatta daha karışık hale getirmiştir. Zira, iki defa hüküm almak, iki defa ifa ve icra yoluna başvurmak şeklinde hem zor hem de usûl ekonomisine aykırı, yargı ve icra organlarını gereksiz yere meşgul eden bir sonuç doğurmuştur. İşe iadenin niteliği gereği, işçinin kısa sürede ya işine kavuşması veya bu konudaki parasal haklarını alması gerekirken, bu çifte dava ve icra yolu, onu daha da zor durumda bırakmıştır. Bir yandan, işe iade taleplerine ilişkin uyuşmazlığın kısa değil, hatta çok kısa sürede sonuçlanması için özel ve çok kısa başvuru süreleri öngören, yargılamanın çabuk sonuçlanması için ivedilikle görülmesini arzulayan kanun koyucunun, hükmün icrası ve ifası aşamasında onun çok uzun sürelerle yayılmasını arzulaması düşünülemez. Dolayısıyla tespit hükmü görüşü, işe iadenin niteliğine de uygun değildir. Esasen bu görüş, işe iade davasının ilk kabul edildiği dönemde Yargıtay'ın çok tartışmadan verdiği acele kararlara, buna uyan doktrinin görüşüne dayanmakta, daha sonra da bir görüşten dönmenin psikolojik zorluğu, alışkanlıkları terketmemenin rahatlığı sebebiyle bugüne kadar sorunlarıyla birlikte süregelmiş; bu sorunlara rağmen yeni bir değerlendirme yapılmamıştır.

Sonuç olarak, işe iade davası sonunda verilen hükmün özel olarak düzenlenen ve özel nitelikli bir eda davası olduğunu, ilâmlı icranın konusu olabileceğini, Kanun'daki açık hüküm gerekince de şarta bağlı hüküm tartışmasının gereksiz olduğunu düşünüyoruz. Nihayetinde tespit hükmü görüşünün bugüne kadar sorunlara çare olmadığı ve yeni sorunlar doğurduğunu da yukarı-

12 Örneğin, "Takip dayanağı olan ilam, karşılıklı edimleri içermekte olup, alacaklı tarafından, edimin yerine getirildiğine dair İİK'nın 33. maddesi anlamında bir belge sunulmadığı gibi ilama konu aracın iadesi yönünde İcra Müdürlüğü'ne yapılmış bir başvuru da bulunmamaktadır.

Bu durumda Mahkemece, borçlu aleyhine ilamlı icra takibi başlatıldığı ancak alacaklının ilam hükmü gerekince kendisine yüklenen edimi yerine getirmeden takibe devam etmesinin mümkün olmadığı nazara alınarak, edimini yerine getirinceye kadar takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken, takip dosyası kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle borç yönünden takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." 8. HD, 15.04.2015, 2014/7785, 2015/ 8440 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu karar, şarta bağlı hükümlerin icrasında icranın geri bırakılması (İİK m. 33) bakımından da yol göstericidir.

da belirttik. Aşağıda açıklayacağımız üzere, zaman ve yapılan yeni düzenleme de görüşümüzü haklı kılmaktadır.

2. Yeni Düzenlemenin İşe İade Davasının Niteliğine ve İcrasına Etkisi

Yeni düzenlemenin davanın niteliği konusunda genel kabul gören görüşün gözden geçirilmesini zorunlu kıldığını düşünüyoruz. Bu konuda öteden beri savunduğumuz ve yukarıda kısaca belirttiğimiz gerekçeler yanında, özellikle İşK m. 21/4 ve 7'de eklenen yeni fıkraların, bu fıkraların gerekçelerinin ve doğurduğu sonuçların artık tespit hükmü görüşünü savunmayı güçleştirdiği söylenebilir. Bu ikisini ayrı ayrı ele alacak olursak:

İşK m. 21/4'de yeni eklenen fıkra kapsamında, artık dava sonunda verilen hükümde işe iade tazminatı ile boşta geçen süre için belirlenecek ücret ve diğer haklar (tazminat) bakımından süreye bağlı (ay olarak) genel bir tespitin yapılması yeterli olmayıp açıkça parasal bir miktarın gösterilmesi gerekir. Bu belirlemede de, dava tarihindeki ücret esas alınmalıdır. Böylece hem ödenmesi gereken miktar tereddüt uyandırmayacak şekilde açıkça belirlenecek hem de bu hesaplamanın yapılacağı tarih belirlenmiş olacaktır. Bu yeni fıkranın amacı madde gerekçesinde şöyle açıklanmıştır:

“Uygulamada işe iade kararı veren mahkeme boşta geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlemektedir. Bunun sonucu olarak işe iade kararına dayanarak işe başlamak isteyen işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda ay esaslı olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerekmektedir. Hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçmek hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazminatı parasal olarak belirlemesi öngörülmekte ve işe başlatılmama durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkan tanınmaktadır. Düzenle-

me ile, ikinci fıkrada belirtilen tazminat ile üçüncü fıkrada belirtilen ücret ve diğer hakların dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenmesi kabul edilmekte ve böylece uygulama sorunlarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Mevcut beşinci fıkradan sonra ilave edilen fıkrada da, belirtilen alacak ve tazminatların arabuluculuk görüşmelerinde de parasal olarak belirlenmesi zorunluluğu getirilmektedir”.

Dikkat edilirse gerekçede daha çok işe iade davasıyla ilgili uygulama sorunlarının bertaraf edilmesi amaçlanmış, böylece farklı davalar açmak yerine doğrudan icra takibine imkân tanınmak istenmiştir¹³. Maddenin düzenlenişinden ve gerekçesinden bu konuda yapılacak icra takibinin ne tür olacağı, ilâmlı ya da ilâmsız takipten hangi yola başvurulabileceği açıkça anlaşılamamaktadır. Ancak, gerekçede belirtilen açıklamaya bakıldığında, doğrudan icra takibi yapılabilmesi imkânının tanınmak istenmesi, ayrıca yeni takip ve davaların önüne geçilebilmesi amacı sadece ilâmlı icra takibi ile mümkündür. Zira, ilâmsız icra yolu zaten önceden de mevcuttu¹⁴; bunun için kanun değişikliğine gerek bulunmuyordu ve yukarıda zikredilen gerekçenin belirtilmesine ihtiyaç yoktu. Kanun koyucu abesle iştiğal etmeyeceğine göre, önceki bilinen yolu tekrar önermesinin anlamı yoktur. Ayrıca ilâmsız icra takibine karşı itiraz edildiğinde, takip duracağından itirazın kaldırılması yoluna başvurmak (İİK m. 68 vd.) veya itirazın iptali davası açmak (İİK m. 67) gerekir¹⁵. Her ikisinde de yeni bir yargılama söz konusu olacak ve süreç uzayacaktır. O zaman da amaçlanan yeni davalar açılmasının önüne geçilmiş, işçi için sorunlu durum ortadan kaldırılmış olmaz. Bu hususlar ve madde gerekçesi dikkate alındığında, yeni düzenleme çerçevesinde işe iade davası sonunda öngörülen takibin ilâmlı icra takibi olduğunu kabul etmek gerekir¹⁶. Aksi halde maddenin ge-

13 Ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 19; Alpagut, s. 211.

14 Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 18-19.

15 Kar, s. 510-511.

16 Astarlı, bu konuda değerlendirmeler yaptıktan sonra, değişikliğin amacının ilâmlı icraya başvurmak imkânı

rekçesi anlamsız bir gerekçe olacaktır. Nitekim, yapılan değişiklik sonucu parasal haklar bakımından, bunların miktar olarak açıkça belirtilmesi yanında, bunun hangi tarih esas alınarak yapılacağı da ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre hesaplamada dava tarihindeki ücret esas alınmalıdır. Bunun amacı da ay olarak belirlemedeki muğlaklığı ve tereddütü ortadan kaldırmaktır. Mahkemenin kararında istikbale matuf belirsiz bir ifade yerine, baştan hesabı kesin olarak mümkün kılan bir yöntem kabul edilmiştir. Bunun sonucu da, mahkeme kararı tereddüt doğurmayacak ve icraya elverişli açıklıkta olacaktır ki, bu da ilâmlı icra bakımından önemli bir husustur. Bu gerekçeler ve açıklamalar çerçevesinde, parasal haklar bakımından yeni düzenlemenin ilâmlı icrayı amaçladığı kabul edilirse, bunun gereği olarak da işe iade davası sonunda verilecek hükmün eda hükmü olduğu kabul edilmelidir. Parasal haklar bakımından eda hükmü görüşünü kabul edip işe iade bakımından tespit hükmü kabul edilmesi başlı başına içinden çıkılmaz bir çelişki doğuracağından, doktrindeki çoğunluğun ve Yargıtay uygulamasındaki tespit davası ve tespit hükmü görüşünün tamamen terki zorunludur¹⁷.

Bu konuda ilâmlı icraya başvurulması gerekeceği ve işe iade hükümlerinin eda hükmü olması gerektiği yönündeki görüşümüzü haklı kılan yeni düzenlemedeki ikinci ve önemli bir dayanak noktası da, işe iade taleplerinde zorunlu arabuluculuğun kabul edilmiş olması, buna bağlı olarak arabuluculuk anlaşmasının özel olarak düzenlenmesi ve bu anlaşmanın doğurduğu sonuçlardır. Yeni düzenleme ile işe iade talepleri de zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır (İşMK m. 3/1, İşK m. 20/1, 7). Burada zorunlu arabuluculuğun ayrıntısına ve eleştirisine girmeyeceğiz¹⁸. Kanunda işe iade taleplerinde zorunlu arabuluculuk ka-

bul edilerek tarafların işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları durumunda, bu anlaşmanın içeriği ayrıca açıklanmıştır¹⁹. Buna göre, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılırsa, anlaşmada işe başlatma tarihini, boşta geçen süre için ücret ve diğer haklarla işe başlatmama tazminatının parasal miktarını belirtmeleri zorunludur. İşK m. 21/7'de anlaşmanın zorunlu içeriği açıkça belirtilmekle birlikte, anlaşmanın icrası hakkında bir düzenleme olmadığından ve bu konuda da iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğu düzenleyen genel hüküm niteliğindeki İşMK m. 3'de açıklık bulunmadığından, İşMK m. 3/21 atfı gereğince 6325 sayılı HUAK'a bakılmalıdır. HUAK'da ise, arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar ve arabulucu tarafından imzalanan anlaşma belgesinin icra edilebilirliği için mahkemeden şerh verilmesi istenebileceği, bu şerhi içeren belgenin ilâm niteliğinde sayılacağı (HUAK m. 18/2); hatta avukatla temsil söz konusu ise taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesinin şerhe dahi ihtiyaç duymadan ilâm niteliğinde kabul edileceği (HUAK m. 18/4) belirtilmiştir. İlâm niteliğindeki belgenin sağladığı en önemli avantaj ise, ilâmlı icra yoluna imkân tanınmasıdır.

Burada dikkat edilirse, işe iade talepleri hakkında Kanun'da öngörülen içeriğe uygun (İşK m. 21/7) hazırlanan ve icra edilebilirlik şerhi ile ya da belirli şekilde o şerh olmadan ilâm niteliğinde belge sayılan bir anlaşma metni söz konusudur. İlâm niteliğindeki belgeler bir mahkeme hükmünün tüm sonuçlarını doğurmaz, ancak icra bakımından ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tâbidir (İİK m. 38). Matematiksel ifade ile ilâm niteliğindeki belgeler, mahkeme ilâmlarına eşit değildir (örneğin, kesin hüküm etkisi yoktur), ancak icrası bakımından ilâmlara denktir. Şu çok açıktır ki, bir mahkeme hükmü (ilâmı) her hâlükârda ilâm niteliğindeki belgeden daha güçlüdür. Bu tespitler çerçevesinde, arabuluculuk faaliyeti sonunda, işe iade konusunda hazırlanan anlaşma metni ilâm niteliğinde sayıldığından ilâmlı icranın konu-

tanımak olduğu düşünülse de, değişikliğin bu sonucu doğurmaya elverişli olmadığını söylemektedir (Astarlı, s. 45)

17 Tüm bunlara rağmen yeni düzenlemenin önceki tartışmaları tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olmadığı da söylenebilir. Bkz. Astarlı, s. 44-46; Alpagut, s. 211.

18 Bu konuda değerlendirme ve eleştirilerimiz için bkz. Özekes/Atalı, Tebliğ metni.

19 Bu anlaşma metninin hazırlanması ve sonuçları hakkında bkz. Astarlı, s. 49 vd.; Özekes Ö., s. 28 vd.

su olabilecekken, aynı içeriğe sahip bir mahkeme ilâmını tespit hükmü kabul ederek ilâmlı icradan mahrum bırakmak, hukuk bir yana mantık kurallarıyla izah edilemez. Yorum kurallarından biri de evleviyet kuralıdır. Unutmamak gerekir ki, arabuluculuk sonucu hazırlanan belgenin içeriği, işe iade davası sonunda verilecek hükmün içeriği ile birebir aynıdır. Hatta yukarıda belirtilen İşK m. 21'e eklenen 4. fıkranın gerekçesinde dahi, farklılık olmaması için arabuluculuk anlaşma belgesi ile ilgili ilâve edilen fıkrada, işe iade taleplerindeki alacak ve tazminatların arabuluculuk görüşmelerinde de parasal olarak belirlenmesi zorunluluğu getirildiği vurgulanmıştır. Bu durum karşısında, arabuluculuk belgesini ilâmlı icra konusu yapıp aynı konudaki mahkeme kararını ilâmsız icraya tâbi kılmak düşünülmemeyeceğinden, doktrinin ağırlıklı olarak ve Yargıtay'ın kabul ettiği şekilde, işe iade davası sonunda verilen hükmün tespit hükmü olduğu anlayışının terki gerekmektedir. Çünkü, tespit hükmü görüşü sürdürüldüğünde ilâmlı icra söz konusu olamayacaktır. Bu da yukarıdaki açık ve izahı güç çelişkiyi doğuracaktır.

C. Yeni Düzenleme Çerçevesinde İşe İade Taleplerinin İcrası

Yukarıdaki tespitler dikkate alındığında, işe iade hükmünün icrasının da nasıl gerçekleştirileceğinin açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Bu konuda işe iade talebinin arabuluculuk anlaşması çerçevesinde mi talep edildiği, yoksa daha sonra işe iade davası açılıp ilâm alınarak mı talep edildiği dikkate alınmalıdır. Şayet arabuluculuk faaliyeti sonucu Kanunun aradığı şekilde bir anlaşma belgesi hazırlanmış ve ilâm niteliğinde belgenin şartları gerçekleşmişse, işe iade davası sonunda verilen mahkeme hükmü (ilâmı) nasıl icra edilecekse o da öyle icra edilmelidir. Arabuluculuk süreci sonucu hazırlanan anlaşma belgesi, sadece taraflar arasında düzenlenen adi bir belge niteliğinde kalmış, ilâm niteliğinde belgenin şartlarını taşımıyorsa, o zaman ancak

ilâmsız icra takibine konu olacak bir belgeden söz edilebilir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanan belge ilâm niteliğinde ise veya işe iade davası açılarak ilâm alınmışsa, bu durumda yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde, ilâmlı icra yoluna başvurmak gerekecektir. Hatta yakın tarihte verilen bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, ilâmların genel haciz yoluyla (ilâmsız) takibe konulması mümkün değildir, ilâma dayalı alacaklar ancak ilâmlı icra yoluyla takip edilebilir²⁰.

İşe iade konusunda arabuluculuk faaliyeti sonucu bir anlaşmaya varılmışsa, işçinin anlaşmada kararlaştırılan tarihte işe başlaması ya da dava açılmışsa, işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunması zorunludur. Aksi halde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur (İşK m. 21/6, 7).

İşe iadeye ilişkin ilâm veya ilâm niteliğindeki belge icraya konulacaksa, öncelikle takip alacaklı olan işçinin ilâmlı icraya ilişkin takip talebinde bulunması, bu takip talebine de elindeki ilâm veya ilâm niteliğinde belgeyi eklemesi gerekir (İİK m. 24 vd.)²¹. İşçinin, işe iade hakkında ilâmlı icra yoluna başvurması, aynı zamanda yukarıda belirtilen işverene başvuru zorunluluğunu da yerine getirmesi anlamına gelecektir (İşK m. 21/6)²². Ancak bunu da süresi içinde yapmalıdır. Takip talebinde işe iade ve işe iade gerçekleşmediğinde parasal olarak belirlenen işe iade tazminatının ödenmesi, ayrıca her iki durumda da parasal olarak belirlenmiş olan boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların ödenmesi istenmelidir. İşçi, ilâmlı icra takibi yapmadan önce de, süresi içinde işverene başvurup işe başlatılmasını isteyebilir. Bu yol tercih edilmişse işverenin işe başlatmaması halinde, işçinin sadece parasal hakları için ilâmlı icra takibi yapması mümkün-

20 İBK, 26.05.2017, 2/3 (RG, 21.07.2017, S. 30130).

21 İlâmlı icra takipleri konusunda bkz. Pekcanitez/Atalay/S. Özkan/Özekes, s. 272 vd.

22 Aynı yönde Kar, s. 510.

dür. Ancak böyle bir durumda işçinin işverene başvurduğunu da belgeyerek bu belgeyi ilâm veya ilâm niteliğindeki belgeyle birlikte takip talebine eklemesi uygun olur²³. İcra emrinin tebliği üzerine işveren, işçinin süresinde başvurmadığını veya işçinin başvurusunu kabul etmesine rağmen işçinin işe başlamadığını, bu sebeple de takibe konu talep hakkının ortadan kalktığını ileri sürerek karşı koyabilir. Bu, işçinin işe iade yönünden haklarının sona ermesi anlamında itfa sayılarak icranın geri bırakılması şeklinde gerçekleştirilmelidir (İİK m. 33).

Burada icra bakımından şu yolun tercihi de yanlış olmayacaktır: Kanun'daki düzenleme karşısında işe iade konusunda işveren zorlanamayacağı ve mutlaka bu yönde hareket etmesi beklenemeyeceği için, işçinin doğrudan işe iade talebi için ilâmlı icra takibinde bulunmasında hukukî yararının olmadığı²⁴; sadece parasal haklarla ilgili ilâmlı icra takibi yapabileceği de söylenebilir.

23 Erdoğan/Erzurumlu, bir öneri olarak işe iade talebiyle zorunlu arabulucuya başvurulmuş, ancak bu yönde bir anlaşmaya varılamamışsa, daha sonra açılacak işe iade davasında işe iade talebi yerine, parasal haklarla sınırlı bir talebin olmasının daha uygun olacağını belirtmektedirler. Çünkü, işe iade üzerinde arabulucu huzurunda anlaşamayan tarafları, yerine getirmeyecekleri baştan belli olan işe iade talebini mahkeme huzurunda ileri sürmeye zorlamak doğru olmadığı gibi, uygulanmayacak bir hüküm verilmesi gibi gereksiz bir sonucu da olacaktır (Erdoğan/Erzurumlu, s. 1894 vd.). Biz de yazarların bu görüşüne katılıyoruz. Hatta arabulucuya başvurulduğunda da işverenin işçiyi işe başlatmayacağı anlaşılıyorsa, sadece parasal haklar üzerinde anlaşma yeterli sayılmalı; dava açıldığında da işverenin işe başlatıp başlatmayacağı sorularak işe başlatmayacağı anlaşılıyorsa, sadece parasal haklarla ilgili karar vermek daha doğrudur. Şu andaki sistem dolaylı olarak bu sonuca varmakta, işe iade kararı verilse dahi uygulanmadığında parasal hakların ödenmesi söz konusu olmakta, ancak bu durum hem yargılama hem de icra sorunlarına yol açmaktadır. Nitekim Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu da, bu söylediklerimizi teyit eder şekilde feshin geçersizliği halinde, iş ilişkisine devamın beklenemeyeceği hallerde belirli şartlarda geçersiz feshin yaptırımını tazminatı esas almaktadır (Astarlı, s. 52).

24 Ancak, hukukî yararın bir takipte icra memuru tarafından tespiti ve takip talebini reddi çok kolay ve pratik olmayabilir. Çünkü, icra memuru bir takibin konusu içinde yer alan bir talep için hangi durumda hukukî yararın olup olmadığını tespit edemez. Bu durumda olsa olsa karşı tarafın şikâyet yoluyla bunu icra mahkemesine başvurarak çözmesi gerekecektir.

Bu durumda, işçinin önce işverene başvurması, işe iade edilmediğinde (ve buna bağlı olarak parasal hakları da ödenmediğinde) sadece parasal hakları için ilâmlı icra takibi yapması kabul edilebilir. Esasen bu yolun izlenmesi veya bu görüşün kabulü daha pratik ve daha az sorun doğuran bir yöntemdir. Kanaatimizce işçi için bu yolun tercihi daha uygundur²⁵. Fakat hangi yol tercih edilirse edilsin, yeni düzenleme karşısında ilâmlı icra yoluna başvurulmalıdır ve özellikle parasal haklarla ilgili kısmın, ilâmlı icra konusu olacak eda hükmü olduğu kabulü zorunludur.

İcra memuru takip talebini aldığı anda takip talebinin ilâm veya ilâm niteliğindeki belgeye uygunluğunu denetleyerek bir icra emri düzenlemelidir²⁶. Bu noktada, şayet işçi daha önce işe iade için işverene başvurmamışsa, ilâmlı icranın konusu olarak işe iade ve para alacağı şeklinde iki kategori talep mevcuttur. Bunların aynı icra emrinde yer alıp alamayacağı konusunda tereddüt edilebilir. Kanundaki düzenleme dikkate alındığında, işe iade talebi diğer ilâmlı icra kategorilerine girmediğinden (taşınır, taşınmaz, çocuk teslimi vs. olmadığından) burada bir işin yapılması veya yapılmaması hakkındaki ilâmlı icra hükümlerinin uygulanması gerekecektir (İİK m. 30). Parasal haklar bakımından ise para alacakları hakkındaki ilâmlı icra hükümleri (İİK m. 32) uygulanmalıdır. Sorun bu iki talebin aynı icra emrinde yer alıp alamayacağıdır. Zira, ilâmlı icrada taleplerin niteliğine göre farklı icra emri örnekleri düzenlenmektedir. Ancak, İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği bir işin yapılması veya yapılmamasına ilişkin ilâmlarla para alacaklarına ilişkin ilâmlar için aynı icra emri formunu (Örnek No: 4-5) kabul etmiştir. Dolayısıyla bu konuda da

25 Nitekim Kar da, sadece işe başlatma talebine yönelik bir takibin hukukî yarar yokluğundan reddi gerekir demektir. Çünkü, daha basit ve kolay bir yolla işverene başvurarak elde edilecek sonuç için yargı ve icra organlarına başvuruda hukukî yarar yoktur (Kar, s. 510). Ancak yazarın ister ilâmlı ister ilâmsız olsun her iki takipte de aynı gerekçeyi ve sonucu belirtmesi teknik bakımdan mümkün değildir. Zira, para alacakları dışındaki talepler bakımından zaten ilâmsız icra yoluna başvurulması mümkün olmadığından hukukî yarara dayanmaya gerek yoktur.

26 Pekcanitez/Atalay/S.Özkan/Özekes, s. 273.

pratik bir güçlük olmayacaktır. İcra emrinde, işverenin işçiyi işe başlatması veya parasal olarak net şekilde belirlenen işe iade tazminatını ödemesi, ayrıca boşta geçen süreye ilişkin parasal olarak belirlenmiş ücret ve diğer hakları ödemesi istenecektir. İşe iade taleplerine ilişkin ilâmlı icrayı, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin diğer ilâmların icrasından ayıran bir farklı olarak, işe iade gerçekleşmediğinde, işveren işçiyi işe başlatmadığında hapisle tazyike ilişkin yaptırımın (İİK m. 343) uygulanmayacağını söyleyebiliriz. Çünkü, Kanunda işe iade mutlak bir hüküm olarak değil, alternatifi (paraya dönüşmesi mümkün) olan bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Yani, takip borçlusu işveren, mutlaka işe iade zorunluluğu olmadığından ve icra için alternatifi bulunduğundan, sadece işe iade etmemesi sebebiyle hapisle tazyik yaptırımına muhatap olmayacaktır.

İşveren icra emrini aldığı anda, ya işe iadeyi gerçekleştirmek veya işe iade tazminatını (ayrıca boşta geçen süreye ilişkin alacakları) ödemek durumundadır. İcra emrinin gereği yerine getirilmediğinde, icra memuru işe iade bakımından işvereni zorlayamaz, ancak alternatifi olan işe iade tazminatının ve boşta geçen süreye ilişkin alacakların tahsili için takibe devam ederek borçlu işverenin mal varlığına haciz uygulayacaktır. İşverenin takibe engel olmasının veya karşı koymasının yolu, işe iadeyi gerçekleştirdiğini, bu olmasa dahi tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin alacakları ödediğini ya da işçinin zamanında gerekli başvuruyu yapmadığını yahut bu konuda işçiden süre aldığını veya bu taleplerin zamanaşımına uğradığını ileri sürerek (yani itfa, imhal veya zamanaşımı sebeplerinden birine dayanarak) icranın geri bırakılmasını icra mahkemesinden istemesidir (İİK m. 33, 33/a)²⁷.

Bunları da esasen kanunda belirtilen belgelerle ispat etmelidir. Bu ispatın zor olduğu söylenebilir, aslında bu güçlük benzer tüm icra takipleri için söz konusudur. Örneğin, çocuk tes-

liminde veya bir işin yapılmasına ilişkin diğer taleplerde hangi güçlük söz konusu ise, işe iadeye ilişkin de aynı güçlük mevcuttur. Nasıl ki, bugüne kadar bu ispat gücünü sebebiyle bu talepler ilâmlı icranın dışına çıkartılmamışsa, aynı şey işe iade bakımından da geçerlidir. Kaldı ki, borçlu olan ve aleyhine hüküm verilen işverenin, parasal haklar konusunda takibe karşı koymak için itirazlarının ispatı çok güç olmayacaktır. Bunları Kanunda sayılan belgelerle ispat edebilir (İİK m. 33, 33/a). Çünkü, parasal hakların ödenmesi diğer para borçları gibi ispatı mümkün olan bir durumdur.

İcranın geri bırakılması bakımından tartışılabilir ve tereddüt edilebilecek tek husus, işe iadesi teklif edilmesine rağmen işçinin işe başlamaması veya buna ilişkin sorunlardır²⁸. Bu noktada da işverenin bu teklifi yaptığı ispat edilmelidir.

Ancak bu ispat nasıl olacaktır ve İİK m. 33'de belirtilen belgelerle bu ispat mümkün müdür?

Bu konuda bir işin yapılmasına ilişkin ilâmların icrasındaki uygulama burada da geçerli olacaktır. Örneğin, bir işin yapılması hakkında kendisine icra emri gönderilen takip borçlusu, işi takipten önce zaten yaptığını veya hemen tamamlanacak bir iş değilse, yapmaya başladığını nasıl ileri sürüp ispat edecekse, işe iade bakımından da işveren aynı şekilde ispat edecektir. Çünkü, bu tür durumların İİK m. 33'deki hükmün doğrudan uygulanması ile ispatı her zaman mümkün olmaz. Ayrıca unutmamak gerekir ki, ilâmlı icrada takibe karşı koymanın yolu olarak kabul edilen icranın geri bırakılmasını düzenleyen İİK m. 33, para alacaklarına ilişkin ilâmlı icra hükümleri arasında yer almaktadır.

Bu hüküm ilâmlı icraya ilişkin diğer durumlarda da icranın geri bırakılması bakımından ge-

²⁷ İcranın geri bırakılması hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/S.Özkan/Özekes, s. 274 vd.

²⁸ Nitekim Kar da bu sorunlara dikkat çekerek ilâmlı icrada, işverenin bunlara itiraz imkânının ortadan kalkmış olduğu gerekçesine dayanmaktadır (Kar, s. 511). Görünüşte haklı gibi görünse de, yukarıda açıkladığımız üzere esasen bu sorunun çözümü de mümkündür. Çünkü, benzer sorunlar tüm yapma edimleri bakımından mevcuttur; ancak icra hukukunda bugüne kadar bu sorunlar ilâmlı icraya engel olmamış, çözüm bulunmuştur.

çerli olmakla birlikte, para dışındaki taleplerde para alacakları gibi aynen uygulanması mümkün değildir. Örneğin, bir para borcunun takipten önce ödendiğini belirli belgelerle ispat etmek mümkündür; ancak yapma borçlarında bir işe başlandığı veya işin tamamlandığı her zaman belge ile ispat edilemez.

Yargıtay da bu tür durumlarda belge dışında da ispata imkân tanıyan kararlar vermektedir²⁹.

29 "Alacaklı tarafından borçlu aleyhine başlatılan ilamlı takipte borçlu vekili itfa nedeniyle takibin iptalini talep etmiş, Mahkemece yapılan keşif ve bilirkişi incelemeleri sonucunda takibe konu baz istasyonunun kaldırıldığı gerekçesiyle icranın geri bırakılmasına karar verilmesi üzerine; hüküm süresi içinde alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir. (...) Takip konusu kararda baz istasyonunun kaldırılma gerekçesi, varlığının kişiler üzerindeki psikolojik etkisi olup, radyolink antenlerinin bulunması mevcut haliyle kişiler üzerinde aynı psikolojik etkiyi yapacağından hükmün infaz edilmediğinin kabulü ile talebin reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle icranın geri bırakılması yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." 8. HD, 17.02.2015, 2014/25081, 2015/4282 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu kararda görüldüğü üzere hüküm bir baz istasyonunun kaldırılması hakkında olup bu hükmün ilâmlı icrası sırasında borçlu baz istasyonunun kaldırıldığı konusunda icranın geri bırakılması talebinde bulunmuş ve bu talep değerlendirilmiştir.

"Borçlu vekili, alacaklı tarafından vekil edeni aleyhine boşanma ilamıyla müşterek çocuk için hükmedilen iştiyak nafakasının tahsili için başlatılan ilamlı takibin, 2007 yılı Nisan ayına kadar tüm nafakaların ödenmesi ve anılan bu tarihten sonra ise müşterek çocuk A'nın borçlu vekil edeni yanında kalması sebebiyle iptalini istemiştir. Mahkemece şikayetçi borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılan velayetin ve nafakanın kaldırılması davasının reddildiği ve davacının davasını ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İcra emri incelendiğinde; alacaklının müşterek çocuk A için hükmedilen 2007 yılı Nisan ayından itibaren birikmiş nafaka alacağını talep ettiği anlaşılmaktadır.

2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 33/1-2 maddesinde "İcra emrinin tebliği üzerine borçlu yedi gün içinde dilekçeyle icra mahkemesine başvurarak borcun zamanaşımına uğradığı veya imhal veya itfa edildiği itirazında bulunabilir. İtfa veya imhal iddiası yetkili mercilerce re'sen yapılmış veya usulüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetle tevsik edildiği takdirde icra geri bırakılır. İcra emrinin tebliğinden sonraki devrede tahakkuk etmiş itfa, imhal veya zamanaşımına dayanan geri bırakma istekleri her zaman yapılabilir. Bunlardan itfa veya imhale dayanan istekler mutlaka noterlikçe re'sen yapılmış veya tasdik olunmuş belgelere veya icra zaptına istinad ettirilmelidir." hükmü düzenlenmiştir.

Şikayetçi borçlu, 2007 Nisan ayından itibaren boşanma

Dolayısıyla para dışındaki taleplerde olduğu gibi işe iade talepleri karşısında da işveren, icranın geri bırakılmasına yönelik itirazlarını bu belgeler dışında ispat edebilir.

Parasal borçlar bakımından (yani işe iade tazminatı ve boştan geçen süre ücreti), icranın geri bırakılmasına ilişkin durum söz konusu ise itfanın veya imhalin kanunda aranan (İİK m. 33) belgelerle ispatı gerekecektir.

İşe iade konusundaki uyuşmazlık arabulucu yoluyla çözülmüş, ancak arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen belge, ilâm niteliğinde değilse, bu belgeye dayanarak ancak ilâmsız (genel haciz yoluyla) takip yapılabilir. Fakat işe iade talebinin kendisi için doğrudan ilâmsız takip yapılamaz. Çünkü, ilâmsız icra ancak para alacakları için söz konusu olabilir. Bu durumda, işçi önce süresinde işverene başvurarak işe iadesini talep etmelidir (İşK m. 21/6). İşveren, başvuru üzerine bir ay içinde işçiyi işe başlatmaz ise, o zaman işçinin parasal haklarını (işe iade tazminatı ve boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları) ödemesi gerekeceğinden (İşK m. 21/1, 3), işçi bu hakları için ilâmsız icra takibi yapmak durumundadır. İlâmsız icra takibine karşı işveren itiraz ederse takip durur (İİK m. 66), bunun üzerine işçi itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir (İİK m. 68) veya itirazın iptali

kararıyla velayeti alacaklı anneye verilen müşterek çocuk A'nın kendi yanında kaldığı iddiasında bulunmaktadır. Şikayetçinin alacaklı aleyhine İzmir 13. Aile Mahkemesi'nin 2007/586 E. sayılı dosyasıyla açtığı velayetin ve nafakanın kaldırılması davasında, alacaklı vekili 12.7.2007 hakim havale tarihli cevap dilekçesinde "2007 yılı Nisan ayından itibaren küçük çocuk A'nın davacı babanın yanına gittiğini ve tekrar annesinin evine dönmediğini" beyan etmiştir. Duruşmada dinlenen davacı tanık beyanları ve alacaklı vekilinin anılan cevap dilekçesi birlikte değerlendirildiğinde 2007 yılı Nisan ayından itibaren küçük Arda'nın şikayetçi baba yanında kaldığı anlaşılmaktadır. Tüm bu açıklamalar sebebiyle takipte talep edilen 2007 yılı Nisan ayı vd. nafakaların talep edilemeyeceğinin kabulü gerekir. Mahkemece takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle ret kararı verilmesi isabetsizdir." 8. HD, 11.06.2013, 2013/3029, 2013/8901 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu kararda da nafaka borçlusu baba, çocuğun kendi yanında kaldığını bu sebeple nafaka ödemek durumunda olmadığını belirterek ilâmlı icra takibine karşı koymuş, Yargıtay gerekçesinde İİK m. 33 hükmünü de gerekçe yapmış, bu hükmü de belge aranmışsa da ve tanık da dinlenmesi sonucu karar verilmesini uygun bulmuştur.

davasası (İİK m. 67) açabilir.

Şayet yukarıda belirttiğimiz gerekçelere ve Kanunun amacına rağmen, işe iade davası hükmünün hâlâ daha bir tespit hükmü olduğu şeklindeki eski görüşte ısrar edilirse, o zaman da yine ilâmsız icra yoluna başvuru söz konusu olacaktır. Ancak bu, yapılan düzenlemeye aykırı olacak ve Kanun'un değişiklikle amaçladığı sonucu görmezlik anlamına gelecektir. En önemlisi de arabuluculuk sonunda hazırlanan anlaşma metninin, ilâm niteliği kazandırılırsa ilâmlı icra konusu olabilmesi, ancak aynı içerikteki bir mahkeme kararının (ilâmın) ilâmsız icraya tâbi kılınması gibi, izahı zor, mantık ve hukuk sınırlarını zorlayan bir sonucun doğmasıdır.

Sonuç

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu sadece iş mahkemelerini ve iş yargılamasını düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda iş hukuku ile ilgili mevzuatta da değişiklikler yapmıştır. Bu çerçevede gerek 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda gerekse bu Kanun'un değişiklik yaptığı 4857 sayılı İş Kanunu'nda işe iade talepleri bakımından da önemli bazı değişiklikler söz konusudur. Bu çalışmada, yapılan değişikliklerin işe iade davasının niteliğine ve işe iade taleplerinin icrasına etkisini değerlendirmeye çalıştık. Bu değerlendirmelere bağlı olarak şu tespitleri yapıp sonuçları ortaya koymak mümkündür:

1. 7036 sayılı İşMK ile kabul edilen dava şartı olan (zorunlu) arabuluculuk hükümleriyle bağlantılı şekilde, işe iade taleplerinde de zorunlu arabuluculuk kabul edilmiştir. İşe iade taleplerinde arabuluculuk hakkındaki düzenlemede, işçinin işe iade davası açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiş (İşMK m. 3/1, İşK m. 20/1) ve arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşılırsa bu anlaşmanın içeriği ayrıca düzenlenmiştir (İşK m. 21/7). Keza, işe iade davası bakımından da, davanın açılmasına ilişkin süreler, yargılamada verilecek karar ve başvurulacak kanun yolu (İşK m. 20/1, 3) ile iş

güvencesi tazminatının belirlenme şekli (İşK m. 21/4) hakkında değişiklikler yapılmıştır.

2. Bu konuda önemli bir değişiklik olarak işe iade davasında işe iade tazminatı ile boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların, dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirleneceği düzenlenmiştir (İşK m. 21/4). Kanun koyucu burada uygulamadaki sorunları çözmeyi amaçlamış, özellikle hükmün icrasıyla ilgili belirsizlikleri ortadan kaldırarak yeni takip ve davaların önüne geçmeye çalışmıştır.
3. Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde, işe başlatma tarihini, boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda boşta geçen süreye ilişkin tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunlu kılınmış; aksi takdirde anlaşmanın sağlanmadığı ve son tutanağın buna göre düzenleneceği kabul edilmiştir (İşK m. 21/7).
4. Bugüne kadar bizim dışımızda doktrinde ve Yargıtay kararlarında, işe iade davasında verilen hükmün bir tespit hükmü olduğu kabul edilmekle birlikte, kanaatimizce Kanun'daki yeni düzenleme karşısında, bu görüşün değiştirilmesi zorunlu hale gelmiştir. İşe iade davası sonunda parasal hakların belirlenmesindeki değişiklik konusunda, kanun koyucunun ortaya koyduğu gerekçe ve özellikle arabuluculuk faaliyeti sonunda işe iadeye ilişkin varılacak anlaşmanın belirli şartlarda ilâm niteliğinde belge sayılması (HUAK m. 18/2, 4), ilâm niteliğindeki belgelerin de ilâmlı icraya konulabilmesi (İİK m. 38) bunu gerekli ve zorunlu kılmaktadır. Çünkü, (arbuluculuk faaliyeti sonucu ortaya çıkan) ilâm niteliğindeki belgeye ilâmlı icra imkânı tanıyıp onunla aynı içeriğe sahip bulunan ve ondan daha güçlü olan (işe iade davası sonunda verilen) ilâma bu imkânı tanımamak hukuk bir yana mantık kurallarıyla bağdaşmayacaktır.
5. İşe iade konusunda ilâmlı icra yoluna başvuru

rulduğunda, işe iade ile birlikte parasal haklara ilişkin taleplerin aynı takip talebinde ve bunun devamında aynı icra emrinde yer alması mümkündür. Ancak işçi işe iade talebini de ilâmlı icra takibinin konusu yapacaksa, bunu işe başlamak için aranan başvuru süresinde yapmalıdır (İşK m. 21/6). İşçi şayet işe iade talebini işverene takip yapmadan önce iletmiş, işveren işçiyi işe başlatmamışsa, o zaman işçi sadece parasal haklar bakımından ilâmlı icra takibi yapabilir. Bu noktada işçinin işe iadeyi takipten önce işverene ayrıca iletme veya ilâmlı icra takibinde işe iade talebine de yer vermek şeklinde tercih hakkı olduğu kanaatindeyiz. Ancak daha doğru olan ve hatta asıl uygulanması gerekenin, önce işe iade talebiyle işverene başvurulması, işe iade gerçekleşmediğinde parasal haklar için icra takibi yapılması olmalıdır. Bu durumda işçinin ilâm veya ilâm niteliğindeki belge yanında işverene başvurduğunu gösteren belgeyi de takip talebine eklemesi uygun olur.

6. İşe iade talebiyle birlikte parasal hakların ilâmlı icra konusu yapılması halinde, işe iade bir işi yapma hükümlerine göre (İİK m. 30), parasal haklar ise para alacaklarına ilişkin hükümlere göre (İİK m. 32) ilâmlı icranın konusu olacak ve bu ikisi için aynı örnek icra emri doldurulacaktır (örnek no: 4-5). Ancak işe iadenin alternatifi olarak işe iade tazminatı söz konusu olduğundan, burada işverenin işe iade için icra dairesince zorlanması veya yaptırıma muhatap olması durumu ortaya çıkmayacak, onun yerine tazminatın tahsili gerekecektir. İşe iade tazminatı ve boşta geçen süre alacağı bakımından ise, bunlar ödenmediğinde icraya devam edilerek işverene karşı haciz ve onun devamında hacizli malların satışı söz konusudur.
7. Gönderilen icra emrine karşı işveren tarafından icranın geri bırakılması yoluyla karşı konulması mümkündür (İİK m. 33, 33/a). İcraanın geri bırakılması hükümleri Kanun'da para alacakları esas alınarak düzenlenmiştir. Oysa işe iade, yapma hakkındaki ilâmların

icrasına göre icra edileceğinden icranın geri bırakılması hakkında para alacaklarındaki gibi bir uygulama beklenemez. Bu sebeple işe iade ile ilgili konularda, icranın geri bırakılması sebepleri çerçevesinde (itfa, imhal, zamanaşımı) işverenin her zaman itirazlarını kanunda belirtilen belgelerle ispatı mümkün olmayacağından niteliğine uygun şekilde ispatı aranmalıdır. Örneğin işçinin süresinde işe başlamak için başvurmadığı, işverenin kabulüne rağmen işe başlamadığı yönündeki sebepler başka şekillerde de ispat edilebilir. Yargıtay'ın da yapma edimleri konusunda bu yönde kararları mevcuttur.

8. Tüm bu açıklamalarımıza rağmen, teknik bir konu olan icra hukukunun gereklerini tartışmayan iş hukuku doktrininin ve alıştığı yöntemi (hatta mevzuat değişse bile, mevzuata rağmen) değiştirmeme konusunda bazen ısrarcı olan Yargıtay'ın, işe iade konusundaki tespit hükmü görüşünden dönmek konusunda zorlanacağı kanaatindeyiz. Hatta bu konuda kanun değişikliği ile bir farklılığın oluştuğu ve bunun usûl ve icra hukuku bakımından ciddi sonucu bulunduğu konusunda dahi sınırlı bir bilgi olduğu görülmektedir. Ancak bunun gözardı edilmesi, tüm sorunlarına ve eksikliklerine rağmen kanun koyucunun tercihini gözardı etmek, kanuna göre değil alışkanlıklara göre hareket etmek demektir ki, bu da hukukî bir yaklaşım sayılmaz. Doğruyu uygulamak yerine alışkanlığı sürdürmenin kolaycılığı, hukukî de aklî de değildir. Son söz olarak: "Bilinen herhangi bir şey, onu bilene, her zaman sistemli, kanıtlanmış, uygulanabilir ve doğruluğu besbelli gibi görünmüştür. Her yabancı bilgi sistemi de, aynı biçimde, çelişkili, kanıtlanmamış, uygulanamaz nitelikte, hayali ya da gizemli görünmüştür." (Ludwig Fleck).

KAYNAKÇA

- Alpagut G., "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi - 14 Mayıs 2016 (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, 2016, s. 195-217.
- Astarlı M., "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Sicil 2017/38, s. 40-53.
- Çankaya O. G./Günay C. İ./Göktaş S., Türk İş Hukukunda İş İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Çelik N./Caniklioğlu N./Canbolat T., İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017.
- Erdoğan E./Erzurumlu N., "İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", İSGHD, C. 13, S. 52/2016, ss.1861 vd.
- Güzel A., "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler", ÇTD, 2016/3 (50), ss. 1131-1146. (Tasarı)
- Kar B., İş Güvencesi ve Uygulaması, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Mollamahmutoğlu H. /Astarlı M. /Baysal U., İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017.
- Narmanlioğlu Ü., İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014. (Ferdî İş)
- Narmanlioğlu Ü., "İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)", Sicil, 2017/38, ss. 9-21. (Feshin Geçersizliği)
- Özekes M., İş Kanunu'nun 20. ve 21. Madelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479-514 (Değerlendirme).
- Özekes M., Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İş İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Güvencesi ve İş İade Davaları, Legal 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 131-170 (Uygulama Sorunları)
- Özekes M., "İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları", Sicil 2006/4, s. 32-38 (Takip).
- Özekes M./Atalı M., "7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler" (Tebliğ Metni), Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017. (yayın aşamasındadır).
- Özekes Ö., İş İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, YL Projesi, İzmir 2018. (Özekes Ö.)
- Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M., İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, İstanbul 2017.
- Süzek S., İş Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2017.
- Tulukçu N. B., İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade, Ankara 2017.
- Yılmaz E., "İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler", Sicil 2006/4, s. 20-31. (Dava)
- Yılmaz E., "İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması", Sicil 2010/17, s. 45-52. (Takip)

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK*

Makale Gönderim Tarihi: 24 Mayıs 2018

Makale Kabul Tarihi: 28 Mayıs 2018

İkale Sözleşmesi Kapsamında Yapılan Ödemelerin Vergi Hukuku Boyutu

Öz

İkale sözleşmeleri son yıllarda özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında iş güvencesi hükümleriyle birlikte iş dünyasında oldukça önem kazanmıştır. Borçlar Kanunu'nda yer almayan bu sözleşme türü, gerek niteliği, gerekse sonuçları bakımından bazı hukuki problemleri de beraberinde getirmektedir.

Konunun çok sayıda kişiyi ve kurumu ilgilendiren vergi boyutunda yaşanan problemler sonrasında 21.3.2018 tarih 7103 sayılı Kanun'la birlikte bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bütün bu hususlar bu çalışmada değerlendirilecektir.

Anahtar Sözcükler:

Vergi, Vergi Hukuku, Gelir Vergisi, Vergi İstisnası, İkale Sözleşmesi.

Tax Law Dimension of the Payments Made in the Context of Mutual Termination Contract

Abstract

In recent years, mutual termination contracts have become quite important within the business world, especially with the provisions of job security after the Labor Act No. 4857. This type of contract, which is not included in the Code of Obligations, leads some legal problems in terms of both its

quality and consequences. Regarding problems experienced in the tax dimension of the subject, related to many people and institutions, some regulations were made with the Law No. 7103 dated 21.3.2018. All these aspects will be evaluated in this study.

Keywords:

Tax, Tax Law, Income Tax Act, Tax Exemption, Mutual Termination Contract.

*Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi - huzelturk@superonline.com

2 Şubat 2018 tarihinde Maliye Bakanı Naci Ağbal'ın Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı'yla ilgili açıklamalarında konuyla ilgili olarak "Hizmet erbabına iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak yapılan; iş kaybı, iş sonu, karşılıklı sonlandırma tazminatı gibi ödemelerin ücret geliri kapsamına alınması ile bu ödemelerin kıdem tazminatı tutarına kadar olan kısmının vergiye tabi tutulmaması sağlanmaktadır." açıklaması bulunmaktadır¹.

Bu açıklama sonrasında metnin ne şekilde kanunlaşacağı önem kazanmıştır. Zira ülkemizde çok sıkça rastlanıldığı üzere hazırlanan tasarı ve teklifler Meclis görüşmelerinde verilen çeşitli önergelerle değiştirilebilmektedir. Keza komisyon görüşmelerinde de metinlerde değişiklik olabilmektedir. Bu nedenle nihai metin hukuk bakımından izlenmesi ve değerlendirilmesi gereken metindir. Bu da Resmi Gazete'de yayınlanan metindir.

Yukarıda bahsi geçen söz konusu tasarı daha sonra 21.3.2018 tarih ve 7103 numara ile "Vergi Kanunları İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" adıyla kanunlaşmıştır². Bu Kanun'la çeşitli istisnalar getirilmektedir. Bunlar aşağıda sırasıyla yer aldığı üzere 4, 5, 6 ve 7. maddelerdir:

- 193 sayılı Kanunun 23. maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

MADDE 4: "16. İşverenlerce, kadın hizmet erbabına kreş ve gündüz bakımevi hizmeti vermek suretiyle sağlanan menfaatler (İşverenlerce bu hizmetlerin verilmediği durumlarda, ödemenin doğrudan bu hizmetleri sağlayan gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerine yapılması şartıyla, her bir çocuk için aylık, asgarî ücretin aylık brüt tutarının %15'ini aşmamak üzere bu istisnadan yararlanır. Kreş ve gündüz bakımevi hizmetini

sağlayanlara yapılan ödemelerin belirlenen istisna tutarını aşan kısmı ile hizmet erbabına bu amaçla nakden yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler ücret olarak vergilendirilir. Bu bentte yer alan %15 oranını, asgarî ücretin aylık brüt tutarının %50'sine kadar artırmaya ve kanuni seviyesine getirmeye Bakanlar Kurulu, bu istisnanın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.)"

- 193 sayılı Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 5: "7. a) 25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu ve 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (Hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.);

b) Hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre bu bendin (a) alt bendinde belirtilen istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar (Bu bendin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.);"

- 193 sayılı Kanunun 32. maddesine dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

MADDE 6: "Net ücretleri, bu Kanunun 103 üncü maddesinde yazılı tarife nedeniyle bu maddedeki esaslara göre sadece kendisi için asgarî geçim indirimi hesaplanan asgarî ücretlilere, içinde bulunulan yılın Ocak ayına ilişkin ödenen

1 <http://www.maliye.gov.tr/haberler/maliye-bakani-sayin-naci-agbalin-bugun-tbmm-ye-sevkedilen-vergi-kanunlari-ile>

2 RG: 27.3.2018-30373 (2. mükerrer).

net ücretin (ilgili yılda geçerli asgarî ücretin dönemsel olarak farklı tutarlarda belirlenmiş olması halinde, yeni asgarî ücretin geçerli olduğu aylar için artışın uygulandığı ilk aydaki ücret üzerinden Kanununun 103 üncü maddesinde yer alan tarifenin ilk dilimindeki oran baz alınarak hesaplanan net ücretin) altında kalanlara, bu tutar ile bu tutarın altında kaldığı aylara ilişkin olarak aylık hesaplanan net ücreti arasındaki fark tutar, ücretlinin asgarî geçim indirimine ayrıca ilave edilir. Bu fıkrada geçen net ücret, yasal kesintiler sonrası ücret tutarına asgarî geçim indiriminin ilavesi sonucu oluşan ücreti ifade eder.”

- 193 sayılı Kanununun 61. maddesinin üçüncü fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

MADDE 7: “7. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar.”

Bu düzenlemelerle ilgili olarak 7.3.2018 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi görüşmelerinde 67. Birleşimde aşağıda yer alan çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır.

4. Madde Görüşmeleri;

MERAL DANIŞ BEŞTAŞ (Adana Milletvekili)–Görüşülmekte olan torba kanun tasarısının 4’üncü maddesiyle, kreş yardımı, Komisyonda, Gelir Vergisi Kanunu’nda bir vergi istisnası şeklinde düzenlenmiş ve vergiden istisna tutuluyor. Şimdi, açıkçası kreş meselesi çok önemli bir mesele; özellikle kadınlar, anneler için, çalışma yaşamına aktif katılabilmeleri, çocuklarının bakımı, güvende olması açısından bizim de çok önemseydiğimiz bir madde ancak bu hâliyle, bu düzenlemenin bu hâliyle yetersizlik karşılanmamaktadır. Şöyle ki: Şimdi, kreşlerin teftişinden normalde İş Teftiş Kurulu Başkanlığı sorumlu. Türkiye’de 2013 yılında 7.204 iş yerinden sadece 299’u denetlenmiş ve bu denetlemelere göre sadece yüzde 45’inde kreş bulunmadığı tespit edilmiş. Burada, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı

Cinsiyet Eşitliği Şube Müdürlüğü’nün yaptığı açıklamaya göre, 2014 yılında ise 150 ve üstü kadın işçi çalıştıran iş yerlerinden sadece 209’unda teftiş yapılmış ve bu teftişe göre yüzde 93’ünde kreş bulunmadığı tespit edilmiş. Daha güncel veriler henüz kamuoyuna yansımamıştır. Açıkçası, işverenler kreş meselesinde “Kreş açmam ama cezamı da öderim, bu zorunluluğun gereğini yapmam.” şeklinde bir yaklaşım içindeler. Kreş açma yükümlülüğüne uyulmaması hâlinde aslında çalışma şartlarının da uygulanmaması sonucu çıkıyor ve bu durumun işçi lehine fesih hakkını doğurduğunu da not etmek isterim. Tabii, işçiler bu konuyu dava meselesi yapmaktan çekiniyorlar çünkü hem uzun yıllar süren davalar söz konusu hem de haklarını elde etme konusunda bir muğlaklık var. Şu anda, mevcut durumda çok az kadın kreş hizmetinden faydalanıyor. İşverenlere vergi indirimiyle işverenleri kreş yardımına teşvik etmek mümkün değil şu anki düzenlemeye göre. İş yerleri teftiş edilmediğinden işverenler hem kreş kurmaktan hem de kreş yardımı yapmaktan kaçınıyor. Öngörülen vergi istisnası da bu konuda bir çözüm değildir.

Kreş ücretlerini tahminen söylüyoruz ama bilgilerimiz de var, çocuklarımız şu an kreş yaşında değil, büyüdüler ama çevremizde, çok yakinen bildiğimiz üzere aşağı yukarı bin TL’den başlıyor kreş ücretleri ve bu 300 TL için vergi istisnası, kreş yardımı için işverenleri harekete geçirmeyecek; bu da açıkça görülüyor. Ayrıca, Türkiye’de 30 kişi ve altında işçi çalıştıran iş yerlerinin çoğunlukta olduğunu da belirtmek lazım. Kreş açma veya hizmet satın alma zorunluluğu, 150’den fazla kadın işçi çalıştıran iş yerlerini kapsamaması sebebiyle çok küçük bir kesime hitap ediyor. Kamusal bakım hizmetleri yaygınlaşmadığından kadınlar bakım emeği yükü nedeniyle iş bulamamakta, iş yerinde ayrımcılığa ve mobbinge uğramakta, hem iş yerinde hem evde yoğun biçimde çalışmak zorunda kalmakta ve doğumdan sonra işe devam etmeleri durumunda da kazandıkları ücretlerin büyük bir kısmını bakıcıya ya da kreşe vermek zorunda kalmaktadırlar. Bu nedenle, kreş yardımı ve işverenlere vergi muafiyeti gibi düzenlemeler ise kreşleri piyasalaştırıyor açıkçası, kreş fiyatları da gün geçtikçe artıyor. Kadınların talebi,

istihdamdan bağımsız, her mahallede ulaşılabilir, ücretsiz kreşlerin açılmasıdır. Bu, aynı zamanda sosyal devlet olma ilkesinin de bir gereğidir. Kreşlerin yaygınlaşması sadece çocuğun kreşte geçirdiği zaman boyunca kadınlara ve çocuklara fayda sağlamıyor, bununla beraber çocuğun temiz biçimde evine dönmesini de sağlayarak aynı zamanda kadının bakım emeğini de azaltmaktadır. Şimdi, açıkçası bu konuda bizim de çok sayıda önerimiz var, farklı zamanlarda ifade ediyoruz. Ama şunu söyleyelim: Kreş bir kere istihdamdan bağımsız hâlde değerlendirilmelidir. Ev emekçisi kadınların ev dışında, dışarıda çalışmasa bile yine kreş hakkı olmalı. Yani "Evde çalışan bir kadının kreş hakkı olmamalı." diye bir yaklaşım doğru değildir. Annelik rolleri, sanki, mutlaka evde olduğu için, dışarıda bir işte çalışmadığı için ev içi emeğinin de görünmez kılınmasına sebebiyet veriyor.

Bir de işçi çalıştıran iş yerlerinin patronları çalıştırdıkları işçi sayısına göre mahalle kreşlerinin finansmanına katılabilir; aslında, bu yolla daha etkin ve iyi bir çalışma da ortaya çıkabilir. Mahalle kreşlerinin finansmanının da kalan bölümü merkezî devlet tarafından sağlanabilir. Bu durumda da kreşlerin idaresinin belediyelere bırakılması da mümkündür. Yani özcesi, mevcut vergi istisnasıyla kadınların kreşten yararlanması, çocuklarının yararlanması ve bu konuda çocuk bakım hizmetlerinin bu şekilde karşılanması ve kadının yaşadığı emek sömürüsünün ortadan kaldırılması mümkün değildir diyerek hepimize teşekkür ediyorum.

Madde ile ilgili olarak kabul edilmeyen CHP önerisi şu şekildedir:

MADDE 4- 193 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

"16. İşverenlerce, kadın hizmet erbabına kreş ve gündüz bakımevi hizmeti verilmek suretiyle sağlanan menfaatler (İşverenlerce bu hizmetlerin verilmediği durumlarda, ödemenin doğrudan bu hizmetleri sağlayan gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerine yapılması şartıyla, her bir çocuk için

aylık, asgari ücretin aylık brüt tutarının % 20'sini aşmamak üzere bu istisnadan yararlanılır. Kreş ve gündüz bakımevi hizmetini sağlayanlara yapılan ödemelerin belirlenen istisna tutarını aşan kısmı ile hizmet erbabına bu amaçla nakden yapılan ödemeler ve sağlanan menfaatler ücret olarak vergilendirilir. Bu bentte yer alan % 20 oranını, asgari ücretin aylık brüt tutarının % 50'sine kadar artırmaya ve kanuni seviyesine getirmeye Bakanlar Kurulu, bu istisnanın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.)"

5. Madde Görüşmeleri;

Madde ile ilgili olarak kabul edilmeyen CHP önerisi şu şekildedir:

MADDE 5- 193 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan (7) numaralı bent aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"7. a) 25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu ve 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (Hizmet ifa etmesizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.)

b) Hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre bu bendin (a) alt bendinde belirtilen istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar (Bu bendin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.)"

ATİLA SERTEL (İzmir): Türkiye'de tabii, kıdem tazminatı çok önemli ama benim yaptığım araştırmalara göre, Türkiye'de bugün 100 kişiden ancak 86 kişi kıdem tazminatı alabiliyor, onlar da genelde kamuda çalışanlar. Yargıda en çok işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlık dosyaları var, bunun da yüzde 70'i kıdem tazminatıyla ilgili. Son

üç yılda 100 bin kişi "Tazminatımı alamadım." diye mahkemelere başvurmuş, insan otuz yılını bir şirkete vermiş ve sonuçta, kıdem tazminatını almaya geldiğinde patron demiş ki "Ben iflas ettim." ya da "Ödemiyorum." bu olay mahkemelere düşmüş. Türkiye'de gerçekler çalışanların aleyhine geliyor ve Adalet ve Kalkınma Partisinin de hem çıkardığı yasalar hem uygulamaları bu noktada onları cesaretlendiriyor.

Geçtiğimiz dönemde Cumhuriyet Halk Partisinin sürekli taşeronların sorunlarının çözümüne yönelik mücadelesinin getirdiği noktada, bir kanun hükmünde kararnameyle taşeron işçilerine müjde verdiklerini ve onların sorunlarını çözdüklerini söylediler. Sorun çözülmedi ve biraz önce Milliyetçi Hareket Partisinden kıymetli hatip çok önemle altını çizdi, bir kez de ben çizmek istiyorum: Beş yıl, sekiz yıl, on yıl, on beş yıl taşeron işçisi olarak çalışan ve evine ekmeğ götürülen insanlar "Sen eski hükümlüsün, senin adli sicilini bozuk." denilerek işlerinden edilme gibi bir duruma getirildi. Cezaevlerinde yatan insanların bile topluma kazandırılması gereken bir çizgi izlenirken sekiz yıl, on yıl çalışan insanlara "Senin adli sicilini bozuk, işsizsin." demek kadar vicdansızlık olamaz. Bu vicdansızlığı Adalet ve Kalkınma Partisinin yaptığına inanmıyorum çünkü onların da etki ve yetki gücü yok, kanun hükmünde kararnamede onların da imzası yok. O nedenle, buradan bu vicdana seslenmek istiyorum: Bu insanları kapının önüne kimse koymamalı.

Ayrıca arkadaşlar, biz Mecliste çalışıyoruz ve Mecliste bizim yanımızda çalışan, hiçbir hakları, hiçbir hukuku, hiçbir güvencesi olmayan danışman arkadaşlarımız var. Onların da kıdem tazminatı yok ama kıdem tazminatını bir yana bırakalım, iş güvenceleri yok. İhbar ve kıdem tazminatları olmadığı gibi, yarın, bu insanlar için, milletvekilinin "Artık seninle çalışmıyorum." sözü o insanın işinin son noktası olarak bizim Mecliste gündeme geliyor. Bu insanlar bizim kardeşlerimiz, bizimle beraber gece gündüz mesai harcıyorlar. AK PARTİ'li milletvekillerinin de Milliyetçi Hareket Partili milletvekillerinin de HDP'li milletvekillerinin de CHP'li milletvekillerinin de danışmanlarının güvencesi, bu Meclisteki çalışan, bu Mecliste görev gören insanların da ge-

leceği bizim iki dudağımızın arasına bırakılmış durumda. Bu haksızlığın kaldırılmasını istiyorum."

6. Madde Görüşmeleri;

Madde ile ilgili olarak kabul edilmeyen CHP önerisi şu şekildedir:

MADDE 6- 193 sayılı Kanunun 32 nci maddesine dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra ilave edilmiştir.

"Net ücretleri, bu Kanunun 103 üncü maddesinde yazılı tarife nedeniyle bu maddedeki esaslara göre sadece kendisi için asgari geçim indirimi hesaplanan asgari ücretlilere, içinde bulunulan yılın Ocak ayına ilişkin ödenen net ücretin (ilgili yılda geçerli asgari ücretin dönemsel olarak farklı tutarlarda belirlenmiş olması halinde, yeni asgari ücretin geçerli olduğu aylar için artışın uygulandığı ilk aydaki ücret üzerinden Kanunun 103 üncü maddesinde yer alan tarifenin ilk diliminde yer alan oran baz alınarak hesaplanan net ücretin) altında kalanlara, bu tutar ile bu tutarın altında kaldığı aylara ilişkin olarak aylık hesaplanan net ücreti arasındaki fark tutar, ücretlinin asgari geçim indirimine ayrıca ilave edilir. Bu fıkrada geçen net ücret, yasal kesintiler sonrası ücret tutarına asgari geçim indiriminin ilavesi sonucu oluşan ücreti ifade eder."

YAKUP AKKAYA (İstanbul) – Görüşülmekte olan Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısının 6'ncı maddesi üzerinde Cumhuriyet Halk Partisi Grubu adına söz aldım. Bütün Gazi Meclisi saygıyla selamlıyorum.

Bu kanun tasarısının esas amacı, yılbaşında belirlenen asgari ücretin o yıl içinde eksilmeden korunması sağlamaktır. Ancak getirilen düzenleme yetersizdir ve eksiktir çünkü 6,5 milyon asgari ücretli çalışan işçilerin hepsi evli, eşi çalışmayan ve çocuksuz işçiler değildir. Düzenleme buna göre yapılmıştır ve süreç içinde burada sorun ve problem çıkacağını buradan bir kez daha ifade etmek istiyorum.

Biz yıllardır bu kürsüden söylüyoruz, bunu sendikalar da söylüyor, işçi sendikaları da söylüyor: Esasen burada yapılması gereken, asgari ücretin vergi dışı bırakılmasıdır. Asgari ücretin vergi dışı bı-

rakılması bu sorunu kökten çözecektir. Vergi adaletini de ancak o şekilde sağlayacağımızı düşünüyorum.

Esasen düzeltmeye çalıştığınız bu sorun başka bir sorunu da beraberinde getirecektir. Biz bunu söylediğimiz zaman Sayın Maliye Bakanı buna itiraz edecektir ama geçtiğimiz yıllarda ve hâlen devam eden işverene yönelik prim indirimleri, vergi indirimleri vesaire düzenlemeler yapılıyor. İşçiye geldiği zaman bu tür düzenlemelerin, işçinin lehine olan düzenlemelerin AKP iktidarı tarafından getirilmemesini de gerçekten anlayabilmiş değiliz. Yalnız, tabii, on beş yıllık AKP iktidarına baktığımız zaman işçiyle ilgili şimdiye kadar yapılmış tek bir düzenlemenin olmaması, böyle bir düzenlemenin de Meclise gelmemesi de elbette ki bir anlam taşıyor ve bunun nedeni de budur çünkü AKP'nin bakış açısı işçinin lehine değildir.

Bakın, işverenlere verilen teklifin bütçeye oranı 22,6 milyardır, işverenlerin teşvik edilmesiyle ilgili miktarı. Şimdi, 14 milyon Sosyal Güvenlik Kurumunda çalışan var. 14 milyonun 6,5 milyonu asgari ücretli. Eğer bunlara vergi muafiyeti sağlamış olsak, asgari ücretlilerden vergi almamış olsak bunun bütçeye getirisi de 9,5 milyardır. Yani işverenlere verilen vergi indiriminin neredeyse üçte 1'i oranındadır. Onun için, burada bütçenin de yaklaşık yüzde 1,5'i ile 2'si arasında bütçeye bir etkisi vardır, işverenlerin etkisi de yüzde 4 civarındadır. Dolayısıyla asgari ücretin vergi dışı kalması bütçeye önemli bir yük getirmeyecektir.

Değerli arkadaşlar, bakın, bir örnek vermek isterim: Asgari ücretliye "AGİ" dediğimiz asgari geçim indirimi uygulandıktan sonra verilen vergi kişi başına 105 liradır. Bu da yılda yaklaşık 660 bin lira yapmaktadır. Evli ve 5 çocuklu bir işçi ise vergi vermemektedir. Dolayısıyla burada bir adaletsizlik söz konusudur. Enflasyonun artması ya da asgari ücretin farklı rakamlara çıkması, bu gelen düzenlemeyi bir kenara atacaktır. Gene söylüyorum: Yapacağımız düzenlemede asgari ücretin vergi dışı bırakılmasıyla bu sorun çözülecektir. Gelin, hiç olmazsa bu sefer bu yasayla bu AGİ'yi yani asgari geçim indirimini düzenlemek yerine, asgari ücretin vergi dışı bırakılmasıyla ilgili düzenlemeyi yapalım, bu

sorunu da kökten çözelim.

Biraz önce kıdem tazminatıyla ilgili gene İzmir Milletvekilimiz Atila Sertel konuşurken Türkiye'de kıdem tazminatını işçilerin alamadığını söylemişti; doğrudur, alamamasının tek nedeni... Yani iflas eden bir işveren işçiye kıdem tazminatını ödeyemiyor, ödememesinin nedenleri var. Bu nedenlerden bir tanesi de işçinin alacakları ancak dördüncü sıraya geliyor. Burada yapılacak düzenleme, imtiyazlı alacaklar sınıfına işçinin kıdem tazminatı ya da her türlü parasal değerlerin birinci sıraya alınması durumunda bu sorun ortadan kalkacak ve yıllardır kanayan bu yara ortadan kalkacaktır. Yani kıdem tazminatını ortadan kaldırmak, kıdem tazminatını fona bağlamak geçici bir kazanç gibi görünse bile işçinin aleyhinedir. Uygulamada rehinli alacaklar, masa alacakları, kamu alacakları, imtiyazlı alacaklar öncelikle alınmakta, işçi, kıdem tazminatını eğer para kalırsa ancak alabilmektedir ve onun için kıdem tazminatını alamamaktadır. Burada yapılması gereken, kıdem tazminatını alacağı uygulamanın birinci sıraya alınmasını düzenleyecek bir uygulamadır.

7. Madde Görüşmeleri;

Madde ile ilgili olarak kabul edilmeyen CHP önerisi şu şekildedir:

MADDE 7- 193 sayılı Kanununun 61 inci maddesinin üçüncü fıkrasına aşağıdaki bent ilave edilmiştir.

"7. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi her türlü çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar."

Bu önerge ve görüşler neticesinde 27 Mart 2018 tarih ve 30373 sayılı Resmi Gazete'de (2. mükerrer) yayımlanan 7103 sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la yukarıda belirtilen çeşitli istisnalar getirilmiştir.

Bunlar içinde bu yazıya da esas teşkil eden 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. madde-

sinin 1. fıkrasının 7 numaralı bendine eklenen (b) alt bendiyle; hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre aynı bendin (a) alt bendinde belirtilen kıdem tazminatına ilişkin istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar istisna kapsamına alınmaktadır.

Madde metni şu şekildedir:

“7. a) 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu ve 20.4.1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı ile 13.6.1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanuna göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (Hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.);

b) Hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre bu bendin (a) alt bendinde belirtilen istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar (Bu bendin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.);”

Maddenin gerekçesinde ise: “Madde ile ayrıca, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra hizmet erbabına, karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi adlar altında yapılan ödemeler ve yardımların, çalışanın tabi olduğu mevzuata göre kıdem tazminatına ilişkin söz konusu istisna tutarın hesabında dikkate alınması gerektiği hususuna açıklık getirilmektedir. Böylece, anılan Kanunlar uyarınca ödenecek kıdem

tazminatlarından istisna edilecek tutar hesap edilirken, metne eklenen (7) numaralı bendin (b) alt bendinde sayılan ödemeler de dahil edilerek, ödemeler toplamı üzerinden istisna uygulanması, istisnayı aşan tutarların ise ücret olarak gelir vergisine tabi tutulması sağlanmaktadır.” ifadele-ri yer almaktadır.

Görüldüğü üzere nihai metin ile daha önce Maliye Bakanı tarafından yapılan açıklamalar arasında ifade bakımından bir fark bulunmaktadır. Bununla birlikte Resmi Gazete’de yayınlanan metin hukuken bağlayıcı bulunduğundan esas olarak bu metin uygulamayı yönlendirecektir.

Bu çerçevede aşağıdaki ödemeler istisna kapsamındadır:

- 25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu’na göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı,
- 20.4.1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa göre ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının tamamı
- 13.6.1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’a göre ödenen kıdem tazminatlarının hizmet erbabının 24 aylığını aşmayan miktarları (Hizmet ifa etmeksizin ödenen ücretler tazminat sayılmaz.)
- Hizmet erbabının tabi olduğu mevzuata göre istisna tutarının hesabında dikkate alınmak şartıyla, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra; karşılıklı sonlandırma sözleşmesi veya ikale sözleşmesi kapsamında ödenen tazminatlar, iş kaybı tazminatları, iş sonu tazminatları, iş güvencesi tazminatları gibi çeşitli adlar altında yapılan ödemeler ve yardımlar.

İkale sözleşmeleri, özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında iş güvencesi hükümleriyle birlikte giderek yaygınlaşmaya başlamıştır. Uygulamada ikale sözleşmesi veya bozma sözleşmesi olarak bilinen sözleşme türü 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda³ yer almamakta-

3 RG: 4.2.2011-27836

dır. Bununla birlikte anayasada yer alan sözleşme özgürlüğü kapsamında yapılmaktadır. Bu sözleşme ile iş akdinin tarafları iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaktadırlar. Sözleşme, Borçlar Kanunu'na göre, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıdır. Yine Borçlar Kanunu'na göre, Kanun'da aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerli olması hiçbir şekil şartına bağlı değildir. Fakat bir sözleşme için öngörülmüş bir şekil şartı var ise bu şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler hüküm ifade etmemektedir.

Bir Yargıtay kararında⁴, ikale sözleşmesi şu şekilde açıklanmaktadır: "Bozma sözleşmesi (ikale) yasalarımızda düzenlenmiş değildir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak daha önce kabul edilen bir hukuki ilişkinin, sözleşmenin taraflarınca anlaşarak sona erdirilmesi mümkündür. Sözleşmenin, tarafların ortak iradesiyle sona erdirilmesi yönündeki işlem ikale olarak adlandırılır. İş Kanunu'nda bu fesih türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklama (icap), ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur."

Bu çerçevede konunun vergi hukuku boyutuna bakmak da gerekmektedir. Öncelikle geçmiş dönemlere bakarsak Gelir Vergisi Kanunu'nun tazminat ve yardımlar başlıklı 25. maddesinin 3.7.2009 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere 5904 sayılı Kanun'la değiştirildiğini görüyoruz. Söz konusu Kanun'la 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasının (1) numaralı bendindeki "ve işsizlik sebepleriyle verilen tazminat" ibaresine (işe başlatmama tazminatı dahil) ibaresi eklenmek suretiyle bu tazminatlar da gelir vergisinden istisna edilmiştir.

Ayrıca, Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen Geçici 77. maddeyle bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerle ilgili olarak, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca işverence işçiye ödenen işe başlatmama tazminat-

larının damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmayacağı, anılan dönemlere ilişkin işe başlatmama tazminatı gelir vergisi kesintisine tabi tutulan mükelleflerin ilgili vergi dairesine başvurmaları, dava açmama ve açılmış davalardan vazgeçmeleri şartıyla tahsil edilen gelir vergisinin iade edileceği hükme bağlanmıştır.

Stopaj konusunda Maliye Bakanlığı verdiği bir muktezada konu hakkında görüşünü açıklamıştır⁵. Bu görüşe göre, işveren ve çalışanın, iş akdini bozma veya sonlandırma iradesi ile düzenledikleri ikale veya bozma sözleşmesi kapsamında yapılan ödemelerin gelir vergisi karşındaki durumuna açıklık getirmektedir. Dolayısıyla, bir çalışanın iş akdinin ikale sözleşmesi ile sona ermesi durumunda hesaplanıp, ödenen kıdem tazminatının, çalışanın 24 aylık maaşını aşmayan kısmı gelir vergisinden istisnadır. Ancak ikale sözleşmesi kapsamında çalışana yapılan ödemelerin 24 aylık maaşını aşan kısmı ücret olarak gelir vergisi tevkifatına tabidir.

Yargıya intikal eden bir uyuşmazlıkta ise dava konusu olay, davacının iş akdinin işverenle aralarında düzenledikleri protokol ile sona erdirilmesi nedeniyle iş güvencesi tazminatı adı ile yapılan ödeme üzerinden kesilen gelir vergisinin iadesi ile ilgilidir. Bu uyuşmazlıkta İstanbul 5. Vergi Mahkemesi, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesine göre, ücret ve ücret sayılan ödemelerin çalışanın işverene bağlılığı ve hizmet karşılığı sağlanan para ve para ile temsil edilebilen ödemeler olduğu ve ancak ücret veya ücret niteliği taşıyan ödemelerden tevkifat yapılacağı, dava konusu kesintinin ait olduğu tazminat, davacının çalıştığı şirketin işçi azaltma yoluna gitmesi sonucu iş akdinin feshedilmesi nedeniyle yasal bir zorunluluk olmaksızın davacıya işsiz kalması sebebiyle yardım amaçlı yapılan bir ödeme olduğundan yapılan gelir vergisi kesintisini kanuna aykırı bulmuştur⁶. Bu kararı Danıştay Dördüncü Dairesi 13.12.2016 tari-

4 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 22.02.2012, E. 2009/45075, K. 2012/5510.

5 8.3.2017 tarih ve 84098128-120.03.05[25-2016-2]-7775 sayılı mukteza.
6 İstanbul 5. Vergi Mahkemesi, T.26.12.2013, E.2013/2099, K.2013/3025.

hinde oyçokluğu ile kararı onamıştır⁷.

Temel problem, ikale sözleşmesi sonucu ödenen kıdem tazminatının ücret olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Zira ikale sözleşmesi sonucu ödenen kıdem tazminatının 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde belirtilen kıdem tazminatı kapsamına girip girmeyeceğine göre farklı sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Bu çerçevede ücret tanımına bakarsak yer aldığı 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 61. maddesinde, "Ücret, işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir. Ücretin ödenek, tazminat, kasa tazminatı (Mali sorumluluk tazminatı), tahsisat, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlarda ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez." ifadesi yer almaktadır.

Yıpranma bedeli olarak da adlandırılabilir olan⁸ kıdem tazminatı konusunda ise iş kanunlarına bakmak gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte 1475 sayılı İş Kanunu'nun, 14. maddesi hariç olmak üzere, bütün hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu madde ise kıdem tazminatı şartlarının belirlendiği maddedir.

Buna göre:

"Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:

1. İşveren tarafından bu Kanunun 17. maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,
2. İşçi tarafından bu Kanunun 16. maddesi uyarınca,
3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,
4. Bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

⁷ Danıştay 4. Daire, T. 13.12.2016, E. 2014/3676, K. 2016/4376.

⁸ Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, T.26.01.2015, E.2014/13529, K.2015/444.

5. (Ek: 25.8.1999 - 4447/45 m.) 506 Sayılı Kanununun 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanununun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmalari nedeniyle, Feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır."

Bu kapsamda ikale sözleşmesi sonucunda ödenen kıdem tazminatının Gelir Vergisi Kanunu'nun 25/7. maddesindeki istisnadan yararlanıp yararlanamayacağı sorunu uygulamada tartışılmıştır. Kıdem tazminatının bu istisnadan yararlanamayacağını ileri sürenler ikale sözleşmesi sonucu ödenen kıdem tazminatının 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde belirtilen kıdem tazminatı kapsamında olmadığı noktasına dayandırmaktadırlar.

İkale sözleşmesi sonucunda ödenen kıdem tazminatının istisna kapsamında olduğunu ileri sürenler ise bu görüşlerini V.U.K.'nin 3. maddesinde yer alan "vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esas alınır" düzenlemesine dayandırmaktadırlar.

İdare açısından bakıldığında ise farklı yaklaşımların bulunduğunu görmekteyiz. 2008 tarihli mukteza'da⁹, "İkale anlaşması kapsamında işçiye yapılan kıdem tazminatı ödemesi, İş Kanunu'nda tanımlanan kıdem tazminatı niteliğinde bir ödeme değildir. Bu sebeple ikale sözleşmesi gereğince

⁹ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 3.6.2008 tarih ve 12268 sayılı mukteza.

ödenen kıdem tazminatının, İş Kanunu hükümlerine göre ödenen kıdem tazminatını gelir vergisinden istisna kabul eden GVK' nın 25/7. maddesi hükmünden yararlanması ve vergiden istisna edilmesi mümkün değildir. Bu ödemenin GVK' nın 61. maddesi gereğince ücret olarak nitelendirilmesi ve tevkifata tabi tutulması gerekir." diyen İdare, daha sonra farklı bir görüş belirtmiştir¹⁰. 2010 tarihli söz konusu muktezada, "...1475 sayılı Kanun uyarınca kıdem tazminatı, Kanununun 14 üncü maddesinde sayılan nedenlerle iş akdinin feshi hallerinde hak kazanılan bir tazminattır. Ancak uygulamada, işçi ve işveren karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle iş sözleşmesini sona erdirebilmekte ve bu sözleşme (bozma sözleşmesi) ile aynı zamanda işçiye kıdem tazminatı, ihbar tazminatı vb. hususlar dikkate alınarak çeşitli şekillerde hesaplanan ödemelerin yapılması kararlaştırılmaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde, 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi kapsamında ödenen kıdem tazminatının, çalışanın geçmişte işverene verdiği hizmet karşılığı yıpranmasının bedeli olarak ödenen bir tazminat niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, tarafların iş sözleşmesini karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle sona erdirmesi dolayısıyla, çalışana genellikle o işyerindeki çalışma süresi de dikkate alınarak yapılan ödemenin, aynı mahiyette bir kıdem tazminatını içerdiğinin kabulü gerekir. Dolayısıyla, iş akdinin taraflarca karşılıklı olarak anlaşılacak suretiyle sona erdirilmesi dolayısıyla çalışana ödenmesi öngörülen tutarın; iş akdinin 1475 sayılı Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca fesh edilmesi halinde aynı çalışanın hak edeceği kıdem tazminatına tekabül eden kısmının Gelir Vergisi Kanununun 25 inci maddesinin 7 nci bendi uyarınca kıdem tazminatı olarak dikkate alınması ve bu çerçevede söz konusu tutarın gelir vergisinden istisna edilmesi, bu tutarı aşan kısmının ise hangi ad altında ödenmiş olursa olsun gelir vergisine tabi tutulması gerekmektedir."

Yukarıda bahsedilen 2017 tarihli mukteza da

aynı yöndedir. Buna göre, bir çalışanın iş akdinin ikale sözleşmesi ile sona ermesi durumunda hesaplanıp, ödenen kıdem tazminatının, çalışanın 24 aylık maaşını aşmayan kısmı gelir vergisinden istisnadır. Ancak ikale sözleşmesi kapsamında çalışana yapılan ödemelerin 24 aylık maaşını aşan kısmı ücret olarak gelir vergisi tevkifatına tabidir.

Bu kapsamda 11.6.2018 tarihinde yayınlanan¹¹ 303 seri numaralı Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde aşağıdaki örneklere yer verilmektedir:

Kıdem Tazminatlarında İstisna Uygulaması

Kıdem tazminatının yıllık miktarı 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emekli ikramiyesini geçemez. Bu tutar, 2.1.2018 tarihi itibarıyla 5.001,76 TL'dir.

Örnek 7: (A) Anonim şirketinde 10 yıl süreyle çalıştıktan sonra 15.1.2018 tarihinde işten ayrılan Bay (B)'ye, 1475 sayılı Kanun uyarınca işvereni tarafından, kıdem tazminatına esas ücreti olan 4.000 TL üzerinden 40.000 TL kıdem tazminatı ödenmiştir. Buna göre, Bay (B)'ye 1475 sayılı Kanun kapsamında hesaplanarak ödenen ve en yüksek Devlet memuruna ödenen azami emeklilik ikramiyesinin (5.001,76x10=) 50.017,60 TL'nin altında kalan 40.000 TL kıdem tazminatının tamamı, gelir vergisinden istisna edilecektir.

Örnek 8: (C) Anonim şirketinde 20 yıl süreyle çalıştıktan sonra 5.2.2018 tarihinde işten ayrılan Bay (D)'ye, işvereni tarafından 854 sayılı Kanun uyarınca, kıdem tazminatına esas ücreti olan 7.500 TL üzerinden hesaplanan 150.000 TL kıdem tazminatı ödenmiştir. Hesaplanan kıdem tazminatı tutarı 150.000 TL olsa da, istisna edilecek tutar, en yüksek Devlet memuruna bir hiz-

¹⁰ Gelir İdaresi Başkanlığı, 15.12.2010 tarih ve B.07.1.Gİ-B.4.99.16.02-GVK-94-53 sayılı mukteza.

¹¹ RG: 11.6.2018 - 30448.

met yılı için ödenen azami emekli ikramiyesi tutarı ve çalışma süresi dikkate alınarak hesaplanan tutarı aşamayacaktır. Buna göre, Bay (D)'nin 20 yıl çalışması karşılığı istisna edilecek azami tutar $(5.001,76 \times 20 =)$ 100.035,20 TL'dir. Bu nedenle Bay (D)'ye ödenen 150.000 TL kıdem tazminatının 100.035,20 TL'lik kısmı gelir vergisinden istisna edilecek, aşan kısım olan $(150.000 - 100.035,20 =)$ 49.964,80 TL ise ücret olarak vergiye tabi tutulacaktır.

Örnek 9: (E) Gazetesinde 30 yıl süreyle çalıştıktan sonra 15.3.2018 tarihinde emekli olan Bayan (S)'ye işvereni tarafından 5953 sayılı Kanun uyarınca, son aya ilişkin brüt ücreti olan 10.000 TL üzerinden hesaplanan 300.000 TL kıdem tazminatı ödenmiştir. Bayan (S)'ye ödenen kıdem tazminatının, 24 aylığına isabet eden tutar olan $(24 \times 10.000 =)$ 240.000 TL gelir vergisinden istisna edilecek, kalan tutar $(300.000 - 240.000 =)$ 60.000 TL ise gelir vergisine tabi olacaktır.

Hizmet Sözleşmesi Sona Erdikten Sonra Yapılan Ödemeler ve Yardımlarda İstisna

Örnek 10: (Ç) A.Ş.'de 10 yıl süreyle çalıştıktan sonra 12.1.2018 tarihinde işten ayrılan Bay (H)'ye, işvereni tarafından 1475 sayılı Kanun uyarınca, kıdem tazminatına esas ücreti olan 3.000 TL üzerinden 30.000 TL kıdem tazminatı ile karşılıklı sonlandırma sözleşmesine (ikale) istinaden 50.000 TL iş güvencesi tazminatı olmak üzere toplam 80.000 TL ödeme yapılmıştır. 2.1.2018 tarihi itibarıyla 657 sayılı Kanuna tabi en yüksek Devlet memuruna bir hizmet yılı için ödenecek azami emekli ikramiyesi tutarı 5.001,76 TL'dir.

Bay (H)'ye yapılan 80.000 TL'lik ödemenin gelir vergisinden istisna edilecek tutarı aşağıdaki gibi olacaktır.

- Kıdem tazminatı tutarı
30.000,00 TL

- İş güvencesi tazminatı
50.000,00 TL
- Ödenen toplam tutar
80.000,00 TL
- Vergiden istisna edilecek tutar
 $(5.001,76 \times 10 =)$ 50.017,60 TL
- Vergiye tabi tutar $(80.000 - 50.017,60 =)$
29.982,40 TL

Örnek 11: (K) A.Ş.'de 854 sayılı Kanuna tabi olarak, 15 yıl süreyle çalıştıktan sonra ikale sözleşmesi ile 2.2.2018 tarihinde işten ayrılan Bayan (L)'ye, işvereni tarafından 55.000 TL iş kaybı tazminatı ödenmiş olup ayrıca kıdem tazminatı ödemesi yapılmamıştır. Bayan (L)'ye yapılan 55.000 TL'lik ödemenin gelir vergisinden istisna edilecek tutarı aşağıdaki gibi olacaktır.

- İş kaybı tazminatı
55.000,00 TL
- Vergiden istisna edilecek tutar
 $(5.001,76 \times 10 =)$ 50.017,60 TL
- Vergiye tabi tutar $(55.000 - 50.017,60 =)$
4.982,40 TL

Örnek 12: (M) A.Ş.'de 5953 sayılı Kanun kapsamında 20 yıl süreyle çalıştıktan sonra, 15.3.2018 tarihinde emekliliğe ayrılan ve en son aya ilişkin ücreti 20.000 TL olan Bayan (N)'ye işvereni tarafından 400.000 TL kıdem tazminatı ve 500.000 TL emeklilik tazminatı (ikramiyesi) ödenmiştir. Bayan (N)'ye yapılan 900.000 TL'lik ödemenin gelir vergisinden istisna edilecek tutarı aşağıdaki gibi olacaktır.

- Kıdem tazminatı tutarı
400.000 TL
- Emeklilik tazminatı (ikramiyesi)
500.000 TL
- Ödenen toplam tutar
900.000 TL
- Vergiden istisna edilecek tutar
 $(20.000 \text{ TL} \times 24 =)$ 480.000 TL
- Vergiye tabi tutar
 $(900.000 \text{ TL} - 480.000 \text{ TL} =)$ 420.000 TL

Teorik olarak kıdem tazminatının niteliğine ve oluşma biçimine göre ikale sözleşmesi ile yapılacak ödemenin bir kısmının kıdem tazminatı olarak nitelendirilmesi çok doğru gözükmemekle birlikte, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır ifadesi de dikkate alınmalıdır. İkale sözleşmelerinde tarafların ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi tazminatı, boşta geçen süreye ait ücret hususu ve diğer haklardan bazılarını ya da bunların tamamını kararlaştırmış olabilirler.

Bu durumda, getirilen düzenlemenin amaca uygun olduğu, düzenleme çerçevesinde ikale sözleşmeleri ile kararlaştırılan ödemeler madde metninde belirtilen sınırlamalar çerçevesinde istisna kapsamında olacaktır.

KAYNAKÇA

- Danıştay 4. Daire, T. 13.12.2016, E. 2014/3676, K. 2016/4376.
- <http://www.maliye.gov.tr/haberler/maliye-bakani-sayin-naci-agbalin-bugun-tbmmye-sevkedilen-vergi-kanunlari-ile>
- İstanbul 5. Vergi Mahkemesi, T.26.12.2013, E.2013/2099, K.2013/3025.
- İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, 3.6.2008 tarih ve 12268 sayılı mukteza.
- Mukteza, 8.3.2017 tarih ve 84098128-120.03.05[25-2016-2]-7775 sayılı.
- Mukteza, Gelir İdaresi Başkanlığı, 15.12.2010 tarih ve B.07.1.GİB.4.99.16.02-GVK-94-53 sayılı.
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, T.26.01.2015, E.2014/13529, K.2015/444.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 22.02.2012, E. 2009/45075, K. 2012/5510.
- 333 seri numaralı Gelir Vergisi Genel Tebliği

Makale Gönderim Tarihi: 30 Mayıs 2018

Makale Kabul Tarihi: 1 Haziran 2018

Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı

Öz

4857 sayılı İş Kanununda yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı öngörülmüştür. Yargıtay kararlarında ise, işçinin aynı işveren yanındaki önceki çalışma döneminde yıllık ücretli izinleri kullandırılmış veya iş sözleşmesi sona erdiğinde kullanılmayan izinlerin karşılığı ödenmişse, bu dönemdeki hizmet sü-

resinin tasfiye edilmiş sayılacağı ve yeni çalışma döneminde yıllık ücretli izne hak kazanma ve izin süresinin uzunluğu açısından sanki daha önce o işverene bağlı olarak çalışmamış gibi işlem yapılacağı kabul edilmektedir. Makalemizde bu uygulamanın yasal bir dayanağının bulunmadığı yönündeki görüşümüz açıklanmış olup, Yargıtay içtihadında bu yönde değişiklik yapılması önerilmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Yıllık ücretli izin, aralıklı çalışma, hizmet süresinin bütünlüğü.

The Right of Annual Leave in Intermittent Services with the Same Employer

Abstract

In the Labor Law No. 4857, it is envisaged that in the computation of the length of service required to qualify for annual leave, the periods during which the worker has been employed in one or more workplaces of the same employer shall be considered jointly. In the Supreme Court decisions, if the worker used the annual leave in the previous working period with the same employer or the unused annual leave days are paid in the termination of the labour contract, it is considered that length of service

is liquidated. It is also accepted in the Supreme Court decisions that, with this liquidation, the new working period is initialled and the calculation will be made as if the worker has not worked in the workplace before, in terms of entitlement to annual leave and computation of it. In this article, our legal opinion is explained in the way that there is no legal basis for this practice and it is suggested that the Supreme Court practice should be changed with regard to our legal opinion.

Keywords:

Annual leave, intermittent service, integrity of service period.

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı - ercumentozkaraca@yahoo.com

I. Giriş

Türk İş Hukukunda işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklara ilişkin düzenlemelerde genel olarak işçinin aynı işveren yanında geçen çalışmalarının birleştirilerek göz önünde bulundurulmasının öngörüldüğü görülmektedir. İşçinin hizmet süresinin esas alındığı haklardan kıdem tazminatına ve yıllık ücretli izne hak kazanmak için aranan en az bir yıl çalışmış olma ve iş güvencesi kapsamına girmek için aranan altı aylık bekleme süresi koşullarında durum böyledir. Buna karşılık, yine işçinin hizmet süresine göre orantılı olarak belirlenen fesih bildirim süreleri açısından işçinin aynı işveren yanındaki aralıklı çalışmalarının birleştirileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir.

Yasa koyucu kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu m.14/2'de, "İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeneden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır." hükmüne, iş güvencesinin kapsamına ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu m.18/4'te "İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir." hükmüne ve inceleme konumuzu oluşturan yıllık ücretli izne ilişkin m.54/1'de "Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır." hükmüne yer vermiştir.

Görüldüğü gibi, kıdem tazminatına ilişkin düzenlemede aynı işveren yanındaki çalışmaların birleştirilebilmesi için bu çalışmaların tek bir iş sözleşmesi kapsamında geçmesinin şart olmadığı açıkça belirtilmiş, diğerlerinde ise bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, yıllık ücretli izne hak kazanmak ve iş güvencesi kapsamına girmek için aranan hizmet süresi koşulları açısından da aynı sonuca varmak gerekir.

Konuya ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin, aynı işveren yanındaki aralıklı çalışmalarda önceki hizmet süresine iliş-

kin kıdem tazminatının ödenmiş olması durumunda, bu sürenin tasfiye edilmiş sayılacağı ve sonraki iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona ermesi halinde tazminat hesabında önceki hizmet süresinin dikkate alınmayacağı yönündeki bize göre de isabetli olan içtihadını¹, bazı kararlarında yıllık ücretli izin hakkı ve iş güvencesinde söz konusu olan hizmet süresi koşullarına da teşmil ettiği görülmektedir. Bu yaklaşımın her üç kuruma ilişkin yasal düzenlemelerde benzer hükümlerin yer almasından kaynaklandığını düşünmekteyiz. Yıllık ücretli izne ilişkin kararlarda önceki hizmet süresinin "tasfiye"si açısından başlangıçta ilk çalışma döneminin kıdem tazminatının ödenmiş olması esas alınmıştır. Daha sonra verilen kararlarda bu defa önceki hizmet süresine ilişkin yıllık ücretli izinlerin kul-

1 Örneğin konuya ilişkin bir karara göre, "...1475 sayılı Yasanın 14/2 maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında, işçinin daha önceki fasilalı çalışmalarını dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi, hizmet birleştirmesi için şarttır. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden, tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır...", (Yarg. 7. HD, 10.06.2013, E. 2013/4262 K. 2013/10743). Öğretide bu konudaki tartışmalar için bkz. Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, 30. Baskı, İstanbul 2017, 608-610; Süzek, Sarper: *İş Hukuku*, 14. Baskı, İstanbul 2017, 780-782; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul 2017, 254-255; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut : *İş Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2015, 237-238; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay: *İş Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2013, 232; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı*, C.1: *Bireysel İş Hukuku*, Ankara 2017, 397-398; Demir, Fevzi : *İş Hukuku ve Uygulaması*, 7. Baskı, İzmir 2013, 374-377; Şakar, Müjdat: *İş Hukuku Uygulaması*, 12. Baskı, İstanbul 2018, 219; Akyiğit, Ercan: *İş Hukuku*; 11. Baskı; Ankara 2016, 380; Güven, Ercan/Aydın, Ufuk: *Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, Eskişehir 2017, 235; Senyen Kaplan, E. Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, 8. Baskı, Ankara 2017, 321.

landırılıp kullandırılmadığı, kullandırılmamışsa da iş ilişkisi sona erdiğinde izin ücretlerinin ödenip ödenmediği esas alınarak değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir.

Kanaatimizce isabet taşımayan bu yaklaşım, iş güvencesinin kapsamına girmek için aranan altı aylık hizmet (bekleme) süresi açısından 7. ve 22. Hukuk Dairelerinin tespit edebildiğimiz az sayıda kararıyla sınırlı kalmış ve terk edilmişken², yıllık ücretli izinde önceki hizmet süresinin tasfiye edildiği görüşünün istikrar kazandığı görülmüştür. Ancak öğretilerde bu konuda dile getirilen eleştirilerin yoğunlaşması üzerine, 9. Hukuk Dairesi'nin yakın geçmişte verdiği bir kararda bu konuda görüş değişikliğine gidildiği izlenimi doğuran ifadeler kullanılmış olup, bu durum memnuniyet vericidir. Bu incelemede Yüksek Mahkeme kararlarında kıdem tazminatı açısından uygulanan tasfiye görüşünün yıllık ücretli izin hakkında söz konusu olan hizmet süresi koşuluna da teşmil edilmesinin herhangi bir yasal dayanağının bulunmadığı ve yıllık ücretli izin hakkına ilişkin ilke kararlarında bu yönde değişiklik yapılması gerektiği ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu amaçla, öncesinde konu hakkında yasal esaslar ve Yargıtay içtihadının gelişimi izah edilecektir. İncelememizin tasfiye edilemezlik ile sınırlı olması sebebiyle, aralıklı çalışma-mevsimlik çalışma ayırımı gibi hususlar üzerinde ise durulmayacaktır.

II. Yasal Esaslar

Yukarıda belirtildiği gibi, İş Kanunu m.54/1 uyarınca, "Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır"³.

2 Söz konusu kararlar ve eleştirisi için bkz. Özkaraça, Ercüment: *İş Güvencesinin Kapsamı*, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi'ne sunulan tebliğ, Ankara 2017, 53-54.

3 Kanunda yer verilen bir başka hükme göre, "Aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar veya bunlara bağlı işyerlerinde geçen süreler, işçinin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında göz önünde bulundurulur" (m.54/5).

Öncelikle ifade edelim ki, yasadaki düzenleme aynı işveren yanında aynı iş sözleşmelerine dayanan kesintili çalışmaların birleştirilmesine hizmet etmektedir. Bir işçinin aynı işverene bağlı olarak aynı (tek bir) iş sözleşmesi kapsamında bir veya değişik işyerinde çalışması durumunda hizmet süresinin bir bütün olarak dikkate alınacağından zaten şüphe duyulmamalıdır. Bu hususun özel olarak düzenlenmesine ihtiyaç hatta gereklilik de yoktur. Bu açıklamayı yapmamızın nedeni, uygulamada bazı çevrelerde, inceleme konusu yaptığımız kararların da etkisiyle, m.54/1'de öngörülen birleştirme hükmünün, aynı iş sözleşmesi kapsamında işverenin değişik işyerlerinde yapılan görevlendirmelere özgü olarak uygulanacağı yönünde yanılığın bir kanaat gözlemlenmiş olmamızdır.

Gerçekten, özellikle yasanın hükümlerine uygun davranarak çalışanlarına hak ettikleri yıllık ücretli izinleri kullandıran ve/veya kullandırmadıkları izinlerin ücretini iş sözleşmesi sona erdiğinde ödeyen işverenlerin, inceleme konusu yaptığımız kararlarda kullanılan ifadelerin de etkisiyle, önceki işçilerini yeniden işe aldıklarında yıllık ücretli izne esas hizmet süreleri "tasfiye" edilmiş, sanki bu işçileri ilk defa işe alıyorlarmış gibi işlem yaptıkları görülebilmektedir. Oysa yasal düzenlemenin bir işverenin aynı ya da değişik işyerlerindeki "kesintili" çalışmaları kapsadığı ve asıl olarak da bu ihtimali düzenlediği açıktır. Öğretilerde belirtildiği gibi, zaten "bir" işyerinde geçen sürelerin birleştirilebilmesi ancak değişik zamanda yapılan iş sözleşmelerinin bulunduğu durumlarda söz konusu edilebilecektir⁴.

Öte yandan, yasaya göre, bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçilerin aynı işverenin işyerlerinde İş Kanunu kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de hesaba katılacaktır (m.54/1,c.2).

4 Soyer, Polat: *İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi- 1991, İstanbul 1993, 29; Öztürk, Mehmet Onat: *Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler*, Çalışma ve Toplum, S. 35, 2012/4, 83.

Kanunda özel olarak vurgulandığı üzere, önemli olan çalışmanın hangi işyerinde geçtiğinden ziyade aynı işverene bağlı olarak geçmiş olmasıdır. Yoksa örneğin bir işyerinde daha önce alt işveren işçisi olarak çalışmış olan bir işçi daha sonra asıl işverene bağlı olarak çalışmaya başlarsa, birleştirmeyi gerektiren başka bir sebep bulunmadıkça, alt işveren yanındaki hizmet süreleri dikkate alınmayacaktır. Aynı sonuç tersi durumlar için de geçerlidir⁵. Asıl işveren alt işveren ilişkisinde, aslında aynı coğrafi mekanda birden fazla işyeri bulunduğu, işin yapıldığı yerin alt işveren için ayrı bir işyeri olduğu yönündeki, İşK.m.3/2 hükmüyle yasal temele kavuşmuş olan kabul de bunu gerektirmektedir. Buna karşılık, alt işveren işçilerinden, alt işvereni değiştirdiği hâlde aynı işyerinde çalışmaya devam edenlerin yıllık ücretli izin süresi, aynı işyerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanır (m.56/7).

Bunun gibi, bir işyerinde ister özel istihdam bürosu aracılığıyla ister m.7/15 kapsamında holding/şirketler topluluğu bünyesinde geçici işçi olarak çalışmış olan bir işçi, daha sonra geçici işçi olarak çalıştığı işverene bağlı olarak çalışmaya başlarsa, önceki hizmet süreleri birleştirilmeyecektir. Yine işçinin grup şirketlerden biri ile olan iş sözleşmesinden sona ermesinden sonra gruba dahil başka bir şirkette çalışmaya başlaması durumunda da, bunu gerektiren başka bir sebep olmadıkça, yıllık ücretli izne esas sürede önceki iş sözleşmesine bağlı olarak geçen süre dikkate alınmayacaktır. Buna karşılık birlikte istihdam durumunda farklı bir sonuca varmak gerekecek, işçinin birden çok işveren tarafından birlikte is-

tihdam edildiği iş ilişkisi sona erdikten sonra bu işverenlerden birine ait bir işyerinde işe başlaması halinde, daha önce aynı işveren tarafından birlikte istihdam edildiği süre de göz önünde bulundurulacaktır.

Geçici iş ilişkisi açısından bir hususa açıklık getirmek gerekir. Şöyle ki, m.54/1 uyarınca yıllık ücretli iznin hesabında aynı ya da değişik işyerlerinde geçen süreler ancak "aynı işverene" ait olmaları durumunda birleştirilmektedir. Geçici iş ilişkisinde ise işçi, bu ilişki süresince iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işverenin işyerinde çalışmayıp başka bir işverene ait işyerinde çalışmaktadır. Bu durumdaki bir işçinin ister aynı iş sözleşmesi isterse işvereni ile aralıklarla akdettiği farklı iş sözleşmeleri kapsamında olsun hizmet süresinin hesabında, geçici iş ilişkisi kurulan işveren(ler)e ait işyerinde geçen süreler de dikkate alınmalıdır. İşçinin aynı işverene ait işyerlerindeki toplam hizmet süresinin dikkate alınacağına ilişkin düzenleme, işçinin sürekli kendi işverenine ait işyerinde/işyerlerinde çalışacağı ihtimali düşünülerek kaleme alınmıştır. Bu durum ise, geçici işçi olarak çalışılan dönemin, işçinin hizmet süresinden dışlanmasına neden olamayacaktır⁶. Bu nedenle yasadaki hüküm, bir ya da birden çok iş sözleşmesi ile aynı işverene bağlı olarak geçen sürelerin yıllık izin hakkı açısından birleştirilerek göz önüne alınacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

Belirtelim ki, aynı işveren yanındaki kesintili çalışmalarda, işçinin hizmet sürelerinin yıllık ücretli izne hak kazanma açısından birleştirilmesi açısından, önceki ya da sonraki iş sözleşmesinin türünün herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Önceki ya da sonraki iş sözleşmeleri belirli ya da belirsiz, kısmi ya da tam süreli olabilir. Her durumda işçinin kullanacağı izin gün sayısı, toplam hizmet süresine göre belirlenecek, işçinin yeniden aynı işveren yanında işe başladığı zaman hak kazanacağı ilk yıllık ücretli izin hakkı açısından da önceki çalışmanın tam yıldan arta kalan süresi dikkate alınacaktır.

5 Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre, "...Davacı davalı işyerinde iki dönem halinde çalışmıştır. İlk dönem çalışması 1.6.1999-2.5.2001 tarihleri arasında U... firmasında, ikinci dönem çalışması ise 2.4.2003-1.8.2006 tarihleri arasında U... asıl işveren S... alt işveren olacak şekilde gerçekleşmiştir. Davalı U...'ın ikinci döneme ilişkin sorumluluğu asıl işveren olarak kanundan kaynaklanmaktadır.

Davalı U... ilk dönem işverendir, ikinci dönem ise asıl işverendir. Her iki dönem arasında 2 yıl kadar bir boşluk vardır. Bu durumda her iki dönem birleştirilemez. Davacının işçilik alacakları iki dönem halinde hesaplanmalıdır..." (Yarg. 19.11.2013, E. 2011/41273 K. 2013/29675).

6 Akyiğit, Ercan: 1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2002, 22-223; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 469.

Bunun gibi, aynı işveren yanındaki aralıklı çalışmaların yıllık izin hakkı bakımından birleştirilmesinde, işçinin önceki iş sözleşmesinin sona erme nedeninin de herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁷. İş sözleşmesi işçi ya da işveren tarafından ne sebeple feshedilmiş olursa olsun toplam hizmet süresi esas alınmalıdır. İşçinin haklı bir neden olmaksızın veya işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiş olması bir engel oluşturmaz. Aynı şekilde önceki iş sözleşmesinin icabın kimden geldiğinin bir önemi olmaksızın ikale sözleşmesi ile sona erdirilmesi veya belirli süreli olup sürenin dolması ile kendiliğinden sona ermiş olması durumlarında da süreler birleştirilecektir.

Yüksek Mahkeme'nin 09.10.2006 tarihli kararında ilk dönem çalışmasının tazminat gerektirmeyecek şekilde sona erip ermediğini esas alarak karar verdiği izlenimi doğmaktadır. Karara göre, "...davacının davalıya ait işyerinde 3.5.1997-16.10.1998 arası ve daha sonra 10.9.2003-7.6.2004 arası iki dönem halinde çalışması görülmektedir. Tanık anlatımları da aralıklı çalışma yaptığı yolundadır.

Bu durumda ilk dönem çalışmasının tazminat gerektirmeyecek şekilde sona erdiği işverence kanıtlanamadığından, hizmet süresinin iki dönem çalışması birleştirilerek hesaplanması gerekir. Mahkemece davacının her iki dönem çalışması dikkate alınarak ihbar kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ve genel tatil ücreti alacaklarının buna göre yapılan bilirkişi hesaplamasına göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."⁸. Bununla birlikte, kararda kullanılan ifadelerin kıdem tazminatı için belirleyici olduğunu, yıllık izin hakkı açısından bir ölçüt olarak alınmadığını düşünmekteyiz. Esasen ihbar tazminatına esas sürenin birleştirilmesi yönünde bir düzenleme zaten bulunmamaktadır.

7 *Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, 335; Caniklioğlu, Nurşen: İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullanılmamasının Sonuçları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, 1153.*

8 Yarg. 9. HD, 09.10.2006, E. 2006/4672 K. 2006/26684.

Yüksek Mahkeme, 25.01.2011 tarihli kararında ise, isabetli olarak yıllık ücretli izin hakkına esas sürenin tespiti açısından önceki iş sözleşmesinin ya da iş sözleşmelerinin sona erme nedeninin bir önemi olmadığını, bu kapsamda aynı işveren yanında kıdem tazminatına hak kazanmayacak şekilde sona ermiş çalışmaların da birlikte dikkate alınacağını vurgulamıştır. Söz konusu karara göre, "...Davacının Bölge Çalışma Müdürlüğü tarafından da tespit edildiği üzere önceki dönem çalışmaları 2001 yılında istifa ve 2003 yılında devamsızlık nedeniyle sona ermiştir. Bu durumda davacı bu dönemler açısından kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamaz. Ancak, 27.04.2004-15.10.2004 ve 07.03.2005-16.12.2005 tarihleri arasında geçen son dönem çalışmasının ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle işçi tarafından haklı nedenle feshedildiği Bölge Çalışma Müdürlüğüne verdiği şikayet dilekçesinden açıkça anlaşılmaktadır...

Sözleşme haklı olarak davacı işçi tarafından feshedildiğinden son iki dönem çalışması açısından kıdem tazminatı alacağına hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Taraflar arasında uyumsuzluk davacı işçinin kullandırılmayan izin sürelerine ait ücretlere hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır....

Somut olayda, davacının hizmet süresi dikkate alındığında yıllık izin alacağına hak kazandığı anlaşılmaktadır. Yıllık izin alacağı iş sözleşmesinin haklı veya haksız olarak feshedilmesine bağlı bir alacak değildir. Davacının önceki dönemler dahil tüm çalışma süresi dikkate alınarak yıllık izin alacağına hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalıdır..."⁹.

Görüldüğü gibi, karara konu olayda işçi, aynı işveren yanında dört ayrı iş sözleşmesi ile kesintili olarak dört dönem çalışmıştır. Anılan karara konu olayda söz konusu olduğu üzere, aynı iş-

9 Yarg. 9. HD, 25.01.2011, E. 2010/47838 K. 2011/903; aynı yönde, Yarg. 9. HD, 25.01.2016, E. 2014/29400 K. 2016/1653; Yarg. 9. HD, 25.01.2011, E. 2010/47838 K. 2011/903.

veren yanındaki kesintili çalışma dönemlerinin sayısının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Aralıklı olarak kaç dönem çalışılmış olursa olsun, iş sözleşmelerinin sona erme nedeninin de bir önemi olmaksızın, yıllık izne esas süre toplam hizmet süresine göre tespit edilecektir¹⁰.

Aralıklı olarak çalışılan dönemlerin sayısı önemli olmadığı gibi, herhangi bir şart öngörmeyen yasal düzenleme karşısında, çalışma dönemleri arasındaki sürelerin uzunluğunun da birleştirme açısından önemi bulunmamaktadır. Yargıtay da, inceleme konusu kararlarda görüldüğü üzere, "Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz." ifadeleriyle bu sonuca varmaktadır¹¹. Öğretide belirtildiği gibi, çalışma süresinin zamanaşımına uğraması zaten söz konusu olmayacaktır¹².

Aralıklı çalışmada sürelerin birleştirilmesi açısından önem arz etmeyen bir diğer husus, dönemsel çalışma sürelerinin uzunluğudur. Daha açık bir deyişle, işçinin aynı işveren yanında aynı iş sözleşmelerine dayanarak çalıştığı süreler, uzunluklarına bakılmaksızın yıllık izin açısından birleştirilerek göz önünde bulundurulur. Bu açıdan, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, her bir dönem çalışma süresinin bir yıllık süreyi aşmaması nedeniyle kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izne hak kazanılmayacağı sonucuna varılmış olması isabet taşımamaktadır¹³.

İşçinin aynı işveren yanında yeniden işe girmesi halinde yıllık ücretli izne esas hizmet süresinin, önceki ve sonraki çalışma süreleri birleştirilerek göz önüne alınacağını öngören düzenleme, sadece ikinci ve sonraki çalışma dönemlerinde izne hak kazanma tarihinin ve hak edilecek izin gün sayısının belirlenmesi açısından sonuç doğurur. Yoksa işçinin daha önceki çalışma dönemleri sonunda fiilen kullanmadığı için o dönemki son ücreti üzerinden karşılığı ödenen yıllık izin ücretlerinin ileride aynı işveren yanındaki sonraki çalışmalarının sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden (fark) ödenmesini gerektirmez. İşçinin bir çalışma dönemi sonunda kullanmadığı yıllık izinlerin ücretini son ücreti üzerinden aldığı anda artık o dönem izin ücreti açısından fark ücret talebinde bulunamaz¹⁴. İşte

10 Aynı yönde, Yarg. 9. HD, 21.11.2016, E. 2015/8588 K. 2016/20520 : "...davacının 1. dönem, 2. dönem ve 3. dönem çalışma süreleri toplanarak yıllık izin ücreti bakımından toplam hizmet süresi bulunmalıdır...Bilirkişi raporunda her çalışma döneminin kapsadığı yıl sayısına göre yıllık izin ücreti hesaplanması ve önceki hizmet sürelerinin sıfırlanmasının varsayılması hatalıdır..."

11 Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin bir kararına göre, "...Somut olayda, davacının davalıya ait işyerinde, 07.02.1998-01.03.2001 ve 01.06.2001-07.01.2012 tarihleri arasında olmak üzere, aralıklı iki dönem halinde çalışması bulunmaktadır. Mahkemece, zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacakları bakımından ilk çalışma dönemi hesaptan dışlanmıştır. Ne var ki, davalı taraf, 07.02.1998-01.03.2001 tarihleri arasında geçen ilk çalışma dönemine ilişkin olarak, işçiyi kıdem tazminatı ödemesi yapıldığını ya da dönemin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek bir sebeple sona erdiğini, yıllık izin sürelerinin kullandırıldığını ya da karşılığının ödendiğini ispatlayamamıştır. Bu halde, yukarıdaki paragraflarda yapılan açıklamalar ışığında, kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacakları bakımından, zamanaşımı savunmasından etkilenmeyen ilk çalışma döneminin de hesaba dahil edilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle anılan dönemin hesaptan dışlanması hatalı olmuştur..."(Yarg. 22. HD, 01.03.2016, E. 2014/35016 K. 2016/6012). İnceleme konumuz açısından kararın yıllık izin süresi açısından sürelerin birleştirilmesini koşula bağlayan kısmı isabet taşımamakta, buna karşılık aradan geçen sürenin önemi olmadığını belirten kısmı isabet taşımaktadır. Olayda iki çalışma dönemi arasındaki süre çok kısa olmakla birlikte, ilk çalışma döneminin sonu ile sözleşmenin sona erdiği tarih arasında uzun bir süre geçmiştir.

12 Akyiğit, Yıllık İzin, 221; Caniklioğlu, Yıllık Ücretli İzin, dn. 35, 1153; Öztürk, Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hak-

kı, 83-84. Bu açıdan Yüksek Mahkeme'nin bazı kararlarında hizmet sürelerinin birleştirilmesi açısından iki çalışma dönemi arasında beş yıllık zamanaşımı süresinin geçmediğine vurgu yapması kanımızca isabet taşımamaktadır. Örnek olarak bkz. Yarg. 9. HD, 21.11.2016, E. 2015/8588 K. 2016/20520. İş güvencesinin kapsamına girmek için aranan altı aylık bekleme süresi koşulu açısından, çalışma dönemleri arasındaki kesintinin uzunluğu durumunda içtihat yolu ile sürenin yeniden işleme başlayacağını kabul edilebileceği yönünde, *Özkaraca, İş Güvencesinin Kapsamı*, 54-55.

13 Sözü edilen karara göre, "...davacının davalı işyerinde iki dönem halinde çalışması ve her bir dönem çalışma süresinin 1 yıllık süreyi aşmaması nedeniyle kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağına hak kazanamayacak olmasının da gözetilmesi gerekecektir..." (Yarg. 7. HD, 19.02.2014, E. 2013/23064 K 2014/4163).

14 Şüphesiz bu açıklamalarımız işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra ileride yeniden aynı işverenle iş sözleşmesi yapması durumu için geçerli olup, iş sözleşmesi feshedilen ve fesih anında o anki ücreti üzerinden kullanmadığı

bir tasfiyeden söz edilecekse ancak bu şekilde kullanılmayan izinlerinin parasal karşılığının iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine ödenerek "ücret açısından" tasfiye edilmesinden söz edilebilir. Bu incelemedeki esas üzerinde durmak istediğimiz husus ise, yukarıda belirtildiği gibi, önceki çalışma dönemine ilişkin hizmet süresinin "tasfiye" edilip edilemeyeceği ve bu konudaki Yargıtay içtihadının isabetli olup olmadığıdır.

III.Yargıtay İçtihadının Gelişimi

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin de, kural olarak aynı işveren yanındaki aralıklı çalışmaların yıllık izin hakkı açısından birleştirilerek göz önünde bulundurulacağı görüşünde olduğu görülmektedir. Ancak, Yüksek Mahkeme bu kuralın uygulanmasını kanunda aranmayan bir koşula bağlamıştır. Bu koşul ise, zaman içinde değişiklik göstermiştir. Gerçekten, aşağıda inceleneceği üzere, başlangıçta aynı işveren yanında geçen sürelerin ancak bu döneme ilişkin kıdem tazminatı ödenmemişse birleştirilebileceğini kabul ederken, daha sonra içtihat değiştirerek kıdem tazminatının ödenmiş olmasının birleştirmeye engel olmayacağını kabul etmiştir. Ancak bu defa da önceki çalışma döneminde izinler kullandırılmış veya iş sözleşmesi sona erdiğinde karşılığı ödenmişse kanunda öngörülen kuralın uygulanmayarak sürelerin birleştirilmeyeceğini kabul etmiştir. Bu içtihat Yargıtay 7, 9 ve 22. Hukuk Dairelerince sürdürülürken, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2017 yılını son günlerinde verdiği bir karar içtihat değişikliğine gidildiği izlenimi uyandırmıştır. İçtihadın gelişim sürecine örnek kararlara aşağıda yer verilmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 1991 yılında verdiği ve kıdem tazminatının ödenmiş olması

yıllık izinlerin ücreti ödenen işçinin, işe iade davası sonrasında işe başlatılmaması ihtimalinde fesih işleminin bu tarihte yapılmış sayılmasına bağlı olarak, daha önce ödenen yıllık izin ücretinin işe başlatılmama tarihindeki son ücretine göre güncellenmesi gerekecektir.

nın hizmet süresinin tasfiyesine neden olduğunu kabul ettiği bir karara göre, "...Davacının emekli olup kıdem tazminatını aldıktan sonra işyerinde çalışmasını sürdürmüş olması yeni bir hizmet akdine dayanır. Bu nedenle, emeklilikten önceki süreye ilave edilerek kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hesabı yapılamaz. Emeklilikten sonraki çalışma süresi ise bir yılı doldurmadığına göre bu süre için kıdem tazminatına ve yıllık ücretli izne hak kazanamayacağından bu isteklerin reddine karar vermek gerekir."¹⁵.

Özel Daire 2007 yılında verdiği başka bir kararında bu görüşünün gerekçelerini ortaya koymuştur. Söz konusu karara göre, "...Davacı işçi işyerinde halen çalışmakta olduğunu ve yıllık izin sürelerinin hesabında aynı işverenin başka bir işyerinde 1986-1990 yılları arasında geçen hizmetlerinin de dikkate alınması gerektiğinin tespiti isteği ile bu davayı açmıştır...davanın dayanağını 4857 sayılı İş Kanununun 54. maddesinin ilk fıkrasında yer alan ...kural oluşturur. Gerçekten, işçinin aynı işverenin bir yada değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin yıllık izin hesabı yönünden birleştirilmesi anılan yasanın amir hükmüdür. Benzer bir düzenleme de,...1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır...Dairemizin istikrar kazanan uygulamasına göre işçinin aralıklı çalışmalarında iş sözleşmesinin feshinin ardından, bir dönem için kıdem tazminatı ödenmiş olması halinde bahsi geçen çalışmaların tasfiye edilmiş olduğu sonucuna varılmaktadır. Kıdem tazminatı ödenmek suretiyle tasfiye edilen sürelerin işçinin aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde daha sonra gerçekleşen hizmet süresine eklenmesi, mümkün görülmemektedir. Buna karşın, iş sözleşmesi feshedildiği halde tazminatları ödenerek tasfiye edilmeyen hizmetlerin sonraki çalışma süresine ek-

15 Yarg. 9. HD, 13.05.1991, E. 1991/451 K. 1991/8352, İş Hukuku Dergisi, C. I, 1991, 305. Kararın eleştirisi için bkz. Soyer, Polat: İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi - 1991, İstanbul 1993, 29-30. Emeklilik öncesi çalışma döneminden bakiye süre olarak karşılanmayan bir izin ücreti bulunduğu takdirde birleştirme yapılacağı yönünde, Yarg. 9. HD, 26.06.1997, E. 1997/9759 K. 1997/12992.

leneceği, Dairemizce kabul edilmektedir. Yine, işverenin ilerde daha az kıdem tazminatı ödemek için gerçekte iş sözleşmesi sonlandırılmadığı halde kıdem tazminatı ödeme şeklinde bir uygulama içine girmesi halinde, işçi aleyhine sonuçlar doğuran bu tutumu yasalar karşısında korunmamakta ve yapılan ödeme avans niteliğinde kabul edilmektedir.

Kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gereken hizmet süresi yönünden varılan bu sonuçun, yıllık izne hak kazanma noktasında da dikkate alınması yerinde olur. Gerçekten 1475 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun bahsi geçen hükümleri, birbirine oldukça yakın düzenlemeler içermektedirler.

Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönülecek olunursa, davacı işçi 1986-1990 yılları arasında aynı işverenin değişik bir işyerinde çalışmış ve iş sözleşmesinin işverence feshi üzerine ihbar ve kıdem tazminatları ödenmiş, işçinin imzasını taşıyan ibranamede, yıllık izinlerin de ödendiği belirtilmiştir. Anılan ibraname ile işveren ibra edilmiş, bir başka anlatımla 1986-1990 yılları arasında kalan çalışmalar işçilik hakları ödenmek suretiyle tamamen tasfiye edilmiştir. İşçinin 1992 yılında yeniden aynı işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması yeni bir hizmet akti niteliğindedir. İşçilik hakları hesabında tasfiye edilen çalışmaların, bu yeni hizmet akti çerçevesinde yeniden değerlendirmeye alınması doğru olmaz. 4857 sayılı İş Kanununun 54. maddesi hükmünün, işçinin önceki dönem çalışmalarının tasfiye edilmediği hizmet süreleri bakımından bir anlamı bulunmaktadır...¹⁶.

Daha sonra ise Yüksek Mahkeme bu içtihadından dönerek ilk dönem çalışmaya ilişkin kıdem tazminatının ödenmiş olmasının sürelerin birleştirilmesine engel olmayacağına; ancak önceki çalışma döneminde izinler kullandırılmış veya sözleşme sona erdiğinde kullandırılmayan

izinlerin karşılığı ödenmişse yine bu sürelerin tasfiye edilmiş sayılacağına karar vermiştir¹⁷. İlke kararı haline dönüşen bu ifadeler şablon şeklinde 7, 9 ve 22. Hukuk Dairelerinin yıllık ücretli izne ilişkin kararlarında yer almış, somut olaylara da uygulanmıştır¹⁸.

Yüksek Mahkeme sadece önceki çalışma döneminde izinlerin kullandırılmış veya iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine karşılığının ödenmiş olmasını ölçüt olarak almamakta, işçinin önceki hizmet süresinde hak kazanıp da kullandırılmadığı yıllık izinlerin ücretini talep etmesini engelleyen başka durumları da, önceki hizmet süresinin sonraki hizmet süresi ile birleştirilmesine engel kabul etmektedir. Örneğin, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 17.06.2013 tarihli kararında, işçinin önceki dönemki çalışmasına ilişkin yıllık

17 Yarg. 9. HD, 05.11.2009, E. 2008/11592 K. 2009/30499 ve Şahlanan'ın kararı isabetsiz bulan inceleme, Şahlanan, Fevzi: Yıllık Ücretli İzin Hesabında Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu, (Aynı Konuda Karar İncelemesi II), İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları, Karar İncelemeleri, Mart 2011, 342-348; Yarg. 7. HD, 17.06.2013, E. 2013/3893 K. 2013/11408; Yarg. 22. HD, 01.03.2016, E. 2014/35016 K. 2016/6012; Yarg. 7. HD, 21.04.2015, E. 2015/8323 K. 2015/7264; Yarg. 9. HD, 11.04.2016, E. 2014/27282 K.2016/8861; Yarg. 7. HD, 31.10.2016 E. 2016/10214 K. 2016/17889; Yarg. 9. HD, 29.11.2017, E. 2017/7402 K. 2017/19394; Yarg. 22. HD, 18.12.2017, E. 2017/44355 K. 2017/28917.

18 Konuya ilişkin bir karara göre, "...Davacının, davalı işyerinde çalışmalarının iki dönem olup, ilk çalışma dönemi sonunda, davacı tarafından verilen 29.7.2002 tarihli ibranamede davacı, izin ücretini aldığına açıkça kabul etmiştir. Buna rağmen bu belge değerlendirilmeden 29.7.2002 tarihinden önceki çalışmalarının ücretli izin alacağı hesabında nazara alınarak hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..."(Yarg. 9. HD, 29.11.2006, E. 2006/12402 K. 2006/31408). Buna karşılık, 9. Hukuk Dairesi, 03.02.2011 tarihli kararında, önceki çalışma döneminin sonunda kıdem ve ihbar tazminatı ödenen olayda, sonraki çalışmada kıdem ve ihbar tazminatına esas hizmet süresi belirlenirken önceki çalışmanın dikkate alınmaması gerektiğini kabul etmiş, yıllık ücretli izin hakkının ise her iki dönemdeki toplam çalışması üzerinden hesaplanacağına karar vermiştir (Yarg. 9. HD, 03.02.2011, E. 2009/3630 K. 2011/2198). Ancak karar metninden, önceki çalışma sırasında izinlerin kullanım durumu veya dönem sonunda izin ücretlerinin ödenip ödenmediği anlaşılmamaktadır. Askerlik öncesi çalışmada yıllık izinlerin kullanıldığı olayda bu dönemin dışlanması yönünde, Yarg. 22. HD, 17.09.2014, E. 2013/16763 K. 2014/24194; ayrıca bkz. Yarg. 9. HD, 12.08.2008, E. 2008/3216 K. 2008/15280.

16 Yarg. 9. HD, 30.01.2007, E. 2006/12556 K. 2007/1252, www.kazanci.com. Kararı isabetli bulan bir inceleme için bkz. Şahlanan, Fevzi: Yıllık Ücretli İzin Hesabında Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları, Karar İncelemeleri, Mart 2011, 167-171; ayrıca bkz. Günay, Cevdet İlhan: Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 20, Aralık 2010, 30. Krş. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 25.

izin ücreti talebini de içeren davasından feragat etmiş olması nedeniyle, önceki çalışmasının tasfiye edildiği, yıllık izin ücretinin de yeni iş sözleşmesi yeni bir başlangıç kabul edilip sadece ikinci dönem çalışması dikkate alınarak hesaplanması gerektiği sonucuna varılmıştır¹⁹.

Yüksek Mahkeme'nin yıllık ücretli izne ilişkin pek çok kararında, somut olay aynı işveren yanında aralıklı çalışan bir işçinin yıllık ücretli izin süresinin hesabına ilişkin olsun olmasın, önceki çalışmada izin kullanılarak veya iş sözleşmesi sona erdiğinde parasal karşılığı ödenerek "tasfiye" edilen hizmet sürelerin dikkate alınmayacağına ilişkin bu ifadeleri kullanması, uygulamanın da bu şekilde gelişmesine neden olmuştur²⁰. Kararlarda geçen bu ifadelerin kanuna uygun olup olmadığı aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

19 Söz konusu karara göre, "...Somut olayda, davacı, davalı işyerinde iki dönem halinde çalışmış ve 2001-26.11.2006 tarihleri arasındaki hizmeti ile ilgili olarak, Ankara 15. İş Mahkemesinin 2006/123 Esas sayılı dosyası ile açtığı davada 2001-26.11.2006 tarihleri arasındaki tüm hak ve alacaklarından feragat ettiğini, beyan etmesi üzerine davanın feragatten reddine karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. İlk davada talep edilen alacaklar arasında kullanılmayan yıllık izin ücreti de bulunmaktadır. Mahkeme kabulünde de olduğu gibi, 7.2.2007 tarihinden önceki tüm alacaklarından feragat etmiştir. Bu nedenle 2006 yılına kadar olan çalışmasının tasfiye edildiğinin kabulü gerekir. Yıllık izin ücretinin de, sadece 2.dönem çalışması olan 7.2.2007-25.10.2011 tarihleri arasında yeni iş akdi ile birlikte yeni bir başlangıç olarak kabulü ile, yıllık 14 gün üzerinden yıllık izin hesabı yapılması gerekirken, bilirkişi tarafından hatalı olarak "kullanılmayan yıllık izin ücretlerini tüm çalışma dönemini baz alarak davacının izin hakkının her yıl için 20 gün kabul edilerek toplam 80 gün olarak bulunduğu, kullanıldığını ispat edilemediği" gerekçesi ile 2.232,00 TL belirlenen izin ücretinin tamamının hüküm altına alınması, hem mahkeme gerekçesi ile çelişkili hem de hatalı olup, bozma nedenidir..."; (Yarg. 7. HD, 17.06.2013, E. 2013/3893 K. 2013/11408).

20 Nitekim öğretide Öztürk de, "Aralıklarla yapılan çalışmalarda, önceki dönemde izinlerin tam olarak kullanılmaması ve Yargıtay kararlarında 'tasfiye' olarak adlandırılan 'işçinin önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretlerinin tam olarak ödenmesi' hallerinde, sonraki çalışmada işçinin kaç gün yıllık ücretli izin hak edeceği belirlenirken, önceki çalışma süresi dikkate alınmamaktadır. Bunun somut anlamı, sözü edilen durumlarda, işçinin sonraki çalışmada yeniden ilk beş yıl için 14 gün izin hak edecek olmasıdır." ifadelerine yer vererek bu hususu vurgulamaktadır (Öztürk, *Kullanılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı*, 80).

Konu son olarak 1 Aralık 2017 tarihinde düzenlenen Milli Komite seminerinde tartışma konusu olmuş, tarafımızca bu makalede ifade edilen görüşler, genel görüşme bölümünde dile getirilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin aynı ay sonunda verdiği 29.12.2017 tarihli bir karar bu konuda bir içtihat değişikliğine gidildiği izlenimi yaratmaktadır. Zira bu kararda konuya ilişkin formül kararlardaki gibi yıllık izinlerinin kullanılmamış veya sözleşme sonunda ücretinin ödenmiş olması ölçüt alınmaksızın, genel olarak, "Yıllık izin ücretine esas kıdem belirlenmesinde aralıklı çalışmada tasfiye söz konusu olmayacağından davacının izne esas kıdemini iki dönem çalışmasının toplanarak belirlenmesinde yasaya aykırılık yoktur." denilmektedir²¹.

Ancak kararın incelenmesinden, karara konu olayda işçinin ilk dönem çalışmasında yıllık ücretli izinlerin tam olarak kullanılmadığı, söz konusu davada ilk dönem çalışmasına ilişkin yıllık izin ücretine hükmedildiği anlaşılmaktadır. Zira, ilk dönem çalışması 06.05.1987 tarihinde

21 Karara göre, "...2- Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının, davalı işyerinde iki dönem çalıştığı, ilk dönemin tazminatı ödenerek sona erdiği, tazminat olarak davacıya 7.964,95 TL'nin ödendiği, davacının ilk dönem çalışmasının 31/12/2001 tarihinde sona erdikten sonra ikinci dönem çalışmasının 15/05/2003 tarihinde başladığı, aradaki boşluk nedeniyle ilk dönem çalışmasının kesintisiz devam ettiğinin kabul edilemeyeceği, bu tasfiye nedeniyle davacının ikinci dönem çalışmasına ilişkin değerlendirme yapılması gerektiği, 05/01/2015 tarihli bilirkişi ek raporundan davacının ikinci dönem çalışmasına ilişkin kıdem tazminatının fazlasıyla ödendiği ve davacının fark kıdem tazminatı alacağına olmadığı anlaşıldığından davacının kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalıdır.

3- Yıllık izin ücretine esas kıdem belirlenmesinde aralıklı çalışmada tasfiye söz konusu olmayacağından davacının izne esas kıdemini iki dönem çalışmasının toplanarak belirlenmesinde yasaya aykırılık yoktur. Ancak davacının ilk dönem çalışması 06/05/1987 tarihinde başlamış olup bu çalışma 10/06/2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı yasadaki 1475 sayılı yasaya tabi geçmiştir. 1475 sayılı yasa ile 4857 sayılı yasadaki yıllık ücretli izin süreleri farklılık arz etmektedir. Bu nedenle davacının yıllık ücretli izin alacağı iki dönem çalışmasının toplamı üzerinden ancak 10/06/2003 tarihinden önce hak edilenler 1475 sayılı yasadaki süreler göre, sonrası için ise 4857 sayılı yasadaki süreler göre, kullanılan izinler ve fesihle yapılan ödeme dikkate alınarak hesaplanmalıdır..."; (Yarg. 9. HD, 29.12.2017, E. 2015/18282 K. 2017/22167).

başlayıp 31.12.2001 tarihinde sona eren işçinin ikinci dönem çalışması 15.05.2003 tarihinde başlamıştır. Yüksek Mahkeme ilk çalışma dönemi için o dönem yürürlükte olan 1475 sayılı Kanundaki sürelerle göre hesaplama yapılması gerektiğini belirtmiştir. Başka bir deyişle, kararda söz konusu ifadeler kullanılmış olmakla birlikte, olay ilk döneme ilişkin izinlerin kullanıldığı veya dönem sonunda karşılığının ödendiği bir olay olarak görünmemektedir. Bu açıdan söz konusu ifadelerin, ilk döneme ilişkin kıdem tazminatının ödenmiş olmasının, bu sürenin izin hesabında tasfiye edilmiş sayılmasına yol açmayacağı anlamında kullanılmış olması da muhtemeldir²².

Nitekim, Özel Daire'nin 2018 yılında verdiği beş kararda tasfiyeye ilişkin şablon niteliğindeki ifadelerle tekrar yer verdiği görülmektedir. Söz konusu kararlara göre, "...4857 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında, işçinin aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştığı sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda, işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin de aynı gerekçeyle izin hesabı yönünden birleştirilmesi zorunludur. Bununla birlikte, işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün değildir. Önceki çalışma döneminde izin kullanılmak veya fesihle karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri, aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir..."²³.

22 Söz konusu Özel Daire kararına konu dosya kapsamında alınan ek ikinci bilirkişi raporunda yer verilen "...Önceki çalışma sürelerine ilişkin kıdem tazminatı veya izin ücretinin ödenmesi ya da izinin kullandırılması işçinin izin kıdem süresini ortadan kaldırmayacaktır..." şeklindeki ifadeler isabet taşımaktadır. Raporunda, 25 yıllık hizmet süresi için 530 günlük izin süresi bulunup bundan kullanılan 148 gün düşülerek hesaplama yapılmış ve son çalışma dönemi sona erdiğinde ödenen tutar hesaptan düşülmüştür.

23 Yarg. 9. HD, 23.01.2018 E. 2017/27839 K. 2018/1082,

IV. Görüşümüz: Yıllık Ücretli İzne Esas Hizmet Süresinin Tasfiye Edilemeyeceği

Yukarıda açıklandığı gibi, İş Kanunu m.54/1' de öngörülen düzenleme, işçinin hak ettiği yıllık ücretli izin gün sayısı belirlenirken, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen toplam hizmet süresine bakılacağı, bu hizmet süresinin kesintili/aralıklı olup olmamasının öneminin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Kanunda bu konuda herhangi bir ayırım yapılmamış, herhangi bir koşul öngörülmemiştir²⁴.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, bir işyerinde aynı gün işe giren iki işçi olsun; bunlardan biri bu işyerinde kesintisiz 8 yıl çalıştığında, 6. hizmet yılını tamamlaması ile birlikte her yıl için 20 gün ücretli izine hak kazanacaktır. Diğer işçinin 5. hizmet yılını tamamlayınca iş sözleşmesini feshederek 1 yıl çalışmadığını veya askere gittiğini düşünelim. Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağını öngören İş Kanunu m.54/1 hükmü karşısında, çalışmaya ara veren işçi de tekrar aynı işverene ait önceki veya başka bir işyerinde çalışmaya başladığında, iki dönemdeki toplam çalışma süresi 6 yılı tamamladığında 20 günlük ücretli izne hak kazanacaktır.

Yarg. 9. HD, 24.01.2018, E. 2017/7968 K. 2018/1112; Yarg. 9. HD, 24.01.2018, E. 2017/7966 K. 2018/1114; Yarg. 9. HD, 24.01.2018, E. 2017/7969 K. 2018/1111; Yarg. 9. HD, 24.01.2018, E. 2017/7967 K. 2018/1113, emsal.yargitay.gov.tr.

24 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 690; Süzek, 853-854; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 333; Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Bay-sal, 468; Demir, 236-237; Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014, 707; Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan, 267-268; Şakar, 147; Sümer, 157; Akyiğit, Yıllık İzin, 220-221; Güven/Aydın, 285; Demircioğlu, 240-241; Senyen Kaplan, 363; Akyiğit, 446; Alpagut, Gülsevil: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2012, 78-79; Doğan Yenisey, Kübra: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2015, 140; Özveri, Murat: Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları, Legal İHSGHD, 2017/15, 927-930.

İşçinin önceki çalışmasındaki toplam hizmet süresi işçinin 14, 20, 26 günlük²⁵ dilimlerden hangi kategoriye göre izne hak kazanacağı belirlenirken dikkate alınacağı gibi, bir sonraki hizmet yılı için hak kazanılacak izin için gerekli bir yıllık çalışma koşulu açısından da, işçinin önceki çalışmasının tam yıllardan arta kalan hizmet süresi dikkate alınacaktır. Başka bir deyişle, işçinin aynı işveren yanında (aynı ya da başka bir işyerinde) yeniden işe girmesi halinde, ikinci (ya da daha sonraki) çalışmasında hangi tarihte yıllık izne hak kazanacağı belirlenirken, önceki çalışılan sürede bir tam yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan arta kalan süreler dikkate alınarak hesaplama yapılacaktır²⁶. Örnek vermek gerekirse, bir işveren yanında 5 yıl 4 ay çalışan bir işçi iş sözleşmesi sona erdikten sonra tekrar aynı işverenin aynı ya da başka bir işyerinde işe girmesi halinde, 8 ay sonra yıllık ücretli izne hak kazanabilecektir. Bu durumdaki işçinin hak kazandığı yıllık ücretli izin süresi de 20 gün olacaktır.

Yargıtay da, kural olarak aynı işveren yanındaki aralıklı (kesintili) çalışmaların birleştirilerek göz önünde bulundurulacağı ve önceki dönem çalışmaların hem izne hak kazanma hem de izin süresinin uzunluğu açısından dikkate alınacağı görüşündedir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme bu konuda bir ayırım yapmaktadır.

Gerçekten Yargıtay'ın yukarıda yer verilen içtihadı esas alındığında, bazı durumlarda işçinin önceki hizmet süresinin dikkate alınmayacağı sonucuna varılmaktadır. Şayet işveren ilk iş ilişkisi sırasında işçinin yıllık ücretli izinlerini tam olarak kullanmışsa veya izinleri kullanmamış olmakla birlikte iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine kullanılan izin günlerinin karşılığını ödemişse, başka bir deyişle konuya

ilişkin olarak yasal yükümlülüklerini yerine getirmişse önceki hizmet süresi "tasfiye edilmiş" sayılacak ve sonraki dönem aynı işveren yanında çalışmaya başladığında sanki o işyerinde ilk defa işe girmiş gibi işlem yapılacaktır. Buna karşılık, işveren izinleri tam olarak kullanmamış veya kullanılan izin günlerinin karşılığını ödemişse süreler birleştirilecektir.

Yüksek Mahkeme'nin bu görüşü, yasa koyucunun yasal düzenlemelere uygun hareket edilmeyeceği varsayımıyla ve yasal düzenlemelere uygun hareket etmeyen işverenlere özgü düzenlemeler getirdiği sonucunu doğuracaktır ki, böyle bir yaklaşımın kabulü mümkün değildir. Asıl olan kanuna uygun davranılmasıdır ve yasa koyucunun getirdiği düzenlemeleri de, bunlara uyulacağı düşüncesiyle öngördüğünü kabul etmek gerekir.

Öte yandan, Yüksek Mahkemece yapılan ayırımın herhangi haklı bir gerekçesi bulunmamasıyla birlikte, iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine kullanılan izinlerin karşılığını ödemiş olan işveren de her zaman yasal düzenlemelere uygun hareket etmiş olmayabilecektir. Gerçekten, işçinin sadece son hizmet yılına ilişkin iznini henüz kullanma imkanı varken iş sözleşmesinin sona erdiği durumlar dışında, bu kapsamda önceki hizmet yıllarına ilişkin birikmiş izinleri bulunan işçilerin iş sözleşmeleri sona erdiğinde izin ücretlerini ödeyen bir işveren de, esasında, işçinin her hizmet yılına karşılık hak ettiği izni yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanacağını öngören yasal düzenlemeye aykırı davranmış olmaktadır (m.54/4). İşçinin hak ettiği iznin Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğindeki esas ve usullere aykırı olarak kullanılmaması veya eksik kullanılmasında idari para cezası yaptırımına da bağlanmıştır (m.103).

Kanunun 59. maddesinde yer verilen, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretinin, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya mirasçılara ödeneceğine ilişkin düzenleme temelde iki amaca hizmet etmektedir: İlk olarak, yıllık ücretli iznin ancak iş sözleşmesi sona erdiğinde paraya

25 Makalemizdeki örneklerde ve yapılan açıklamalarda yasal asgari izin süreleri esas alınmış olup, yıllık ücretli izin sürelerinin iş sözleşmeleri, personel yönetmelikleri veya toplu iş sözleşmeleri gibi kaynaklarla artırılmış olması durumunda da aynı esaslar geçerli olacaktır. Yine 18 yaşından büyük, 50 yaşından küçük işçi esas alınmıştır.

26 Öztürk, *Kullanılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı*, 82; Akyigit, *İş Hukuku*, 447.

dönüşebileceğini; ikinci olarak ise, işçinin prensip olarak son çalışma yılına bağlı olarak hak kazandığı izni kullanmadan iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda bunun karşılığının para olarak ödeneceğini düzenlemek. Şüphesiz işçinin önceki yıllara ilişkin kullanmadığı izinlere ilişkin ücretleri de, iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine, bu maddede öngörülen esaslara göre son ücret üzerinden ödenecektir. Yoksa düzenleme işverenin dilerse yıllık izinleri fiilen kullanılabileceği dilerse izin kullanılmayıp iş sözleşmesi sona erince son ücret üzerinden karşılığını ödeyebileceği gibi bir anlam içermemektedir.

Sonuç olarak, izinleri kullandıran veya karşılığını ödeyen işverenlerin önceki çalışma dönemlerini dikkate almayabileceği yönündeki içtihat, yasal bir temele dayanmadığı gibi, bu ihtimalde kanuna uygun davranılmış olması düşüncesi de kendi içinde tutarlı olmamaktadır.

Önceki çalışma süresine ilişkin izinlerin fiilen kullanılmış olması da bir tasfiye nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Nitekim işçinin kesintisiz çalışması durumunda her hizmet yılına ilişkin yıllık ücretli izinlerin düzenli olarak kullanılmış olması, izin süresinin uzunluğunun, toplam hizmet süresine göre belirlenmesine engel olmamaktadır. İşçinin kesintisiz çalışması halinde, önceki yıllarda ücretli izinlerin kullanılmasının sonraki yıllarda kullanılacağı izin gün sayısına etkisi bulunmadığına, izin gün sayısı toplam hizmet süresine bakılarak belirlendiğine göre, aralıklı çalışma halinde bunun aksini kabul etmek kanuna aykırı bir yaklaşımdır²⁷.

Mevcut yasal düzenleme karşısında Anayasal temeli bulunan dinlenme hakkının uygulanması niteliğindeki hizmet süresinin tasfiye edilmesinin esasen başkaca bir nedenle de mümkün olmaması gerekir²⁸. Önemle vurgulayalım ki,

yukarıdaki açıklamalarımız Yargıtay içtihadında esas alınan kriterlerin isabetsizliğini ortaya koymak amacıyla yapılmaktadır. Yoksa bu kriterlerin zaten yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

Yukarıda açıkladığımız gibi, Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünün temelinde, kıdem tazminatına esas hizmet süresinin tespitine ilişkin esasların aynı biçimde yıllık izin hakkı açısından da geçerli olduğu düşüncesi yatmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin önceki içtihadında, tasfiye için izinlerin kullanılmış olması veya karşılığının ödenmesini değil, kıdem tazminatının ödenmiş olmasını temel alması da bu kanaatimizi doğrulamaktadır. Sonraki içtihat değişikliğinde, madem kıdem tazminatına esas sürenin tespitinde tasfiye için kıdem tazminatının ödenmesi kriter olarak alınıyor, yıllık izinde de izinlerin kullanılması veya ücretlerinin ödenmesi esas alınmalı gibi bir düşünce etkili olmuş görünmektedir.

Belirtelim ki, öğretilerde yıllık ücretli izne esas hizmet süresinin tasfiye edilebileceğini savunan görüş de, bu konuda önceki dönem çalışmasına ilişkin izinlerin kullanılmış veya sözleşme sonunda karşılığının ödenmiş olmasının ölçüt olamayacağını belirtmekte ve Yargıtay görüşünü eleştirmektedir. Gerçekten, öğretilerde "tasfiye" açısından kıdem tazminatının ödenmiş olmasını savunan Şahlanan, "...Yüksek Mahkeme'nin açık bir şekilde kaleme alınan bu görüşünün eğer tarafımızca bir yanlış anlamaya konu olmamış ise kabulü mümkün değildir. Aralıklı çalışmalarda bu çalışmaların yıllık izin süresinin hesabı yönünden birleştirilmesi hiçbir şekilde söz konusu sürelerle ilişkin izinlerin kullanılması veya kullanılmaması ya da fesih sonucu ücretinin ödenmesi veya ödenmemesi koşuluna bağlı değildir." ifadelerine yer vermektedir²⁹.

Yukarıdaki gerekçelerle biz de bu ifadelere katılmaktayız. Ancak kanaatimizce Yüksek Mahkeme'nin de daha önce benimsediği, kıdem taz-

27 Öztürk, *Kullanılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı*, 82.

28 Öğretilerde *Alpagut*'un isabetle belirttiği gibi, "...Hukukumuzda yıllık izin süresinin tasfiyesi gibi bir kavram bulunmamakta, kıdem tazminatının tasfiyesi ise esasen fiilen ödenmiş, değerlendirilmiş sürenin mükerrerlik oluşturacak şekilde dikkate alınmaması amacına yöneliktir." Bkz. *Alpagut*, *Değerlendirme* 2010, 79; aynı yönde, Doğan Yenisey, Kübra: *İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri*

ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2015, 140.

29 Şahlanan, *Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu* II, 348. Krş. Narmanlıoğlu, dn. 271, 707; *Günay*, *Yıllık Ücretli İzin Hakkı*, 30.

minatının ödenmiş olmasını kriter olarak alan görüş de isabet taşımamaktadır. Zira, kıdem tazminatına esas hizmet süresi için kabul edilen bu düşünce, 1475 sayılı İş Kanunu m.14/8'de öngörülen aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ödenmeyeceği yönündeki düzenlemeden kaynaklanmaktadır.

Karşı görüşe göre, her ne kadar kıdem tazminatı açısından 1475 sayılı İş Kanunu m.14/8'de yer alan hükmün benzeri bir hüküm, yıllık ücretli izne ilişkin yasal düzenlemelerde mevcut değilse de, kıdem tazminatı ödenmiş ve tasfiye edilmiş bir hizmet süresinin kıdeme bağlı diğer haklarda etkisinin devam ettiğini söylemek isabetli bir görüş değildir. Kıdem hakkının gazetecinin mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanacağını öngören Basın İş Kanunundakine benzer bir düzenlemenin yer almadığı İş Kanununa tabi çalışanlar için yıllık ücretli izin hakkı açısından benzer sonuç doğuracak yorumlardan kaçınılmalıdır. Bu görüşe göre, Yargıtay'ın önceki kararlarında kabul edildiği gibi, İş Kanunu'nun 54. maddesinin, işçinin önceki dönem çalışmalarının kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilmediği hizmet süreleri bakımından bir anlamı bulunmaktadır³⁰.

Biz bu görüşe katılmamaktayız. Aralıklı çalışmaların birleştirileceğine ilişkin düzenlemenin kıdem tazminatına ilişkin hükümde de benzer şekilde kaleme alınmış olmasının, burada da aynı sonuca varmayı gerekli kılmadığını, iki kurumun farklı amaçlara hizmet ettiğini düşünmekteyiz. Nitekim yıllık ücretli izin hakkı açısından bu sonucu doğuracak 1475 sayılı İş Kanunu m.14/8 benzeri herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Öte yandan, kıdem tazminatına ilişkin esaslar burada da geçerli olduğunda, önceki iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona erdiğinde de mi önceki dönem dikkate alınmayacaktır? Ya da yine çok benzer düzenlemenin yer aldığı, iş güvencesinin

kapsamına girebilmek için aranan altı aylık bekleme süresi (m.18/4) açısından da aynı sonuçlar mı geçerli olacaktır? Nitekim uygulamada bu yönde karar verildiği de olmuştur³¹.

Ayrıca, Basın İş Kanunu m.21'de yer verilen günlük mevkuteler açısından, "Gazetecinin kıdemini aynı gazetede ki hizmetine göre değil, meslekteki hizmet süresine göre hesaplanır" (f.1); günlük olmayan mevkuteler açısından "Gazeteci tabirine girenlerin kıdemleri, iş akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden inikat etmiş olmasına bakılmaksızın, gazetecilik mesleğinde geçirdikleri hizmet süresi nazara alınmak suretiyle tesbit edilir." (f.2) şeklindeki düzenlemeler, gazeteciye daha geniş haklar sağlayan hükümlerdir³². Buradan hareketle, başka bir kanunda işçiye daha az hak sağlayan bir hükmün uygulanmasının, kanunda aranmayan koşullara bağlanamayacağı kanısındayız. İş Kanunundaki düzenleme, işçinin hangi işveren yanında olduğuna bakılmaksızın çalışma yaşamında veya belirli bir meslekte geçirdiği tüm süreyi veya sigortalılık süresini esas alan bir düzenleme olmayıp sadece aynı işveren yanında geçen sürelerle özgüdür. Vardığımız sonuç, bir düzenleme boşluğu bulunduğundan hareketle yorum yoluyla veya işçiyi koruma düşüncesiyle varılan bir sonuç olmayıp kanunun açık hükmünün bir gereğidir.

Bu açıdan Yüksek Mahkeme'nin bu görüşü terk ederek kararlarında, "İşçinin aralıklı olarak aynı işverene ait işyerinde çalışması halinde, önceki dönemin kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş olması, izin yönünden sürelerin birleştirilmesine engel oluşturmaz" ifadelerine yer vermesi isabetlidir. Yüksek Mahkeme'nin bir adım daha atarak bundan sonraki kararlarında, aynı işveren yanındaki aralıklı çalışmalarda yıllık ücretli izne hak kazanma ve izin süresinin uzunluğu açısından önceki dönem çalışmalarının birleştirilerek göz önünde tutulacağı, bunun kanunda herhan-

30 Şahlanan, Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu II, 347-348.

31 Bu konudaki Yargıtay kararları, öğretici görüşleri ve değerlendirilmesi için bkz. Özkaraca, *İş Güvencesinin Kapsamı*, 53-55.

32 Bu konuda bkz. Şakar, Müjdat: *Basın İş Hukuku*, İstanbul 2002, 91-92.

gi bir koşula bağlanmadığı, önceki çalışma döneminin sonunda kıdem tazminatının ödenmiş olmasının veya izinlerin kullandırılmış ya da iş sözleşmesi sona erdiğinde karşılığının ödenmiş olmasının birleştirmeye engel olmayacağı görüşünü benimsemesi isabetli olacaktır kanısındayız.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 29.12.2017 tarihli kararında kullandığı, "Yıllık izin ücretine esas kıdem belirlenmesinde aralıklı çalışmada tasfiye söz konusu olmayacağından davacının izne esas kıdemini iki dönem çalışmasının toplanarak belirlenmesinde yasaya aykırılık yoktur."³³ şeklindeki ifadeler bu konuda bir içtihat değişikliğine gidildiği izlenimi yaratmakta ise de, karara konu olayda işçinin ilk dönem çalışmasında yıllık ücretli izinlerin tam olarak kullandırılmadığı anlaşılmaktadır. Bu ihtimalde Yüksek Mahkeme süreleri zaten toplamaktadır. Öte yandan, 9. Hukuk Dairesi'nin 2018 yılında verdiği kararlarda yıllık izne esas hizmet sürelerinin tasfiye edilebileceğine ilişkin isabet taşımayan ifadelere yer vermeye devam ettiği görülmektedir. Bu açıdan gerek Yargıtay 9. Hukuk Dairesi gerekse Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararlarında, aynı işveren yanındaki aralıklı çalışmalarda önceki çalışma döneminde izinlerin kullandırılmış veya sözleşme sonunda ücretlerinin ödenmiş olmasının da, tasfiyeye neden olmayacağını açıkça ifade etmeleri isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Akyiğit, Ercan: 1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000. (Yıllık İzin).
- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku; 11. Baskı; Ankara 2016.
- Alpagut, Gülsevil: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlen-

dirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012.

- Caniklioğlu, Nurşen: İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullandırılmamasının Sonuçları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017.
- Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, İzmir 2013.
- Demircioğlu, A. Murat: Yargıtay Kararları İşığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- Doğan Yenisey, Kübra: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- Günay, Cevdet İlhan: Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 20, Aralık 2010.
- Güven, Ercan/Aydın, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Eskişehir 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C.1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014.
- Özkaraca, Ercüment: İş Güvencesinin Kapsamı, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi'ne sunulan tebliğ, Ankara 2017.
- Öztürk, Mehmet Onat: Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler, Çalışma ve Toplum, S. 35, 2012/4.
- Özveri, Murat: Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yar-

33 Yarg. 9. HD, 29.12.2017, E. 2015/18282 K. 2017/22167.

- gı Kararları, Legal İHSGHD, 2017/15.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2017.
 - Soyer, Polat: İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi - 1991, İstanbul 1993.
 - Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, 22. Bası, Ankara 2017.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2017.
 - Şahlanan, Fevzi: Yıllık Ücretli İzin Hesabında Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu, İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları, Karar İncelemeleri, Mart 2011.
 - Şahlanan, Fevzi: Yıllık Ücretli İzin Hesabında Kıdem Tazminatı Ödenmiş Sürelerin Durumu, (Aynı Konuda Karar İncelemesi II), İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları, Karar İncelemeleri, Mart 2011.
 - Şakar, Müjdat: Basın İş Hukuku, İstanbul 2002.
 - Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul 2018.
 - Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2015.

İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi

Öz

Sosyal medya kullanımının artması iş hukuku açısından işçilerin 'hoş görülme' sosyal medya kullanımlarının iş ilişkisine etkisinin incelenmesini beraberinde getirmiştir. İşçilerin

işyerine ve işverene dair paylaşımlarının fesih nedeni olup olmayacağı, Yargıtay'ın bu konudaki görüşleri, ifade özgürlüğü kapsamında ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler:

İfade özgürlüğü, sosyal medya paylaşımları, işçinin sadakat borcu, geçerli fesih, eleştiri hakkı.

The Analysis of the Two Different Supreme Court Verdicts on the Termination of the Employment Contract on the Basis of Employee's Social Media Posts

Abstract

Spreading social media usage has emerged the question of whether is it a just cause for employer to terminate the employment contract, on grounds of workers 'unwanted' social media

posts related to workplace and/or employer. This matter will be argued in this article, within the scope of freedom of expression and in the light of Court of Cassation's decisions.

Keywords:

Freedom of expression, social media posts, obligation of loyalty, just cause for termination, right to criticize.

*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı – gbyildiz@gmail.com

I. Giriş ve İnceleme Konusu Kararlar Hakkında Genel Bilgi

İnternetin ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşması beraberinde yeni sorunları da getirmektedir. İş hukuku açısından işçinin sosyal medya kullanımı ve paylaşımlarının iş ilişkisine etkisi son zamanlarda oldukça tartışılan bir alan haline gelmiştir. İşçiler tarafından yapılan sosyal medya paylaşımlarının işverence disiplin yaptırımlarına konu edilmesi, çoğunlukla da iş sözleşmesinin feshine gerekçe gösterilmeleri, iş hukuku öğretisi ve yargı tarafından konunun ele alınmasını gerektirmektedir. Aşağıda Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesi (14205/9526, 1.6.2017) ve 22. Hukuk Dairesi (32592/10720, 9.5.2017) tarafından verilen iki karar çerçevesinde konu ele alınacaktır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararına konu olan olayda davacı işçinin iş sözleşmesi İK 25/II-e bendi uyarınca feshedilmiş, açılan işe iade davasında yerel mahkeme 'davalı işyerinde tele satış temsilcisi olarak çalışan davacının çalışma arkadaşları ile birlikte grup oluşturdukları ve kendi aralarında whatsapp yazışmaları yaptıkları ve yazışmalarda işyeri ve işyeri yöneticileri hakkında hakaret içerikli beyanlarda buldukları, ofis içinde huzuru bozacak şekilde konuşmalar ve gülüşmeler yaptıkları, yeni yöneticileri yanlarından geçtiğinde rahatsız edici tavırlara girdikleri, uygunsuz lakaplar takıldığı ve davacı ve arkadaşlarının bu davranışlarının işyerinde huzuru bozacak nitelikte olduğunun anlaşıldığı, yönetici tarafından sözlü olarak uyarıldıkları ancak tutum ve davranışlarında değişiklik olmadığı, davacının davranışlarının İş Kanunu 25/II-e maddesine göre işverenin güveninin kötüye kullanılması kapsamında kaldığı, davalı tarafından davacının iş akdinin geçerli sebeple feshedildiği' gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir.

Kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, feshin geçerli nedenlere dayandığını ispat yükünün işverene ait olduğunu, bu kapsamda işverenin hem feshin biçimsel kurallarına uyduğunu (yazılı fesih bildirimini yaptığı, işçinin davranışlarına dayalı olarak yapılan fesihlerde savunmasının alındığını,

fesih sebeplerinin açıkça bildirilmesi gerektiği gibi) hem de feshin içeriği açısından da haklı ya da geçerli sebeplerin olduğunu ispatlaması gerektiğini ifade etmiştir.

Yüksek mahkeme kararında; '*İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümler de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir. İşçinin çalışma koşullarına, işveren veya vekilinin olumsuz uygulamalarına karşı çıkmaları sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilemez.*

Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi davacının çalışma arkadaşları ile birlikte grup oluşturarak yaptıkları whatsapp yazışmalarında işyeri ve işyeri yöneticileri hakkında terbiye sınırlarını aşan hakaret-amiz iftira dolu beyanlarda bulunduğu, yöneticisi tarafından yapılan uyarıların dikkate alınmadığını, yönetici tarafından gelen mailler sonrasında ofis içinde huzuru bozacak şekilde konuşmalar ve gülüşmeler gerçekleştirilmesi ve diğer çalışanların motivasyonlarının bilinçli olarak düşürmeye çalışıldığı, işyeri telefonu ile uzun süre özel görüşme yapıldığı, yöneticiye iş akışı ile ilgili bilgilendirme yapılmadığı, ofis içinde kendileri ile birlikte hareket etmeyen işlerini yapmaya devam eden çalışanlara psikolojik baskı uygulandığı, uygunsuz lakaplar takıldığı ve bu tutum ve davranışların her geçen gün şiddetini arttırarak devam ettiği, yönetici tarafından sözlü olarak uyarılmış ise de tutum ve davranışlarında değişiklik olmadığı ve iş aktinin İş Kanunu 25/II-e maddesine göre işverenin güveninin kötüye kullanılması kapsamında kaldığı gerekçesi ile feshedilmiştir.

Öncelikle Whatsapp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içerisinde iletişim gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve

üçüncü kişilere kapalı bir konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır.

Dosya içeriğine göre davalı işyerinde satış uzmanı olarak çalışan davacı ve aynı konumdaki diğer çalışanlar, çalışma koşullarının olumsuz olarak değiştirilmesi, ücret politikası, mobbing uygulanması nedeni ile toplu imza ile istekte bulunmuşlar ve mailler göndermişlerdir. Aynı zamanda da iletişim için Whatsapp sistemi içinde grup kurmuşlardır. Burada da çalışma koşullarının olumsuzluğu, yöneticilerin tutumları ve davranışları hakkında yorumlarla yazışmalarda bulunmuşlardır. Bu iletişimlerin dosyadaki çözümlerine göre genel olarak mesai saatleri dışında olduğu görülmektedir.

Davacı ve diğer arkadaşlarının Whatsapp grubu içindeki bu yazışmaları, aynı grup içinde yer alan diğer bir işçi tarafından işverene iletilmiş, işveren bunun üzerine grupta yer alan işçilerin savunmasını alarak, davacı ve diğer işçilerin iş sözleşmelerini feshederken, ileten işçiye ise ihtar cezası vermiştir. Grup içi konuşmaların gizli kalması esas olduğu gibi genel olarak bakıldığında çalışma koşullarının olumsuzluğu, işveren ve yöneticilerin eşit davranmama, mobbing niteliğindeki tutumlarının dile getirildiği tespit edilmiştir. İşveren gizli kalması gereken verileri yasak bir şekilde elde ettiği gibi kendisine veren ve aynı konuşmalarda bulunan işçiye davranışı nedeni ile ihtar cezası vermek sureti ile de bilgi veren işçisini korumuştur. İşçilerin işyerinde mailleri, işverene bildirimleri işçilik hakları ile ilgili demokratik talep niteliğinde olup, bu tür barışçıl davranışların fesih nedeni yapılması doğru değildir. İspat yükü kendisinde olan davalı işveren haklı ve geçerli feshi kanıtlayamamıştır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır' ifadelerine yer vererek yerel mahkeme kararını bozmuş, davacı işçinin işe iadesine hükmetmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kararına konu olan olayda ise yerel mahkeme davacının açtığı feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade istemli davayı kabul ederek davacının işe iadesine karar vermiş, kararın davalı işverence temyizi üzerine yüksek mahkeme kararı bozmuş, feshin geçerli olduğuna

hükmederek davacının davasını reddetmiştir. Karar metni şu şekildedir; '...Dosya kapsamına göre, bankada destek personeli olarak çalışan dava dışı...nin güvenlik kamera izleme odasında, genel müdür ile yönetim kurulu başkanın odalarının bulunduğu koridoru güvenlik kamerasından izlerken, genel müdürün odasının önünde bulunan kutuları görmesi üzerine, genel müdürün görevden ayrılacağı düşüncesiyle ekrandaki görüntüyü fotoğrafladığı ve cep telefonundaki whatsapp programı ile paylaştığı anlaşılmaktadır. Davacının da, kendi telefonuna ulaşan bu fotoğrafı, müfettiş arkadaşıyla iletişim kurduğu gruba gönderdiği sabittir.

Halka açık bir şekilde bankacılık faaliyetinde bulunan, borsada hisse senetleri işlem gören ülkemizin sayılı bankalarından olan davalı bankanın genel müdürünün görevden alındığı izlenimini verecek nitelikteki bu görüntünün, kurum dışına sızması, özellikle basına yansımaları durumunda ekonomik açıdan sakıncalar doğacağı açıktır. Müfettiş olarak çalışan davacının belirtilen bu sakıncaları öngörerek davranması beklenir. Kendisine bir başka çalışan tarafından whatsapp programından iletilen fotoğraf paylaşmaktan ibaret olan davacının davranışları fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiğinden 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, hükmün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir...'

II. İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi

İş sözleşmesi işveren tarafından işyerinden ya da işçiden kaynaklanan sebeplerle sona erdirilebilir. Fesih işçinin davranışlarından ya da işçiden kaynaklanan nedenlere dayanıyorsa, bu durumun iş görme borcunu ya da taraflar arasındaki güven ilişkisini olumsuz etkilemesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle, işçiden kaynaklanan nedenin fesih sebebi olarak değerlendirilmesi için, iş görme borcunun hiç ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi

veyahut işveren ve işçi arasında olması gereken karşılıklı güven ilişkisinin sözleşmeye devam edilemeyecek derecede zedelenmesi gerekir. İncelemeye konu edilen her iki kararda da iş sözleşmesinin fesih gerekçesi işçinin davranışları kapsamında yer aldığından 'işçinin hastalığı veya yetersizliği' nedeniyle yapılan fesihler üzerinde durulmayacaktır.

İşçinin davranışlarının iş sözleşmesinin feshine gerekçe olarak gösterilmesi durumunda, iş güvencesi dışındaki iş ilişkilerinde yapılan fesih hakkın kötüye kullanılması ya da haksız fesih olup olmadığı kapsamında denetlenecek, iş güvencesi kapsamı içindeki iş ilişkilerinde ise feshin geçerliliği şekil ve esas yönünden denetime tabi tutulacaktır. İş Kanunu, iş güvencesi kapsamı içindeki iş ilişkilerinde geçerli fesih sebepleri ile haklı nedenle fesih sebeplerini birbirinden net biçimde ayırarak düzenlemiştir. Bu yüzden, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde, işçinin davranışının iş ilişkisine ve taraflar arasındaki güven ilişkisine etkisinin ağırlığı tespit edilerek, bu davranışın geçerli fesih ya da haklı nedenle fesih sebebi oluşturup oluşturmadığı yargı organı tarafından incelenmektedir. İşçinin davranışlarının geçerli fesih sebebi sayılması ile haklı nedenle fesih sebebi sayılması arasındaki fark öğretide işçinin davranışının taraflar arasındaki güven ilişkisine etkisi esas alınarak belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre, işçinin davranışı taraflar arasındaki güven ilişkisinin temelden çökmesine neden olacak ağırlıkta ise haklı nedenle fesih sebebi, bu ağırlıkta olmamakla beraber işverenden iş ilişkisine devam etmesini makul ölçüler içinde beklenemeyecek derecede sarsmış ise geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilmelidir.¹ Bu farklılığa, inceleme konusu Yargıtay 9.Hukuk Dairesi kararında da ayrıntılı olarak değinilmiştir. Kararda şu ifadelerle yer verilmiştir; '...İspat yükü kendisinde olan işveren, geçerli ve haklı nedende davacının davranışının veya yetersizliğinin işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve iş ilişkisinin çekilmez hal aldığına da ispat etmelidir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi işverene, işçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan sebeplerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir.

1 Süzek, 594-595.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihte takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırımına bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması olasılığından kaçınmaktır. İşçinin davranışları sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı Kanun'un 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.'

İşçinin davranışları kapsamında yer alan ve davranışın ağırlığına göre geçerli ya da haklı nedenle fesih sebebi sayılabilecek davranışları kısaca özetlemek gerekirse aşağıdaki durumlar ortaya çıkacaktır;

a) İşçinin işveren aleyhine sözler sarf etmesi/İşçinin, işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi, işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması

İşçinin, işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı, asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması İş Kanununun 25/II,b bendi uyarınca haklı nedenle fesih sebebidir. Burada işçinin davranışı işverenin veya aile üyelerinin manevi kişiliğine saldırı oluşturan, duruma göre ceza

hukuku anlamında suç sayılabilecek niteliktedir. İşveren aleyhine yapılan ihbar ya da işverene yönelik her isnat değil asılsız olan ve şeref/haysiyet kırıcı isnatlar fesih sebebidir.² Dolayısıyla gerçek bir olay hakkında ihbarda bulunan ya da işveren hakkında isnatta bulunan işçinin davranışı haklı nedenle fesih kapsamında değerlendirilemez.

Bu ağırlıkta olmayan ancak iş ilişkisinin özellikleri göz önüne alındığında işverenin işçiye olan güvenin sarsılmasına neden olacak nitelikte, objektif gerekçelere dayanmayan ve meşru görülemeyecek beyanlar da somut olayın özellikleri dikkate alınarak geçerli fesih nedeni olarak nitelendirilebilir.³

b) İşçinin bağlılığının yeterli olmaması/İşçinin sadakat borcuna aykırı davranışı

İşçinin sadakat borcuna aykırı davranışı İK 25/II,e uyarınca haklı nedenle fesih sebebidir. Hangi davranışların sadakat borcuna aykırılık olarak değerlendirileceği somut olaya bağlı olarak değişebilecektir. Burada ölçüt, işçinin yaptığı davranışın, işveren açısından sözleşmeye devam etme imkanını ortadan kaldıracak, güven ilişkisinin temelden çökmesine neden olacak ağırlıkta olmasıdır. İşçinin bu davranışının ceza hukuku anlamında suç oluşturması gerekli değildir.⁴ Örneğin iş saatleri içinde gece bekçisinin uyuması ceza hukuku anlamında suç oluşturmamakla birlikte kural olarak sadakat borcuna aykırılık olarak değerlendirilebilir. Ancak somut olay özelinde nöbeti sırasında uyuyan işçinin mevzuata uygun şekilde çalıştırılıp çalıştırılmadığı, dinlenme ve vardiya sürelerine özen gösterilip gösterilmediği de dikkate alınarak, gece nöbeti sırasında uyumanın bekçi açısından haklı fesih sebebi olup olmadığı belirlenmelidir. Şayet işçi mevzuata aykırı şekilde çalıştırılıyor, dinlenme sürelerine uyulmuyorsa işveren iş sözleşmesini fesih hakkına sahip olamaz.

Şüphesiz işverenin ve işyerinin olanaklarını kullanarak maddi menfaat elde etme, işverenin sırlarını rakiplerine ifşa etme gibi eylemler sadakat borcuna

aykırılık teşkil eder ve haklı nedenle fesih sebebidir. İşveren ile işçi arasındaki güven ilişkisini temelden çökertmemekle birlikte işveren açısından iş ilişkisine devam etmesinin beklenemediği durumlarda, işçinin davranışı geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilir.

III. İşçinin İfade Özgürlüğü

Sosyal medyada yapılan paylaşımların iş sözleşmesinin feshine gerekçe olup olamayacağı belirlenirken ifade özgürlüğü üzerinde de durulmalıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesinin 19.maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10.maddesi ile güvence altına alınmış olan bu hak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 25. ve 26.maddelerinde de düzenlenmiştir. Anayasanın 26.maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi uyarınca 'Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.' Maddenin ikinci fıkrasında ise ifade özgürlüğünün hangi durumlarda sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Buna göre 'Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.'

İfade özgürlüğü ile ilgili olarak önem taşıyan husus, ifade özgürlüğünün toplumun geneli tarafından benimsenen, hoş görülen ya da önemsiz addedilen konuların dile getirilmesi değil tam tersine hoş gitmeyen, deyim yerindeyse rahatsız edici, aykırı fikirlerin dile getirilmesini korumak amacını taşıdığıdır. Bu esas AİHM kararlarında da sıklıkla ifade edilmektedir. İş hukukunda işçinin ifade özgürlüğünün kullanımında da bu ilkenin her durumda göz önünde tutulması gereklidir.

Eleştiri yapmanın da ifade özgürlüğü kapsamında yer aldığı tartışmasızdır. Özellikle işçilerin çalışma koşulları ve çalışma ortamlarına dair söz sahibi

2 Süzek, 704; Çelik, N.-Caniklioğlu, N.-Canbolat, T, İş Hukuku, İstanbul 2017, 552; Baybora, Dilek, 1726-1727.

3 Süzek, 598-599.

4 Süzek, 707; Ayrıca bkz. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 554-556.

olmaları gerektiği tartışma dışıdır. İşçi, çalışma koşullarını ve çalışma ortamını iyileştirmek için gördüğü olumsuzlukları dile getirme, eleştiri yapma hakkına sahiptir.⁵ Bu hak işçi tarafından bizzat kullanılabilmesi gibi sendikal örgütlü işyerlerinde sendika temsilcileri aracılığıyla da kullanılabilir. İşçinin ifade özgürlüğünü hangi yolla kullanmayı seçeceği de kendi iradesine tabidir. Dolayısıyla işçinin sosyal medya paylaşımları yoluyla eleştiri hakkını, ifade özgürlüğünü kullanması bireysel temel hakları arasında yer almaktadır.

Burada iş ilişkisinden doğan sadakat borcu ile ifade özgürlüğünün birbirine karşı durumları önem taşımaktadır.⁶ İş ilişkisinde işçi, işverene zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak ile yükümlü olup işveren de işçiyi her türlü zarardan ve tehlikeyden koruma borcu altındadır. İş ilişkisi devam ederken işçinin sır saklama borcu da sadakat borcu içinde yer alır.⁷ Dolayısıyla tartışılması gereken husus, işçinin sosyal medya paylaşımlarında işveren aleyhine ya da işyeri ile ilgili olarak sarf ettiği olumsuz düşüncelerin ya da eleştirilerin sadakat borcunun ihlali sayılıp sayılmayacağıdır. İncelemeye konu edilen Yargıtay 9.Hukuk Dairesi kararında olduğu gibi, işçiler hali hazırda var olan ve çalışma koşullarında aleyhe değişiklik yaratan, işyerinde eşitliğe aykırı işlemler yapılması ve benzeri ihlalleri sosyal medyada ya da kendi aralarında kurdukları gruplarda dile getirebilirler.

Bu noktada işçinin ifade özgürlüğü⁸ ile sadakat borcu birbiriyle çelişmekte midir? Bir diğer deyişle işçinin sadakat borcu ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etki göstermeli midir?

Öncelikle işçinin işveren aleyhine sarf ettiği sözlerin niteliği ve amacı dikkate alınmalıdır. İşçi, bir hakkının verilmediğini, örneğin ücretinin eksik yatırıldığını, yasal sınırın üzerinde fazla çalışma yapıldığını, fazla çalışma ücretlerinin ödenmediğini, SGK primlerinin düşük gösterildiğini, işyerinde çifte bordro uygulaması olduğunu ya da sendika karşıtı

uygulamalar olduğunu ifade ediyor ve bunlar gerçek durumu yansıtıyor ise⁹ sadakat borcuna aykırı davranıldığından söz etmek mümkün değildir. Bu durumda işveren, işçinin davranışlarını geçerli ya da haklı nedenle fesih sebebi olarak değerlendiremez.

İşçinin beyanlarının sadakat borcuna aykırılık içerip içermediği işçinin yürütmekle görevli olduğu iş ve somut olayın özellikleri değerlendirilerek belirlenmelidir.¹⁰ Her durum ve koşulda, bütün işçiler için geçerli olacak bir ölçütün konulması mümkün değildir.

Her şeyden önce işçinin sadakat borcu işverenin gözetme borcu ile karşılıklık ilişkisi içinde yer almaktadır.¹¹ İş ilişkisinde işçiyi temel çalışma koşullarının sağlanması ve sürdürülmesi işverenin yükümlülüğüdür. Bu kapsamda işveren işçiyi fiziksel ve ruhsal sağlığını tehdit etmeyen, insan onuruna yaraşır, ayrımcılıktan arındırılmış, iş ilişkisinden kaynaklanan haklarının tam ve zamanında ödendiği bir çalışma ortamı sunmakla yükümlüdür. İşverenin geniş anlamda gözetme borcu bunu gerektirmektedir. İşverenin bu yükümlüğe aykırı davrandığı, bu yükümlülük kapsamında yer alan edimleri gereği gibi ya da hiç ifa etmediği durumlarda işçinin bu konulara ilişkin olarak ifade özgürlüğü kapsamında eleştirilerini dile getirmesi doğası gereği işverenin aleyhine olacaktır. Ancak burada işçi, sadakat borcuna aykırı davranmamakta, geniş anlamda gözetme borcu kapsamında yer alan yükümlülüklerini yerine getirmeyen işvereni eleştirmektedir. Burada tek sınır, ifade özgürlüğü kullanılırken bunun sınırlarının aşılmasıdır. İşverenin kişiliğine saldırı sayılabilecek ifadelerin kullanılmasıdır. Bu sınır aşılmadıkça, sadece işveren ya da işyeri koşulları aleyhine sözler sarf edilmesi geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilmemelidir.

Aynı esaslar işyerinde işçinin fiziksel ya da psikolojik taciz altında olduğu, iş ilişkisinde eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıldığı, cinsel tacize maruz kalındığı durumlar için de geçerlidir. İşveren işçisine insan onuruna yaraşır ve temel haklarının güvence altına alındığı bir çalışma ortamı sunmakla

5 Ertürk, 119-120; Öktem Songu, 636 vd.; Baybora, 1736.

6 Ertürk, 118 vd.

7 Süzek, 359-361, işverenin gözetme borcu ile ilgili olarak bkz. 416 vd.

8 İşçinin ifade özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öktem Songu, 609-650.

9 Ertürk, 119-120.

10 Ertürk, 122.

11 Süzek, 359.

yükümlüdür. Bunlar işverenin işçiyi gözetme/koruma borcu kapsamında yer aldıklarından işverenin bunları sağlamadan işçiden sadakat borcu beklemesi edimlerin karşılıklılığı esasına aykırı olacağı gibi hakkaniyete de uygun değildir.

Sonuç olarak işçi, işyerinde var olan hukuka ya da sözleşmeye aykırılıkların düzeltilmesini sağlamak amacıyla ifade özgürlüğü sınırları içinde yer alan beyanları ve davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshi riski ile karşı karşıya kalmamalıdır. Hukuk devleti ilkesi gereğince de demokratik yollarla ve barışçıl biçimde hak arayan bir kişi bu davranışı nedeniyle olumsuz işleme maruz kalmamalıdır.

IV. Sosyal Medya Araçlarının Gizlilik Ayarlarının Önemi

İşçilerin işyeri ve çalışma koşulları ile ilgili olarak meşru taleplerini uygun buldukları vasıtalarla işverene iletebilecekleri, yanlış uygulamalara karşı eleştiri hakkına sahip oldukları, bu durumun ifade özgürlüğünün kapsamında yer aldığı esasının yanı sıra üzerinde durulması gereken bir diğer husus sosyal medya paylaşımlarının 'gizlilik ayarları'dır.

Sosyal medya uygulamaları (Facebook, Twitter ve Instagram), kullanıcılarının paylaşımlarının gizlilik ayarını düzenleme olanağı vermektedir. Dolayısıyla kullanıcının yaptığı paylaşım, gizlilik ayarı tercihine göre 'herkes' tarafından görülebileceği gibi sadece 'takipçileri/arkadaşları' ya da 'bazı arkadaşları' tarafından görülebilir. Paylaşımların yapıldığı sosyal medya uygulamasının gizlilik ayarları kullanıcı tarafından 'gizli/sınırlı' olarak ayarlanmışsa bu paylaşımlar nedeniyle işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığı, işyerinin itibarını ve işverenin şahsını hedef aldığı söylenemez. Sonuç olarak işçi eğer gerçekten var olan durumlar ile ilgili paylaşımlarda bulunmuşsa ve paylaşım kamuya açık şekilde yapılmamış, tam tersine belli bir grup içinde ya da kendi kişisel sosyal medya hesabında sadece arkadaşlarının ya da bazı arkadaşlarının görebileceği şekilde yapılmışsa burada sadakat borcuna aykırılıktan söz edilmesi mümkün olmamak gerekir.

Herkese açık şekilde yapılan paylaşımlarda ise

işçinin dile getirdiği hususun gerçek olup olmadığı, örneğin ücretinin ödenmediğini ifade eden işçinin gerçekten ücretinin ödenip ödenmediğinin tespit edilmesi ve işçinin paylaşımda kullandığı ifadelerin değerlendirilmesi sonucunda fesih sebebi olup olmayacağına karar verilmelidir. Paylaşımın içeriği işçi açısından meşru bir talebin dile getirilmesi olmakla birlikte paylaşımda kullanılan ifadeler işveren ya da işyerine yönelik alçaltıcı ve hakaret içeren nitelikte ise işçinin davranışı feshe gerekçe oluşturabilir. Ancak hoşla gitmeyen, aleyhe her söz de geçerli fesih sebebi olarak değerlendirilmemelidir. Eleştiri sınırını aşan, ifade özgürlüğü kapsamında korunmayacak şekilde hakaret, iftira veya asılsız suç isnadı içeren paylaşımlar duruma göre geçerli ya da haklı nedenle fesih sebebi olarak değerlendirilebilirler.

Whatsapp ve Messenger gibi uygulamalarda ise paylaşımınız sadece muhatap aldığınız 'kişi/grup' tarafından görülmektedir. Bu iki uygulamanın ayırt edici özelliği, kullanıcıların yaptıkları paylaşımın (mesaj, resim, ses kaydı vs) sadece grup üyeleri ya da karşı taraftaki kişi tarafından görüleceği, paylaşımın grup içinde kalacağı, dışarıya (sohbetin dışında kalan 3.kişilere) kapalı/gizli kalacağıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararına konu olan olayda whatsapp grubunda yapılan konuşma grup içinde yer alan bir diğer 'işçi' tarafından işverene iletilmiş, işveren de bu işçi dışındaki diğer işçilerin iş sözleşmelerini savunmalarını aldıktan sonra feshetmiştir. Burada önem taşıyan bir diğer husus, işverenin whatsapp yazışmalarını kendisine ileten işçiye sadece ihtar cezası vermesidir. Yüksek mahkeme kararında olayı her yönüyle inceleme titizliğini göstermiş, yazışmaların içeriğinin işyerindeki çalışma koşullarının olumsuzluğu, işveren ve yöneticilerin eşit davranmama ve mobbing uygulamalarından ibaret olduğu, bu yazışmaların gizli kalmasının esas olduğunu ve işverenin bu konuşmaları 'yasak bir şekilde elde ettiğini', bu konuşmaları kendisine ileten işçiyi de ayrıca koruduğunu ifade etmiştir. Kararda açıkça değinilmemekle birlikte işverenin aynı fiili gerçekleştiren işçilerden sadece birini koruyup diğerlerini işten çıkarması kanaatimizce eşit işlem yapma borcuna da aykırılık teşkil etmektedir. Kararda yazışmaların büyük çoğunluğunun mesai sa-

atleri dışında yapıldığı, barışçıl olduğu, işçilerin demokratik taleplerini işverene ilettikleri, bu niteliğe haiz davranışların fesih sebebi yapılmasının doğru olmadığı hükme bağlanmış olup karara tamamiyle katıldığımı belirtmek isterim. Hiç şüphesiz kişiler arasındaki haberleşmeyi iradeleri dışında üçüncü kişilerle paylaşmak, Anayasada güvence altına alınmış olan haberleşmenin gizliliği esasına aykırılık teşkil ettiği gibi TCK 132.madde açısından da suç oluşturmaktadır.

İnceleme kapsamında yer alan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararında da feshe gerekçe olarak gösterilen fiil, davacının kendisine gelen whatsapp mesajını bir diğer gruba yollamasıdır. Burada yerel mahkeme feshin geçersizliğine karar vermiş ancak Yargıtay 22.Hukuk Dairesi kararı bozmuş, davacının fiilinin haklı fesih sebebi oluşturmamakla birlikte geçerli fesih kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yüksek mahkemenin kararında, davacının müfettiş olarak görev yapması ve genel müdürün görevden alındığı izlenimini verecek bir görüntünün paylaşılmasından doğabilecek sakıncaları öngörmesi gerektiği yolundaki düşüncenin etkili olduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimce burada davacı işçinin yürüttüğü görev dikkate alınarak kendisinden beklenen özeni göstermediği de ileri sürülebilir. Kararda eleştiriye açık olan husus ‘...Hal-ka açık bir şekilde bankacılık faaliyetinde bulunan, borsada hisse senetleri işlem gören ülkemizin sayılı bankalarından olan davalı bankanın genel müdürünün görevden alındığı izlenimini verecek nitelikteki bu görüntünün, kurum dışına sızması, özellikle basına yansımaları durumunda ekonomik açıdan sakıncalar doğacağı açıktır...’ ibaresidir. Burada yüksek mahkeme varsayım üzerinden hareket etmiş, kurum dışına çıkmayan ve basına yansımaya bir görüntünün yansımaları durumunda neler olabileceğini düşünerek karar vermiştir. Kanaatimce, karara konu olan ya da benzer nitelikteki uyumsuzluklarda, işçinin kendisinden beklenen özeni göstermediği, yapılan paylaşımın meşru bir menfaatin korunmasına ya da elde edilmesine yönelik olmadığı, eleştiri kapsamında yer almadığı, feshin bu gerekçelerle geçerli fesih sayılması durumunda hukuken daha güçlü bir zemine dayanmak mümkün olabilecektir.

tir. Sonucu itibarıyla katıldığım Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararının gerekçesine, yukarıda açıklamaya çalıştığım nedenlerden dolayı katılmadığımı belirtmek isterim.

KAYNAKÇA

- BAYBORA, Dilek, Yargıtay Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi, LEGAL İHSGHD, S.56, 2017.
- ÇELİK, N.-CANIKLIOĞLU, N.-CANBOLAT, T., İş Hukuku, İstanbul 2017.
- ERTÜRK, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002.
- ÖKTEM SONGU, Sezgi, Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, İzmir 2014.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, B.14, İstanbul 2017.

Dr. Sezgi ÖKTEM SONGU*

Makale Gönderim Tarihi: 25 Mayıs 2018

Makale Kabul Tarihi: 29 Mayıs 2018

Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma”

Öz

Sataşmak, bir kimseyi rahatsız edecek davranışta bulunmak, musallat olmak ve/veya sarkıntılık etmek olarak tanımlanmaktadır. “Sataşma” terimi, 4857 sayılı İş Kanunu’nda yer almasına rağmen kavram tanımlanmamış; kavramın içeriğine ilişkin belirsizlik, Yargıtay kararları ile ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Kavramın içeriğinin doğru olarak ortaya konulması her şeyden önce fesih bildiriminde belirtilen sebeple bağlı olunması ilkesi gereğince önemlidir.

Sadakat borcuna aykırılığın özel bir hâli olarak Kanunda haklı nedenler arasında sayılan sataşma, işçinin, işverenin veya işveren vekilinin söz veya davranışlarından kaynaklanabilmektedir. Söz konusu söz veya davranışın ağırlığına göre iş sözleşmesinin taraflarca haklı veya geçerli nedenle feshi söz konusu olabilecektir.

Bu çalışmada, “sataşma” kavramının içeriği, doktrin görüşleri ve yargı kararları ışığında açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Sataşma, haklı neden, geçerli neden, cinsel taciz, psikolojik taciz.

A Justified Reason for Termination: Teasing

Abstract

Teasing is to act, bother and/or molest someone in a disturbing manner. Although the term “teasing” is set forth in the Labor Act No. 4857, the concept cannot be defined exactly; ambiguity relating to contents of the relevant concept has been tried to be eliminated by the Court of Appeals’ decisions. First of all, defining the contents of the concept accurately is of importance as per the principle of non-substitution of the reason set forth in the notice of termination.

As a special case of contrariness to duty of loyalty; the teasing listed among the justified reasons under the Law may arise out of statements or acts of the worker, employer or employer’s representative. According to the degree of the statement or act, the employment agreement may be terminated for a justified or valid reason.

In this paper, the content of the concept “teasing” shall tried to be explained in the light of the doctrine and court decisions.

Keywords:

Teasing, justified reason, valid reason, sexual harassment, mobbing.

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı - sezok@hotmail.com

Giriş

“Sataşma” terimine ilk olarak 1475 sayılı İş Kanunu’nda işçi ve işveren bakımından haklı nedenle fesih sebebi olarak yer verilmiş; daha sonra kavram 4857 sayılı İş Kanunu’na da alınmıştır. Her iki Kanundaki maddelerin içeriğine bakıldığında kavramın tanımlanmadığı ve geniş bir şekilde yorumlanmaya açık olduğu görülmektedir. Kavramın içeriğine ilişkin bu belirsizlik, Yargıtay kararları ile ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Sadakat borcuna aykırılığın özel bir hâli olarak Kanunda haklı nedenler arasında sayılan sataşma, işçinin, işverenin veya işveren vekilinin ve hatta üçüncü kişinin söz veya davranışlarından kaynaklanabilmektedir. Ancak bu söz ve davranışların hangi hâllerde iş ilişkisinin devamını çekilmez hâle getirdiği, feshin haklı nedenle mi geçerli nedenle mi yapıldığının tespitinde önem arz etmektedir. Yine, kavram içeriğinin doğru olarak ortaya konması fesih bildiriminde belirtilen sebeple bağlı olunması nedeniyle ayrı bir öneme sahiptir.

Bu nedenle aşağıda söz konusu kavramın İş Hukukundaki anlamı ve eylemin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 24. ve 25. maddesi anlamında sataşma olarak nitelendirilip haklı nedenle feshiye yol açacağı hâller üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

I. “Sataşma” Kavramı

A. Genel Olarak Sataşma Teriminin Anlamı

Sataşmak: 1. Bir kimseyi rahatsız edecek davranışta bulunmak, musallat olmak. 2. Sarkıntılık etmek olarak tanımlanmaktadır¹. Bu tanımdan yola çıkıldığında, esas itibarıyla, sataşmanın iki farklı anlamının olduğu görülmektedir². Doktrin-

de sataşmanın tecavüz³ anlamına geldiği⁴, sözle veya fiilen tecavüz etme olduğu⁵, gerek dövme gerekse tecavüz şeklinde anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır⁶. Yine sataşma, sözle veya maddi bir fiille işçinin veya aile üyelerinden birinin kişilik haklarına tecavüz olarak da tanımlanmıştır⁷. Sataşmanın kapsamına, kişilik haklarının birine, birkaçına veya tümüne yöneltilmiş tecavüzler girecektir⁸. Sataşma, hayat, sağlık, namus gibi bir insanın maddi ve manevi vasıflarından birini

3 Tecavüz bir kimsenin malına, namusuna, şeref ve haysiyetine, genel ifadeyle maddi ve manevi varlığına, hukuka aykırı şekilde saldırıda bulunma olarak tanımlanabilecektir. (YILMAZ, E.: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 1992, s. 884.). 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu’nda ve 1967 tarihli ve 931 sayılı İş Kanunu’nda “sataşma” yerine “tecavüz” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu dönemde verilen kararlarda da aynı ifadeye yer verilmiştir. “Davacının işine muntazam devam etmemesi ve bunun sebebini soran işveren vekiline tecavüz etmesi gibi sebeplerle müsteniden nihayet verildiğine göre; ihbar ve kıdem tazminatına ilişkin davanın reddedilmesinde kanuna aykırı bir cihet yoktur.” (H. U. H., 08.12.1954T, T/102E., 102K., SELÇUKİ, S.: İlmi-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, Değişik 2. Baskı, İstanbul, 1971, s. 296). “Davacı iş tevdi hususunda yetki sahibi bulunan ve bu işyerinin teknik şefi sıfatıyla işbaşı durumunda olan amirine muayyen bir zamanda yapılmak üzere verilmek istenen işe karşı; bu işi bu kadar zamanda yapmak mümkün olmayacağı sebep ve bahanesiyle; diğer işçilere kötü misal olacak ve işyeri disiplini bozacak tarzda münakaşa ederek; tavır ve hareketleriyle ve lisanen tecavüzkâr bir vaziyet aldığı; işyeri otoritesini bozduğu toplanan delillerle tahakkuk etmiş olması karşısında akindin İş K. md.16 F.II ç bendine müsteniden fesih edilmesi kanuna uygundur.” (T. D., 11.03.1955T., 1214E., 1385K., SELÇUKİ, 1971, s. 297). “Davacının tartıştığı bir işçiye yumruk attığı ve bu yüzden işine son verildiğini, davalı işveren vekilinin mahkemeye verdiği soruşturma kâğıtlarındaki yazılarda ve davacı vekilinin yargılama sırasındaki sözlerinden anlaşılmaktadır. İş Kanununun 16 ncı maddesinin 2 nci bendinin (Ç) (yeni Kanun 17) fıkrasındaki, “işçinin işverenin bir diğer işçisine karşı tecavüz ve tehditte bulunması” iyniyet kurallarına uymayan hallerden sayılmış ve bu durumda işverenin iş sözleşmesini derhal bozma hakkı tanınmıştır. Mahkemenin bu yönleri göz önünde tutmayarak aksine düşünce ile davayı kabul etmesi yasaya aykırıdır.” (SELÇUKİ, 1971, s. 308). Sataşma ifadesi, 1971 tarihli 1475 sayılı İş Kanunu’nda kullanılmaya başlanmıştır.

4 NARMANLIOĞLU, Ü.: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, İstanbul, 2012, s. 427.

5 SELÇUKİ, S.: İlmi-Kazai İçtihatlarla Yeni İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1967, s.349.

6 SELÇUKİ, 1971, s. 270.

7 MOLLAMAHMUTOĞLU, H. /ASTARLI, M. /BAYSAL, U.: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2014, s. 824.

8 NARMANLIOĞLU, s. 442.

1 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a560d77673b00.66615823, E.T.: 12.04.2018.

2 Sözcüğün ilk anlamı daha çok bilinen, İş Hukuku doktrininde ve yargı kararlarında daha çok karşımıza çıkan anlamı olan bir kimseyi rahatsız etmektir. Diğer anlamı olan sarkıntılık etmenin ise 4857 sayılı İş Kanunu’nun md. 24/II-b ve md. 25/II-b bentlerinde belirtilen “cinsel taciz” karşısındaki durumu aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

veya birkaçını hedef tutabilecektir⁹. Yine suç niteliği ya da şeref ve namusuna dokunan bir hâl alması da, işverenin işçinin özel yaşamına aykırı müdahalesinin "sataşma" kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu, işçiye yönelen ve özellikle tazminat davasına konu olabilecek çoğu işveren eyleminin sataşma olarak yorumlanabileceği ifade edilmiştir¹⁰. ERGİN'e göre, sataşmanın Türk Borçlar Kanunu literatüründe kullanılmayan bir kavram olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle, "sataşma" yerine kişilik haklarını ihlal eden davranışta bulunma ifadesinin kullanılması hukuk terminolojisine uygun düşecektir¹¹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararlarında, sataşma niteliğindeki davranışların tehdit ve hakaret içeren sözler söyleme, etkili eylemde (darp) bulunma gibi davranışlar olarak ortaya çıktığı ifade edilmiştir¹². Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Yasaya göre sataşmanın sadakat borcuna aykırılığın özel bir hâli olarak kabul edildiğini, sataşmanın söz veya fiili tecavüz anlamına gelen bir hareket olduğunu belirtmektedir¹³. 22. Hukuk Dairesi'nin bir kararında yer alan karşı oy yazısında ise "Sataşmak kelimesi, bir kimseyi rahatsız edecek davranışlarda bulunmak veya bir kimseye musallat olmak anlamına gelir. Bir kimsenin diğer bir kimseyi belli bir şekilde söz söylemeye veya belli şekilde davranmaya zorlayacak şekilde söz, tutum, davranış veya fiille rahatsız etmesi sataşma olarak değerlendirilir. Sataşma kavramının içinde bir başkasına yönelik maddi veya manevi bir haksızlık söz konusudur." tespiti bulunmuştur¹⁴.

Bu tanımlara bakıldığında, tehdit, hakaret, darp, tecavüz gibi kelimelerin kullanılmış olması nedeniyle sataşmanın bir Ceza Hukuku terimi olduğu düşünülebilecekse de, Türk Ceza Hukukunda bir "sataşma" suçu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sataşma kapsamında düşünülebilecek olan kasten yaralama suçu (md. 86-87)¹⁵, sarkıntılık (hafif cinsel saldırı) suçu (md. 102), tehdit suçu (md. 106) ve hakaret suçuna (md. 125) Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir. Dolayısıyla bu Kanun açısından "sataşma", suç teşkil eden tek ve genel nitelikte bir eylem olarak kabul edilmemiş; sataşma kavramı içerisinde değerlendirilebilecek olan çeşitli söz ve davranışlar ayrı ayrı suçlar olarak düzenlenmiştir.

Bu anlamda, Türk Ceza ve Borçlar Hukuku terminolojisinde yer verilmeyen, içeriği muğlak olan ve sınırları tam olarak anlaşılabilen, "sataşma" kavramı yerine, "kişilik haklarına saldırı teşkil eden her türlü söz ve davranış" ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

B. Sataşma Kavramının Benzer Kavram ve Düzenlemelerden Farkları

1. "Cinsel Taciz"den Farkı

Yukarıda da değindiğimiz üzere, sataşmanın sözlükteki bir diğer anlamı "sarkıntılık" etmektir. Genel olarak sarkıntılık, "Bir kişiye karşı, onun isteğinin aksine, şehvet amacıyla söz, fiil ve hareketle edep ve iffete tecavüz oluşturacak şekilde ve ancak ırza tecavüz ve ırza tasaddi suçlarına veya bunların teşebbüsüne varmayacak biçimde ve derecede yönelen tecavüz. Belirli bir kimseye karşı işlenen, o şahsın edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren şehvet kastıyla işlenen edepsizce davranışlar" olarak tanımlanmıştır¹⁶.

4857 sayılı İş Kanunu, önceki İş Kanunlarından farklı olarak, sataşma (tecavüz) dışında ayrıca

9 ERMAN, E. S.: İş Davaları ve Tatbikatı, Ankara, 1956, s. 173.

10 SEVİMLİ, A. K.: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006, s. 259.

11 ERGİN, H.: İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, SİCİL, Y: 2015, S: 34, s. 75.

12 Y. 9. HD., 07.04.2016T., 2014/36381E., 2016/8731K.; aynı yönde ayrıca bkz. Y. 9. HD., 15.06.2017T., 2017/5148E., 2017/10578K., www.kazanci.com, E. T.: 12.04.2018.

13 Y. 22. HD., 17.01.2012T., 2011/5013E., 2012/122K.; aynı yönde Y. 22. HD., 24.03.2015T., 2015/7794E., 2015/11301K., www.kazanci.com, E. T.:12.04.2018.

14 Y. 22. HD., 21.01.2014T., 2013/2242E., 2014/523K., ÇİL, Ş.: İş Hukuku Yargıtay Kararları (2013-2014 Yılları), 6. Baskı, Ankara, 2015, s. 695-696.

15 Kasten yaralama teriminin yetersiz olması nedeniyle müessir fiil ya da etkin (etkili) eylem terimlerinin kullanılmasının daha yerinde olacağı yönündeki görüş için bkz. ÖZBEK, V. Ö. /DOĞAN, K. / BACAĞIZ, P. / TEPE, İ. : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul, 2016, s. 193.

16 YILMAZ, s. 783.

cinsel tacizi de bir haklı nedenle fesih sebebi olarak saymıştır. Bu nedenle, hâlihazırdaki İş Kanunu açısından- önceki Kanunlar bakımından sataşma (tecavüz) içerisinde değerlendirilebilecek olan- *cinsel taciz*¹⁷ ile sataşma arasındaki farkın ortaya konulması gereği doğmuştur. İlk bakışta, “cinsel taciz”in ayrı bir haklı neden olarak sayılmış olması nedeniyle, “sataşma” teriminin sarkıntılık anlamının atıl kaldığı düşünülebilir. Ancak her iki terim arasındaki farklar ortaya konulduğunda sataşmanın sarkıntılık anlamının halen önemini koruduğu görülebilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu’nda cinsel taciz tanımlanmamıştır. Bununla birlikte 9701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun 2/j maddesinde *taciz*, psikolojik ve cinsel türleri dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış olarak tanımlanmıştır.

Genel anlamıyla cinsel taciz, “bir kişinin bir başkasını rızası olmadan sözle, gözleriyle veya bedeniyle, cinselliğini hedefleyerek rahatsız etmesi ya da bireylerin edep ve iffetlerine yönelik, rahatsız edici nitelikte hareketlerde bulunması” olarak tanımlana-

bilecektir¹⁸. İş Hukuku’nda cinsel taciz, işçinin rızası dışında, işveren, amir durumundaki kişi veya diğer bir işçi ya da işyeri ile ilişkisi bulunan üçüncü kişiler tarafından iş ortamında ya da dışında çalışanların onurunu, kişiliğini zedeleyen, maddi ve manevi değerlerine tecavüz eden ve cinsellik içeren her türlü söz veya hareket olarak tanımlanmıştır¹⁹.

Öğretide işyerindeki cinsel tacizle ilgili başkaca tanımlar da yapılmıştır. ERTÜRK, cinsel tacizin, kişinin onurunu çiğnemeyi amaçlayan ve yıldırıcı, düşmanca, değersizleştirici, aşağılayıcı ya da incitici bir ortam yaratan ve kişinin isteği dışında gerçekleşen sözlü, sözlü olmayan ya da fiziksel her türlü cinsel içerikli tavır olduğunu ifade etmektedir²⁰. YILDIZ’a göre, işyerinde cinsel taciz, dokunma ve okşamayı da içine alan, istenmeyen cinsel yakınlaşmalardır²¹. ÖZDEMİR, cinsel tacizin “insan onurunu ihlal etme amacına yönelen veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel nitelikte sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel veya özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış” olarak tanımlanması gerektiğini belirtmiştir²². BAKIRCI, işyerinde cinsel tacizi, mağdurun veya ailesi üyelerinden birinin Türk Hukuk mevzuatıyla (TMK ve TCK ile) korunan kişilik haklarını ihlal eden ya da belli bir kişiye yönelik olmamakla beraber rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratan/işyeri düzenini bozan, hapsi gerektiren suç veya ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı, cinsel nitelikli, cinsiyet ya da cinsel tercih temeline dayalı davranışlar olarak tanımlamıştır²³. OKUR ayrı bir tanım vermemekte; ancak her olayın kendi koşulları içinde değerlendirilerek, mütecevizle mağdurun yakınlık durumu, kültürel düzeyleri, olayın geçtiği yer, olayın olduğu atmosfer dikkate alınarak cinsel tacizin gerçekleşmiş olup olmayacağını saptay-

17 4857 sayılı İş Kanunundan önceki İş Kanunları açısından sataşmanın “sarkıntılık etme” anlamının, cinsel tacizi de kapsar şekilde değerlendirilmesi mümkün olabileceken, Yüksek Mahkeme bazı kararlarında bu eylemleri genel olarak ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranış olarak kabul etmiştir. “...fabrikada iğneci olarak çalışan davacı, başka bir işçinin karısına iğne yapmak üzere evine gittiği sırada sarkıntılık etmesi sebebiyle iş sözleşmesi işveren tarafından bozulmuştur. 3008 sayılı İş Kanununun 16.maddesinin 2 nci bendi, ahlâk ve hüsnüniyet kaidelerine uymayan halleri sayarken tahdit etmemiş, misal olarak bazı olayları göstermiştir. O halde davacı işçinin karısına sarkıntılık etmesi, 16 ncı maddede yazılı ahlâk ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı davranış sayılmadır.” (Y. 9. HD., 04.10.1966T., 1966/9231E., 1966/9195K., SELÇUKİ, 1967, s. 311). Bir başka kararda ise sarkıntılığın sataşma olarak kabul edildiği görülmektedir. “Davacının, işin devamı sırasında, aynı işyerinde çalışan Nadide’yi dövdüğü, (Ablanı alacağım, seni Kükürtlü’de gördüm) vesaire gibi kinayeli sözlerle sarkıntılık ettiği için İş K.m.d. (16) 17. F. II ç bendi hükmüne tevfikân iş akdinin fesih edildiği tahakkuk ettiğine göre ihbar ve kıdem tazminatı davasının reddedilmiş oluşunda kanuna aykırı bir cihet yoktur.” (TD., 31.01.1955T., 415E., 749K., SELÇUKİ, 1971, s. 357).

18 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 379.

19 ŞAHLANAN, F.: Cinsel Taciz Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, TEKSTİL İŞVEREN DERGİSİ, S: 384, Nisan, 2012, s. 4.

20 ERTÜRK, Ş.: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatımızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara, 2008, s. 193.

21 YILDIZ, G. B.: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008, s. 100.

22 ÖZDEMİR, E.: İşyerinde Cinsel Taciz, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2006/4, s. 90-91.

23 BAKIRCI, K.: İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul, 2000, s. 101.

nacağını belirtmektedir²⁴. ARTUK'a göre cinsel taciz, "birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı vücuda temas içermeyen rahatsız edici nitelikte cinsel amaçlı her türlü hareketlerdir."²⁵

Türk Ceza Kanunu açısından cinsel taciz ve sarkıntılık birbirinden farklı suçlar olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinde²⁶ cinsel taciz suçu, 102/1. maddesinde²⁷ sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir. 102/1. madde-deki saldırı, hafif cinsel saldırı olarak değerlendirilmekte; Türk Ceza Kanunu açısından cinsel tacizden farklılık arz etmektedir. *Cinsel taciz suçu, cinsel saldırı boyutuna ulaşmama ile birlikte, cinsel yönden kişiyi rahatsız edici davranışların cezalandırılması, cinsel özgürlüğün daha geniş bir çerçevede korunması amacıyla düzenlenmiştir*²⁸. Sarkıntılık ise, vücut dokunulmazlığının ihlali unsurunu içermektedir. Bu anlamda, Türk Ceza Kanunu (TCK) açısından bir suçun cin-

sel taciz mi sarkıntılık (hafif cinsel saldırı) mı olduğu, cinsel davranışın ağırlığı, yöneldiği bölgeler, sürdürdüğü zaman dilimi, şehvi hislerin tatminine yönelme gibi kıstaslar çerçevesinde belirlenebilecektir²⁹. Örneğin, yolda yürüyen bir kimseye şehvi amaçla bir şeyler söylenmesi, söz atılması ve bu kimsenin takip edilerek söz atmaya devam edilmesi, bıyık bükülmesi, el kol hareketlerinde bulunulması TCK md. 105 anlamında cinsel taciz olarak değerlendirilebilecektir. Buna karşılık mağdurun yanağının okşanması, yanağından bir kez öpülmesi, vücudun cinsel amacı ifade eden veya hatırlatan biçimde ellenmesi fiili, TCK md. 102/1 anlamında sarkıntılıktır; TCK anlamında cinsel taciz olarak nitelendirilemez³⁰.

Yargıtay kararlarına bakıldığında da, kimi zaman Yüksek Mahkeme'nin sataşma ile cinsel taciz kavramlarını birbirinin yerine kullandığı³¹, bu nedenle terimlerin birbirine karıştığı³² görülmektedir. Oysa

24 OKUR, A. R.: İşyerinde Cinsel Taciz, ARGUMENTUM, Y: 4, S: 42, s. 3.

25 ARTUK, M. E.: Cinsel Taciz Suçu, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2006/4, s. 36.

26 TCK md. 105'e göre "(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına (Değişik: 6545-18.6.2014 / m. 61) "fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur". (2) (Değişik: 6545-18.6.2014 / m. 61) Suçun; a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz."

27 TCK. md. 102/1'e göre "(Değişik: 6545-18.6.2014/m. 58) (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir."

28 TEZCAN, D. /ERDEM, M. R. /ÖNOK, M.: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, İstanbul, 2017, s. 433; Kanun koyucunun cinsel anlam içeren fiillerin vücuda temas etmesi çerçevesinde ortaya çıkan tartışmalara son vererek bu fiillerin cinsel taciz olarak değil; cinsel saldırı suçu olarak anlaşılması gerektiğini hüküm altına aldığına ilişkin bkz. ÖZBEK/DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, s. 322.

29 ÖZBEK/DOĞAN/ BACAĞIZ/ TEPE, s. 321.

30 ARTUK, s.30.

31 Örneğin, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir olayda işçinin bir başka işçiye sosyal medyada yapmış olduğu "çok sade ve güzelsin" şeklindeki yorumunun sataşma değil; cinsel taciz kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz (Y. 7. HD., 10.03.2016T., 2015/43589E., 2016/6048K., www.kazanci.com, E. T.: 15.04.2018). Bir başka kararda da "Davacı hakkında, vardiya çıkışı görevi gereği evine bırakması gereken kadın işçiye "araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler söylemesi" nedeni ile soruşturma açılıp, savunmasının alındığı ve Disiplin Kurulu kararı ile iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacı ve kadın işçi hem yazılı hem de Disiplin Kurulu huzurunda sözlü beyanlarda bulunmuşlardır. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi söylenen sözlerin adap ve muâşeret kuralları ile bağdaştırılması mümkün değildir. Somut olayda araç içinde tanık bulunmaması sonuca etkili değildir. Zaten topluluk içinde bu tür sözlerin söylenmesi olağan değildir. Kaldı ki davacı da araç içinde kendisinden yaşça hayli küçük olan kadın işçi ile ailesi hakkında konuştuğunu kabul etmektedir. Davacı görevi kapsamında iş çıkışı servisle evine bıraktığı bir kadın işçiye sözle sataşmıştır. Bu somut olgulara göre davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır." sonucuna varmıştır (Y.9.HD., 18.10.2004T., 2004/6529E., 2004/23507K., BİLGİLİ, A.: İş Güvencesi Hukuku, 2.Baskı, Adana, 2005, s.82-84). Bu kararda da aynı şekilde sataşmanın değil; cinsel tacizin değerlendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. (Aynı yönde bkz. SAVAŞ, F. B.: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2012, s. 88).

32 Bununla birlikte 4857 sayılı Kanun öncesi dönem için cinsel taciz boyutundaki söz ve davranışların da sataşma olarak değerlendirilmesi yerindedir. Nitekim Yargı-

Türk Ceza Kanunu hükümleri ile cinsel taciz ve sarkıntılık terimlerinin anlamları incelendiğinde, 4857 sayılı İş Kanunu bakımından da her iki terimin farklı şekilde kullanılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, şehvet amacıyla vücuda temasın söz konusu olduğu durumlarda sarkıntılık (cinsel saldırı) ve dolayısıyla sataşmanın bulunduğu kabul edilmesinin daha yerinde olacağı söylenebilecektir. Fiziksel temasın bulunmadığı ve cinsel anlam içeren sözlerin sarf edildiği ya da davranışlarda bulunduğu durumların ise cinsel taciz³³ kabul edilerek³⁴,

iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu md. 24/II-b veya 25/II-b'ye dayalı olarak feshedilmesi gerektiği görüşündeyiz³⁵.

Öte yandan, her ne kadar hem cinsel tacizin hem de sataşmanın sonuç itibariyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açacağı düşünülecekse de, Yargıtay'ın emsal içtihatlarında³⁶ da belirtildiği üzere fesih bildiriminde belirtilen sebeple bağlılık ilkesi gereğince, feshin hangi nedenle yapıldığının açıkça ortaya konulması önem arz etmektedir.

2. “Şeref ve Namusa Dokunacak Söz ve Davranışlardan” Farkı

4857 sayılı İş Kanunu md. 24/II-b ve md. 25/II-b hükmüne, şeref ve namusa dokunacak şekilde söz söylemek ve/veya davranışlarda bulunmak işçiye/işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı tanımıştır. Esas itibariyle sataşmanın genel olarak tanımına bakıldığında şeref ve namusa dokunacak şekilde söz söylemek veya davranışlarda bulunmak da sataşma olarak değerlendirilebilecektir. Ancak her iki bent birlikte değerlendirildiğinde, “şeref ve namusa dokunacak şekilde söz söylemek ve/veya davranışlarda bulunmak” ile sataşma kavramının içeriğinin kanun koyucu tarafından daraltıldığı sonucuna varılabilecektir. Bunun sonucu olarak da işçinin/işverenin şeref ve namusa dokunacak şekilde hakaretimiz sözler sarf etmesi veya sarkıntılık etmesi bazı hâllerde sataşma olarak değerlendirilmemelidir³⁷.

tay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararındaki “...davacı işçinin davalı işyerinde çalışan bayan işçiye seni seviyorum şeklinde sataşmada bulunduğu...” (Y. 9. HD., 21.11.2012T., 2002/7403E., 2002/21982K., BİLGİLİ, s. 134) yönündeki nitelendirmesinin yerinde olduğu görüşündeyiz. Ancak Yargıtay'ın, yerinde olarak, her iki haklı nedene de dayalı olarak iş sözleşmesinin feshine hükmettiği bir kararda “...davacı bayan işçinin işyerinde bazı çalışanlar hakkında ağır ithamlarda bulunduğu, karşı cinsten bir işçiye cinsel nitelikte sözler söylediği anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinin c ve d fıkraları uyarınca “İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması ve işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması” iş sözleşmesinin işverence feshine neden olan haklı nedenlerdir. Somut olayda davacının söylediği sözler ve davranışlar sataşma ve cinsel taciz kapsamında kalan sözlerdir. İşverence iş sözleşmesinin feshi haklı nedenlere dayanmaktadır.” denilmiştir (Y. 9. HD., 07.11.2015T., 2005/17939E., 2005/35097 K., BİLGİLİ, A.: İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz, Adana, 2010, s. 101-102).

33 Nitekim Yüksek Mahkeme de bir kararında yerinde olarak “Olayın mağduru diğer bayan işçi, depoda yemek pişirme sırasında davacı işçinin kendisine arkadan sarılması üzerine bağırıp, ancak davacının kendisini tuttuğunu ve boğazını sıkıp, beyan etmiştir. Bayan işçinin bu beyanını, hazırlık aşamasında alınan ancak gerek Sulh Ceza Mahkemesince gerekse hukuk mahkemesince değerlendirilmeyen, “yüzünde ve kolunda sıyrık ve hematom mevcuttur, basit etkili eyleme maruz kalmıştır” ibarelerini içeren adli rapor doğrulamaktadır. O halde somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin bayan işçiye hem cinsel tacizde, hem de etkili eylemde bulunmak sureti ile sataşma bulunduğu, bu sataşmasını tanıklar geldiğinde de devam ettirdiği sabittir.” hükmüne varılmakla, cinsel taciz ile sataşma birbirinden vücuda temas edilmiş olması sebebi ile yerinde olarak ayrılmış ve ayrı ayrı değerlendirilmiştir. (Y. 9. HD., 12.10.2009T., 2009/115E., 2009/26672K., http://www.calismatoplum.org/sayi28/abc/14_58.pdf, E. T.: 13.04.2018).

34 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL da, Türk İş Hukuku açısından cinsel tacizi, cinsel temas bulunmaksızın, işçiden cinsel çıkar sağlamak amacıyla, kişiliğine, ruhsal ve vücut bütünlüğüne yönelik, aşağılatıcı, onur kırıcı her türlü davranış olarak tanımlamıştır (MOLLAMAHMU-

TOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 827).

35 Buna göre, Yargıtay'ın önüne gelen “...davacının güvenlik görevlisi olarak davalıya ait işyerinde çalışırken bir bayan işçinin havanın sıcak olması sebebiyle çalıştığı odanın kapısını açarak havanın sıcaklığından söz etmesi üzerine “ateş başına mı vurdu” sözlerini söyleyerek o bayan işçinin elbisesinin fermuarını çekerek boynundan aşağı indirdiği...” (Y. 9. HD., 06.06.2001T., 2001/7060E., 2001/9654K., BİLGİLİ, s. 126) olayda davalının sözleri cinsel taciz, davacıya yapmış olduğu hareket ise sataşma niteliğindedir.

36 “Dairemizin kararlılık kazanan içtihatlarına göre, fesih bildiriminde bulunan taraf bildirimindeki nedenle bağlıdır.” (Y. 9. HD., 03.05.2007 T., 2006/27000 E., 2007/1411 K., www.calismatoplum.org/sayi15/abc/23.doc, E. T.: 10.04.2018).

37 ODAMAN, S.: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara, 2003, s. 111.

Şeref ve namusa dokunacak şekilde söz veya davranışlarda bulunmak, sadece manevi varlığa yönelik iken, sataşmada maddi veya manevi varlığa saldırı söz konusudur. Sataşmanın "korkutucu" etkisi bulunmasına karşılık, şeref ve namusa dokunacak söz veya davranışlarda bulunmanın korkutucu bir etkisi söz konusu değildir. Bu nedenle "tehdit", sataşma içerisinde değerlendirilebilecektir³⁸.

Belirtmek gerekir ki, "işçinin bir başka işçi"nin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi ve/veya davranışlarda bulunması haklı fesih nedeni olarak md. 25/II-b'de ifade edilmemiştir. Bu bakımdan işçinin bir başka işçiye şeref ve namusuna dokunacak sözler ve davranışlar sarf etmesi md. 25/II-d anlamında sataşma olarak değerlendirilecektir³⁹.

Yargıtay'ın bazı kararlarında, iş sözleşmesinin sadece şeref ve namusa dokunan sözler sarf edilmesi nedeniyle feshedildiği, İş Kanununun 24/II-b maddesine dayanıldığı belirtilmekle birlikte, kararda "işverenin işçiye veya aile üyelerinden birine hakaret etmesi, sövme fiilini işlemesi,

sarkıntılıktaki bulunması"nın işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı vereceği ifade edilmiş; feshin aynı zamanda sataşmaya dayalı olduğu değerlendirilmemiştir⁴⁰.

Bazı kararlarda da tam tersi şekilde, Yüksek Mahkeme, sözleşmenin sataşma nedeni ile feshedildiğini belirtmiş olmasına rağmen fesih sebebinin şeref ve namusa dokunacak şekilde söz söylemek ve/veya davranışlarda bulunmak (md. 24/25-II-b) olduğu görülmektedir. Örneğin, Yüksek Mahkeme bir kararında "İşverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisi bulunmaktadır. Davalı işverene ait bilgisayarları ve e-mail adreslerini özel yazışmalarında kullanıp işveren hakaret niteliğinde sözler sarf etmenin, işveren açısından 4857 sayılı yasanın 25/II-b. maddesi uyarınca sataşma niteliğinde haklı fesih nedeni oluşturacağı anlaşılmakla (...) "⁴¹ ifadelelerini kullanmıştır. Daire, yerinde olarak feshi md. 25/II-b kapsamında değerlendirmiş; ancak buna rağmen haklı neden olarak "sataşma" ifadesini kullanmıştır. Oysa burada şeref ve namusa dokunacak sözler sarf edilmesinin belirtilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz⁴². Bir başka kararda

38 ODAMAN, s. 100.

39 "...davacının, davalının bölge müdürü olan bir başka işçinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylediği, tutanak, davalı tanığı ve mağdur olan işçinin ifadesinden anlaşılmaktadır. Davacı da savunmasında eylemi kısmen kabul etmiş; hizmet sözleşmesi, yapılan soruşturma sonucunda disiplin kurulunca feshedilmiş ve işçi temsilcileri de kararı çekincesiz imzalamışlardır. Davacının eylemi, 1475 s. İş Kanunu'nun 17/II-ç maddesinde düzenlenen işçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması niteliğinde bulunduğundan..." (Y. 9. HD., 16.10.2003T., 2003/4848E., 2003/17217K., <http://www.kazanci.com>, E. T.:12.04.2018). "Davacı ile şube müdürü arasında yaşanan ve şube müdürünün üzerinde oynama yaptığı belirtilen poliçenin tespit edilmesi ile artık had safhaya ulaşan bu olayların işyerinde çalışan diğer işçilerin gözü önünde cereyan ettiği, davacının amiri olan şube müdürüne yönelik sarf ettiği sözlerin eleştirilmesinin çok üzerinde olup 4857 sayılı Kanunun 25/2 kapsamında işveren vekili konumunda olan şube müdürüne yönelik şeref ve haysiyet kırıcı isnatlarda bulunduğu ve sataşma boyutuna vardığı sonucu çıkmaktadır (...) davacının, amiri konumunda bulunan şube müdürüne yönelik diğer çalışan işçiler yanında sarf ettiği sözlerin şeref ve haysiyet kırıcı, sataşma niteliğinde sözler olduğu, bu hali ile de işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin haklı nedene dayandığı sonucuna varılmıştır." (Y. 7. HD., 01.07.2014T., 2014/9128E., 2014/14954K., <http://www.kazanci.com>, E.T.: 08.04.2018).

40 Y. 9. HD., 10.03.2014T., 2012/3292E., 2014/7601K.; Y. 22. HD., 21.05.2013T., 2012/23443E., 2013/11930K.; Y. 9. HD., 14.01.2013T., 2010/39398E., 2013/265K., ÇİL, 2013-2014 Yılları, s. 591-594.

41 Y. 9. HD., 13.12.2010T., 2009/447E., 2010/37516K., www.calismatoplum.org, E.T.: 20.04.2018.

42 Yüksek Mahkeme bir kararında "Somut olayda; davalı tarafca delil olarak ibraz edilen 24.11.2007 tarihli tutanak başlıklı belge içeriğinden davacının işverene "o da erkek mi" diyerek 3. kişiler önünde rencide ettiği ileri sürülerek davacının savunmasının talep edildiği anlaşılmaktadır. Feshe dayanak olarak gösterilen bu tutanak altında imzası bulunan davalı tanığı İ.Ç. tutanak içeriğini doğrularak, davacının 24.11.2007 tarihinde diğer işçilerinde duyacağı şekilde işverene küfür ettiği yönünde beyanda bulunmuştur. Davacının işverenin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf ettiği dosya kapsamı ile sabit bulunduğundan, iş akdinin 4857 SK'nun 25/II-d bendi gereğince işveren tarafından haklı nedenle feshedildiği anlaşıldığından" hükmüne varmış; kanaatimizce md. 25/II-b ve d bentlerini yerinde olarak değerlendirememiştir (Y. 9. HD., 27.01.2011T., 2009/1628E., 2011/1031K., www.calismatoplum.org, E.T.:20.04.2018). Bir başka kararda ise Yüksek Mahkeme (Y. 9. HD., 25.04.2012T., 2010/7314E., 2012/14260K., ÇALIŞMA VE TOPLUM, S. 2012/4, s. 313-314) feshin 25. maddenin hangi bendine dayalı olduğu hususunda açıklama yapmamıştır.

ise hem işverene hakaret eden hem de masa ve camlara vurup, camı kırıp yaralanan işçinin davranışlarının tamamı md. 25/II-d kapsamında değerlendirilmiştir⁴³. Karara konu olayda, hakaretin md. 25/II-b kapsamında olduğu, masa ve camlara vurup kırma davranışının ise sataşma (md. 25/II-d) teşkil ettiği görüşüdeyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, pek çok Yargıtay kararında birebir aynı şekilde "4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinin II. bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması ve işçinin işverene veya ile üyelerinden birine sataşması haklı fesih sebebi olarak sayılmıştır."⁴⁴ denilmektedir. Bir başka kararda ise "İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin II'nci bendinin (b) fıkrasına göre, işçinin işverene, ailesine veya işverenin diğer bir işçisine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene, aile üyelerinden birine veya diğer bir işçisine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır"⁴⁵. Oysa maddenin (d) bendinde sataşmadan söz edilmekte; kararlarda zikredilen diğer haklı fesih nedenleri md. 25/II-b'de yer almaktadır.

Sonuç itibarıyla tüm bu kararlar incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine imkân veren hâllere ilişkin kavramları birbirinin yerine kullandığı görülmektedir. Bu anlamda söz konusu kararlardaki terminolo-

ji karışıklığının düzeltilmesinde ve feshin hangi bent kapsamına girdiğinin tereddüde yol açmayacak şekilde ortaya konulmasında fayda olacağı kanaatindeyiz.

II. Haklı Nedenle Fesih Sebebi Olarak "Sataşma"nın Özellikleri

A. Sataşmanın Bir Söz veya Davranışla Ortaya Çıkması

Sataşmanın şekli konusunda Kanunda bir açıklama yapılmamıştır. Ancak, doktrinde sözle olabileceği gibi bir davranışla da ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir⁴⁶. Buna göre, işçinin veya işverenin hakaretamiz sözler söylemesi kadar birbirlerinin üzerine yürümesi de bu çerçevede değerlendirilebilecektir.

Sözle sataşma, karşıdaki kişinin o sözle manevi yönden incitilmesi, üzüntüye sevk edilmesidir. Sözle sataşmanın haklı neden oluşturması için hakaret şeklinde ifade edilmesi gerekli değildir. Sözün sarf edildiği kişinin ruhsal yapısında bir etki uyandırabilecek nitelikte olması yeterli kabul edilmektedir. Bu etkinin söz konusu olabilmesi için hakaret içeren veya rencide eden sözün doğrudan muhataba yöneltilmesi de gerekmemektedir⁴⁷. Nitekim Yüksek Mahkeme de aynı şubede takım lideri olarak çalışan iş arkadaşı hakkında hakaret içeren bir e-postayı işyerindeki bir başka iş arkadaşına gönderen işçinin davranışını İş Kanunu md. 25/II-d kapsamında değerlendirmiştir⁴⁸.

Yargı kararlarına bakıldığında da sataşmanın sözle olduğu (...işyeri ikinci müdürünün davacıya hitaben "sen hırsızın ödemeyene şerefsiz derler" şeklinde hakaret içeren beyanlarda bulunduğu-

43 "...izin talebi sonrası izin verilmeyince davacının duruma sinirlenip amirine hakaret ettiği gibi işyerindeki masa ve camlara vurup, camı kırıp yaralandığı anlaşılmıştır. Bu durum dava dilekçesindeki anlatıma göre davacının da kabulündedir. Bu davranışlar ise 4857 sayılı İş Kanununun 25 II/d maddesi kapsamında sataşma niteliğinde olduğundan..." (Y. 9. HD., 23.05.2016T., 2015/2346E., 2016/12246K., www.calismatoplum.org., E.T.: 20.04.2018).

44 Y.22.HD., 16.03.2015T., 2014/8256E., 2015/10131K.; Y.9.HD., 23.05.2016T., 2015/2346E., 2016/12246K., www.calismatoplum.org, E.T.: 21.02.2018.

45 Y. 9. HD., 10.06.2015T., 2015/15021E., 2015/21267K., www.calismatoplum, E.T.:20.02.2018.

46 NARMANLIOĞLU, s.442; SÜZEK, S.: İş Hukuku, Yenilenmiş 14.Bası, İstanbul, 2017, s.705; ERGİN, s.72.

47 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 843.

48 Y. 9. HD., 08.11.2010T., 2008/37569E., 2010/32205K., MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 843, Dn. 234.

nu⁴⁹), davranışla olduğu (...davacının kendisini tuttuğunu ve boğazını sıkıldığını⁵⁰) ya da hem sözle hem de davranışla olduğu (...davacının duruma sinirlenip amirine hakaret ettiği gibi işyerindeki masa ve camlara vurup, camı kırıp yaralandığı⁵¹) durumlar, 4857 sayılı Kanun anlamında sataşma olarak değerlendirilerek, haklı neden kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme, "sataşma mahiyetinde darp⁵², cebir, tehdit, hakaret vs."den söz etmekte; bu söz ve eylemlerin tümünün sataşma olarak kabul edileceğini ifade etmektedir⁵³.

B. Sataşmanın Suç Teşkil Etmesi Şartının Aranmaması

Daha önce de belirtildiği üzere Türk Ceza Kanunu, İş Kanunu açısından sataşma sayılabilecek bazı eylem ve davranışları ayrı ayrı suçlar olarak nitelendirmiştir. Bunun sonucu olarak karşımıza iki husus çıkmaktadır: Birincisi, Ceza Mahkemesi kararlarının İş Mahkemesi kararları üzerinde bağlayıcı olup ol-

mayacağı, ikincisi de ceza mahkemesindeki yargılamanın iş mahkemesi için bekletici mesele yapıp yapılmayacağıdır.

İş Hukuku açısından bir söz veya davranışın sataşma olarak kabul edilmesi için söz veya davranışın suç teşkil etmesi gerekmektedir⁵⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesine göre, "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz." Zira ceza hukukunda bir söz veya davranışın suç teşkil etmesi ile hukuk mahkemesinde söz veya davranışın hukuka aykırılık teşkil etmesi birbirinden farklıdır⁵⁵.

Bu hüküm, hem suç hem de haksız fiil teşkil eden hukuka aykırı fiiller bakımından, hukuk hâkiminin, ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kuralları ve ceza mahkemesi kararları karşısındaki durumunu düzenlemektedir⁵⁶. Hukuk hâkiminin bağlı olmaması, ceza hukuku ile medeni hukukun amaçlarının, haksız fiil ile suçun unsurlarının kabul ve oluşumunun, her iki hukuk dalında yargılama usulü ile delillerin takdirinin birbirinden farklı olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁷.

Bu anlamda, işçinin veya işverenin İş Kanunu bakımından sataşma olarak nitelendirilebilecek bir davranışının, Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak sayılan söz ve davranışlardan biri olduğunun ceza mahkemesi kararı ile kesinleşmesi durumunda iş mahkemesi bu kararla bağlı olacaktır. Ancak ceza mahkemesinin beraat kararı vermesine rağmen söz konusu söz veya davranış yine de fesih için bir haklı neden teşkil edebilecektir⁵⁸. Öte yandan şikâyetten

49 Y. 9. HD., 11.12.2006T., 2006/14009E., 2006/32253K., ÇALIŞMA VE TOPLUM, S:13, s. 185-186.

50 Y. 9. HD., 12.10.2009T., 2009/115E., 2009/26672K., http://www.calismatoplum.org/sayi28/abc/14_58.pdf, E. T.: 23.04.2018.

51 Y. 9. HD., 23.05.2016T., 2015/2346E., 2016/12246K., <http://www.calismatoplum.org/sayi53/xyz/11-14.pdf>, E.T.: 23.04.2018; "...davacının kendisine elle ve sözle sarkıntılık ettiğini bildirmiş..." (Y. 9. HD., 18.10.1995T., 1995/12843E., 1995/31809K., BİLGİLİ, s. 122). "İşçinin makede çalışmak istemediği, işyeri yönetimine hakaretimiz sözler sarf ettiği ve kendisini ikaz eden diğer işçinin üzerine yürüdüğü ve onu tehdit ettiği anlaşılmaktadır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II-ç maddesi uyarınca, işçinin işverene ve onun başka bir işçisine sataşması haklı fesih nedenini oluşturur." (Y. 9. HD., 20.06.1995T., 1995/12819E., 1995/22344K., TEKSTİL İŞVEREN, KASIM 1995).

52 Yüksek Mahkeme'nin, bazı kararlarında "darp" yerine "etkili eylem" terimini kullanmayı tercih ettiği görülmektedir. Örneğin, "...Sataşma niteliğindeki davranışlar tehdit ve hakaret içeren sözler söyleme, etkili eylem (darp) de bulunma gibi davranışlar olarak ortaya çıkar." (Y. 9. HD., 04.06.2015T., 2014/8642E., 2015/20517K., www.hukukmedeniyeti.org, E.T.: 05.04.2018); "...feshin dayanağı olan hakaret ve etkili eylemi başlatan kişinin davacı işçisi olduğu anlaşılmakta olup, bu eylem ise işçinin işverenin başka işçisine sataşması niteliğindedir" (Y. 9. HD., 18.09.2013T., 2013/22926E., 2011/23715K., www.karara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=49010, E. T.: 05.04.2018).

53 Y. 7. HD., 10.03.2014T., 2013/22471E., 2014/5561K., http://www.calismatoplum.org/sayi45/xyz/7_19.pdf, E.T.: 23.04.2018.

54 NARMANLIOĞLU, s. 428; EYRENCİ, Ö. /TAŞKENT, S. /ULUCAN, D.: Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 237; SAVAŞ, s. 91.

55 KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara, 2014, s. 465.

56 KILIÇOĞLU, s. 469 vd.

57 EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012, s. 828.

58 NARMANLIOĞLU, Ü.: Sataşma Nedeni İle Hizmet Akdinin Feshi, İHU İşK. 17 (No.5), s. 2; KILIÇOĞLU, s. 474 vd.

vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşmesi de fesih nedenine ve sonuçlarına etki etmeyecektir⁵⁹.

Nitekim bir Yüksek Mahkeme kararında da belirtildiği üzere "Ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı ve o kararın dayanağı maddi vakıalar hukuk hâkimini bağlar. Davalının ceza mahkemesinin kararıyla kesinleşen eylemlerinin vaki olmadığı, hukuk mahkemesinde tartışma konusu yapılamaz. Sadece bu eylemlerin ne oranda kusuru gerektirdiği incelenir."⁶⁰.

Bu konudaki bir başka sorun da iş mahkemesinde açılan davada, aynı söz veya davranışa ilişkin derdest olan ceza mahkemesi davasının bekletici

mesele olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. HMK md. 165'e göre, "Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir." Nitekim Yüksek Mahkeme de aynı prensip çerçevesinde maddi olgunun açıklığa kavuşmasında iş mahkemesinde açılan davanın karara bağlanması için ceza davasının sonuçlanmasının gerektiği durumlarda ceza davasının bekletici mesele yapılması gerektiğine hükmetmektedir⁶¹.

C. İşyerinde ve Çalışma Süreleri İçerisinde Gerçekleşmesinin Gerekmemesi

İşçinin veya işverenin nerede ve ne zamanki söz veya davranışlarının sataşma olarak değerlendirileceği Kanunda düzenlenmemiştir. Sataşmanın işyerinde ve çalışma saatleri içerisinde söz konusu olması hâlinde işçi veya işveren bakımından haklı nedenle feshe yol açacağı konusunda tereddüt bulunmasa gerekir. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin eski bir kararında "İş Kanunu'nun 17/II-ç maddesi işçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması hâlinin işverene hizmet sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı verdiğini öngörmüştür. Yasa koyucu bu hükümlerle kuşkusuz işyerinde çalışma düzeni ve iş disiplinini koruma amacı gütmüştür. Olayda dava-

"(...) davacı işçinin cinsel taciz suçundan, delil yetersizliğinden beraatine dair ceza mahkemesi kararının, hukuk hâkimini bağlayıcı yanı bulunmamaktadır. Cinsel suçların, işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği vardır. (...) Bu tartışma ve hakaret olayının herhangi bir neden olmadan çıkması hayatın olağan akışına aykırıdır. Olayın mağduru diğer bayan işçi, depoda yemek pişirme sırasında davacı işçinin kendisine arkadan sarılması üzerine bağırıldığını, ancak davacının kendisini tuttuğunu ve boğazını sıktığını beyan etmiştir. Bayan işçinin bu beyanını, hazırlık aşamasında alınan ancak gerek Sulh Ceza Mahkemesince gerekse hukuk mahkemesince değerlendirilmeyen, "yüzünde ve kolunda sıyrık ve hematom mevcuttur, basit etkili eyleme maruz kalmıştır" ibarelerini içeren adli rapor doğrulamaktadır. O halde somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin bayan işçiye hem cinsel tacizde, hem de etkili eylemde bulunmak sureti ile sataşma bulunduğu, bu sataşmasını tanıklar geldiğinde de devam ettirdiği sabittir. Davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini feshetmesi haklı nedene dayanmaktadır." (Y. 9. HD., 12.10.2009T., 2009/115E., 2009/26672K., http://www.calismatoplum.org/sayi28/abc/14_58.pdf, E. T.: 23.04.2018). Aynı yönde bkz. Y. 22. HD., 26.01.2015T., 2013/29002E., 2015/931K.; Y. 9. HD., 09.05.2016T., 2016/14115E., 2016/11506K., www.hukukturk.com, E. T.:18.03.2018.

59 "Ceza yargılaması sonunda davacı hakkında karşılıklı şikâyetten vazgeçme sebebiyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir. Ancak davacı hakkında şikâyetten vazgeçme sebebiyle düşme kararı verilmesi feshe neden olan eylemi ve buna bağlı olarak haklı feshi ortadan kaldırmayacaktır." (Y. 9. HD., 11.09.2013T., 2013/6458E., 2013/22020K., ERGİN, s. 75, Dn. 20).

60 Y. 10. HD., 01.12.1981T., 1981/5692E., 1981/6273K., <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hukuk-hakiminin-ceza-mahkemesi-karsisinda-durumu.htm>, E.T.:22.04.2018. "Ceza davası maddi olayın yorumlanması açısından Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre hukuk yargılamasında bağlayıcıdır, ancak kusur açısından bağlayıcı değildir." (Y. 9. HD., 29.06.2009T., 2008/36420E., 2009/18300K., <http://www.calismatoplum.org/sayi24/abc/19.pdf>, E. T.: 23.01.2018).

61 Y. 9. HD., 21.04.2011T., 2009/10820E., 2011/12151K., <http://www.calismatoplum.org/sayi32/abc/9-46.pdf>, E. T.: 23.04.2018. "Diğer taraftan, ceza davası feshe konu eylemle ilgili olup, davacının kідem tazminatı talebi açısından maddi olgunun açıklığa kavuşması için ceza davasının bekletici mesele yapılması gerekirken, mahkemece bu yönün gözetilmemesi de hatalı olmuştur. Anılan sebeplerle, davacıya isnat edilen fiil ile ilgili ceza davasının akıbeti araştırılarak sonucu bekletici mesele yapılmalı ve neticeye göre davacının kідem tazminatı alacağı yeniden değerlendirilmelidir." (Y. 22. HD., 16.04.2015T., 2014/26547E., 2015/13851K., <http://www.calismatoplum.org/sayi49/xyz/9-62.pdf>, E. T.: 03.04.2018). Aynı yönde bkz. Y. 22. HD., 04.03.2015T., 2014/25183E., 2015/9049K., http://www.calismatoplum.org/sayi47/xyz/10_57.pdf, E. T.: 23.04.2018; Y. 9. HD., 21.05.2013T., 2011/7841E., 2013/15240K., <http://ismahkemesi.com/2015/07/yargitay-kararlari-isigin-da-iscinin-isyerinde-tehdit-ve-satasma-eylemleri/>, E. T.: 22.03.2018).

cının işverene karşı bir tutumla ve yasa koyucunun az önce açıklanan amacına aykırı bir düşünce ile hareket ettiği gerçekleşmediği gibi bu husus savunma olarak da ileri sürülmemiştir. Diğer taraftan olayın cereyan ettiği yer ve gerekse özellikleri açısından değerlendirildiğinde yasa koyucunun güven altına almak istediği hususları zedeler ölçüye varmadığını dosyadaki deliller göstermektedir. Bu itibarla işverenin bildirimsiz fesih hakkını yerinde kullanmadığının kabulü gerekirken olayda İş Kanunu'nun 17/II-ç bendinde öngörülen koşulların gerçekleştiği gerekçesiyle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır.⁶² denilmek suretiyle sataşma eyleminin çalışma düzeni ve iş disiplinini etkilemesi koşulu aranmıştır. Ancak işyerinde işçinin başka bir işçiye sataşması, eylemin niteliğinden kaynaklanan nedenle, her hâlde çalışma düzenini ve disiplinini bozacaktır. Yine iki işçinin kavga etmesinde her zaman işverene karşı bir tutum bulunmamaktadır. Bu nedenlerle kararın yerinde olduğunun söylenemeyeceği kanaatindeyiz⁶³.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen işyeri tanımı gereğince, Yüksek Mahkeme depoda, soyunma odasında⁶⁴, yemekhanede⁶⁵, servis aracında⁶⁶ meydana gelen sataşmayı işyerinde ger-

çekleşmiş olarak kabul ederek karar vermiştir.

Bununla birlikte çalışma saatleri ya da işyeri dışında işverenin işçisine, işçinin işverenin bir diğer işçisine ya da işverene sataşmasının haklı neden teşkil edip etmeyeceği de değerlendirilmelidir. Sataşmanın mutlaka mesai saatleri ve işyeri içerisinde⁶⁷ gerçekleşmesi şart değildir⁶⁸. Mesai saatleri ve/veya işyeri dışında meydana gelmesi durumunda, bu çerçevedeki söz veya davranışın işin ve işyerinin işleyişini etkileyip etkilemediği üzerinde durularak bir sonuca varılması yerinde olacaktır⁶⁹. Yüksek Mahkeme de sataşmanın mesai saatleri dışında gerçekleşmesi durumunda söz konusu davranış veya sözün işyerindeki düzeni aksatıp aksatmamasına göre sonuca varmaktadır. Bu çerçevede, bir kararında kavganın çalışma süresi dışında meydana geldiği, bu kavga nedeniyle çalışmanın aksamadığını ifade ederek

servis aracında başka bir işçi ile tartışmaya girdiği, karşılıklı hakaret ve darp eylemlerinin gerçekleştiği sabit olup, esasen bu olgu uyumsuzluk dışıdır. 4857 sayılı İş Kanununun 2.maddesi gereği servis aracı işyeri organizasyon içinde sayılmaktadır. Servis aracı içinde gerçekleştirilen bu karşılıklı eylemler, işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek nitelikte olup, iş ilişkisini etkilemektedir. Olaydan sonra darp nedeni ile rapor alınarak işe gelme, karşılıklı şikâyetler bunun somut göstergeleridir." (Y. 9. HD., 22.11.2004T., 2004/19146E., 2004/25836K., www.lebibyarkin.com.tr, E. T.: 31.03.2018).

62 İNCE, E.: İHU İşK. 17 (No. 19), s. 1.

63 İNCE, s.2-3.

64 "...davacının gece vardiyasında işe başlamak için işyerinde bulunan soyunma odasında iş elbiselerini giydiği sırada dava dışı N.K. isimli iş yerinde çalışan işçi ile sözlü olarak tartıştıkları bunun üzerine davacının N.'ye küfür ettiği bu nedenle olayı başlatan ve iş yerinde çalışana küfürlü sataşmayı yapanın davacı olduğu anlaşılmıştır. Soyunma odası işyeri eklentisi niteliğinde olup, davacının eylemi nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu 25 /II-d maddesi gereği haklı fesih koşulları oluşmuştur." (Y. 9. HD., 8.06.2011T., 2010/3409E., 2011/17095E., <http://www.calismatoplum.org/sayi33/abc/8-37.pdf>, E. T.: 26.04.2018); depo ve soyunma odasının işyerinden sayıldığına ilişkin bkz. Y. 22. HD., 16.03.2015E., 2014/8256K., http://www.calismatoplum.org/sayi48/xyz/11_56.pdf, E. T.: 26.03.2018.

65 "...feshe konu olay tarihinde davacının amiri konumunda bulunan E.T. isimli çalışanın, davacıyı görev yerini molalar dışında terk etmemesi hususunda uyarması üzerine, davacının yemekhane içerisinde başka işçilerin huzurunda amirine "adam kayırıyorsun" diyerek bağırdığı sabittir." (Y. 22. HD., 05.12.2013T., 2012/30164E., 2013/27902K., <http://ismahkemesi.com/2015/07/yargitay-kararlari-isinginda-iscinin-isyerinde-tehdit-ve-satasma-eylemleri/> E. T.: 26. 03. 2018).

66 "Davacının mesai bitimi evine bırakılma sırasında işyeri

67 "...davacının işyeri dışında çalışma saatleri haricinde kaldıkları otel odasında aynı cinsten işverenin diğer bir işçisine ahlaken uygun olmayan davranış sergileyerek tacizde bulunduğu anlaşılmaktadır. (...) Davacının işyerinde çalışma barışını ve düzenini bozucu davranışı nedeniyle işverence gerçekleştirilen feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmelidir." (Y. 9. HD., 14.02.2005T., 2005/1827E., 2005/4204K., BİLGİLİ, s. 182-183).

68 EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 242; SAVAŞ, s. 89. "Davacı işçinin kendisine verilen izin süresini geçirdikten sonra işe dönmesi üzerine bu olayla ilgili olarak ustabaşı ile tartıştığı bu sırada yumruk vurarak etkili eylemde bulunduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. (...) Ne var ki mahkemece mesai bittikten sonra olay vuku bulunduğu için feshin haksız olduğu sonucuna varılarak ihbar ve kıdem tazminatı istekleri kabul edilmiştir. Ancak işyerinde ve işyeri ile ilgili olarak tartışmanın çıktığı ve sonucunda da tecavüz olayı meydana geldiğine göre 1475 sayılı İş Kanununun 17/II-ç maddesi uyarınca bu isteklerin reddine karar verilmesi gerekir." (Y. 9. HD., 04.11.1998T., 1998/13235E., 1998/15605K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 21.03.2018).

69 ERGİN, s. 76; aynı yönde bkz. ODAMAN, s. 112; MOLLA-MAHMUTOĞLU, H. /ASTARLI, M. /BAYSAL, U.: İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1, Ankara, 2017, s. 291.

iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceğine hükmetmiştir⁷⁰.

D. "Aile Üyeleri" İfadesinin Geniş Anlaşılması Gereği

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde sadece işçinin veya işverenin kendisine değil; aile üyelerine sataşma da haklı neden olarak kabul edilmiştir. "Aile üyeleri" tabiri içerisinde, işçinin/işverenin eşi ve çocukları yer aldığı gibi kendisiyle birlikte otursun veya oturmasın yakın akrabaları da bulunmaktadır. Bu deyimini dar anlamak yerinde değildir; ancak tüm hısımları içine alacak şekilde çok geniş yorumlamak da doğru olmayacaktır⁷¹.

Maddenin düzenlenmesindeki amaç, işçinin/işverenin kendisiyle birlikte yakın ilişki içinde olduğu kişilerin de korunmasıdır. Bu nedenle "aile üyelerinden biri" denilerek anne, baba, onların usulü, karı, koca, nişanlı, çocukları ve onların füruu, erkek ve kız kardeşler ile evlatlığa alınan kişiler kastedilmektedir⁷².

Bu anlamda, bu tabire işçinin/işverenin imam nikâhlı eşi, hatta imam nikâhı bulunmaksızın birlikte yaşadığı kişi ile işçiyle/işverenle aralarında akrabalık bağı bulunmayan, ancak aynı çatı altında birlikte yaşayan diğer kişilerin de dâhil edilmesinin doğru olacağı ifade edilmektedir⁷³. Yine

70 "(...) davacının iş sözleşmesi davalı işveren tarafından işyerinde işverenin bir başka işçisi ile kavga ettiği gerekçesi ile feshedilmişse de, söz konusu kavganın sonunma odasında iş saatleri dışında meydana geldiği, bu kavga nedeniyle işyerindeki çalışmanın aksatılmadığı, kavga sonrasında çalışmanın aynen devam ettiği kavganın işyeri huzurunu ve çalışma düzenini bozduğuna ilişkin delil bulunmadığı, tüm tanık beyanlarından anlaşıldığından işverenin çalışma huzurunu ve düzenini bozmayan bu olayı bahane ederek derhal fesih yoluna başvurmak yerine öncelikle işçilerin bu davranışı tekrarlamamaları yönünde uyarılması, işyeri huzurunu bozacak şekilde davranışlarını sürdürmeleri halinde son çare olarak feshiye başvurusu gerektiğinden feshin haklı ve geçerli nedenlere dayanmadığından davanın kabulüne karar verilmiştir." (Y. 9. HD., 08.06.2011T., 2010/3409E., 2011/17095E., <http://www.calismatoplum.org/sayi33/abc/8-37.pdf>, E. T.: 26.01.2018).

71 NARMANLIOĞLU, s. 425.

72 ATABEK, R.: İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1938, s. 135; ODA-MAN, s. 109.

73 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, Ders Kitabı, s. 281.

amca, dayı, hala, teyze, enişte, yenge, kardeş çocukları gibi hısımlara karşı yapılan hakaretler de aile ilişkisi kanunen ve şeklen değil de, gerçekten ciddi ve kuvvetli ise aile üyelerine yapılmış olarak kabul edilebilecektir⁷⁴.

III. İşçinin Sataşma Nedeniyle İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi

İş ilişkisinde işçinin işverene olan sadakat borcunun karşılığında işverenin işçiyi koruma (gözetme) borcu⁷⁵ bulunmaktadır. Bu borç, yasal dayanağını Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinden almaktadır. İş akdinin işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran niteliği gereğince, iş ilişkisi içerisinde işveren işçiye yardımcı olmak, onun çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek davranışlardan kaçınmak, gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almakla yükümlüdür⁷⁶. Bu anlamda, işverenin işçiyi koruma borcu, işçinin sataşmaya karşı korunmasını da gerektirmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun md. 24/II-c bendine göre "işveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunursa" işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Bu düzenleme koruma borcunu ihlal eden işverene karşı işçinin iş akdini haklı nedenle feshedebilmesine olanak sağlamaktadır.

A. İşveren, İşveren Vekili veya Üçüncü Kişilerin İşçiye Sataşması

4857 sayılı Kanunun 24. maddesinde işverenin işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunması hâlinde işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği ifade edilmiştir (md. 24/II-c)⁷⁷.

74 ATABEK, s. 135.

75 Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 416 vd.; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBÖLAT, s. 321 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 321 vd.; BİLGİLİ, s. 41 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, Ders Kitabı, s. 226 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 170-171.

76 SÜZEK, s. 416.

77 "...fırın işyerinin davalı İ.D.`den diğer davalı A.A.`ya devredildiği ve devirden sonra da davacı işçinin çalış-

Ancak işçi bakımından sadece işverenin değil; işveren vekilinin sataşmasının da haklı nedenle fesih sebebi olduğu kabul edilmektedir⁷⁸. Ancak iş sözleşmesinin işçi tarafından bu nedenle feshedilebilmesi için, işveren vekilinin işveren adına hareket ettiğinin sabit olması gerekmektedir⁷⁹. Nitekim Yargıtay kararlarında da aynı görüşe yer verilmiştir⁸⁰.

4857 sayılı İş Kanunu md. 24/II-c bendinde, işçiye bir başka işçinin sataşması hâline ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Daha önce de değindiğimiz üzere, işverenin işçiyi gözetme borcunu düzenleyen TBK md. 417 hükmü gereğince, işverenin işçisine yardım etmesi, sataşma eylemlerine son verecek gerekli önlemleri alması yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun için işçinin sataşma eylemini derhal işverene bildirmesi de gereklidir. Bildirime rağmen işverence gerekli tedbirlerin alınmaması hâli, işverenin ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâllerin benzeri olarak değerlendirilebilecektir. Ancak işçinin, iş sözleşmesini sataşmaya (md. 24/II-c) dayalı olarak değil; genel olarak md. 24/II'ye dayanarak haklı nedenle feshi söz konusu olabilecektir⁸¹.

İşyeri dışından bir kişinin işçiye sataşmasının işçiye haklı nedenle fesih hakkı verip vermeyeceği de üzerinde ayrıca durulması gereken bir husustur. Yargıtay bir kararında işyerinin periyodik mali de-

netimini yapan ve işyerinin elemanı olmayan mali müşavirin sözlü sataşmasının ve işçiye hakaret etmesinin, işveren vekili sıfatı taşımadığı için, davalı işverenin sorumluluğunu gerektirmediğine, işçi bakımından bildirmsiz fesih hakkının doğmayacağına karar vermiştir⁸². EKMEKÇİ de işyerinin elemanı dahi olmayan mali müşavirin sözlü sataşmasının işçiye haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceği görüşündedir⁸³. Aynı kararı inceleyen BAKIRCI, Yargıtay'ın bu davada mali müşavirin işveren vekili olmadığı, işyeri dışından üçüncü bir kişi olduğu yönündeki saptamasının doğru olduğunu belirtmiştir. Yazara göre de olayın işveren veya işveren vekilinin var olmadığı bir ortamda gerçekleşmesi hâlinde, olayın işverence bilinmesi ve önceden önlem alınması olanağı bulunmadığından, işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu durumda, işçi, söz konusu saldırıyı kullanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemez. Ancak saldırı, işveren veya işveren vekilinin yanında başlamış ve bu kişilerin müdahalesi ile bertaraf edilebilecek olmasına rağmen işveren veya işveren vekili hareketsiz kalmışsa, bu durumda işveren gözetim borcuna aykırı davranmıştır. İşçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir⁸⁴.

Gerçekten de işverenin işçiyi koruma borcunun kapsamına, işyerindeki yabancı kişilerin ve özellikle müşterilerin rahatsız edici davranışları da dâhildir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda işçi, iş sözleşmesini md. 24/II-c anlamında sataşma nedeniyle değil; işverenin işçiyi gözetim borcuna aykırılık nedeniyle ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri nedeniyle 24/II. maddeye dayalı olarak haklı nedenle feshedebilecektir⁸⁵.

masını işyerinde sürdürdüğü ve son işveren tarafından dövlüdüğü 5 gün iş ve gücünden kalacak şekilde rapor aldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı A.A. ihbar tazminatından ve kıdem tazminatının tamamından ve diğer işçilik haklarından sorumlu olacağına düşünülmemesi hatalıdır." (Y. 9. HD., 02.12.1998T., 1998/16939E., 1998/17134K., <http://www.kazanci.com>, E. T.: 08.04.2018).

78 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 826.

79 GÜZEL, A.: Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul, 1995, s. 77.

80 "Davacı hizmet akdini işvereni temsilen formen'in kendisine sataşması sonucu İş Kanunu'nun 16/II. hükümlerine göre feshettiğini ileri sürmüştür. Davacının bu olayı haklı fesih sebebi olarak gösterebilmesi ve haklı fesih sebebinin gerçekleşmesi için formenin işveren vekili olarak onun adına hareket ettiğinin sabit olması gerekir. İşveren vekili değilse 16/II hükümlerine göre fesih hakkı gerçekleşmez." (Y. 9. HD., 23.01.1989T., 1998/10534E., 1989/302K., TÜHİS, C. 11, Şubat 1989, s. 19).

81 ERGİN, s. 72.

82 Y. 9. HD., 08.11.1999T., 1999/13898E., 1999/16874K., ÇİMENTO İŞVEREN DERGİSİ, C. 14, S. 3, Mayıs 2000, s. 29.

83 EKMEKÇİ, Ö.: Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2001, s. 96.

84 BAKIRCI, K.: İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırısına Uğramaları Halinde İşverenin Sorumluluğu, ÇİMENTO İŞVEREN DERGİSİ, C. 14, S. 3, Mayıs 2000, s. 29 vd.

85 GÜZEL, s. 77. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, böyle bir durumda işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine imkân tanımış; ancak 24. maddenin hangi bendine dayandığını belirtmemiştir. Karara göre "...daha önce davacı ile birlikte bir kısım işçilere kaba davranışlarda

B. İşçinin Sataşma Nedeniyle İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshedebileceği Hâller

1. İşverenin/İşveren Vekilinin Söz ve Davranışları

Daha önce de belirttiğimiz üzere sataşma bir davranışla olabileceği gibi bir sözle de gerçekleşebilecektir. Bu bakımdan işverenin/işveren vekilinin işçiye veya onun ailesi üyelerinden birine sözlü olarak sataşması işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkını doğuracaktır⁸⁶. Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için işverenin/işveren vekilinin işçiye yönelik bir söz veya davranışının varlığı şarttır⁸⁷.

Yüksek Mahkeme'nin pek çok kararında, *hakaretin haklı neden teşkil ettiği kanaatine varılmış-*

bulunduğu ve hakaret ettiği için işverene başvurulması sonucu işi değiştirilen kısım amirinin bir süre sonra tekrar şikâyetle bulunan işçilerin başına getirildiği, kısım amirinin yine aynı davranışlarda bulunması üzerine işçilerin işverene şikâyetlerini yineledikleri işverenin ise bu konuda gerekli önlem almadığı ve iş düzenini sağlamadığı, davacının da diğer işçilerle birlikte önce çalışmayı bıraktığı ve bilahare işyerini terk ederek işbaşı yapmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının kadem tazminatı isteğinin hükme bağlanması doğru ise de, ihbar tazminatına hak kazanamaz." (Y. 9. HD., 12.04.1993T., 1992/10235E., 1993/5621K., <http://www.kazanci.com>, E. T.: 08.04.2018).

86 "...şube müdürü olarak çalışan davalı tanığı E.K.'nın davacıya karşı olumsuz davranışlarda bulunduğu, özellikle davacı hakkında diğer personele aşağılar biçimde "Gökhanlaşmayın" gibi sözler söyleyip davacının odasına ziyarete giden personeli davacı ile görüşmemeleri hususunda uyardığı, adı geçen müdürün bu tür davranışlarının davacıya sataşma niteliğinde olup, davacı feshinin haklı sebeple olduğu" (Y. 9. HD., 25.04.2017T., 2015/18616E., 2017/7243K., <http://www.kazanci.com>, E. T.: 08.04.2018).

87 "Davacı taraf, davacı işçinin iş akdini İş Kanunu 24/2-c maddesi gereğince haklı nedenle feshettiği iddiasındadır. (...) Yasa metninden de anlaşılacağı üzere işverence işçinin aile üyelerinden birine karşı kasıtlı bir suç halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı doğacaktır. Somut olayda davacının kardeşinin iş kazası sonucu vefat ettiği ve davalı işveren yetkilileri hakkında da taksirle ölüme neden olmak suçundan dava açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında davacı işçinin işverenin taksirli eylemine dayanarak iş akdini haklı nedenle feshetme imkânı bulunmamaktadır." (Y. 7. HD., 01.10.2013T., 2013/8647E., 2013/15949K., www.kazanci.com, E. T.: 12.04.2018).

*tır*⁸⁸. Bir kararında işveren tarafından işçiye hakaret edilmiş olmasının, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-b bendine dayalı olarak haklı neden teşkil edeceği ifade edilmiştir⁸⁹. Somut olayda, işverenin işçiye yönelik sözlerinin mahiyeti karardan anlaşılacakla birlikte, hakaretin işçinin şeref ve namusa dokunacak şekilde söz söylemek suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda bu kararın yerinde olacağı kanaatindeyiz. İşveren tarafından edilen hakaretler bu mahiyette değil ise işçi tarafından iş sözleşmesinin md. 24/II-c'ye dayalı olarak sataşma nedeni ile feshedildiğinin kabulü uygun olacaktır.

İşverenin/işveren vekilinin davranışları da işçinin iş sözleşmesini sataşma nedeni ile haklı nedenle feshine yol açabilecektir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında da "...davacının ileriye dönük bayram ikramiyesinin ödenmeyeceğinin söylenmesi üzerine arkadaşları ile işyerindeki makine-lerini kapatarak çalışmayı durdurdukları bu olay sebebiyle işverenin işçilerle yaptığı toplantı sırasında işverenin davacının yüzüne sıcak çay atarak adli tıp raporunda belirtildiği gibi yaralanmasına sebebiyet verdiği bu sebeple davacının işyerini terk etmesi 4857 sayılı yasanın 24/2. maddesi

88 "...davalı tanıkları işyeri ikinci müdürünün davacıya hitaben "sen hırsızın ödemeyene şerefsiz derler" şeklinde hakaret içeren beyanlarda bulunduğunu açık bir şekilde ifade etmişlerdir. Bu olaydan sonra da davacı işe gelmemiştir. Bu durumda davacının 5.11.2001'de vizite kağıdı alarak ilgili hastaneye gitmemiş olmasının önemi yoktur. Zira davacı hakaret olayı nedeniyle hizmet akdini haklı nedenle feshetmiştir." (Y. 9. HD., 11.12.2006T., 2006/14009E., 2006/32253K., ÇALIŞMA VE TOPLUM, S:13, s. 185-186); "... işverenlerden Handan'ın davacıya hakaret ettiği özellikle el kol hareketleri ile kendisine ihtiyaç kalmadığı, pislik gibi laflar ettiği defol ifadesini kullandığı, anlaşılmalı bulunmaktadır. Bu durumda davacının işyerini terk etmesi haklı nedenlere dayanmaktadır. O hâlde davacı kadem tazminatına hak kazanmış bulunmaktadır." (Y. 9. HD., 18.11.1999T., 1999/14676E., 1999/17618E., www.kazanci.com, E. T.: 12.04.2018).

89 "...İşyeri müdürünün neredeyse her gün yaptığı toplantılarda baskı ve hakaret içeren konuşmalar yaptığı, bordroya yansıtılmayan ücret teklif edildiği davacı tanıklarınca açıklanmış, tanık Erkan da bu nedenle kendisinin ayrıldığını beyan etmiştir. Bu durumda iş akdinin 4857 sayılı Yasanın 24/II-b maddesi uyarınca davacı tarafından haklı olarak feshedildiğinin kabulü gerekir." (Y. 9. HD., 16.12.2008T., 2007/26159E., 2008/33763K., www.kazanci.com, E. T.: 12.04.2018).

uyarınca haklı olarak hizmet akdini feshettiğini ortaya koyduğundan..."⁹⁰ denilerek işverenin sataşma teşkil eden davranışının işçiye haklı nedenle fesih hakkı verdiği hükmedilmiştir.

Öte yandan işverenin/işveren vekilinin işçinin özel yaşamına müdahalesi, suç niteliği taşımamakla birlikte hukuka aykırı ise işçinin kişilik değerlerinden birinin zedelendiği söylenebilecektir. Ancak, bu durum 24. maddenin II. fıkrasında sayılan hâllerden birine girmemektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere SEVİMLİ'ye göre, suç niteliği taşımasa ya da şeref ve namusa dokunan bir hâl almasa da işverenin işçinin özel yaşamına hukuka aykırı müdahalesi de "sataşma" kapsamında değerlendirilebilecektir⁹¹. Zira "sataşmak" md. 24/II' de düzenlenen "şeref ve namusa dokunacak şekilde sözler söylemek", cinsel taciz", "gözdağı vermek", "kanuna karşı davranışa özendirmek, kışkırtmak", "şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat ve ithamlarda bulunmak" eylemlerini kapsamakta ise de esas itibarıyla daha geniş ve farklı bir anlama sahiptir⁹².

Son olarak belirtmek gerekir ki, aşağıda İş Kanunu'nun 25. maddesine ilişkin açıklamalarımızda belirteceğimiz üzere, 25. maddede açık düzenleme olmadığından işçinin işveren, işverenin ailesi ya da işveren vekili hakkında asılsız isnatta bulunması "sataşma" kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. Oysa 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-c maddesi, 25. maddeden farklı olarak işverenin/işveren vekilinin "işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunması" hâlini ayrı bir haklı neden olarak düzenlemiştir. Bu anlamda, açık hüküm nedeni ile işveren/işveren vekili tarafından yapılan işçiye yönelik asılsız bir isnat, "sataşma" olarak değerlendirilemeyecektir.

2. Psikolojik Taciz (Mobbing)

a. Kavram

Psikolojik şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme

veya sıkıntı verme anlamına gelen mobbing, çalışma hayatının önemli sorunlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır⁹³. Kavramın Türkçe karşılığı konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Mobbing ile güdülen amaç, bireyi bir şekilde rahatsız etmek, canından bezdirmek, huzursuz etmek ve sonunda bir şekilde ortamı terk etmesine sebebiyet vermek olduğu için söz konusu eylemi Türkçe'de en güzel ifade eden sözcüğün "taciz" olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle de, en uygun Türkçe karşılığının *psikolojik taciz olduğu söylenebilecektir*⁹⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 417/1. maddesinde "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür." düzenlemesi getirilmiştir. Yine Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 2/j maddesinde *taciz* tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 2/g maddesinde ayrımcılık temelli psikolojik tacizden söz edilmiş: "Bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıkırtmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler", işyerinde yıldırma olarak adlandırılmıştır.

İşyerinde uygulanan psikolojik taciz değişik şekillerde ortaya çıkabilecektir. Bağırarak veya sürekli eleştirerek iş yaptırılması, işçinin aşırı yük altına sokulması, dışlanması, özel kutlama ve sos-

90 Y. 9. HD., 11.04.2005 T., 2005/6013 E., 2005/12505 K., www.kazanci.com, E. T.:11.04.2018.

91 SEVİMLİ, s. 257 vd.

92 SÜMER ÖNDER, A.: İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi, Ankara, 2011, s. 90.

93 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. SÜZEK, s. 419 vd.; ÇELİK/GÜZEL/CANBOLAT, s. 544 vd.; ERMUMCU, S.: İşyerinde Psikolojik Taciz, İzmir, 2011 (Yayımlanmamış Doktora Tezi); GÜZEL, A. /ERTAN, E.: İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, LEGAL İHSGHD, S: 14, 2007, s. 510 vd.; SAVAŞ F. B.: İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul, 2007; ARSLAN ERTÜRK A.: İş Hukuku Boyutuyla Türkiye'de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Y: 2014, C: 20, S: 1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, s. 285 vd.; BİLGİLİ, A.: İş Hukukunda Mobbing, 3.Baskı, Adana, 2015.

94 TINAZ, P./BAYRAM, F./ERGİN, H.: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul, 2008, s. 3 vd.

yal etkinliklere kasıtlı olarak davet edilmemesi, dış görünüş veya giyim tarzıyla alay edilmesi, küçümsenmesi ve hor görülmesi, hakkında asılsız söylentiler çıkarılması, işçiye yetenek veya uzmanlık alanına girmeyen işler verilmesi, hak ettiği yetkilerin verilmesinden kaçınılması vb. hâller buna örnek olarak verilebilecektir⁹⁵.

b. Psikolojik Taciz Nedeni ile İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

İşçinin işyerinde psikolojik tacize uğramasının hukukî sonucu, 4857 sayılı İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde, cinsel tacize ilişkin İş Kanunu düzenlemesinde olduğu gibi tacize uğrayan işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceğinin ayrıca hükme bağlanması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir⁹⁶. Psikolojik taciz, cinsel tacize göre daha geniş ve yaygın bir biçimde ortaya çıkan bir üst kavramdır⁹⁷. Bu anlamda, hâlihazırda Kanunda ayrı ve açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 4857 sayılı İş Kanunu md. 24/II-b, c ve d bentlerinde belirtilen hâller psikolojik tacize de uygulanabilecektir⁹⁸.

Bununla birlikte, sataşma ile psikolojik tacizin birbirine çok yakın kavramlar olduğu; ancak psikolojik tacizin süreç içerisinde tekrarlanan ve sataşma kabul edilemeyecek kadar hafif, belirsiz, kurnazca yapılan davranışlardan oluşmasının ayırt edici olduğu ifade edilmektedir. Psikolojik tacizin bu özellikleri dolayısıyla şeref ve namusa dokunacak sözler ve davranışlar ya da işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı ağır isnat ve itham olarak nitelendirilemeyeceği, işçinin İş Kanunu'nun md. 24/II-b veya c fıkrasına dayalı olarak haklı nedenle iş sözleşmesini feshedemeyeceği ileri sürülmüştür⁹⁹. Yine bir başka görüşe göre, sataşma, birbirini takip eden sistematik davranışlardan oluşan bir süreç olduğundan psikolojik tacizden

farklı olarak tek bir eylemle gerçekleştirilebilecektir. Bu nedenle de, psikolojik taciz ile bağlantı kurulabilecek tek haklı fesih sebebinin işverenin "işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat ve ithamlarda" bulunması olduğu dile getirilmektedir¹⁰⁰. Öte yandan, işçinin işverenin bir diğer işçisine psikolojik taciz uygulamasının sataşma olarak değerlendirilmesi gerektiği de dile getirilmiştir¹⁰¹.

Kanaatimizce, yukarıda sayılan psikolojik taciz örneklerine de bakıldığında, bunların bir kısmının 4857 sayılı İş Kanunu md. 24/II-c anlamında sataşma olarak değerlendirilmesi ve bu bent kapsamında işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkün gözükmemektedir. İşçiye bağırarak veya sürekli eleştirerek¹⁰² iş yaptırılması, dış görünüş veya giyim tarzıyla alay edilmesi, küçümsenmesi ve hor görülmesi, işçi hakkında dedikodu yayılması¹⁰³ gibi durumlar sataşma olarak değerlendirilebilecektir¹⁰⁴.

100 BÜYÜKKILIÇ, G.: İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi, LEGAL İSGHD, Y: 2012, C: 9, Ş: 33, s. 133-134.

101 BOZBEL, S. /PALAZ, S.: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları, TİSK AKADEMİ, Y: 2007, S. 3, s. 76. Aksi yönde görüş için bkz. ŞEN, s. 62.

102 Öte yandan Yargıtay bir kararında işverenin işçiyi eleştirmesinin, bu davranışın süreklilik arz etmemesi nedeni ile, haklı neden teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir: "...tanıkların ifadelerinde geçen ifadelerin İş Kanunu 24. maddesinde belirtilen sataşma mahiyetinde değerlendirilemeyeceği, atılı sözlerin eleştiri düzeyinde kaldığı, kaldı ki eleştiri düzeyinde kalsa da söz konusu sözlerin davacıya tekrar tekrar söylendiğine ilişkin herhangi bir delil de bulunmadığı, davacının söz konusu kişinin beyanlarını gerekçe göstererek iş akdini feshetmesinde İş Kanunu'nun aradığı mahiyette haklı nedenin gerçekleşmediğinin kabul olunduğu" (Y. 9. HD., 05.03.2014T., 2012/2871E., 2014/7219K., www.kazanci.com, E. T.: 02.05.2018).

103 İşyerinde psikolojik taciz olarak nitelendirilebilecek şekilde dedikodu yaymanın sataşma olarak kabul edilmesi yönünde ayrıca bkz. ERGİN, s. 78.

104 "...davacı tanıkları işveren ile işçilere kötü davranması hususunu görüşmek için toplantı yaptıklarını, ancak işverenin bu toplantıda aynı tutumuna devam ederek hakaret ettiğini ve kendilerini işten kovduğunu, davacının ise toplantıya katılmadığını beyan etmişlerdir. Davacı işverene gönderdiği ihtarnamede iş sözleşmesini 4857 sayılı Kanun'un 24/II-b. ve c. bentleri uyarınca işverenin davranışlarını gerekçe göstererek haklı nedenle feshettiğini bildirmiştir. Somut olayda iş sözleşmesi davacı tarafından işverenin hakaretleri, asılsız itham ve psikolojik baskıları nedeniyle feshedilmiş olduğundan,

95 SÜZEK, s. 420.

96 ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 544.

97 KANTARCI, N. G. : Türk İş Hukukunda Mobbing, Ankara, 2016, s. 204.

98 4857 sayılı İş K. md. 24/I-a bendinin de uygulanabileceğine ilişkin görüş için bkz. BİLGİLİ, s. 56-57.

99 ŞEN, S.: Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu, ÇİMENTO İŞVEREN, Eylül 2009, s. 61.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme pek çok kararında somut olayda işçinin mobbinge uğradığını belirterek iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğine hükmetmekle yetindiği; ancak 24/II. maddedeki hangi bende dayalı olarak feshin söz konusu olabileceğini açıklamadığı görülmektedir¹⁰⁵.

IV. İşveren Açısından Sataşma Nedeniyle İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

İşçinin işverene karşı olan sadakat borcunun olumlu ve olumsuz yanları bulunmaktadır. Olumlu yanını, işçinin bazı şeyleri yapması, olumsuz yanını bazı şeyleri yapmaktan kaçınması teşkil

eder. İşte, işçinin başka bir işçiye sataşması, işçinin yapmaktan kaçınması gereken sadakat borcunun olumsuz yanını oluşturmaktadır¹⁰⁶. Bu durum, işçinin sadakat borcuna aykırı davranışının özel bir hâlidir¹⁰⁷.

4857 sayılı İş Kanunu'nun md. 25/II-d bendine göre "İşçinin işverene¹⁰⁸ yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin bir başka işçisine¹⁰⁹ sataşması", işverenin işçinin iş akdini haklı nedenle feshetmesine yol açacaktır. Madde metnine göre, sataşma işverenin işçisi tarafından gerçekleştirilmeli; haklı neden teşkil edecek ağırlıkta olmalıdır. İş ilişkisinin işçinin sataşması nedeniyle çekilmez hâle gelmediği durumlarda, işçinin söz veya davranışının ağırlığına göre iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden olarak değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir.

A. Unsurları

1. Sataşmayı Gerçekleştiren Kişinin İşverenin İşçisi Olması

Kanunda sataşmanın işçi tarafından işvereni- ne yahut işverenin ailesi üyelerinden¹¹⁰ birine yahut işverenin bir başka işçisine¹¹¹ karşı gerçekleş-

haklı da olsa iş sözleşmesini fesheden taraf ihbar tazminatı isteyemeyeceğinden" (Y. 22. HD., 05.12.2013T., 2012/29804E., 2013/28138K., www.kazanci.com, E. T.: 02.05.2018).

105 "... davacının amiri konumundaki işyeri çalışanı A'nın davacıya zaman zaman bağırdığını, davacının işyerinde bayılması üzerine hastaneye götürülmesine karşı çıktığını beyan etmiştir. İşten ayrılma belgesi, doktor raporu ve davacı tanığının beyanlarından işyerinde davacı üzerinde psikolojik baskı (mobbing) oluşturulduğu, davacının işten çıkış belgesinde bu yönde beyanının alındığı anlaşılmaktadır. Davacının istifa dilekçesinin gerçek istifa iradesi ile imzalanmadığı psikolojik baskı (mobbing) yolu ile istifaya zorlandığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesini feshi haklı olup" (Y. 9. HD., 01.04.2011T., 2009/8046E., 2011/9717K., http://www.kazanci.com, E. T.: 08.05.2018). "Davacının davalı işyerinde uzun süredir müdür statüsünde çalıştığı, son dönemlerde işyerinde yeniden yapılanma olup yerine yeni bir mühendisin istihdam edilerek yetkilerinin elinden alındığı bu şekilde huzursuz edildiği, işverence psikolojik tacize maruz kaldığı (mobbing) tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının işyerini terk etmesi haklı nedene dayanmaktadır." (Y. 9. HD., 18.03.2010T., 2008/22535E., 2010/7225K., http://www.kazanci.com, E. T.: 08.05.2018). "... davacının daha önce pantolon bölümünde çalışırken şefi tarafından hakarete uğradığı, psikolojik taciz- Mobbing'e uğradığı ve bu sebeple ceket bölümüne naklinin yapıldığı anlaşılmaktadır. İşçinin tekrar aynı bölümüne verilmesi işçiye haklı fesih imkânı verir." (Y. 9. HD., 02.06.2009T., 2008/375E., 2009/15531K., http://www.kazanci.com, E. T.: 08.05.2018); aynı yönde ayrıca bkz. Y. 9. HD., 27.12.2012T., 2010/35500E., 2012/44486K., BİLGİLİ, Mobbing, s. 144-145; Y. HGK. 02.11.2011T., 2011/9-590E., 2011/677K., http://www.kazanci.com, E. T.: 08.05.2018.

106 İNCE, s. 2.

107 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 843; ODAMAN, s. 109; SAVAŞ, s. 86.

108 Aynı zamanda işçi olan işveren vekiline işçinin sataşması da madde kapsamında. (ODAMAN, s. 109; SAVAŞ, s. 86). Nitekim, Yüksek Mahkeme de vermiş olduğu çeşitli kararlarında işçinin işveren vekiline sataşmasını 4857 sayılı İş Kanunu md. 25/II-d çerçevesinde değerlendirmiştir. "...davacının, amiri konumunda bulunan şube müdürüne yönelik diğer çalışan işçiler yanında sarf ettiği sözlerin şeref ve haysiyet kırıcı, sataşma niteliğinde sözler olduğu, bu hali ile de işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin haklı nedene dayandığı sonucuna varılmıştır." (Y. 7. HD., 01.07.2014T., 2014/9128E., 2014/14954K., http://www.kazanci.com, E. T.: 08.02.2018).

109 ERGİN, işyerindeki çırak ya da stajyere sataşılmasının da md.25/II-d kapsamında haklı neden teşkil edeceğini ifade etmektedir. (ERGİN, s. 73). Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda stajyer öğrenci olarak çalışan bir kişinin şef garson tarafından hakaret ve müessir fiil ile karşılaştığı olayda, işverenin şef garsonun iş sözleşmesini bir başka işveren işçisine sataşması nedeni ile haklı nedenle feshettiğini kabul etmiştir. (Y. 9. HD., 02.07.1998T., 1998/9403E., www.kazanci.com, E. T.:02.02.2018).

110 Aile üyelerinden kimlerin kastedildiği yukarıda II D bölümünde açıklanmıştır.

111 Yüksek Mahkeme bir kararında "...davacının aynı yerde işçi olan eşine küfürler ettiği gibi kaba kuvvette de bu-

mesi hâlinde haklı neden teşkil edebileceği ifade edilmiştir. İşyerinde çalışan alt işveren işçileri¹¹² ile ödünç iş ilişkisi ile çalışan işçiler de işverenin bir başka işçisi olarak değerlendirilebilecektir¹¹³.

İşverene veya işverenin aile üyelerinden birine sataşma ile işverenin bir başka işçisine sataşmanın her zaman aynı esasa tabi tutulmaması gerekmektedir. Örneğin, işyeri dışında sataşma, işverene karşı ise her hâlükârda, diğer işçilere karşı ise işyeri ile ilgili olduğu, işyerindeki çalışma düzenini etkilediği ölçüde haklı neden olarak kabul edilebilecektir. Zira işyeriyle ilgisiz, işyeri dü-

lunduğu anlaşılmaktadır. Davacının eşi, işyerinde çalışan bir işçi olup, olayda işverenin diğer bir işçisine sataşma durumu bulunmaktadır." sonucuna ulaşmıştır. (Y. 9. HD., 19.04.2004T., 2004/20093E., 2004/8643K., LEGAL İSGHD, 5/2005, s. 362-363.). Söz konusu kararda, isabetli olarak, işçinin davranışı, işverenin aile üyelerinden birine değil; işverenin bir başka işçisine sataşma olarak değerlendirilmiştir (SAVAŞ, s. 86). Aynı yönde ayrıca "Davacı işyerinde işçi olarak çalışmakta iken yine aynı işyerinde işçi olarak çalışan kendi kardeşini dövmüş, bunun üzerine işveren iş aktini feshetmiştir. Bu durum 1475 sayılı İş Kanununun 17/II. bendinin (ç) fıkrasındaki işverenin başka işçisine sataşması halini oluşturur." (Y. 9. HD., 22.05.1190T. 1990/2945E., 1990/6382K., www.kazanci.com, E. T.: 22.02.2018).

112 ERGİN, s. 73. Yüksek Mahkeme de bir kararında alt işveren işçisinin asıl işveren işçisine sataşmasının haklı neden teşkil edip etmediği üzerinde durmuştur. Kararda "...davacı işçi, davalı şirket işçisi olarak dava dışı C. mağazası işyerinde, davalı işverenin spor malzemelerinin satışa sunulması için satış elemanı olarak çalışmaktadır. İşin yapıldığı yer C. şirketine aittir. Bir anlamda davalı şirket ile dava dışı C. şirketi arasında ürünün satışa sunulması için anlaşma yapılmış olup, davacı bu işyerinde dava dışı C. şirketinin iş yeri kurallarına uymak zorundadır. Davacının bu işyerinde diğer çalışanlarla ilişkisi de işyeri kurallarına uygun olmalıdır. Dosya içeriğine göre davacı işçi C. şirketinin işyeri kurallarına uymadığı, mola saatinde iş başında bulunmadığı için C. çalışan güvenlik görevlisi ile tartışmış, bu tartışması nedeni ile işyerine alınmamış, daha sonra aynı görevli ile bu kez işten çıkartılması nedeni ile tartışmış, diğer çalışanın kendisini tehdit ettiği, bıçak çektiği iddiası üzerine, olay kolluk güçlerine intikal etmiş, davacı ve diğer çalışanın şikâyetçi olmamaları nedeni ile olay kapatılmış, olay yerinde davacı ve diğer çalışan üzerinde kesici alet bulunmadığı tespit edilmiştir. Davacının görevlendirildiği C. işyerinde kurallara uymadığı, bu konuda asıl işveren konumundaki C. şirketi çalışanı ile tartıştığı anlaşılmaktadır. Davacının tehdit ettiği ve kesici aletle saldırdığı yönünde somut delil bulunmadığından davranışının haklı neden ağırlığında olmadığı açıktır." sonucuna varılmıştır. (Y. 9. HD., 14.06.2010T., 2009/22960E., 2010/18559K., www.kazanci.com, E. T.: 22.02.2018).

113 ŞAHLANAN, Cinsel Taciz, s. 5.

zenini etkilemeyen bir sataşma tamamen tarafların kişisel alanında kalacaktır¹¹⁴. ODAMAN, bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yazara göre, işveren ve başka işçilere karşı sataşma arasında böyle bir ayırma gidilmemelidir. Sataşma fiili, işyeri düzenini bozmadıkça işyeri dışında gerçekleştiğinde haklı sebep oluşturmamalı; işyerinde yapılmış olması hâlinde ise işyeri düzeninin bozulduğu mutlak olarak kabul edilmeli ve işyeri içinde gerçekleşen her sataşma haklı neden teşkil etmelidir¹¹⁵.

Kanaatimizce, işyeri içinde veya dışında işverene karşı yapılan her türlü sataşma işyeri düzenini bozacak niteliktedir. Aralarında güven ilişkisi olan işçi ile işverenin sataşma niteliği taşıyan bir söz veya davranıştan sonra işyerinde birlikte işyeri düzeni bozulmaksızın çalışmaları, tarafların bu yöndeki iradeleri dışında mümkün gözükmemektedir.

İşçinin bir başka işçiye sataşması durumunda, işverenin bu işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek zorunda olup olmadığı da tartışma konusu olmuştur. ATABEK, işverenin kendisinin ve etrafında bulunanların mal ve canlarını himaye etmek, nezdinde çalışanlara iyi bir baba gibi hareket etmek mecburiyetinde olduğundan tecavüz ve tehdit edenin işine son vermek zorunda olduğunu belirtmektedir. Yazar, işçilerin işverenden bu işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini istediği, işverenin de bu talebi yerine getirmedeği takdirde işçilerin kendi iş sözleşmelerini feshederek tazminat talep edebileceği görüşündedir¹¹⁶. ODAMAN ise söz veya davranışı sataşma olarak nitelendirme hakkının sadece işverene ait olduğunu, bu anlamda işverenin eylemin sa-

114 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 843. "Davacının R.Y. isimli müşterinin eşini rahatsız ettiği gerekçesi ile hizmet akdi davalı işveren tarafından feshedilmiş, mahkemece feshin 1475 sayılı yasanın 17/II.maddesine uygun düştüğü kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiştir. Davacının müşterinin eşini işyerinde ve kullandığı minibüste rahatsız ettiği konusunda delil mevcut değildir. İşyeri dışında işlediği iddia olunan fiiller de 1475 sayılı yasanın 17/II. maddesi kapsamına girmemektedir. Bu nedenlerle davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Y. 9. HD., 02.06.2004T., 2004/795E., 2004/13283K., BİLGİLİ, s. 145).

115 ODAMAN, s. 112.

116 ATABEK, s. 138.

taşma niteliği taşıdığını düşünmesine rağmen sözleşmeyi feshetmemek gibi bir seçeneğinin de bulunduğunu belirtmektedir. Yazara göre, böyle bir durumda sözleşmeyi haklı sebeple feshetmek tamamen işverenin ihtiyarındadır¹¹⁷.

2. İşyeri Dışından Üçüncü Kişinin İşyerinin İşçisine Sataşması

Sataşmanın işyeri ile bağlantılı olan üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda işveren açısından haklı nedenle fesih imkânı doğup doğmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre, İş Kanununun 25. maddesinde her ne kadar "işçinin" sataşmasından söz edilmekteyse de, işçi yakınının sataşması da işyerinin düzenini ve disiplinini ve/veya işçi-işveren ilişkisini olumsuz yönde etkiliyorsa, hükmün amacından hareketle ve olayın özelliğine göre işverenin işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine yol açacaktır¹¹⁸. Ancak bu durumda, iş sözleşmesinin işveren tarafından 4857 sayılı İş Kanunu md. 25/II-d hükmünce değil; ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hâllerin "benzeri"ne dayalı olarak feshedilmesi yerinde olacaktır¹¹⁹.

Diğer bir görüşe göre, işçinin bir yakınının eylemi ancak işçi tarafından desteklediği takdirde işverene haklı nedenle fesih yetkisi verebilecektir¹²⁰. Nitekim, Yüksek Mahkeme de vermiş olduğu bir kararda, banka müdür yardımcısı olan işçinin diğer müdür yardımcısı ile anlaşmazlık içine düşmesi üzerine, işçinin kocasının bankaya gelip diğer müdür yardımcısını personelin önünde dövüp, hakaret etmesi üzerine iş akdinin işverence feshinin haklı nedenle olduğuna hükmetmiştir¹²¹.

Kararda dikkat çeken nokta, Yargıtay'ın feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığını belirlemede "olayın bu şekilde meydana gelmesinde davacının rolü ve etkisi"nin bulunup bulunmadığını dikkate almış olmasıdır.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme bir başka kararında, davacının eşinin işveren vekiline küfür etmesini sataşma olarak kabul etmiş; ancak bu durumun davacının ihbar ve kıdem tazminatı haklarını ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir¹²². "Olayın meydana gelişinde işçinin etkisi" bu kararda değerlendirilmemiştir. İşçinin işyerindeki tartışmayı ya da olayı eşine aktarmakla yetinmesi, eşini yönlendirmemesi ve kışkırtmaması durumunda Yüksek Mahkeme kararının yerinde olduğu söylenebilecektir. Ancak işçinin eşini işverene karşı kışkırtması hâlinde işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceği kanaatindeyiz¹²³.

3. İşçi Tarafından İşyeri ile Bağlantılı Üçüncü Bir Kişiye Sataşılması

İşverenin işçisinin, üçüncü bir kişiye sataşmasının haklı neden teşkil edip etmeyeceği de ayrıca üzerinde durulması gereken bir husustur.

dsp.php?fn=hgk-1981-9-618.htm&kw=19.10.1983#fm, E.T.:20.04.2018).

122 "...davalıya ait işyerinde davacı işçinin temizlik işlerinden sorumlu olarak çalıştığı, olay günü çamaşır makinesinin bozuk olduğu, o günlerde işyerinin denetime tabi tutulacağı, bu durumun işyeri yetkililerince bilindiği, bunun için iş elbiselerinin davacı tarafından elde yıkanması istendiği, davacı kadın işçinin bunu yapmaya yanaşmadığı, daha sonra da bir başka işçinin araya girmesi suretiyle davacının anılan elbiseleri yıkadığı, yıkadıktan sonra telefonla bu durumu eşine bildirdiği, eşinin daha sonra telefonla işveren vekiline küfür etmek suretiyle sataştığı anlaşılmaktadır. Bölge Çalışma Müdürlüğü'nce vaki şikâyeti üzerine yapılan soruşturma esnasında iş müfettişince işveren vekili dinlenmiş olup, davacı kadın işçiden kocasının özür dilemesi halinde kendisini çalıştırabileceğini açıklamıştır. Fesih konusunda bu açıklama son derece önemlidir. Buna göre işveren hizmet sözleşmesini feshettiği, ama yapılan sözlü saldırının geri alınması halinde davacı işçinin işe devam etmesinin mümkün olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Olaydan sonra yapılan açıklama ve tespit dikkate alınmak suretiyle davalı işverenin hizmet sözleşmesini feshettiği kabul edilerek ihbar ve kıdem tazminatları hüküm altına alınmalıdır." (Y.9. HD., 13.10.1998T., 1998/11465E., 1998/14315K., <http://www.kararara.com, E.T.:20.04.2018>).

123 Aynı yönde bkz. ODAMAN, s. 130.

117 ODAMAN, s. 113.

118 SÜZEK, s. 705-706.

119 SÜZEK, S.: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2000, s. 105.

120 ODAMAN, s. 130; ÇİL, Ş.: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.II, 2.Baskı, Ankara, 2007, s. 1831; SAVAŞ, s.85.

121 "...davacının polis memuru olan kocasının Bankaya gelerek Cengiz A.ı personelin önünde dövüp küfür ettiği, olayın bu şekilde meydana gelmesinde davacının rolü ve etkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının iş akdinin bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshinde davalı işverenin haklı olduğunu kabul etmek gerekir." (Y. HGK. 19.10.1983T., 1981/9-618E., 1983/981K., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/>

Üçüncü kişilere yönelik saldırıyı, cinsel taciz boyutuyla inceleyen ŞAHLANAN, cinsel taciz mağdurunun işverenin bir başka işçisi değil de işyeri ile ilgili üçüncü kişilerin olduğu durumlarda, haklı nedenle feshin dayanağının 4857 sayılı İş Kanunu md. 25/II-c olmadığını belirtmiştir. Yazara göre, böyle bir durumda iş sözleşmesi md. 25/II-e'deki doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış sebebiyle feshedilebilecektir. Bir otel veya banka işçisinin müşteriye veya başka bir işçinin eşine cinsel tacizde bulunması bu kapsamda değerlendirilebilecektir¹²⁴. Yazarın bu görüşü, kanaatimizce, satışta bakımından da kabul edilebilecektir. Yasada açıkça ve sadece "işçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine" satışından bahsedildiğinden, bu bent kapsamına girmeyen üçüncü kişilere yönelik satışlar, işverenin işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarına dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshine neden olabilecektir.

Nitekim Yüksek Mahkeme de bir kararında işçinin işyerindeki bir üçüncü kişiye satışını işveren bakımından işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarına girmesi sebebi ile haklı neden olarak kabul etmiştir¹²⁵. Bununla birlikte, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, başka bir kararda otobüs şoförünün araç için tehlike yaratan kişiye tokat atması şeklindeki satışını işyeri ve işverene karşı bir eylem olarak değerlendirmemiştir¹²⁶. Yine işçinin işyeri dışından bir kişiye

telefonla şiişsel nitelikte iletiler göndermesinin satışta kapsamında bir haklı neden olmadığına hükmedilmiştir¹²⁷.

B. İşverenin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshedebileceği Hâller

4857 sayılı İş Kanunu'nun md. 25/II-d maddesinde satışta kavramı sınırlandırılmamıştır. Bu nedenle de satışta olarak kabul görebilecek birçok söz ve/veya davranış söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme'nin yerleşik uygulamasına göre, her ne kadar işçinin eylemi işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshin imkânı verse de işverenin bu hakkının eşit işlem yapma borcuna aykırı kullanması durumunda, feshin haksız feshin olarak kabul edilmelidir¹²⁸.

bozma sayılmışsa da, somut olayda satışta kimseler işverenin işçisi değildir. Ayrıca satışmanın ağır tahrik altında işlendiği dahi tartışılabilir." (Y. 9. HD., 28.01.1987T., 1987/576E., 1987/763K., YARGITAY KARARLARI DERGİSİ, Mayıs 1989, s. 665-666).

127 "Uyuşmazlık, hafta tatili gününde, davalı şirket ile ticari ilişkisi bulunan dava dışı bir şirketin bölge satış müdürü olan bir bayana telefonla gönderilen şiişsel nitelikteki iletilerin haklı feshin nedeni olup olmadığı konusundadır. Davacının iş sözleşmesi, 24.2.2006 tarihli feshin bildirimini ile iş ilişkisinde olduğumuz tedarikçi firma çalışanını mesajla taciz etmek, firma ile ilişkilerimizi bozmak, ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı hareket etmek nedenlerine dayanılarak davalı tarafından sona erdirilmiştir. Taraf tanıklarının ve ileti gönderilen bayan tanığın açıklamalarına göre, davacı tarafından telefonla gönderilen iletilerin iltifat içeren şiişsel nitelikte olduğu, şikâyetten sonra davacının özür dilediği anlaşılmaktadır. Davalı, bu sebeple ticari ilişkisinin bozulduğunu kanıtlamadığı gibi, ileti gönderilen tanık dava sırasında da ticari ilişkinin devam ettiğini açıklamıştır. Bu durumda, 4857 Sayılı Kanunun 25/II-d Maddesindeki yazılı koşullar oluşmamıştır. Ayrıca maddenin başlığında belirtilen Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri kapsamında değerlendirilecek bir eylem de söz konusu değildir. Ölçülülük ilkesi uyarınca anılan eylem geçerli neden oluşturabilirse de, haklı feshin nedeni sayılamaz." (Y. 9. HD., 19.06.2008T., 2007/22436E., 2008/16458K., www.kazanci.com.tr., E. T.: 22.04.2018).

128 "...Kavgâ feshin sebebine bakılınca, her ne kadar davacının eylemi işverene feshin imkânı tanımakta ise de aynı nitelikte eylemde bulunan diğer işçi K.H. için feshin yoluna gitmeyen işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığı açıktır. Davalı tanığı C. bu işçinin kavğadan sonra da işe devam ettiğini belirtmiştir. Bu durumda işverenin gerçekleştirdiği feshin haklı olduğu düşünülemez." (Y. 9. HD., 28.12.2011T., 2009/37031E., 2011/50099K.); "...olayda ilk hareket davacıdan değil dava dışı işçiden gelmiş ve davacıya yumruk atılmasından sonra davacının diğer işçiye müdahalesi gerçekleşmiş olup davacı H'e yumruk

124 ŞAHLANAN, Cinsel Taciz, s. 5

125 "... davacının iş sözleşmesi 26.1.2012 tarihinde hasta veya yakınını darp etmesi (fiziki müdahalede bulunması) sebebiyle feshedilmiştir. Gerçekten davalının işyerine gelen hasta veya yakınının davacı tarafından darp edilmesi işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarına girer. İşverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı halde kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi hatalıdır." (Y. 7. HD., 14.03.2016T., 2015/6085E., 2016/6215K., www.kazanci.com, E.T.: 20.04.2018).

126 "Davacı, davalı işverenin otobüs sürücüsü olup, 16.10.1985 günü duraktan yolcu alıp kalktığı sırada, bisikletli iki gencin ani olarak hareket halindeki otobüsün önüne direksiyon kırmaları suretiyle ağır bir tehlike yaratmaları karşısında sinirlenen davacının, bunlardan birisine tokat atması sebebiyle işveren tarafından iş akdi bozulmuştur. Fesih, şoförün asabi mizaçlı olduğundan bahsedilmişse de, asıl bozma sebebi trafikte tehlike yaratan bisikletli çocuklara satışması gösterilmiştir. İşyerinde, işverenin diğer bir işçisine satışması haklı

İncelememiz kapsamında aşağıda yargı kararlarına en çok yansıyan ve bir haklı nedenle fesih sebebi olarak "sataşma" niteliğinde kabul gören hâller üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

1. İşçinin Dedikodu Yapması, Asılsız İsnatta Bulunması

İşçinin dedikodu yapması, işveren açısından bazı hâllerde, haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilebilmektedir. Yargıtay, işyerinde dedikodu yapmak suretiyle işçinin tacizde bulunmasını sataşma olarak nitelendirerek, işçinin yapmış olduğu davranışın ağırlığına göre işverenin bu nedenle iş sözleşmesini haklı sebeple feshedilebileceğine hükmetmektedir¹²⁹.

atmamış ancak savunma amaçlı sarılması nedeniyle yere düşmeleri neticesinde H. yaralanmıştır. İşveren olaydan davacıyı sorumlu tutarak işine son vermiş diğer işçi ise çalışmaya devam etmiştir. Davacımızın yaraladığı H. adlı işçinin yumruk atarak olayı başlattığı buna rağmen davacının iş sözleşmesinin feshedilerek işten çıkarıldığı ancak H. adlı işçinin işten çıkarılmadığı da ortadadır. Her ne kadar davacının eylemi işverene fesih imkânı tanımakta ise de aynı nitelikte eylemde bulunan diğer işçi için fesih yoluna gitmeyen işverenin eşit işlem borcuna aykırı davrandığı açıktır. Bu durumda işverenin gerçekleştirdiği feshin haklı olduğu düşünülemez. Davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken reddedilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." (Y. 9. HD., 24.02.2011T., 2009/5396E., 2011/4884K.); ayrıca bkz. Y. 9. HD., 29.02.2012T., 2009/45107E., 2012/6474K.; Y. 9. HD., 21.03.2013T., 2011/102E., 2013/9810K.; Y. 9. HD., 18.09.2013T., 2011/23715E., 2013/22926K.; Y. 9. HD., 16.04.2014T., 2012/6650E., 2014/12926K., <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=49010>, E. T.: 05.04.2018.

129 "... tacize uğradığı iddia edilen tanık E. isimli kadın işçi duruşmada alınan beyanında; davacı tarafından sözlü ve davranışsal tacizlere uğradığını beyan etmiştir. Yine davalı işyerinin başka bir çalışanı olan tanık ... de, duruşmada alınan beyanında; tanık E.'nin davacı tarafından sözlü ve davranışsal tacize uğradığını kendisine anlattığını, ayrıca davacının, tanık E. ile işyeri ortağı olan işveren E.'nin yemeğe beraber çıktıklarını, birlikte tatile gittiklerini kendisine söylediğini ve ayrıca markete gelip gidenlere de bu hususları anlattığını ve bu sebeple tanık E. ile işveren E. arasında ilişki bulunduğu dair dedikodular çıktığını ve bu dedikoduların kaynağının ise davacı olduğunu beyan etmiştir. Bu durumda davacının, gerek bir başka çalışana söz ve davranışlarıyla tacizde bulunduğu, gerekse de çalışan ve işveren arasında ilişki bulunduğu dair dedikodu yaptığı, davalı tanıklarının kesin beyanları ile doğrulanmıştır. Davacının bu eylemi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/II-d bendinde düzenlenen "İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması" niteliğinde-

Yine işçinin işvereni veya işyerinde çalışan diğer işçiler hakkında asılsız isnatlarda bulunması, bir haklı neden olarak değerlendirilebilmekte¹³⁰; iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu md. 25/II-d kapsamında sataşma nedeni ile feshine yol açabilmektedir¹³¹. Belirtmek gerekir ki, asılsız bir isnadın söz konusu olmadığı durumlarda iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi de söz konusu olmayacaktır. Nitekim Yüksek Mahkeme bir kararında bu duruma uygun yorum yaparak "...davacı işçi, işverenin işyerinden ayrılanlarla ilgili haber yapan gazetenin ilgili kısmını işyerinde panoya asmıştır. Bu haber ile ilgili işveren tarafından tekzip metinlerinin yayınlanması istemi, Sulh Ceza Mahkemelerince reddedilmiştir. Haberin kaynağının davacı olduğu da somut olarak ortaya konmamıştır. Basın yolu ile işveren aleyhine

dir." (Y. 9. HD., 23.10.2017T., 2017/6203E., 2017/16421K., www.kazanci.com, E. T.: 22.03.2018). Yüksek Mahkeme bir kararında da "...işyerinde çalışan iki işçi arasında ilişki olduğu ve bu kişilerin işyerinde kasa ofisi bölümünde uygunsuz bir halde görüldükleri hususunda dedikodu yayıldığı, davacının vazifesi olmamasına rağmen güvenlik görevlisinden kasa ofisini gösteren kamera kayıtlarına bakılarak durumun tespitini harici olarak istediği, davalı işverenlikçe yapılan soruşturmada, davacının yazılı olarak verdiği savunmasından tanık Ş. A.'in beyanından ve dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Hakkında dedikodu çıkarılan işçilerden biri evli olup, söz konusu dedikodunun kaynağının davacı olduğu tanık beyanları ve dosyada mevcut ayrıntılı ve tutarlı yazılı ifadelerle sabittir. Davacının söz konusu davranışı diğer iki çalışana yönelik sataşma mahiyetindedir. Bu durumda işverence yapılan fesih haklı sayılmalıdır." (Y. 22. HD., 24.03.2015T., 2015/7794E., 2015/11301K., www.kazanci.com, E. T.:22.03.2018).

130 Bununla birlikte Yüksek Mahkeme bir başka kararında "Mahkemece davacının küçük düşürücü, rencide edici, namus ve haysiyeti zedeleyici herhangi bir hareketi bulunmadığı gerekçesiyle işe iade isteğinin kabulüne karar verilmiş ise de, davacı tarafından üst yönetime gönderilen mektup içeriğinde bahsi geçen yöneticiler hakkında "... hırsızlık, rüşvet verme, sahte fatura düzenleme, ayıplı mal satma, şirkette çalışan bayanlarla ilişki kurma..." şeklinde isnat edilen eylemlerin yöneticilerin şeref ve namusuna dokunacak, şeref ve haysiyet kırıcı nitelikte söz ve eylemler olduğu anlaşılmaktadır. Davacı işçinin bu davranışının iş sözleşmesinin feshinde haklı sebebin varlığının kabul edilmesini gerektirdiği" yönünde karar vermiş (Y. 22. HD., 22.01.2015T., 2014/34583E., 2015/918K., www.kazanci.com, E. T.: 22.03.2018); isnadın asılsız olup olmadığını tartışmaksızın sadece işçinin sözlerinin işverenin şeref ve namusuna dokunup dokunmadığı üzerinde durmuştur.

131 Y. 9. HD., 11.12.2017T., 2016/31551E., 2017/20891K., www.kazanci.com, E. T.:22.03.2018

haber olmuş bir durumun davacı tarafından işyerinde panoya asılması, isnat ve itham olarak değerlendirilemez. Haberin doğruluğu davacı işçi tarafından bilinmeyeceği gibi basın yolu ile herkesin haber alma hakkı kapsamında daha önce bilgilenmeleri de olmuştur. Kaldı ki haber işyerinde çalışan işçiler ile ilgilidir. Davacının davranışı doğrudan isnat ve itham değildir. Yayınlanmış bir haberi işyeri panosuna asması davranışına doğrudan haklı sebeple fesih yaptırımı uygulanması ölçülülük ilkesine uygun değildir." sonucuna varmıştır¹³².

2. İşçinin Hakaret, Tehdit, Kavga Etmesi

Sataşma söz veya davranışla gerçekleşebilmektedir. Bu nedenle, işçinin, işverene veya onun ailesi üyelerinden birine veya işverenin bir başka işçisine hakaret etmesi ya da bu kişileri tehdit etmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-d maddesi gereğince işveren açısından iş sözleşmesinin feshinde bir haklı neden teşkil edecektir. Nitekim Yargıtay'ın pek çok kararında da bu doğrultuda işçinin hakaret etmesi¹³³ veya

132 Y. 9. HD., 02.11.2017T., 2017/6449E., 2017/17377K., www.kazanci.com, E. T.: 22.03.2018

133 "...davacının olay günü iş saatinde işyerinde çıkan tartışmada kendisine hakaret eden stajyer olarak çalışan kişiye orantısız şekilde hakaret ve tehditvari sözler sarf ederek darp ettiği anlaşılmaktadır. Davacının eylemleri ve olayın oluş şekli işveren tarafından olayın akabinde yapılan disiplin soruşturmasında dinlenen görgü tanıklarının anlatımları ile sabittir. Bu durumda işverence yapılan fesih haklı sayılmalıdır." (Y. 22. HD., 21.01.2014T., 2013/2242E., 2014/523K., ÇİL, 2013-2014, s. 695); "...izin talebi sonrası izin verilmeyince davacının duruma sinirlenip amirine hakaret ettiği gibi işyerindeki masa ve camlara vurup, camı kırıp yaralandığı anlaşılmıştır. Bu durum dava dilekçesindeki anlatıma göre davacının da kabulündedir. Bu davranışlar ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25 II-d maddesi kapsamında sataşma niteliğinde olduğundan işverence yapılan fesih haklı olup..." (Y. 9. HD., 23.05.2016T., 2015/2346E., 2016/12246K., http://www.calismatoplum.org/sayi53/xyz/11-14.pdf, E. T.: 23.03.2018); aynı doğrultuda bkz. Y. 9. HD., 07.04.2016T., 2014/36381E., 2016/8731K., www.kazanci.com, E. T.: 20.03.2018. "...davacı hakkında yöneticilerinin arkasından "geri zekalılar, salaklar" şeklinde sözler söylediği yönünde tutanak tutulduğu, davalı tutanak tanıklarının tutanak içeriğini doğruladıkları anlaşılmaktadır... davacının fesih bildirimine konu hakaret niteliğindeki eylemlerini davalı işveren yetkililerine karşı gerçekleştirdiği açıktır. Bu davranışları fesih için haklı neden teşkil etmektedir." (Y. 22. HD., 04.11.2015T., 2014/17284E., 2015/30115K., www.hukuktur.com, E. T.:20.03.2018). Buna karşılık feshin geçerli sebeple olduğu yönünde bkz. Y. 9. HD., 2004/32049E., 2005/2901K., www.kazanci.com, E. T.: 20.03.2018.

tehdit etmesi¹³⁴ haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilmiştir.

Yine işçinin işyerinde kavga etmesi veya işverene, işveren vekilini ya da başka bir işçiyi darp etmesi, eylemin ağırlığı da dikkate alınarak sataşma olarak kabul edilip işverene haklı nedenle işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı verecektir¹³⁵.

3. İşçinin Karşı Tarafın Tahrikini Aşan Söz ve Davranışları

İşçinin karşı tarafın tahrikini aşan söz ve davranışları sataşma olarak değerlendirilebilecek ve işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkânı

com, E. T.: 20.03.2018.

134 "...o tutanağı imzalayanı vururum, telefon ettim silahım gelecek " demek suretiyle tehdit ettiğini" ...davalının, davacının iş akdini haklı nedenle feshettiği göz ardı edilerek kıdem ve ihbar tazminatı taleplerini reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur." (Y. 7. HD., 09.09.2013T., 2013/5635E., 2013/14117K.). "...davacının feshine konu olay tarihinde diğer çalışanı" "Sen yazın buraya gelme, seni mermi manyağı yapacağım" sözleri ile tehdit ettiğini belirtilmiştir. Ayrıca, davacının ...diğer işçi C.e kızarak onu ajanlıkla suçladığı, bunun üzerine taraflar arasında tartışma yaşandığı ve tartışma sırasında davacının diğer işçiyi tehdit ettiği sabittir. Davacının savunmasında kabul ettiği bu eylemleri işverenin bir başka işçisine sataşma niteliğindedir." (Y. 22. HD., 04.03.2014T., 2014/4772E., 2014/4602K.). Aynı doğrultuda bkz. Y. 22. HD., 05.03.2013T., 2012/15258E., 2013/4450K.; Y. 22.HD., 03.12.2013T., 2012/29799E., 2013/27728K.; Y. 22. HD., 05.12.2013T., 2012/30164E., 2013/27902K., Y. 9. HD., 02.07.2009T., 2008/5757E., 2009/18553K., http://ismahkemesi.com/2015/07/yargitay-kararlari-isiginda-iscinin-isyerinde-tehdit-ve-satasma-eylemleri, E.T.:17.04.2018). Öte yandan bir kararında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi "...davacının, amirine hitaben, size ben de bir iyilik planlıyorum demek suretiyle kendisini tehdit ettiği, eylemin niteliği göz önüne alındığında, işveren açısından geçerli nedenle fesih gerekçesi oluşturduğu"na hükmetmiştir.(Y.9.HD., 01.06.2009T., 2008/36374E., 2009/15159K., www.calismatoplu.org, E.T.: 18.04.2018).

135 "İşçinin "davacının işyerinde çalışan H'nin üzerine yürüyerek hakaret ettiği sabit olduğundan işverenin feshi 4857 Sayılı Yasanın 25/II. maddesine uygun haklı fesih niteliğindedir." (Y. 9. HD., 12.10.2005T., 2005/27647E., 2005/33225K., www.kazanci.com, E. T.: 22.03.2018). "...davacı işçinin davalı işyerinde çalışan bayan işçiye seni seviyorum şeklinde sataşmada bulunduğu ve aynı davranışı karşı çıkılmasına rağmen serviste arkasında oturarak devam ettirdiği, daha sonra da anılan işçinin ağabeyiyle bu sebeple kavga ettiği tanık beyanlarıncı açığa doğrulanmıştır. Bu durum işverence haklı fesih sebebi-dir" (Y. 9. HD., 21.11.2002T., 2002/7403E., 2002/21982K., ÇİL, C.II, s. 1974).

verebilecektir¹³⁶. Ancak her olayda tahrik edici söz veya davranış ile buna karşı gösterilen tepkinin karşılaştırılması suretiyle bir sonuca varılması yerinde olabilecektir¹³⁷. Nitekim Yüksek Mahkeme de vermiş olduğu kararlarda aynı görüşü benimsemiştir¹³⁸. Bununla birlikte, kendisine sataşılan işçiden

soğukkanlılığını korumasının beklenmesi, buna göre tahrikin aşılmış aşılmadığının belirlenmesi bazı durumlarda adil bir sonuç doğurmayabilecektir¹³⁹.

Bu çerçevede, Yüksek Mahkeme bazı kararlarında farklı bir yoruma neden olabilecek şekilde değerlendirme yapmıştır. Buna göre bir kararında, "...davacı işçinin feshe konu olayla ilgili olarak verdiği kolluk ifadesinde, bir başka çalışan ile karşılıklı olarak kavga ettiklerini açık bir şekilde beyan ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar, kavganın ilk olarak kim tarafından başlatıldığı belirlenememişse de, sataşma ya da saldırı hâlinde işçinin ödevi, durumu amirlerine bildirmekten ibarettir. Bu durumda, davalı işverence yapılan feshin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla..."¹⁴⁰ sonucuna varmıştır¹⁴¹. Bir başka olayda da benzer şekilde "Her ne kadar davacı savunmasında diğer işçinin kendisine küfür etmesi sebebiyle kavga ettiklerini belirtmiş ise de, davacı işçi diğer işyeri çalışanın kendisine küfür etmesi olayını işverene bildirip gerekli işlemlerin yapılmasını istemesi gerekirken anılan çalışanla kendisinin kavga etmesi karşısında işyeri düzeninin bozuldu-

136 "... 28.07.2015 tarihinde işyerinde davacı işçi ile davalı işverenin bir diğer işçisi ...in aralarında servise binilme saati ve serviste gelişen olaylar sebebiyle tartışma çıktığı, işyeri kayıtları ve tanık beyanlarından, ...in davacı işçiye "Sen kimsin, sana ne, seni ilgilendirmez" demesi üzerine davacı işçinin ...in üzerine yürüyerek 3-4 defa yumruk vurduğu, ...in olay sırasında hakaret etmediği gibi, saldırıda da bulunmadığı, mahkemenin kabul ettiği şekilde karşılıklı gerçekleşen hakaret- saldırı eyleminin olmadığı, ...in davacı işçiye yönelik sataşma niteliğinde eyleminin bulunmadığı, davacı yönünden davalı işveren feshinin haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır." (Y. 9. HD., 18.12.2017T., 2016/32074E., 2017/21533K., www.kazanci.com, E. T.: 22.03.2018).

137 SAVAŞ, s. 90.

138 "Davacı, davalı bankanın Erzurum Şubesinin Şef yardımcısı olarak çalışmıştır. Olay günü bankanın başka bir şubesinden görevle gelen bir muhasebeci ile karşılaştıklarında aralarında bir telefon bağlama meselesinden tartışma çıkmış ve muhasebeci kendisine bir tokat atmıştır. Olay orada bulunanlar tarafından yatırılmış, fakat biraz sonra binanın alt katında tekrar karşılaştıklarında davacı elinde bir bıçakla muhasebecinin üzerine yürümüş ve o sırada banka müşterileri ve personeli arasında panik başlamış, bağırışmalar olmuş, daha sonra güvenlik görevlileri gelerek elinden bıçağı almışlardır. Bu olay nedeniyle davacının hizmet akdi feshedilmiştir. Davacının dosya arasında bulunan sicil özetinden de daha önceki tarihlerde uyarma cezalarının bulunduğu görülmektedir. Davacının bu hareketinin, işverene bildirimsiz fesih hakkı tanıyan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinin II. bendinin (ç) fıkrasında yazılı olan işverenin başka işçisine sataşması halini oluşturduğu kuşkusuzdur. Daha önce muhatabının kendisine tokat atması, davacının bu davranışındaki ağırlığı hafifletmez." (Y. 9. HD., 22.12.1992T., 1992/11640E., 1992/13978K., www.kazanci.com, E. T.: 22.03.2018). "Feshe konu kavganın oluşumunda, kavganın diğer tarafı olan diğer işçinin (vardiya amirinin) davacıya yönelik ilk haksız hareketi yaptığı kanıtlanmadığı gibi taraflar arasında görülüp şikâyetten vazgeçme nedeni ile düşen ceza dava dosyasındaki belgelerden vardiya amirinde yaralanma olduğu anlaşılmıştır. Bu delil durumuna göre davacının amirini darp etmesi nedeni ile iş sözleşmesinin fesh edilmesi 4857 Sayılı Kanun'un 25//II-d bendi uyarınca haklıdır." (Y. 9. HD., 13.11.2017T., 2017/7293E., 2017/18058K., www.kazanci.com, E. T.: 22.03.2018). Bir başka kararında da "Olayın tek görgü tanığı A.K.'nin samimi görülen anlatımlarına göre başlangıçta davacı ile işyerinde çalışan H.T. arasında telefon görüşmesi esnasında bir tartışma çıktığı, daha sonra bir araya gelerek tartışmanın işyerinde devam ettiği bu tartışma sırasında H.T.'nin

davacıya "lan" şeklinde hitapta bulunduğu bu sözün saf edilmesinden sonra davacının sinirlenerek adı geçenin boğazına sarıldığı sinkafı hakarete bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/II-ç bendindeki hali oluşturur ki, bu durum işverene aradaki sözleşmeyi feshetme hakkı verir. Böyle olunca davacı işçi ihbar ve kıdem tazminatlarına hak kazanamaz. Hakaretin karşılıklı olduğundan söz edilerek bu tazminatların hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Y. 9. HD., 04.03.1998T., 1998/571E., 1998/3406K., www.kazanci.com, E. T.: 22.03.2018).

139 SAVAŞ, s.91.

140 Y. 9. HD., 05.07.2010T., 2008/34785E., 2010/22104K., www.calismatoplum.org, E. T.: 22.03.2018.

141 "... garson olarak işyerinde çalışan davacının yetkisi olmadığı halde girilmesi yasak olan işyeri bölümüne girdiği ve orada baklava yemesi üzerine kendisinin dava dışı olan bir başka işçi tarafından ikaz edildiği, bunun üzerine aralarında tartışma çıktığı, tartışma sırasında davacının söz konusu işçiye bana karışamazsın dediği ve bir de tokat vurduğu ve tartışmanın böylece kavgaya dönüşerek kendisinin de bıçaklandığı ve işverenin her iki işçiyi işten çıkardığı anlaşılmaktadır. Olayın bu cereyan şekline göre davacının eylemi 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17/2-ç bendindeki hali oluşturur ki böyle bir durum işverene sözleşmeyi feshetme hakkı verir. Böyle olunca davacı işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağından davanın reddine karar verilmelidir." (Y. 9. HD., 16.06.1998T., 1998/8260E., 1998/10375K., www.kazanci.com.tr, E. T.: 22.03.2018).

ğunun kabulü ve bu eylemin İş Kanunu'nun 25/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴² hükmüne varılmıştır¹⁴³.

Yüksek Mahkeme'nin bu kararlarına bakıldığında, olaylarda karşı tarafın tahrikini aşan söz veya davranışın bulunup bulunmadığı değerlendirilmeden, işçinin tahrik teşkil eden bu söz veya davranışı işverene bildirim üzerinde durularak sonuca gidildiği görülmektedir. Karara yansımayan dosya içerisindeki deliller ile somut olayın koşullarının tahrikin aşılp aşılmadığı yönünde bir değerlendirmeye ihtiyaç göstermemesi mümkündür. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme söz konusu kararlarında işçiye işverene kendisine yapılan satışmayı bildirim yükümlülüğü getirmiştir. İşçinin tahrik altında söz ve davranışlarını kontrol etmesinin güçlüğü kabul ederken, bu söz veya davranışları tamamen yok sayıp durumu derhal işverene bildirmesinin kanaatimizce hayatın olağan akışına aykırı bir beklenti olduğu söylenebilecektir.

4. İşçinin Şakalaşmayı Aşan Söz veya Davranışları

Kural olarak, işçinin şaka niteliğindeki söz veya davranışları işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı vermemektedir. Ancak, işçinin şaka amaçlı bile olsa, işyerinde çalışan bir diğer işçiye satışma şeklinde ahlâk dışı bir davranışta bulunması hâlinde, iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Bir davranışın şaka niteliğini aşıp aşmadığı her somut olayın özelliğine

göre ayrıca değerlendirilmelidir¹⁴⁴. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin de vermiş olduğu kararlarda bu düşünceden hareket ettiği görülmektedir¹⁴⁵.

144 ERGİN, s. 77.

145 Yargıtay vermiş olduğu muhtelif kararlarında somut olayın özelliğine göre şakalaşmanın ötesine geçilip geçilmediğine göre karar vermiştir. "Olay günü çekiçleme işi yapan davacının çok ses çıkarması üzerine yakın masada oturan grup lideri ...'in şaka yollu davacıya çok ses çıkardığını, biraz yavaş vurmasını söylemesi üzerine çıkan tartışmada, davacının ...'e sataştığı, boğazına sarıldığı, araya girenlerin engellemesi ile ayrıldıkları tüm dosya kapsamı ve tanık beyanları ile de sabit olup, 21/06/2011 tarihli disiplin kurulu kararı ile davacının iş akdi İş Kanunu 25/II-d ile TİS 36/29 maddeleri uyarınca haklı nedenle feshedilmiştir. Davacının davranışı, işverenin başka bir işçisine satışma niteliğinde olup, bu anılan hükümler uyarınca işveren yönünden hatalı neden teşkil eder." (Y. 9. HD., 23.02.2015T., 2013/12214E., 2015/7732K., <http://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/yargitay-9-hukuk-dairesi-karari-is-yerinde-saka-h52661.html>, E. T.: 20.03.2018). "...davacının aynı işyerinde çalışan Ç. ve O. ile duygusal ilişki kurduğu ancak ikisi ile de ilişkisinin olduğunun anlaşılmasından sonra Ç.'e "O. ile öpüştük ama sevişmedik" şeklinde mesaj gönderdiği, Ç. hakkında ise "Ç. başkaları ile de beraberdi, bakire değildi, onun için önemi yoktu" şeklinde konuştuğu bu konuşmaların işyerinde yayılması üzerine adı geçen O. ve Ç.'nin davacıyı işverene şikâyet ettikleri ve işverenin de sözleşmeyi feshettiği anlaşılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu md.25/II-d maddesine göre "İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine satışması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması." İşveren açısından haklı fesih nedeni teşkil eder. İşçiler arasındaki basit bir şakalaşmanın ötesine geçen O. ve Ç.'nin kişilik haklarını zedeleyecek söz ve davranışların birbirleriyle ve başka işçilerle de paylaşılması karşısında olayın kendisine iletildiği işveren tarafından işyerine de yansıyan eylem nedeniyle sözleşmenin haklı nedenle feshedildiği ..." (Y. 7. HD., 18.02.2014T., 2013/25515E., 2014/4086K., ÇİL, 2013-2014, s. 694). "...zarflama operatörü olarak çalışan davacı, vardiya değişiminde kendisinden sonra çalışmaya başlayan E. isimli işçinin bulabileceği yere, üzerinde bu kişinin ismi bulunan, inek resimleri, inek sağan kadın resminin yer aldığı, yanına elle "sn E. bu aykırı çalışmalarınızdan dolayı seni tebrik eder çalışmalarının devamını dileriz. Bazar çalışanları", "dur abi ne yapıyorsun, kesimlik değil, sağimlik bu inek", "ne yiyeyim, saman da kalmadı" yazılarının bulunduğu, üzerinde çalışılarak, zaman harcayarak düzenlenen belli olan sayfayı bırakmıştır ... Davacının eylemleri sonucu E. isimli işçinin moralinin bozulduğu, çalışmasını engellediği, önceki sözlü davranışlarını dikkate alarak durumun daha da kötüleşmemesi için işverene şikâyette bulunduğu, ücretli izne ayrılmayı istediği sabittir. Bu davranış açıkça işverenin bir başka işçisine satışma niteliğindedir, basit bir şaka eylemi olarak değerlendirilemez. Fesih haklı nedene dayanmaktadır." (Y. 22. HD., 20.10.2011T., 2011/420E., 2011/3161K., www.kazanci.com).

142 Y. 9. HD., 28.04.2011T., 2009/12402E., 2011/12648K., www.kazanci.com, E. T.: 22.03.2018.

143 "...başka bir işçi ile bıçaklı kavgaya karışması nedeniyle davacının iş akdinin işveren tarafından feshedilmiştir. İşveren kavgaya karışan diğer işçinin iş sözleşmesini de feshetmiştir. Davacı konuya ilişkin savunmasında her ne kadar kavgayı başlatanın ve bıçak çekenin diğer işçi olduğunu ileri sürse de başka bir çalışanla kavga ettiğini ikrar etmiştir. Kavganın kimin tarafından başlatıldığına dair de davacının bu savunması dışında delil yoktur. Bu durum işveren aleyhine yorumlanamaz. İşveren kavgaya karışan işçileri çıkarmış ve eşit işlem yapmıştır. Fesih 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.d maddesi uyarınca haklı nedene dayanmaktadır." (Y. 9. HD., 04.06.2015T., 2014/8644E., 2015/20536K., www.hukukmedenyeti.org, E. T.:20.04.2018)

C. Sataşmanın Geçerli Neden Olarak Kabul Edildiği Hâller

Türk Borçlar Kanunu md. 435/II'ye göre, "Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır." Sataşmanın bir haklı neden teşkil edebilmesi için sözleşmeyi fesheden tarafın dürüstlük kurallarına göre sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenememesi gerekmektedir. Ancak haklı nedenle derhâl feshe yol açacak ağırlıkta bulunmamakla birlikte işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen, işgörme borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmesini engelleyen hâllerde geçerli nedenle fesih söz konusu olabilecektir¹⁴⁶.

Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde de işçinin sataşmasının bazı durumlarda haklı neden olarak değil; geçerli neden olarak değerlendirildiği görülmektedir. Özellikle işyerinde kavga edilmesi ve işçinin geçimsizliği, dedikodu yapılması, saygı sınırlarını aşan söz veya davranışlarda bulunulması bir haklı neden olarak değil; geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla işçinin sataşmasının hangi hâllerde haklı nedenle feshe yol açacağına belirlenmesinde geçerli nedenle feshe yol açan hâllerin de incelenmesi gereği doğmuştur.

1. İşçinin Kavga Etmesi

İşyerinde işçilerin kavga etmeleri, çalışma barışına zarar verip işyerindeki düzeni bozmaktadır. Ancak bu davranışın ne zaman haklı neden ne zaman geçerli neden olarak kabul edilebileceği belirsizdir. İşçilerin işyerinde kavga etmeleri çalışma barışına zarar vereceği, işyerindeki düzen ve disiplini bozacağından, bu gibi davranışların geçerli fesih sebebi oluşturduğunun kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir¹⁴⁷. İşçinin 4857

sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi "amirleri veya iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek, sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girişmek gibi" davranışlarda bulunması hâlinde geçerli nedenle fesih söz konusu olacaktır. Ancak işçinin söz veya davranışı sataşma kapsamında darp, hakaret gibi daha ağır bir nitelikteyse, bu durumda feshin haklı nedene dayanması söz konusu olacaktır.

Yüksek Mahkeme konuyla ilgili verdiği emsal kararında, "...davacıya ustasının yapılması için iş verdiği, iş çokluğu nedeni ile davacının itiraz ettiği, tartışmanın fiziksel kavgaya dönüştüğü, sonrasında davacının iş sözleşmesinin feshedildiği, davacının işyerinde sağlığı ve kız arkadaşı nedeni ile de sorunlar yaşadığı anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta, davacının amiri konumundaki kişinin davacıya işin yapılmasını belirtmesi, görevi gereğidir. İşin fazla olması ya da yapılamayacak şekilde olması durumunda, iş şartlarında esaslı değişiklik niteliğinde ise işçinin kabul etmemesi gerekir. Ancak bu kabul etmeme, tartışmaya ve kavgaya neden olacak davranışlar içermemelidir. Davacı, kabul etmeme iradesini olayda tartışma ve kavga etme şeklinde kullanmıştır. Davacının bu eylemi, çalışma düzenini ve disiplinini bozacak nitelikte olup, işyerinde olumsuzluklara yol açmıştır. Sözleşmenin feshine konu olayda kavgayı kimin başlattığının net olarak belirlenmemesi, davacının olumsuz davranışını ortadan kaldırmaz. İş sözleşmesinin feshi davacının davranışlarından kaynaklanan geçerli nedene dayanmaktadır." değerlendirmesini yapmıştır¹⁴⁸. Yüksek Mahkeme'nin sonraki pek çok kararında da bu karara atıf yapılmak suretiyle işbu karar doğrultusunda sonuca varıldığı görülmektedir¹⁴⁹.

148 Y. 9. HD., 26.05.2008T., 2007/37481E., 2008/12505K., <http://www.kazanci.com>, E.T.:22.04.2018

149 Örn., Y.9. HD., 01.06.2009T., 2008/36374E., 2009/15159K., <https://www.kararara.com>, E. T.:23.04.2018; Y. 9. HD., 12.10.2009T., 2009/115E., 2009/26672K., http://www.calismatoplum.org/sayi28/abc/14_58.pdf, E.T.:23.04.2018; Y. 9. HD., 23.03.2016T., 2014/36372E., 2016/6977K., <http://www.hukukmedeniyeti.org>, E. T.: 23.04.2018; "... davacı işçinin iş sözleşmesi başka bir işçiyle kavga ettiği gerekçesiyle haklı nedenle feshedilmiştir (...) davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı, bu dav-

com, E. T.: 22.03.2018).

146 SÜZEK, s. 586; CANIKLIOĞLU, N.: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Turhan ESENER II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 28-30 Nisan 2016, İstanbul, 2017, s. 106; MANAV, A. E.: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2009, s. 81.

147 CANIKLIOĞLU, s. 107.

2. İşçinin Sıkça Tartışmaya Girmesi ve Geçimsizliği

4857 sayılı İş Kanunu md. 18'in gerekçesinde, işyerinde sıkça ve gereksiz yere tartışmaya girmek ile işçinin geçimsizliğinin iş sözleşmesinin geçerli feshine yol açabileceği kabul edilmektedir.

Gereksiz yere tartışmaya girme ile söz konusu olan, işçinin, işyeri düzenini olumsuz biçimde etkileyecek gereksiz bir tartışma ortamının yaratılmasına sıklıkla yol açmasıdır. Örneğin, işçinin verilen buyruk ve yönergeleri gereksiz yere sorgulaması, işyeri yapısı hakkında kendisinden beklenmeyecek bir tartışma ortamı yaratması bu çerçevede değerlendirilebilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, süreklilik niteliği taşımayan tartışma ortamları geçerli neden teşkil etmeyecektir¹⁵⁰.

Geçimsizlik ile işçinin amiri dâhil olmak üzere işverenin diğer işçileriyle işyerindeki çalışma düzenini etkileyecek, işyerinin huzurunu bozacak biçimde kişisel çatışma veya uzlaşmaz farklılıklar içine girmek kastedilmektedir. Burada, genel bir davranış biçimi söz konusudur. İşverenin, işyerindeki otoritesini zayıf düşürecek bu tür bir davranışa tepkisiz kalmasının beklenmesi de mümkün gözükmemektedir¹⁵¹. İşçinin bu özelliği, kişilik özelliklerinden, örneğin geçimsiz bir mizaca sahip olmasından kaynaklanabilecektir. Yine bu durumda işçinin, işyerine veya iş arkadaşlarına karşı uyum yetersizliğinin söz konusu olduğu söylenebilecektir¹⁵². Yine, işçilerin arasındaki geçimsizliğe işverenin tutumunun neden olması hâlinde, iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilemeyecektir¹⁵³.

ranışlar sonucunda kavga olayının meydana geldiği, davacının eylemlerinin haklı fesih nedeni olmasa da geçerli fesih nedeni olan niteliği taşıdığı, işverenin davacıyla çalışma ilişkisini sürdürmesinin beklenemeyeceği, kavgaya karışan diğer işçinin de iş sözleşmesinin davacıyla birlikte feshedildiği, buna göre feshin haklı olmamakla birlikte geçerli nedene dayandığı anlaşıldığından" (Y. 9. HD., 30.05.2013T., 2012/39329E., 2013/16455K., www.calismatoplum.org, E. T.: 21.04.2018).

150 CENTEL, T.: İş Güvencesi, İstanbul, 2012, s. 93-94.

151 CENTEL, s. 93.

152 TOPAL, G.: İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, Ankara, 2008, s. 48.

153 SÜZEK, S.: İşçinin Yetersizliği Ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, s. 581.

Yüksek Mahkeme de vermiş olduğu ve emsal olarak pek çok kez atıf yaptığı kararında "Kanun'unun 25'inci maddesinin II'nci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, anayasanın 25 ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşüncüyü açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil, işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır (Süzek, S.: İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Fesih", Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, sh. 581). İşçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II, d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmıştır. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedenidir."¹⁵⁴ görüşüne yer vermektedir¹⁵⁵.

154 Y. 9. HD., 26.05.2008T., 2007/37481E., 2008/12505K., <http://www.kazanci.com>, E. T.:22.04.2018. Benzer yönde pek çok karar bulunmaktadır bkz. Y. 9. HD., 20.03.2017 T., 2016/32195E., 2017/4313K.; Y. 9. HD., 12.12.2016T., 2016/13767E., 2016/21857K.; Y. 9. HD., 31.05.2016T., 2015/31120E, 2016/12799K. ; Y. 9. HD., 23.03.2016T., 2014/36372E., 2016/6977K., Y. 9. HD., 13.03.2014T., 2013/13973E., 2014/8256K., <http://www.kazanci.com>, E. T.: 22.04.2018).

155 Aynı yönde yakın tarihli bir kararda da, bu karara atıf yapılmış ve "...davacı işçinin davranışları nedeni ile hizmet süresi boyunca farkı tarihlerde ve birden fazla disiplin cezası aldığı ve son olarak 27.11.2015 tarihinde meydana gelen bir arızada amirine bilgi vermesi ge-

3. İşçinin Sataşmayı Karşı Tarafın Tahriki Sonucu Gerçekleştirilmesi

İşçinin davranışına karşı tarafın neden olması hâlinde, işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte işçinin fiil ve davranışları karşı tarafın tahrikini aşan bir nitelikteyse, artık iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi söz konusu olabilecektir¹⁵⁶.

Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi de bir kararında "... Davacının diğer bir işçiye sarf ettiği sözler, fiil ve davranışları karşı tarafa tahriki aşan bir nitelik göstermektedir. Bu hâl, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17.maddesinin 2.bendinin (ç) fıkrasındaki sataşma hâlini oluşturur. Bu durumda işveren iş akdini tazminatsız ve bildirimsiz olarak feshetmekte haklıdır. Böyle olunca kıdem tazminatı isteğinin reddi gerekir..." kanaatine ulaşmıştır¹⁵⁷. Kararı inceleyen TUNÇOMAĞ, kararda iş sözleşmesi feshedilen işçinin diğer işçiye karşı sarf ettiği sözler, fiil ve davranışların ne olduğunun ve bunların karşı tarafın tahrikini ne ölçüde aştığının belirlenemediğini dile getirmiş; bu nedenlerle karar hakkında değerlendirme yapmamıştır¹⁵⁸. Bununla birlikte yazarın incelemesinde, aslında işçilerin karşılıklı olarak birbirlerine bazı söz ve davranışlarda bulunduğu durumlarda, hâkimin

hangi hususları dikkate alarak karar vermesi gerektiğini belirlediği, bu konuda bazı kriterler getirdiğinin görüldüğü, bu açıdan yapılan tespitle son derece önemli olduğu belirtilmiştir¹⁵⁹.

İşçinin, işverene veya işverenin diğer bir işçisine yönelik söz veya davranışına işveren veya diğer işçi sebebiyet vermişse, bir haklı nedenden söz edilemeyecektir¹⁶⁰. Yine işçinin bir başka işçiye karşı sataşma niteliğindeki bir davranışının kasıt taşımaması ve işçinin işi aksatmak gayesinin de bulunmaması durumunda somut olayın özelliğine göre haklı neden olarak kabul edilemeyeceği de söylenebilecektir¹⁶¹.

Yüksek Mahkeme bir kararında "...işçi, diğer bir işçiye yumruk vurmakla birlikte olaya diğer işçinin sebebiyet vermesi nedeniyle işverenin haklı çıkarma sebeplerinin olduğundan söz etmek hakkaniyete uygun düşmez" sonucuna var-

159 ODAMAN, s. 119.

160 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 844. "İş Kanunu'nun 25'inci maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmalıdır." (Y. 9. HD., 06.02.2014T., 2014/4989E., 2014/17741K., ÇİL, 2013-2014, s. 460-461.).

161 "...olayın asıl nedeni; görevi gereği gece vardiyasında çekiçle bilye kırmakta olan işçi R.T'nin önünden sıçrayan çekirdek parçasının bir rastlantı sonucu orada bulunan Bekçi M.Ş'nin yüzüne isabet etmesi ve adı geçeninin de sinirlenerek R.'ye sövmesi ve tabancasını çekerek ateş etmek istemesi, orada bulunan işçilerin tabancayı işçinin elinden almaları yüzünden çıktığı, gerek bu dosyada ve gerekse ceza dosyasında dinlenen görgü tanıklarının açık ve zimni beyanlarından anlaşılmalıdır....Şu duruma göre; iş akdinin bozulmasını gerektiren olay, tamamen bekçinin haksız ve kanunsuz eylemi sonucu meydana gelmiş olduğu ceza dosyası münderecatından ortaya çıkmaktadır. Bu olaydan önce davacı ve işten çıkarılan diğer işçilerin toplu olarak eyleme geçtikleri ve işi bıraktıkları hakkında dosyada herhangi bir delil yoktur. O halde, davacının iş akdi haksız ve bildirimsiz feshedildiği...." (Y. 9. HD., 07.04.1977T., 1977/3745E., 1977/5727K., DOĞAN, C. B. : İşçinin İşyerinde Çıkan Olaya Müdahalesi Nedeniyle Hizmet Akdinin Feshi, İHU İşK. 17 (No.6), s. 2); "...davacı ve diğer işçinin daha önceye dayanan bir husumetinin olduğuna ilişkin dosyada bulgu yer almamaktadır. Davacı eylemi ilgili kişinin haksız tahriki ile işlemiştir. A. İ. S.'nin emniyet ifadesi ve işverence yapılan soruşturmadaki beyanından da bu durum anlaşılmalıdır; bu kişi davacının kız kardeşinden tevil yollu söz etmiştir. İşverence iş sözleşmesinin feshi haksızdır." (Y. 9. HD., 27.05.2010T., 2008/28024E., 2010/14778K., www.hukukturk.com, E. T.: 17.04.2008).

rekirken üzerine yürüyerek "ben kimse ile konuşmam" dediği ve arızanın meydana geldiği bölgeden uzaklaşması istendiğinde saygısızca el kol hareketleri yaptığı, iş sözleşmesinin bu sebeplerle haklı olarak feshedildiği savunulmaktadır (...) davacının amirini darp etmediği, tehdit veya hakarete bulunmadığı anlaşılmalı ise de, olay tarihinde sinirli bir şekilde amirinin üzerine yürüdüğü ve aralarında sözlü bir tartışma yaşandığı ortadadır. Davacının davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin davalı işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemez bir hal aldığı anlaşılmalı, feshin haklı olmasa da geçerli nedene dayandığının kabulü"ne hükmedilmiştir. (Y. 9. HD., 07.11.2017T., 2016/27005E., 2017/17600K., http://www.kazanci.com, E.T.:20.04.2018).

156 SAVAŞ, s. 90.

157 Y. 9. HD., 12.04.1989T., 1989/448E., 1989/3433K., YARGITAYIN İŞ HUKUKU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ 1989, İstanbul, 1990, s. 89.

158 TUNÇOMAĞ, K.: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul, 1990, s. 89.

maktadır¹⁶². Yine bir başka kararında da Yüksek Mahkeme "4857 sayılı Kanun'un 25. maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi, işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih sebebi sayılmalıdır." hükmüne varmıştır¹⁶³.

Sonuç olarak, işçinin davranışına karşı tarafın neden olması durumunda, iş sözleşmesinin haklı nedenle değil; geçerli nedenle feshedilebileceği ancak işçinin fiil ve davranışının karşı tarafın tahrikini aşar nitelikte olduğu durumlarda iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açabileceği söylenebilecektir. Bu anlamda, her olayda tahrik edici söz ve davranışın neden olduğu satışmanın ağırlığı ile karşılaştırılması, buna göre bir sonuca varılması uygun olacaktır¹⁶⁴.

162 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 844, Dn. 236. Yüksek Mahkeme bir kararında da "... davacının mesai bitimi evine bırakılma sırasında işyeri servis aracı başka bir işçi ile tartışmaya girdiği, karşılıklı hakaret ve darp eylemlerinin gerçekleştiği sabit olup esasen bu olgu uyumsuzluk dışıdır. ... Servis aracı içinde gerçekleştirilen bu karşılıklı eylemler, işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek bir nitelikte olup, iş ilişkisini etkilemektedir. Olaydan sonra darp nedeni ile rapor alınarak işe gelmeme, karşılıklı şikayetler bunun somut göstergeleridir. İş sözleşmesinin feshi için geçerli nedenler bulunmaktadır." sonucuna varmıştır (Y. 9. HD., 22.11.2004T., 2004/19146E., 2004/25836K., <http://www.kazanci.com>, E.T.:22.03.2018).

163 Y. 9. HD., 01.06.2009T., 2008/36374E., 2009/15159K., www.calismatoplum.org, E. T.: 22.03.2018, aynı yönde bkz. Y.22. HD., 04.10.2012T., 2012/13361E., 2012/20954K., <http://www.kazanci.com>, E. T.: 22.03.2018. "... davacı, diğer bir işçinin sürekli nöbete geç gelmesi nedeni ile işverene de şikâyet ettiği işçinin iş akdinin fesihinden önceki son olayda gelmesi nedeni ile tartıştığı, diğer işçinin davacıya önce vurduğu, davacının bu darp nedeni ile karşılık verdiği ve diğer işçinin yaralandığı, davacı hakkında yaralama suçundan kamu davası açıldığı, bunun üzerine davalı işverenin davacının savunmasını alarak iş sözleşmesini feshettiği anlaşılmaktadır. Satışmayı başlatan işçinin iş sözleşmesi davacı ile birlikte feshedilmemiş ise de daha sonra feshedilmiştir. Ancak bu kavga işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. Davacı da karşılık vererek bu olumsuzluğa yol açan davranışta bulunmuştur. Her ne kadar davacı diğer işçinin tahriki ile bu davranışta bulunmuş ve aslında satışan diğer işçi olup, bu işçinin iş sözleşmesi o an için feshedilmemiş ise de bu durum işverenin açısından geçerli nedeni ortadan kaldırmaz. Fesih haklı değilse de geçerli nedene dayanmaktadır." (Y. 9. HD., 07.02.2017T., 2016/4157E., 2017/1265K., <http://www.kazanci.com>, E. T.:22.03.2018).

164 ODAMAN, s. 118; SAVAŞ, s. 90.

4. İşçinin Eleştirisi Hakkını Kullanması ve Asılsız İsnatlarda Bulunması

Kanuni sınırlar içerisinde, işçinin düşüncelerini herhangi bir yolla açıklaması nedeniyle işine son verilmesinin iyiniyet kurallarına aykırı olduğu söylenebilecektir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, "Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara dair eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez."¹⁶⁵ kanaatindedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de bir kararında, "işçinin eleştirisi sınırları içinde kalan söz ve davranışlarının, işverene haklı fesih imkânı vermeyeceği" sonucuna varmaktadır¹⁶⁶. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin eski tarihli bir kararında, işçinin çalıştığı serviste yolsuzluk yapıldığı iddiası ile yerinin değiştirilmesini istemesinin işvereni suçlama anlamına gelmeyeceği, bu nedenle işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁶⁷. Buna göre, işçinin bir düşüncesini sözlü olarak açıklaması, bir gazetede işçilere düşük ücret ödenmesini eleştiren bir yazıyı kaleme almasının fesih sebebi yapılması fesih hakkını kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecektir¹⁶⁸.

Bununla birlikte işçinin işvereni kamuoyunda küçük düşürücü mahiyette bildiri yayımlaması işveren yönünden bildirimsiz fesih için haklı neden teşkil edecektir¹⁶⁹. Ancak işçinin yapmış olduğu eleştirinin haklı neden ağırlığında olmadığı durumlar da söz konusu olabilecektir. Örneğin, işçinin sürekli işveren aleyhine sözler söylemesi, işvereni eleştirmesi işyerinde bulunması gereken

165 Y. 7. HD., 01.07.2014T., 2014/9128E., 2014/14954K., ([http://www.hukukturk.com/Sonuc.aspx?q=\(ifade+%C3%B6zg%C3%BCrl%C3%BC%C4%9F%C3%BC*\)&p=120](http://www.hukukturk.com/Sonuc.aspx?q=(ifade+%C3%B6zg%C3%BCrl%C3%BC%C4%9F%C3%BC*)&p=120), E. T.: 23.03.2018).

166 Y. 22. HD., 22.09.2011T., 2011/472E., 2011/1038K., ÇALIŞMA VE TOPLUM, S. 32, s. 483-485.

167 Y. 9. HD., 26.06.1967 T., 4417 E., 5985 K., ÇENBERCİ, M.: İş Kanunu Şerhi, 5. Baskı, Ankara, 1984, s. 387.

168 SÜZEK, S.: İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırılmalı Bir İnceleme, Ankara, 1976, s. 146-147; ÖKTEM SONGU, S.: Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, C: I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, Özel Sayı, 2013, İzmir, 2014, s. 636 vd.

169 AKTAY, N. /ARICI, K. /SENYEN KAPLAN, E. T.: İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 199.

uyumu olumsuz yönde etkiliyorsa bu durumda, işverenden iş ilişkisini devam ettirmesini beklemek mümkün olmayabilecek; işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi söz konusu olabilecektir¹⁷⁰.

Yüksek Mahkeme, işçinin eleştirisinin işyeri ve iş ilişkisini olumsuz etkilemesi durumunda haklı nedenle değil; geçerli nedenle feshin söz konusu olacağı görüşündedir¹⁷¹. İşçinin sadece

işvereni değil de, işveren dışında bir başkasını eleştirmesinin işyeri içinde olumsuzluklara yol açması da Yüksek Mahkeme tarafından geçerli neden olarak kabul edilmiştir¹⁷².

Öte yandan işçinin işveren, işveren vekili veya hut işyerinde çalışan diğer işçiler hakkında asılsız isnatlarda bulunması, işyeri içerisinde olumsuzluk yaratıyorsa geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmektedir¹⁷³.

170 OKUR, Z.: İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Kamu-İş, C: 8, S: 4/2006, s. 65; Yüksek Mahkeme'nin bir kararında "İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin 11'inci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, Anayasanın 25 ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil; işveren temsilcisine karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır, (...) İş Kanunu'nun 25'inci maddesi kapsamında değerlendirilecek ağır sözleri, işçi işverenin veya vekilinin tahrikleri sonucu söylemesi, geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda geçerli fesihten bahsedilemez." tespitlerine yer verilmiştir. (Y. 9. HD., 01.06.2009 T., 2008/36374 E., 2009/15159 K., ÇALIŞMA VE TOPLUM, S. 23, s. 232-237. Aynı doğrultuda bkz. Y. 9. HD., 14.07.2008T., 2007/42697E., 2008/20143K., ÇALIŞMA VE TOPLUM, S. 21, s. 143-148; Y. 9. HD., 23.02.2009T., 2008/17133E., 2009/3187K., ÇALIŞMA VE TOPLUM, S. 22, s. 258-264; Y. 9. HD., 11.10.2010T., 2009/27693E., 2010/28547K., ÇALIŞMA VE TOPLUM, S. 28, s. 602-609).

Y. 9. HD., 27.11.2017T., 2016/31552E., 2017/19088K., <http://www.kazanci.com>, E. T.:20.03.2018.

171 "...davacı ailesi ile birlikte 2.4.2004 tarihinde yurt içi uçuş terminaline gelmiş, çeşitli nedenlerle üç kişi olan ailede istenen uçuşa bir kişilik yer bulunabilmiş, iki kişiye ise yer olmadığından, daha sonraki sefer ile uçuş sağlanabilmiştir. Uzun yıllar işveren nezdinde çalışmış olan davacı, şikâyetini yetkili mercilere iletmesi gerekirken, görevli elemana yönelerek rakip firmaların da yer aldığı terminalde çok yüksek sesle konuşmuş, eşinin uyarmasına rağmen susmamış, davranışları eleştiri bo-

5. Sataşma Teşkil Eden Eylemin İşçinin Hastalığından Kaynaklanması

Yargıtay, sataşma eyleminde bulunan işçinin bu eyleminin bir rahatsızlıktan kaynaklanıp kaynaklanmadığının, kullandığı ilaçların öfke kont-

ytunu aşmıştır. Davacının bu davranışlarının iş sözleşmesine aykırı ve sözleşmenin ihlali niteliğinde olduğu, işyerini ve iş ilişkisini olumsuz etkilediği, iş ilişkisinin işveren açısından sürdürülmesinin beklenebileceği, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır." Y. 9. HD., 26.05.2008T., 2007/37454E., 2008/12655K., <http://www.kazanci.com>, E. T.:20.03.2018.

172 "...davacının sosyal paylaşım sitesinde kendi hesabından fesih tarihinden iki ay önce 2016 yılında bir kez, 2015 yılında ise birden fazla paylaşımında, eleştiri sınırlarını aşan, "...ülkenin içine sızmakla görevlendirilen arkadaş 'Kimse Türkiye'nin gücünü sınamaya kalkmasın', 'Bu 'Ağacın Genci' olan...Müsteşarı ne iş yapar' 'Ayyaş olmayan' iki o... çocuğunun ülkeyi soktuğu hale bak', 'Genel Müdür' diyordu artık demiyor çünkü elinde oyal kalem müdürü gibi Başbakan var', '% 40 küsur öz alan her Dingil Türkiye'nin yönetim şeklini değiştirecekse vay halimize' ve '41 yıllık hayatımda çok yavaş gördüm ama iktidar olanlarını ikinci kez görüyorum' şeklindeki sosyal medyada yer alan açıklamalarda bulunduğu, bu paylaşımın eleştiri düzeyini aştığı anlaşılmaktadır. Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesinin Cumhurbaşkanı ve hükümete yönelik hakaret içeren sosyal paylaşımını sebebiyle tazminatsız feshedilmiştir. Paylaşımının eleştiri sınırlarını aştığı, hakaret boyutunda olduğu anlaşılmaktadır. Davacı basın işinde çalışan bir kişidir. Davacının bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. İşyeri dışında söylenen bu sözler nedeni ile feshin haklı nedene dayanmadığı yönünde gerekçe kabul edilse dahi, davacının bu davranışları işyerinde olumsuzluklara neden olmuş ve işveren açısından iş ilişkisinin sürdürülmesi beklenebilir bir hal almıştır. Feshin geçerli nedene dayandığının kabulü gerekir" (Y. 9. HD., 27.11.2017T., 2016/31552E., 2017/19088K., <http://www.kazanci.com>, E. T.:20.03.2018).

173 SAVAŞ, s. 89. "...davacının, çalışma arkadaşları hakkında asılsız isnatlarda bulunduğu ve davacının bu eyleminin işyerinde huzursuzluğa yol açtığı sabittir. Davacının eylemi, davalı işveren açısından geçerli fesih nedenidir." (Y. 9. HD., 01.06.2009T., 2008/36399E., 2009/15178K., www.kazanci.com, E. T.:20.03.2018).

rolünü etkileyip etkilemediğinin tıp uzmanlarından alınacak raporla tespit edilmesi gerektiğini; işverenin ayrıca eşit davranma borcuna uygun davranıp davranmadığı da irdelenmek suretiyle feshin haklı mı yoksa geçerli sebeple mi yapıldığının saptanması gerektiğini belirtmektedir¹⁷⁴.

Yüksek Mahkeme verdiği pek çok kararda, işçinin sataşma teşkil eden davranış ya da sözünün bir rahatsızlıktan kaynaklanması durumunda bunun artık bir haklı neden teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Ancak böyle bir durumda işyerinde işin yürütümünün bozulması söz konusu ise, söz veya davranışın bir geçerli neden olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir¹⁷⁵.

Sonuç

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-c ve 25/II-d bentlerinde düzenlenmiş olan "sataşma" kavramı kapsam olarak belirsiz ve muğlak olmasına rağmen, yargı kararları ile somutlaştırılmıştır. Yüksek Mahkeme kararlarına bakıldığında, "sataşma" ifadesinin her zaman doğru şekilde kullanılmadığının görülmesine rağmen yerleşik içtihatlarda kavramın içeriğinin doldurulduğu göze çarpmaktadır. Bu belirsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla, 4857 sayılı Kanunda yer verilen "sataşma" terimi yerine, "kişilik haklarına saldırı teşkil eden her türlü söz ve davranış" ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

174 Y. 7. HD., 03.02.2015T., 2014/20392E., 2015/878K., www.hukukturk.com, E. T.: 22.03.2018.

175 "Davalı işyerinde yaklaşık 11 yıl özlürlü işçi statüsünde çalışan davacının 26.10.2009 tarihinde işle ilgili olarak aynı işyerinde çalışan C.D isimli kişi ile tartıştığı ve bu tartışma sırasında davacının adı geçen işçiye küfür ettiği kendi ikrarı ve dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davacının epilepsi hastası olduğu ve önemli derecede işitme kaybı bulunduğu sağlık kurulu raporları ile sabittir. Böylesine önemli bir rahatsızlığı bulunan ve bu nedenle ilaç alan bir kimsenin iradesini kontrol etmekte sıkıntı yaşayabileceği muhtemeldir. Eylem rahatsızlığından kaynaklanmışsa feshin haklı nedene dayandığı kabul edilemez. Ne var ki, bu tür bir davranış hastalığından kaynaklansa da işin yürütümünü bozucu niteliktedir. Bu nedenle fesih için geçerli neden kabul edilebilir." (Y. 9. HD., 17.01.2012T., 2011/5013E., 2011/122K., http://www.calismatoplum.org/sayi33/abc/8-54.pdf, E. T.: 22.03.2018).

Sataşma hâlleri kimi zaman "cinsel taciz" veya "şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlar" ile karışmaktadır. Cinsel tacizin, sataşmanın ve namusa dokunacak söz ve davranışların sonuç itibarıyla iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açacağı düşünülebilecektir. Ancak Yargıtay'ın emsal içtihatlarında da belirtildiği üzere fesih bildiriminde belirtilen sebeple bağlılık ilkesi gereğince, feshin hangi nedenle yapıldığının açıkça ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu nedenle de söz konusu kavramlar ile neyin ifade edildiğinin belirlenmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Sataşmanın şekli konusunda Kanunda bir açıklama yapılmamıştır. Sözle olabileceği gibi bir davranışla da ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Sataşma olarak kabul gören söz veya davranışın suç teşkil etmesi ve sataşmanın işyerinde ve çalışma saatleri içerisinde gerçekleşmiş olması da gerekmemektedir. İşyeri veya çalışma süreleri dışında söz konusu olan ve fakat çalışma düzeni ve disiplinini bozan, taraflar açısından iş ilişkisinin devamını çekilmez hâle getiren bir sataşmanın bulunması hâlinde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Yine sataşmayı düzenleyen maddelerdeki "aile üyesi" kavramı geniş olarak anlaşılabilir sadece çekirdek aileyi değil; kavramın duruma göre daha geniş anlamda aileyi içine aldığı kabul edilebilecektir.

Yargıtay kararları, işveren açısından sataşma nedeni ile haklı nedenle feshe yol açan örnekler açısından daha zengin iken, işçi açısından daha az karar olduğu tespit edilebilecektir. Bunun nedeni, 25/II-d bakımından sataşma olarak kabul gören hâllerin bazılarının 24/II. maddede ayrı bir haklı neden olarak sayılmasıdır. Öte yandan, ifade etmek gerekir ki, kanaatimizce, aksi yöndeki görüşlere rağmen psikolojik taciz niteliğindeki bazı davranışlar karşısında iş sözleşmesinin işçi tarafından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II-c bendi uyarınca feshedilebilmesi mümkündür.

Sataşmayı gerçekleştiren kişinin işverenin iş-

çisi olması durumunda işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi mümkündür. Bunun için işçi, işverene, işverenin ailesi üyelerinden birisine ya da işverenin bir başka işçisine sataşmalıdır. İşçinin bağlantılı olduğu işyeri dışından üçüncü bir kişinin işverenin bir başka işçisine sataşması ile işçinin işyeri ile bağlantılı bir üçüncü kişiye sataşması hâllerinde, artık iş sözleşmesinin ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan benzer bir hâl nedeni ile feshedilmesi söz konusu olacaktır. İşveren açısından somut olayın özelliğine göre işçi davranışının değerlendirilmesi ile feshin haklı nedene mi geçerli nedene mi dayandığı belirlenebilecektir. Özellikle, işçinin kavga etmesi, tartışması, eleştiri hakkını kullanması ve asılsız isnatta bulunması hâllerinde söz veya davranışın ağırlığına göre bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Aynı şekilde karşı tarafın tahrikinin de bir sataşma olup olmadığının değerlendirilmesinde her somut olayın özelliği dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKTAY, N. /ARICI, K. /SENYEN KAPLAN, E. T.: İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, 2012.
- ARSLAN ERTÜRK A.: İş Hukuku Boyutuyla Türkiye’de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Y: 2014, C: 20, S: 1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, s. 285-339.
- ARTUK, M. E.: Cinsel Taciz Suçu, ÇALIŞMA VE TOPLUM, 2006/4, s. 29-43.
- ATABEK, R.: İş Akdinin Feshi, İstanbul, 1938.
- BAKIRCI, K.: İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırısına Uğramaları Halinde İşverenin Sorumluluğu, ÇİMENTO İŞVEREN DERGİSİ, C. 14, S. 3, Mayıs 2000, s. 29-31.
- BAKIRCI, K.: İşyerinde Cinsel Taciz, İstanbul, 2000.
- BİLGİLİ, A.: İş Güvencesi Hukuku, 2. Baskı, Adana, 2005.
- BİLGİLİ, A.: İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz, Adana, 2010.
- BİLGİLİ, A.: İş Hukukunda Mobbing, 3. Baskı, Adana, 2015.
- BOZBEL, S. /PALAZ, S.: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları, TİSK AKADEMİ, Y: 2007, S. 3, s. 66-79.
- BÜYÜKKILIÇ, G.: İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi, LEGAL İSGHD, Y: 2012, C: 9, S: 33, s. 71-160.
- CANIKLIOĞLU, N.: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi, Prof. Dr. Turhan ESENER II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 28-30 Nisan 2016, İstanbul, 2017, s. 67-131.
- CENTEL, T.: İş Güvencesi, İstanbul, 2012.
- ÇENBERCİ, M.: İş Kanunu Şerhi, 5. Baskı, Ankara, 1984.
- ÇİL, Ş.: 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. II, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- ÇİL, Ş.: İş Hukuku Yargıtay Kararları (2013-2014 Yılları), 6. Baskı, Ankara, 2015.
- DOĞAN, C. B.: İşçinin İşyerinde Çıkan Olaya Müdahalesi Nedeniyle Hizmet Akdinin Feshi, İHU İŞK. 17 (No. 6).
- EKMEKÇİ, Ö.: Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2001, s. 61-143.
- EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, 2012.
- ERGİN, H.: İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, SİCİL, Y: 2015, S: 34, s. 71-87.
- ERMAN, E. S.: İş Davaları ve Tatbikatı, Ankara, 1956.
- ERMUMCU, S.: İşyerinde Psikolojik Taciz, İzmir, 2011 (yayınlanmamış doktora tezi).
- ERTÜRK, Ş.: Uluslararası Belgeler ve Avrupa Birliği Direktifleri Işığında Çalışma Hayatı-

- mızda Kadın Erkek Eşitliği, Ankara, 2008.
- EYRENCİ, Ö. /TAŞKENT, S. /ULUCAN, D.: Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2017.
 - GÜZEL, A. /ERTAN, E.: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, LEGAL İH-SGHD, S: 14, Y: 2007, s. 509-549.
 - GÜZEL, A.: Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul, 1995.
 - İNCE, E.: İHU İŞK. 17 (No. 19), s.2.
 - KANTARCI, N. G.: Türk İş Hukukunda Mobbing, Ankara, 2016.
 - KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara, 2014.
 - MANAV, A. E.: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2009.
 - MOLLAMAHMUTOĞLU, H. /ASTARLI, M. /BAYSAL, U.: İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1, Ankara, 2017. (Ders Kitabı)
 - MOLLAMAHMUTOĞLU, H. /ASTARLI, M. /BAYSAL, U.: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2014.
 - NARMANLIOĞLU, Ü.: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, İstanbul, 2012.
 - NARMANLIOĞLU, Ü.: Sataşma Nedeni İle Hizmet Akdinin Feshi, İHU İŞK. 17 (No. 5)
 - ODAMAN, S.: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara, 2003.
 - OKUR, A. R.: İşyerinde Cinsel Taciz, ARGUMENTUM, Y: 4, S: 42, s. 1-6.
 - OKUR, Z.: İş Hukukunda İşçinin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü, Kamu-İş, C: 8, S: 4/2006, s. 41-88.
 - ÖKTEM SONGU, S.: Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, C: I, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, Özel Sayı, 2013, İzmir, 2014, s.609-650.
 - ÖZBEK, V. Ö. /DOĞAN, K. / BACAĞIZ, P. / TEPE, İ.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul, 2016.
 - ÖZDEMİR, E.: İşyerinde Cinsel Taciz, ÇALIŞMA VE TOPLUM, S: 2006/4, s.83-96.
 - SAVAŞ F. B.: İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul, 2007.
 - SAVAŞ, F. B.: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2012.
 - SELÇUKİ, S.: İlimi-Kazai İçtihatlarla Yeni İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 1967.
 - SELÇUKİ, S.: İlimi-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, Değişik 2. Baskı, İstanbul, 1971.
 - SEVİMLİ, A. K.: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006.
 - SÜMER ÖNDER, A.: İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi, Ankara, 2011.
 - SÜZEK, S.: İş Akdinin Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara, 1976.
 - SÜZEK, S.: Ferdi İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin 1998 Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 2000, s. 67-131.
 - SÜZEK, S.: İşçinin Yetersizliği Ve Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 2005, s. 565-586.
 - SÜZEK, S.: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Bası, İstanbul, 2017.
 - ŞAHLANAN, F.: Cinsel Taciz Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, TEKSTİL İŞVEREN DERGİSİ, S: 384, Nisan, 2012, s. 2-6.
 - ŞEN, S.: Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu, ÇİMENTO İŞVEREN, Eylül 2009, s. 46-68.
 - TEZCAN, D. /ERDEM, M. R. /ÖNOK, M.: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, İstanbul, 2017.
 - TINAZ, P. /BAYRAM, F. /ERGİN, H.: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), İstanbul, 2008.
 - TOPAL, G.: İş Kanununa Göre Geçerli Neden-

lerle Yapılan Fesih ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, Ankara, 2008.

- TUNÇOMAĞ, K.: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 1988 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul, 1990, s. 75-113.
- YILDIZ, G. B.: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, 2008.
- YILMAZ, E.: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 4.Baskı, Ankara, 1992.
www.adaletbiz.com.
www.calismatoplum.org
www.hukukmedeniyeti.org,
www.hukukturk.com
www.ismahkemesi.com
www.kararara.com
www.kazanci.com
www.lebibyarkin.com.tr

YAZI TESLİM KURALLARI

1. Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in elektronik posta adresine e-posta yoluyla ya da MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'nın Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175 Kat: 13-14 34394 Şişli - İstanbul adresine tek yüze basılı olarak 4 kopya ve CD veya taşınabilir bellek ile birlikte gönderilmelidir.
2. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 2003 ve üzeri versiyonlar) formatında (doc. veya docx dosya uzantılı), en fazla 40 sayfa olarak yazılmalı ve yazıların sayfa düzeni için aşağıdaki şekil şartlarına uyulmalıdır: Kağıt boyutu: A4; Üst, alt, sağ ve sol boşlukları: 2,5 cm.; Yazı tipi: Times New Roman (Türkçe yazı dili seçilerek); Punto: 12; Satır arası: 1,5; Hizalama: İki yana yaslanmış; Dipnotlar: Sayfa altında ve Times New Roman yazı tipinde, 10 punto, 1 satır arası ve iki yana yaslanarak hizalanmış. Ayrıca, en fazla 150'şer kelimededen oluşacak ve araştırmanın kapsamı ve amacının belirtildiği, kullanılan yöntemin tanımlandığı ve ulaşılan sonuçların kısaca yer verildiği Türkçe ve İngilizce özet, en az üç Türkçe ve üç İngilizce anahtar sözcük ile birlikte, yazının Türkçe ve İngilizce yazılmış başlığı, yazar ismi, kurumu ve yazarların açık adresleri ile telefon numaraları ve e-posta adresinin bulunduğu üst kapak sayfası gönderilmelidir. Başlığının Türkçe ve İngilizce ayrıca yer aldığı yazının ilk sayfasında yazar ismi yer almamalıdır.
3. Kaynaklar yazının sonunda ayrı bir sayfada "Kaynakça" başlığı altında yazar soyadlarına göre alfabetik sıraya dizilmelidir.
4. Yararlanılan ve gönderme yapılan kaynaklar, aşağıda örnekleri sunulan APA (American Psychological Association) ölçütlerine göre yazılmalıdır.

Metin İçinde Kaynak Gösterimi

- Metin içindeki atıflar, yazarın adı cümle içinde geçiyorsa;
Oğuzman (1981, s.125)
Yazarın adı cümle içinde geçmiyorsa;
(Oğuzman, 1981, s.125) şeklinde yazılmalıdır.
- Metin içinde ikiden fazla yazarlı kitaplara atıfta bulunurken ilk seferinde bütün isimler kullanılmalı; aynı yayına daha sonra yapılan atıflarda sadece birinci isim yazılmalı, diğer yazarlar için "ve diğerleri" ibaresi kullanılmalı, a.g.e., a.g.m. gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.

Oğuzman ve diğerleri (1979)

Metin içinde yer alması uygun görülmeyen açıklamalar için sayfa altı dipnot yöntemi kullanılmalıdır. Bu not içinde yapılacak atıflarda da yukarıdaki yöntem uygulanmalıdır.

Kaynakçaların Düzenlenmesi

- Kaynakça listesinde bütün yazarların isimleri soyadına göre alfabetik yer almalıdır. Atıf yapılan kaynaklar birden fazlaysa, atıflar noktalı virgülle ayrılmalıdır. Bir yazarın birden çok çalışması kaynakçada yer alacaksa yayın tarihine göre eskiden yeniye doğru bir sıralama yapılmalıdır. Aynı yılda yapılan çalışmalar için a, b, c ibareleri kullanılmalıdır ve bunlar metin içinde yapılan atıflarda da aynı olmalıdır.

Oğuzman 1981, 125; Elbir, 1980, 101

- Kitaplar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Başlık. Baskı. Basıldığı Yer: Basımevi-
nin İsmi

Oğuzman, M.K. (1981). Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası

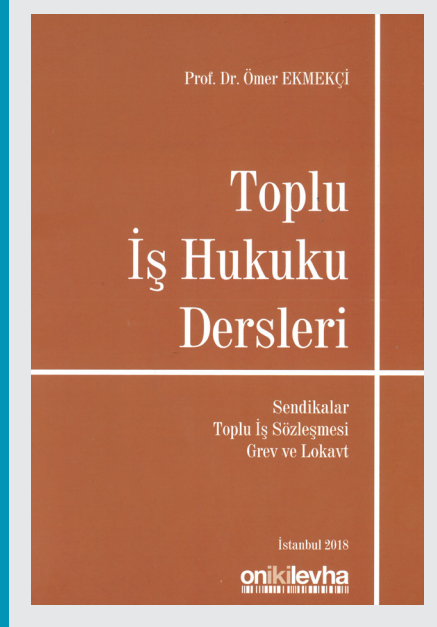
- Yazılar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Derginin İsmi.
Cilt Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 10, 5-12

- İnternette alınan belgeler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Kaynağın İsmi. Sayfa Numaraları. (Erişim tarihi Gün/Ay/Yıl) <http://www.ile.başlayan.internet.adresi>

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri. 5-25. 15 Ocak 2014 tarihinde <http://www.mess.org.tr/ti.asp?eid=1000&icid=0> adresinden erişildi.

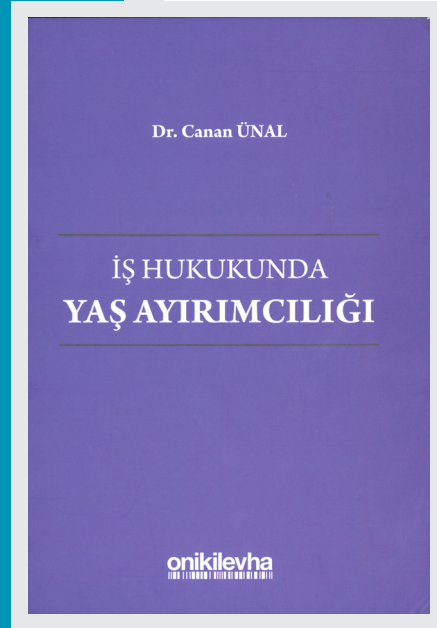
Yeni Yayınlar



Prof. Dr. Ömer Ekmekçi tarafından hazırlanan **“Toplu İş Hukuku Dersleri”** adlı eser Şubat 2018 tarihinde yayımlanmıştır.

Esas itibarıyla İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki öğrencilerin ders kitabı ihtiyacını karşılamak amacıyla hazırlanan eserde zaman zaman ve uygun düştüğü ölçüde Yargıtay kararlarının kısa metnine yer verilmiştir. Bunun ilk nedeni, öğrencileri, mezun olduktan sonra yıllarca takip edecekleri Yargıtay kararlarını okumaya şimdiden alıştırmak, kitapta yer verilen müesseselerin ne şekilde uyuşmazlıklara konu olduğunu bir ölçüde gösterebilmektir. İkincisi, kimi kitaplarda, atıf yapılan Yargıtay kararlarının metnine bakıldığında, kararın müellifin anladığından farklı bir yolda olduğuna rastlanabilmektedir. Bu nedenle okuyucunun karar metnini aramaması ve kendi yorumunu yapabilmesi için, kararın kısa metnine yer verilmesi uygun görülmüştür. Ayrıca, esere öğrencilere yönelik bir ders kitabı ortaya çıkarmak amacıyla başlanmış ise de, zaman içerisinde kapsami, uygulayıcılar bakımından yararlı olması amacıyla, bir miktar genişletilmiştir. Bu nedenle yargı kararlarına yer verilmesi tercih edilmiştir.

Eserde “Toplu İş Hukukuna Giriş” bölümünden sonra, sırasıyla “Sendika Hukuku”, “Toplu İş Sözleşmesi Hukuku” ve “İş Mücadelesi Hukuku” başlıklarına yer verilmiştir.



Dr. Canan Ünal tarafından hazırlanan **“İş Hukukunda Yaş Ayırmacılığı”** adlı eser Şubat 2018 tarihinde yayımlanmıştır.

Söz konusu eser, 12 Temmuz 2017 tarihinde Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu (Tez Danışmanı), Prof. Dr. E. Murat Engin, Prof. Dr. M. Erdem Özdemir, Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Doç. Dr. Ercüment Özkaraca’dan oluşan jüri önünde savunularak oybirliği ile kabul edilen yazarın doktora tezinin güncellenmiş halidir.

Dört bölümden oluşan eserin birinci bölümünde yaş ayrımcılığı yasağı ve yasağın hukuki dayanakları ele alınmaktadır. Bu bağlamda söz konusu bölümde, yaş ayrımcılığı terminolojisi, yaş ayrımcılığı yasağının kaynakları, ayrımcılık türleri ve bunların yaş ayrımcılığı yasağı çerçevesinde incelenmesi ve iş hukukunda yaş ayrımcılığı yasağının özellikleri konulu alt başlıklar bulunmaktadır. Yaş temelinde farklı işlemin haklı kılınması başlıklı ikinci bölümde, karşılaştırmalı hukukta yaş temelinde farklı işlemin haklı kılınmasına genel bakış, Avrupa Birliği hukuku ve örnek ülke hukuklarında yaş temelinde farklı işlemin haklı kılınması ve Türk hukukunda yaş temelinde farklı işlemin haklı kılınması konuları incelenmektedir. Eserin üçüncü bölümünde yaş ayrımcılığının görünüm biçimleri başlığı altında iş sözleşmesinin kurulmasında yaş ayrımcılığı, iş sözleşmesinin devamında yaş ayrımcılığı ve iş sözleşmesinin sona ermesinde yaş ayrımcılığı; yaş ayrımcılığının ispatı ve sonuçları başlıklı dördüncü bölümünde ise yaş ayrımcılığının ispatı, yaş ayrımcılığının sonuçları konulu başlıklara yer verilmektedir.