

# SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

## SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2018 Sayı/Issue: 40 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. 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. Tevfikbey Mah. Halkalı Cad.

No: 162/7 Sefaköy-Küçükçekmece/İSTANBUL

### Yayın Türü/Type of Publication:

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

### Yayın Tarihi/Date of Publication:

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

Issued every six months (June-December)

### Baskı Tarihi/Print Date:

Ocak 2019/January 2019

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** - Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Ercan AKYİŐİT** - MEF Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT** - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Kadir ARICI** - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Ufuk AYDIN** - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR** - Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOŐLU** - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Tankut CENTEL** - Koç Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Fevzi DEMİR** - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Murat DEMİRCİOŐLU** - Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Toker DERELİ** - Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ** - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Münir EKONOMİ** - İstanbul Teknik Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi
- Prof. Dr. Nüvit GEREK** - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Hakan KESER** - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Metin KUTAL** - Gedik Üniversitesi İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Ünal NARMANLIOŐLU** - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Serkan ODAMAN** - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi
- Prof. Dr. Ali Rıza OKUR** - İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Polat SOYER** - Yakın Doęu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER** - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER** - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Sarper SÜZEK** - Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN** - Okan Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR** - Marmara Üniversitesi İktisat Fakóltesi
- Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ** - Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. A. Can TUNCAY** - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
- Prof. Dr. M. Fatih UŞAN** - Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

## SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ HAKKINDA

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

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

## ABOUT SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

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

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

## DEĞERLİ OKURLARIMIZ

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

SİCİL İş Hukuku dergimizin 40. sayısında 12 makale ve bir karar incelemesi bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 40. sayısında; Prof. Dr. Sarper Süzek'in "İşe İade Davalarında Yargı Kararı", Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu-Arş. Gör. Sergül Bal-sever'in "Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Özel Hukuk İlişkisi İçinde Olan Çalışanların Buluşları", Doç. Dr. Cenker Göker-Dr. Çağıl Süt Göker'in "Toplu İş Sözleşmeleri Hükümlerine Göre Gerçekleşen Ücret Artışlarının ve Geriye Yönelik Olarak Ödenen Ücret Farklarının Vergi Rejimi", Doç. Dr. Mahmut Kabakcı'nın "Karayolu Taşımacılığında Şoförlere Sefer Başına Yapılan Ödemelerin Hukuki Niteliği", Doç. Dr. A. Eda Manav Özdemir-Seracettin Göktaş'ın "Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi", Dr. Öğr. Üyesi Ulaş Baysal'ın "İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması", Dr. Öğr. Üyesi Emre Ertan'ın "Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu", Dr. Öğr. Üyesi İlke Gürsel'in "Feshe Bir Alternatif Olarak

İşverenin Fesihden Önce İşçiyi Başka İşte Çalıştırması", Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis Karaman'ın "Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı", Dr. Öğr. Üyesi Sedat Koç Tangün'ün "Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı", Dr. Öğr. Üyesi Efe Yamakoğlu'nun "Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişkisine Etkisi", Av. Uygur Bostancı'nın "Muvazzaf Askerliğin İş Sözleşmesinin Sürekliliğine Etkisi" başlıklı makaleleri ile Dr. Öğr. Üyesi Sevil Doğan'ın "İşçinin Ulusal Bayram ve Genel Tatillerde Yaptığı Çalışmaların Karşılığında İzin Kullanılabilir mi?- Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15.01.2018 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi" başlıklı karar incelemesi yer almaktadır.

MESS olarak, ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören ve önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız SİCİL İş Hukuku dergisinin 40. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar, yazarlarımıza, makaleleri ve karar incelemesini 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

- 11** İş İade Davalarında Yargı Kararı  
**Prof. Dr. Sarper SÜZEK**  
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 22** Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Özel Hukuk İlişkisi İçinde Olan Çalışanların Buluşları  
**Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU\* -Arş. Gör. Sergül BALSEVER\*\***  
\*Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı  
\*\*Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
- 32** Toplu İş Sözleşmeleri Hükümlerine Göre Gerçekleşen Ücret Artışlarının ve Geriye Yönelik Olarak Ödenen Ücret Farklarının Vergi Rejimi  
**Doç. Dr. Cenker GÖKER\* -Dr. Çağrı SÜT GÖKER\*\***  
\*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı  
\*\*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı
- 38** Karayolu Taşımacılığında Şoförlere Sefer Başına Yapılan Ödemelerin Hukuki Niteliği  
**Doç. Dr. Mahmut KABAĞCI**  
İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
- 48** Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi  
**Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR\* -Seracettin GÖKTAŞ\*\***  
\*Hakim  
\*\*Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı
- 65** İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması  
**Dr. Öğr. Üyesi Ulaş BAYSAL**  
İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi
- 76** Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu  
**Dr. Öğr. Üyesi Emre ERTAN**  
Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 97** Feshe Bir Alternatif Olarak İşverenin Fesihten Önce İşçiyi Başka İşte Çalıştırması  
**Dr. Öğr. Üyesi İlke GÜRSEL**  
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 114** Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı  
**Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis KARAMAN**  
Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

## İçindekiler

- 132** Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı  
**Dr. Öğr. Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN**  
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 145** Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişkisine Etkisi  
**Dr. Öğr. Üyesi Efe YAMAKOĞLU**  
T.C. İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 166** Muvazzaf Askerliğin İş Sözleşmesinin Sürekliliğine Etkisi  
**Av. Uygur BOSTANCI**  
MESS Müşavir Avukatı
- Karar İncelemesi**
- 179** İşçinin Ulusal Bayram ve Genel Tatillerde Yaptığı Çalışmaların Karşılığında İzin Kullanılabilir mi?  
Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15.01.2018 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi  
**Dr. Öğr. Üyesi Sevil DOĞAN**  
Manisa Celal Bayar Üniversitesi Salihli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

## Contents

### Articles

- 11** Court Decision in Reinstatement Suits  
**Prof. Dr. Sarper SÜZEK**  
Atılım University, Faculty of Law
- 22** Inventions of the Employees Who are Subject to Private Law Pursuant to the Industrial Property Law  
**Prof. Dr. A. Murat DEMİRCİOĞLU\* - Arş. Gör. Sergül BALSEVER\*\***  
\*Yıldız Technical University, Faculty of Economic and Administrative Sciences  
\*\*Yıldız Technical University, Faculty of Economic and Administrative Sciences
- 32** Tax Regime of Wage Rises and Differences According to Terms of Collective Bargaining Agreement  
**Doç. Dr. Cenker GÖKER\* - Dr. Çağıl SÜT GÖKER\*\***  
\*Ankara University Faculty of Law, Fiscal Law Department  
\*\*Ankara University Faculty of Political Sciences, Fiscal Law Department
- 38** Legal Nature of the Wage Drivers Get per Expedition in Road Transport  
**Doç. Dr. Mahmut KABAKCI**  
Istanbul Technical University Faculty of Administration, Labour and Social Security Law
- 48** Impact of the Paid Military Service on Labour Contract  
**Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR\* - Seracettin GÖKTAŞ\*\***  
\*Judge  
\*\*Chief Judge of the Civil Chamber No. 22 of the Court of Cassation
- 65** Use of Employee Owned Mobile Communication Devices For Work  
**Dr. Ulaş BAYSAL**  
Istanbul Technical University Faculty of Administration
- 76** Interpretation of Collective Labour Agreement  
**Dr. Emre ERTAN**  
Marmara University, Faculty of Economy, Labour Economy and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law
- 97** As An Alternative to Termination the Employer's Reclassification of an Employee Before the Dismissal  
**Dr. İlke GÜRSEL**  
Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 114** Annual Paid Leave Rights of the Employees Who Work in the Scope of Maritime Labour Code  
**Dr. Mehmet Halis KARAMAN**  
Marmara University, Faculty of Economy, Labour and Social Security Law



## Contents

- 132** The Concept of Trainee and Trainees' Social Security  
**Dr. Sedef KOÇ TANGÜN**  
Galatasaray University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 145** The Effect of Retirement on Employment Relationship  
**Dr. Efe YAMAKOĞLU**  
Yeni Yüzyıl University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 166** The Effect of Active Military Service on the Continuity of Labour Contract  
**Av. Uygur BOSTANCI**  
MESS Consultant Lawyer

### Court Verdict Analysis

- 179** Can the Employer Give Free Time to Employee for Working on National and Public Holidays with Pay?  
Analysis of the Supreme Court Verdict Division 9, Dated 15 January 2018  
**Dr. Sevil DOĞAN**  
Manisa Celal Bayar University, Salihli Faculty of Economics and Administrative Sciences



Makale Gönderim Tarihi: 13 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 17 Aralık 2018

## İşe İade Davalarında Yargı Kararı

### Öz

İş Kanunu'nun 21. maddesine 7036 sayılı yasayla eklenen 4. fıkrada işe iade davalarında hükmedilecek iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve diğer hakların, işçinin dava tarihindeki ücreti esas alınarak belirleneceği öngörülmüştür. Bu değişiklik mahkemece verilen kararın tespit niteliğini değiştirmemiştir. Bu nedenle işçinin söz konusu alacakları ilamlı icra yoluyla

takip etmesi mümkün değildir. Buna karşılık alacakların parasal (likit) olarak belirlenmesi işçiye ilamsız icra takibinde bazı kolaylıklar ve avantajlar sağlayacaktır. Olması gereken hukuk açısından gerçek çözüm, Alman ve Fransız hukukunda olduğu gibi, işe iade veya tazminat seçeneğinin eda hükmü olarak kesin şekilde mahkemece karara bağlanması ile sağlanabilecektir.

### Anahtar Sözcükler:

İş akdinin feshinin geçersizliği, işe iade, iş güvencesi tazminatı, boşta geçen süre ücreti, tespit hükmü, eda hükmü.

## Court Decision in Reinstatement Suits

### Abstract

As per the 4th paragraph of the Article 21 of the Labour Code which was added by the Code No. 7036, the job security compensation and the idle period's wages and other rights, shall be determined by the employee's wage at the action's filing date. This modification has not changed the declaratory nature of the court decision. Therefore, the employee cannot recourse to enforcement proceedings via judgement for the debt. On

the other hand, determining the amount due in monetary terms (liquid) would provide the employee some advantages and convenience during the enforcement proceedings without judgement. The real solution with a view to the ideal law (lex ferenda) is to, like in German and French Law, issue definitive performance decisions by the courts for reinstatement or compensation options.

### Keywords:

Invalidity of the termination of the employment contract, reinstatement, job security compensation, idle period wage, declaratory judgement, performance judgement

\*Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## I. Yargı Kararının Niteliği

Feshin geçersizliği (işe iade) davası ve yargı kararı ile ilgili olarak İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerinde 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 11 ve 12. maddeleriyle bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin değerlendirilebilmesi için her şeyden önce 7036 sayılı yasadan önceki sistemin açıklanması gerekir. Herhangi bir değişikliğin söz konusu olmadığı İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1-3. fıkraları gereğince "İşverence geçerli sebebin gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından *tespit edilerek* feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir."

İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca yargı organı tarafından verilen hüküm *tespit* niteliğindedir.<sup>1</sup> Mahkemece tespit davasının sonucunda eda hükmü veya inşai hüküm veremez. Tespit hükmünün özelliği, elde edilen hükmün, yargılama giderlerine ilişkin bölümü hariç *ilamlı icraya konulamamasıdır*. Başka bir deyişle, bu yargı kararı ile işveren işçiyi işe almaya zorlanamayacağı gibi işçinin iş güvencesi tazminatı ve dört aya kadar boşta geçen süreye ilişkin ücreti ile diğer alacaklarını, ilamlı icra yoluyla talep etmesi de mümkün değildir.<sup>2</sup> İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca

1 Narmanlıoğlu, Davanın Konusu, 625-627. Süzek, B.9 629-631. Aynı yazar, Akademik Forum, 321-322. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 551-552. Kar, 386,509. Alpagut, Sözleşmenin Feshi, 241. Yılmaz 49. Baycık, 387-388. Özkaraca, 128. Astarlı, 45. Akı, 311. Verilen hükmün eda hükmü olduğu ve eda davasına konu olabileceği görüşü için bkz. Güzel, Sözleşmenin Sona Ermesi, 291. Özekes, Uygulama Sorunları, 154-155. Aynı yazar, İade Davasının Niteliği, 66-68. Ekmekçi, 15, 18.

2 Yılmaz, 46 vd. Süzek, Yargılama Süreci, 64-65. Narman-

yargı organı tarafından feshin geçersizliğine karar verilmiş olsa da, işveren işçiyi işe başlatmak veya başlatmamak konusunda seçim hakkına sahiptir. İşçinin iş güvencesi tazminatı talep edebilmesi işverence *işe başlatılmaması koşuluna* bağlı olduğundan, yargı organı tarafından verilen bu şarta bağlı karar bir eda hükmü niteliği taşımaz.<sup>3</sup>

Nitekim Yargıtay, iş mahkemeleri tarafından hükmedilen iş güvencesi tazminatının ve dört aya kadar ücretin hesaplanarak tahsiline ilişkin kararları yasaya aykırı bulmaktadır.<sup>4</sup> Feshin geçerli nedene dayanmadığı kararlaştırılırsa, bu aşamada geçersizliğin tespiti ile yetinilmekte, işçi, işveren tarafından işe başlatılmadığı takdirde ödenecek iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti herhangi bir hesaplama yapılmaksızın miktar olarak değil süre olarak belirlenmektedir.<sup>5</sup> Bu durumda feshin geçersizliğine rağmen işe başlatılmayan işçi bu alacakları *yeni bir dava* açarak almak zorunda kalmaktadır. Bu durum ise, iş güvencesi konusunda açılan davaların sayısını çok artırmaktadır.

## II. Yargı Organının Feshin Geçerli Olduğuna Karar Vermesi

İşçi, işverence yapılan feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iadesini talep ettiğinde mahkemece fesih nedeninin geçerli olduğu kararlaştırılabilir. Bu takdirde aynı zamanda İş Kanunu'nun 17. maddesine uygun bir fesih yapılmışsa işçi bir yıl-

lıoğlu, Davanın konusu, 628-629. Baycık, 387 vd. Alpagut, Sözleşmenin Feshi, 241. Özkaraca, 128-129.

3 Hukukumuzda şarta bağlı hüküm verilemeyeceği konusunda yasal ve mutlak bir yasak bulunmadığı görüşü için bkz. Özekes, İade Davasının Niteliği, 68. Ekmekçi, 18.

4 Y9HD, 24.6.2004, 3740/15625, Akı, 311, dn.43. Y21HD, 24.5.2004, 8995/13066. Özekes, Uygulama Sorunları, 137. Y22HD, 26.9.2013, 23450/19901, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Y7HD, 20.4.2016 41444/8802, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Özekes, İade Davasının Niteliği, 67, dn. 10. Y7HD, 27.1.2015, 16460/613, Kar, İş Güvencesi, 387, dn. 742.

5 Y9HD, 31.1.2013, ÇT, 38, 565-568, Taşkent, 245. Y9HD, 26.7.2011, 46/245 ve Odaman'ın görüşü, 190. Y9HD, 25.4.2005, 11204/14365, İHSGHD, 7, 1307-1309. Y9HD, 28.10.2004, 7587/24487. İHSGHD, 5, 286-287. Y9HD, 31.1.2005, 31850/2487, Tühis Ağustos 2005, 46-48.

dan fazla çalışmış olmak koşuluyla sadece kıdem tazminatına (EİK 14), buna karşılık usulsüz fesih yapılmışsa ihbar (İK 17/4) ve kıdem tazminatına hak kazanır. Bu durumda ihbar ve kıdem tazminatı fesih bildirimini yapıldığı tarihteki ücret üzerinden hesaplanır.<sup>6</sup>

İşçi, feshin geçersizliği isteminde bulunduğu davadan ayrı olarak, ihbar ve kıdem tazminatı istemi ile bir dava da açmış olabilir. Bu durumda söz konusu tazminatların akıbeti iade davasının sonuçlarına bağlı olacaktır. Yargıtaya göre feshin geçersizliğine ilişkin dava bekletici mesele yapılmalıdır.<sup>7</sup>

### III. Yargı Organının Feshin Geçersizliğine Karar Vermesi

Yargı organı feshin geçersizliğine karar verirse, geçersizliğin tespitine ve işçinin işe iadesine karar verilecektir. Mahkeme ayrıca işçinin başvurusu üzerine işverenin bir ay içinde işçiyi işe başlatmak veya en az dört en çok sekiz aylık ücreti tutarında işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ile en çok dört aya kadar ücreti ve diğer haklarını ödemek zorunda olduğunu kararlaştıracaktır. (İK21/1,3). Aynı hukuki sonuç iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde işverence belirsiz süreli iş akdinin haksız feshi halinde de doğar (İK 25/son).

Görüldüğü gibi, İş Kanunu'nun 21. maddesine göre mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverene işçiyi işe iade veya tazminat ve en çok dört aya kadar ücret ödeme konusunda seçim hakkı tanınmıştır. Bu durumda, işverenin işçiyi işe başlatmak yerine tazminat ödemeyi tercih etmesi daha baskın bir olasılık olduğundan yasanın tazminat yaptırımına ağırlık tanıdığı söylenebilir.<sup>8</sup>

Yargıtay tarafından isabetli olarak kararlaştırı-

rıldığı gibi, iş akdi alt işveren tarafından feshedilmişse davacı, işçi alt işverenin işçisi olduğundan, feshin geçersizliğinin ve işe iade yükümlülüğünün muhatabı alt işverendir. Buna karşılık, işe iade kararı sonrası işçinin işe başlamak için başvurması ve alt işverenin işe almamasından kaynaklanan iş güvencesi tazminatı ve dört aya kadar boşa geçen süreye ilişkin ücretin ödenmesinden asıl işveren alt işverenle müteselsil sorumludur (İK 2/6).<sup>9</sup>

İşçi, mahkemeden işverence yapılan feshin geçersiz olduğunu ileri sürerek işe iadesini isteyecektir. (İK 20/1). İşçiye bu konuda bir seçim hakkı diğer deyişle işe iade yerine iş güvencesi tazminatı ve en çok dört aya kadar ücret talep hakkı tanınmamıştır. Bu konuda seçim hakkı mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde işverene aittir. Buna karşılık, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinin 5. fıkrası uyarınca iş akdinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden işçi, isterse işe iade davası açmak yerine sendikal tazminat talep edebilir.

Aynı şekilde, yargı organı da feshin geçerli bir nedenle yapılmadığı sonucuna varırsa, işe iade yerine tazminat ve ücretin ödenmesine hükmedemez. Yargı işçinin işe iadesine karar verecektir. Bundan sonra kararda, iadenin işverence kabul edilmemesi halinde, işçiye en az dört en fazla sekiz aylık ücreti tutarında iş güvencesi tazminatının ödeneceği yer olacaktır. Bunu yanında, boşa geçen süre için işçinin en çok dört aya kadar ücreti ve diğer haklarının ödeneceği hükmüne de karar verilecektir.

### IV. Kendine Özgü Geçersizlik

Her ne kadar İş Kanunu'nun 21. maddesinde işverence yapılan feshin geçersizliğinden söz ediliyorsa da, yargı organı tarafından bu konuda verilen karar mutlak anlamda, genel hükümlere uygun bir geçersizlik değildir. İK21'de deyim ye-

6 Y9HD, 13.9.2006, 2954/22308, ÇT, 12, 272-273.

7 Y9HD, 2.7.2012, 23750/25159, www.legalbank.net, Taşkent, 287-288.

8 Süzek, B.1, 614-615. Güzel, İş Güvencesi, 20, 106. Kar, 483. Özkaraca, 121. Bedük, 931.

9 Y9HD, 24.1.2011, 44022/162, Toprak İşv., Haziran 2011, 21.

rindeyse kendine özgü bir geçersizlik öngörül- müştür.<sup>10</sup>

Genel hükümlere uygun geçersizlik yaptırımın- da işverence yapılan geçersiz fesih yani bozucu yenilik doğuran hak iş ilişkisi üzerinde hiçbir hü- küm ve sonuç meydana getirmez. Geçersizlikte yar- gıcın hükmünde herhangi bir koşula ve şarta yer vermeksizin feshin geçersizliği nedeniyle iş ak- dinin sona ermediğini ve tarafların sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek zorunda olduk- larını kararlaştırması gerekir.<sup>11</sup> Feshin geçersizliği kararı taraflar arasında derhal hüküm ve sonuç doğurur; işverene ne bir seçim hakkı ne de işe başlatıp başlatmamak konusunda bir süre tanınır. Bu durumda geçersizlik kararının kesinleşmesi ile birlikte iş ilişkisi aynen devam ettiğinden işveren işçiyi derhal işe almak ve tazminat değil boşta ge- çen tüm süreye ilişkin ücretini ve diğer haklarını ödemek zorundadır.

Oysa aşağıda da görüleceği gibi İş Kanunu'nun 21. maddesinde getirilen düzenlemede mahke- mece işe iadeye karar verildiğinde, işçi on iş günü içinde işe başlamak üzere *başvuruda bulunmazsa* işverence yapılan feshin *geçerli bir fesih* sayılacağı kabul edilmekte; işçi başvuruda bulunursa işveren derhal değil *bir ay içinde* işe başlatmak zorunda tutulmakta; işe başlatıp başlatmama konusunda işverene *seçim hakkı* tanınmakta; işe başlatmazsa *tazminat* (iş güvencesi tazminatı) borcu ile yü- kümlü olmakta; işçinin tüm boşta geçen sürelerle ilişkin ücreti ve diğer hakları değil, bunun *en çok dört aylık* kısmı işçiye ödenmektedir.

Bu özelliklerin genel hükümlere uygun bir ge- çersizlik yaptırımıyla örtüşmediği açıktır. Bunun- la beraber, İK 21/1'de geçerli bir fesih nedeninin bulunmaması halinde *feshin geçersizliğine* karar verileceği belirtildiğinden, başvuru üzerine işçi işe başlatılırsa, iş akdinin taraflar arasında *yeniden*

*kurulmadığını*, yapılmış olan feshin geçersizliği nedeniyle taraflar arasında var olan iş ilişkisinin kesilme olmaksızın *devam ettiğini* ancak bu du- rumda işçinin boşta geçen sürelerle ilişkin ücretini ve ücrete ilişkin diğer haklarını talep edebilmesi- ne yasayla bir sınırlama (en çok dört aylık) geti- rildiğini kabul etmek uygun olacaktır. Mahkeme tarafından feshin geçersizliğinin tespit edilmesi- ne rağmen işçi işe başlatılmazsa, o güne kadar hiç feshedilmemiş gibi devam eden iş ilişkisi o tarihte feshedilmiş sayılacaktır.

## V. 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun Getirdiği Düzenlemeler

### 1. Değişikliğe Rağmen Kararın Tespit Niteliğini Koruduğu

İş Kanunu'nun 21. maddesine 7036 sayılı ya- sayla eklenen 4. fıkra uyarınca "Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak *para- sal olarak* belirler.<sup>12</sup> Hükmün gerçekleşmesine göre "Uygulamada işe iade kararı veren mahkeme boşta geçen alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirle- mektedir. Bunun sonucu olarak işe iade kararına dayanarak işe başlamak isteyen işçinin işe başla- tılmaması durumunda kararda ay esaslı olarak be- lirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerekmektedir. Hem işçi bakımından sorunlu olan hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazmi- natı parasal olarak belirlemesi öngörülmekte ve işe başlatılmama durumunda kararda yazan pa- rasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkan tanınmaktadır".

7036 sayılı yasayla İş Kanunu'nun 24. madde-

10 Süzek, B2. 481-482. Aynı yazar, Akademik Forum, 322. Ekonomi, 16. Şahlanan, 19. Mollamahmutoğlu-Astarlı-Baysal, 1055-1056. Centel, 162-163. Alp, 23. Akın, 576. Savaş Kutsal, 270, dn. 11. Baycık, 385. Kar, 1223-1224. Su- başı, 253. Manav.184. Yiğit, 1160-1161. Bu konuda farklı öğreti görüşleri için bkz. Köseoğlu, 92-93

11 Süzek, Fesih, 58.

12 İK 21/4 hükmünün bir usul kuralı olmaktan çok, maddi hukuk üzerindeki etkileri dikkate alınarak, 1.1.2018'den sonra açılacak davalarda uygulanmasının uygun olacağı görüşü için bkz. Çil, 62-63.

sinin 4. fıkrası getirilmeden önce, öğretilerdeki çoğunluk görüşü ve yüksek mahkeme tarafından verilen feshin geçersizliğine ilişkin kararın bir tespit niteliğinde olduğu ve ilamlı icraya konulamayacağı, bunun için yeni bir dava açılarak bir eda hükmü elde etmek gerektiği, uygulamanın da bu yolda olduğu yukarıda belirtilmişti.

İş/usul hukuku öğretisindeki bir görüşe göre, 7036 sayılı yasayla İK 21/4'e getirilen bu düzenleme karşısında, ortaya çıkan sorunlara çare olmayan tespit hükmü görüşünün önemli ölçüde zayıfladığı söylenebilecek; yapılan değişiklik ile işe iade davasının eda davası haline dönüştüğü daha kolay ileri sürülebilecektir. İK 21/4 uyarınca yargı kararında iş güvencesi (işe başlatmama) tazminatı ve boşta geçen dört aya kadar ücret ile diğer hakların ay esaslı olarak değil parasal olarak belirtilmesi zorunluluğu karara eda hükmü niteliği kazandırmıştır. Bu nedenle hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi, işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda yazan miktarın tahsili için doğrudan (ilamlı) icra takibine geçilebilecektir.<sup>13</sup> Öte yandan, zorunlu arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar anlaşılırsa, varılan anlaşmaya (İK 21/7) şerh verilmesi halinde bunun ilam hükmünde sayılması ve bu nedenle ilamlı icraya konulabilmesinin de bu görüşü desteklediği ileri sürülmektedir.<sup>14</sup> Bununla beraber, bu görüşü savunanlar da, 7036 sayılı yasayla İş Kanunu'nda yapılan değişikliğin önceki tartışmaları tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olmadığını, yine belirli sorunların hükmün icrası aşamasında kaçınılmaz olarak ortaya çıkacağını ifade etmektedirler.<sup>15</sup>

Bu güçlü argümanlara karşın, İş Kanunu'nda yapılmış olan değişiklik diğer deyişle iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süre ücretinin ve diğer hakların parasal olarak belirlenmesi yönündeki İK 21/4 hükmü, ne yazık ki kanımıza göre ilamlı icra takibi yapılmasına olanak tanıyacak

nitelikte görünmemektedir. Gerçi, feshin geçersizliği konusunda varılan kararın tespit hükmü olması parasal alacakların ancak sonradan ikinci dava (eda davası) açılarak elde edilebilmesi mutlaka değiştirilmesi gereken isabetsiz bir düzenlemedir. Ancak bu sonuç hukuki temeli sağlam ve tartışmalara meydan vermeyen bir düzenlemeyle gerçekleştirilebilir. Kanımıza göre, bu sorun öteden beri savunduğumuz ve aşağıda açıklanacağı gibi işe iade veya tazminat seçeneğinin tespit değil eda niteliğinde bir yargı kararı ile kesin olarak belirlenmesi yoluyla çözüme kavuşturulabilir.

Gerekçede vurgulanan amaca ve söz konusu alacakların parasal olarak belirlenmesi hükmüne rağmen, esas itibarıyla mahkemece verilen geçersizlik kararının *tespit* niteliğinin değiştiği ileri sürülemez. İK 21/1'de yer alan "mahkemece ... tespit edilerek" ifadesi aynen korunmuştur. Yapılan değişikliğe karşın fesihle tespit hükmü esasına dayalı sistem varlığını sürdürmektedir. Eskiye göre farklı olan, ay olarak belirlenme yerine parasal olarak belirlenmedir. Alacaklar süre olarak da parasal olarak da belirlense, mahkemece yapılacak olan esas işlem, feshin geçerliliğinin veya geçersizliğinin tespitidir. Tespit hükmü içeren ilamlar ise (yargılama giderlerine ilişkin bölümü dışında) eda hükmü içermediğinden ilamlı icraya konulamazlar.<sup>16</sup>

Bunun gibi mahkeme tarafından kararlaştırılan boşta geçen süre ücret alacağı ve iş güvencesi tazminatının doğumu şarta bağlıdır. İş Kanunu'nun 21. maddesinde yer alan (örneğin işçinin işe başlatılmak üzere başvurması, bu başvurunun samimiyeti, süreye uygun davranıp davranmadığı, işverenin işe başlatıp başlatmaması vb.) koşulların gerçekten ve hukuka uygun bir biçimde gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi yargılamayı gerektirir. İK 21'in düzenlemesine göre, iş güvencesi tazminatının ve boşta geçen süre ücretinin miktarı, kararda asıl olan feshin

13 Özekes, İade Davasının Niteliği, 66-70, Ekmekçi, 14, 18

14 Özekes, İade Davasının Niteliği, 70-71, 74-75. Ekmekçi, 14, 18. Bu konuda ayrıca geniş bilgi için bkz. Özekes-Atalı, 105-110, 112, 114.

15 Ekmekçi, 19. Özekes, İade Davasının Niteliği, 70, dn.17, 72-73.

16 Kuru, 286. Pekcanitez-Atalay-Özkan-Özekes, 271. Astarlı, 45. Kar, 508. Çankaya-Günay-Göktaş, 316-317. Çil, 63-64, 66. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y12HD, 25.2.2005, 284/3780, LHD, 27, 2005, 1091, Pekcanitez-Atalay-Özkan-Özekes, 271, dn. 238.

geçersizliğinin tespitine bağlı ikincil sonuçlardır. Yapılan değişiklikle, tespit davasına gerçekleşmeleri şarta bağlı ikincil sonuçlar olarak, şarta bağlı eda (tahsil) hükmü bağlanmıştır. Diğer deyişle, kararda alacak miktarı likit olarak belirlenmiştir, ancak kayıtsız ve şartsız değildir. Asıl istemi tespit olan feshin geçersizliği (işe iade) davasında şarta bağlı ikincil sonuçların parasal olarak belirlenmesi davanın bu niteliğini değiştirmez. Bu durumda yargıcın söz konusu alacakların kayıtsız ve şartsız ödenmesine karar vermesi mümkün olmadığı gibi, ikincil sonuçlar olarak şarta bağlı eda hükümleri, şartın gerçekleşip gerçekleşmediği açısından yargılama konusu olacağından, ilamlı icra takibine gidilmesi mümkün olmamak gerekir.<sup>17</sup>

## 2. İşçinin İlamlı İcra Takibine Başvurması

İşçi ne on işgünlük başvuru ne de işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmama konusundaki kararının beklendiği bir aylık süre içinde ilamlı icra takibinde bulunabilir.<sup>18</sup> Çünkü bu aşamada boşta geçen süre ücretinin doğumu için gerekli olan işçinin başvurusu veya iş güvencesi tazminatının talep edilebilmesi için zorunlu olan işverenin işçiyi işe başlatmaması şartlarının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değildir. İşçi on işgünlük süre içinde işe alınmak için başvurmadığı takdirde, elindeki mahkeme ilamına rağmen işverence yapılmış olan *fesih geçerli* sayılacak; ne işe iade ne de iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti söz konusu olacaktır (İK 21/6). Bu durumda icra memurunun işverene icra emri göndermemesi gerekir. Aksi takdirde işveren İİK 16 uyarınca icra

mahkemesine şikayette bulunabilir ve işlemin bozulmasını sağlayabilir (İK 17)

İK 21/1 ve 6 gereğince on işgünlük süre içinde başvurunun yapıldığı ve bir aylık süre içinde işverenin işe başlatmadığı ileri sürülse bile, kanımıza göre aynı sonuca varmak ve ilamlı icra sürecini başlatmamak gerekir. Çünkü İK 21'de yer alan şartların gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir yargılama sonucunda açıklığa kavuşması zorunludur. Bu sürece ilişkin olarak işçinin süresinde başvurup başvurmadığı, başvurunun samimi olup olmadığı, sırf haklarını kaybetmek için başvuruda bulunup işverenin davetine rağmen işe başlayıp başlamadığı, işverenin işçiyi süresinde işe davet edip etmediği, işin eski iş veya eski işine ve çalışma koşullarına uygun bir iş olup olmadığı, işe başlatmanın şarta bağlanıp bağlanmadığı gibi birçok sorun ve tartışma konusu ortaya çıkabilecektir. Bu durumda yargılamayı gerektirmeyen kayıtsız şartsız bir eda hükmü söz konusu olmadığından ve bu konular icra memuru açısından müphem nitelik taşıdığından, ilamlı icra takibi talebi üzerine icra emri gönderilmemelidir. Aksi takdirde bu durumda icra mahkemesine şikayet sonucunda işlemin bozulması sağlanabilir (İKK 16-17).<sup>19,20</sup>

Yargıtayın 7036 sayılı yasadan önce verilmiş olan ancak kanımıza göre bugün için de geçerli olan ilamlı takibe ilişkin kararına göre "İcra takibinin dayanağı olan ilamın hüküm fıkrasının incelenmesinde; yargılama gideri ve avukatlık ücreti dışındaki kısımların eda hükmü içermediği anlaşılmıştır. İcra Mahkemesinin kabulünün aksine dayanak ilamın 3 nolu bendinde öngörülen hususlardan alacaklının borçluya işe dönmek için süresinde başvurup başvurmadığının belirlenmesi ... yargılamayı gerektirmektedir. Ayrıca, olayda 4857

17 Kar, 508-511. Çelik, Caniklioğlu-Canbolat, 552. Kuru, 98. Çil, 66-67. Astarlı, 45-46. Buna karşılık şarta bağlı hüküm verilip verilemeyeceğinin usul hukukunda da tartışmalı olduğu ve hukukumuzda bu konuda yasal ve mutlak bir yasak bulunmadığı görüşü için bkz. Özkes, İade Davasının Niteliği, 68. Ekmekçi 18.

18 İşçinin işverene başvurmaksızın icra takibini başlatmasının olsa olsa on işgünlük süre içinde işverene başvuru zorunluluğunun yerine getirilmesi anlamına gelebileceği; bu başvurunun, işçinin hukuki yararı olmaması, işe başlama iradesinin bir ihtarla yerine getirilebileceği, basit bir yol yerine yargı organlarının uğraştırılmasının uygun olmadığı gerekçesiyle icra memuru tarafından reddedilmesi yönündeki isabetli görüş için bkz. Kar, 510.

19 Çil, 66. Alpagut, İş Mahkemeleri, 211. Kar, 509 vd., 511. Ekmekçi, 19. Astarlı, 46. Çankaya-Günay-Göktaş, 316-317. İcra ve iflas hukukunda şikayet konusunda geniş bilgi için bkz. Kuru, 38 vd. Pekcanitez-Atalay-Özkan-Özkes, 67 vd.

20 Buna karşılık işe iade davalarında ilamlı icranın gerçekleştirilebileceği görüşü ve bu konuda izlenmesi gereken yol önerisi için bkz. Özkes, İade Davasının Niteliği, 72 vd.



Sayılı Yasanın 21. maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi de yargılamaya muhtaçtır. İlamlı takip yapılamaz".<sup>21</sup>

### 3. İşçinin İlamsız İcra Takibine Başvurması

İşçi mahkemece verilen feshin geçersizliği kararı üzerine, 7036 sayılı yasayla yapılan değişiklikten önce olduğu gibi, alacakları için ikinci bir dava yani eda davası açabilir veya doğrudan ilamsız icra takibi yoluna gidebilir. Kuşkusuz 7036 sayılı yasadan önce de işçi her zaman ilamsız icra yoluna başvurabilirdi. Ancak bu yasayla öngörülen düzenlemeyle, tazminat ve ücretlerin mahkeme kararında parasal olarak belirlenmesi işçiye bu konuda kolaylıklar sağlamıştır. İlamsız icra (genel haciz) yoluyla takip, işçinin işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ile en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklara ilişkin talebini icra müdürüne yapması ile başlar. Takip talebinin yasaaya uygun olarak doldurulup (İKK 58) verilmesi ve harçların ödenmesi ile icra müdürü, alacağın varlığını incelemeksizin, borcun yedi gün içinde ödenmesi ihtarını içeren bir ödeme emrini işverene gönderir (İKK 60-61). İşveren yedi gün içinde ödeme emrine *itiraz* ederse icra takibi durur (İKK 62-66). İşveren borcun şarta bağlı olduğu, işçinin süresinde işe başlamak için başvurmadığı, başvurusunda samimi olmadığı, işe davet etmesine rağmen gelmediği gibi itirazlarda bulunabilir. İşverenin süresinde *itiraz* ederek takibi durdurması halinde, işçi İKK 67 uyarınca genel hükümlere göre *iş mahkemesinde itirazın iptali* davası açılabilir.<sup>22</sup>

İş mahkemesinin, işverenin ödeme emrine karşı yapmış olduğu *itirazın* haksız olduğuna karar vermesi halinde, icra takibi devam eder ve işçinin dava dilekçesinde açıkça talep etmesi koşuluyla,

mahkeme işvereni alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere *icra inkar tazminatı* ödemeye mahkum eder (İKK 67/2). Feshin geçersizliğinin tespitine ilişkin kararda iş güvencesi tazminatı ile en fazla dört aylık boşta geçen süre alacağı ve diğer haklar parasal olarak belirlendiğinden, icra inkar tazminatına hükmedilmesi için gerekli olan alacağın *likit* (belirli ve belirlenebilir) olması gerçekleşmiş durumdadır. İcra inkar tazminatı, borçlunun ödeme emrine haksız yere *itiraz* etmesini önlemek için konulmuş bir yaptırımdır. Bu tazminata hükmedilebilmesi için, *itirazın* haksızlığına karar verilmesi yeterli olup, işçinin zarar görmesi zorunlu değildir. İşveren gerçek zararın yüzde yirmiden daha az olduğunu ispat etmek suretiyle daha az bir tazminata hükmedilmesini isteyemez.<sup>23</sup>

İş Kanunu'nun 21. maddesine 7036 sayılı Yasayla 4. fıkra olarak eklenen, iş güvencesi tazminatı ile dört aya kadar boşta geçen süre ücreti ve diğer hakların parasal olarak belirlenmesi hükmü sonucunda, işe başlatılmayan işçinin mevcut uygulamaya göre ikinci bir dava (eda davası) açması yerine, parasal miktarın tahsili için ilamsız icra takibine geçmesi işçi açısından daha uygun olabilir. Her şeyden önce birinci yolu tercih eden işçi, önce alacak davası açacak, bu davadan alacağı eda hükmünü bu kez ilamlı icraya koyacaktır. Her ne kadar ilamlı icra kısa sürede sonuçlanabilecek ise de, bu sürecin toplam olarak ilamsız takibe göre daha uzun sürmesi ihtimali fazladır. Bunun gibi, alacaklar parasal olarak belirlenmiş olduğundan, ilamsız icrada (iş mahkemesinde) tazminat ve ücret miktarına *itiraz* olmayacaktır. Sadece İK 21'de öngörülmüş olan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilecektir. Diğer yandan, ödemeye *itiraz* etmesi halinde işveren davayı kaybederse, alacak *likit* olduğundan yüksek icra inkar tazminatını ödemek zorunda kalacaktır. Bu hususlar olayın özelliğine göre işverenlerce ödeme emrine *itiraz* etme ihtimalini azaltabilir. Bu nedenlerle, 7036 sayılı yasa değişikliğinin, feshin geçersizliğine ilişkin kararın ortaya çıkardığı

21 Y12HD, 25.5.2005, 284/3780, LHD, 27, 2005, 1091, Pekcanitez-Atalay-Özkan-Özekes, 271, dn. 38.

22 Buna karşılık işçinin sahip olduğu tespit kararı İİK 68/1'de sayılan belgelerden olmadığından icra mahkemesinden *itirazın* kaldırılmasını istemeyeceği konusunda bkz. Kar, 511-513. *İtirazın* kaldırılması hakkında geniş bilgi için bkz. Kuru, 112 vd. Pekcanitez-Atalay-Özkan-Özekes, 124 vd.

23 Kuru, 111-112. Kar, 513-514. Çil, 63.

hukuki sorunların çözümünde belirli bir iyileşme getirdiği kabul edilebilir.<sup>24</sup>

#### 4. Olması Gereken Hukuk Bakımından Görüşümüz

İş akdinin feshinin geçersizliği (işe iade) davalarında tespit kararı verilmesinin ve boşta geçen sürelerle ilişkin ücret ve iş güvencesi tazminatının şarta bağlı olarak karara bağlanmasının yarattığı sorunlar ve güçlükler karşısında, öğretide oy birliği ile savunulduğu<sup>25</sup> şekilde, yapılacak yasa değişikliği ile Fransız ve Alman hukukunda olduğu gibi işe iade veya tazminat seçeneği mahkemede kesin olarak hükme bağlanmalıdır.

Fransız hukukunda, feshin ciddi ve gerçek nedenlere dayanmadığı sonucuna varan yargıç taraflara, işçinin işyerine iadesini önerebilir. Taraflardan birinin işe iadeyi reddetmesi halinde, yargıç işçinin herhangi bir zararı olmasa bile, son altı aylık ücretinden az olmamak üzere bir tazminatın ödenmesini kararlaştırır. Bu tazminatın ödenmesi ayrıca kıdem tazminatının ödenmesine engel oluşturmaz. (CT.L.1234-9). İşçi fesih nedeniyle daha fazla zarara uğramışsa, ispat etmesi koşuluyla zararın tamamına hak kazanır (CT.L.1235-3)<sup>26</sup>

Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu'nun (Kündigungsschutzgesetz)<sup>27</sup> 9.paragrafına göre, mahkemece feshin sosyal yönden haksız olduğuna karar verildiğinde, işçiye işe iade ile tazminat seçeneği arasında bir tercih yapma olanağı sağlanmakta, işçinin işe dönmek istememesi veya işçinin iş ilişkisini devam ettirmesinin ya da işveren ile işçi arasında işletme amaçlarına yararlı bir beraber ça-

alışmanın beklenemeyeceği durumlarda, işverenin başvurusu üzerine yargıca işe iade yerine işçinin yaşına ve kıdemine göre yasanın 10.paragrafında gösterilen bir tazminata hükmetme yetkisi tanınmaktadır.<sup>28</sup>

İşe iade davalarında Fransız ve Alman hukukuna benzer bir sistemle geçersiz feshe uygulanacak yaptırımın mahkeme aşamasında eda hükmü olarak nihai şekilde belirlenmesi halinde, işçi için ikinci bir dava açmaya veya ilamsız icra takibine başvurmaya gerek kalmayacak, işe iadenin gerçekleştirilmesi veya tazminat ve boşta geçen sürelerle ilişkin ücret alacaklarının ilamlı icra takibi ile tahsil edilmesi olanağı doğacaktır. 9.8.2002 tarihli ve 4773 sayılı iş güvencesi yasası ile 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu hazırlanırken ne yazık ki bu yola gidilmemiş; 7036 sayılı yasa öngörülürken bu konuya bir çözüm getirilmek istenmiş, ancak bu kez düzenleme sağlam ve kesin bir temele oturtulamadığından yukarıda belirttiği gibi istenen sonuçlara ulaşılamamıştır.

#### 5. Dava Tarihindeki Ücretin Esas Alınması

İş Kanunu'nun 21. maddesinin 4. fıkrasında boşta geçen süre ücreti ile iş güvencesi tazminatının hesaplanmasında, eski uygulamadan farklı olarak işçinin işe başlatılmama (iş akdinin feshi) tarihindeki ücretin değil, *dava tarihindeki* ücretin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Adı geçen fıkraya göre "Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ve üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler".

Hemen belirtelim ki, kanımıza göre bu değişiklik sadece söz konusu hakların hesaplanmasında esas alınacak ücrete ilişkin olup, iş akdinin feshi tarihini değiştirmemiştir. Başka bir deyişle, yukarıda da belirttiği gibi feshin geçersizliğine karar verildiğinde, taraflar arasında var olan iş ilişkisinin hiç feshedilmemiş gibi devam ettiğini, feshin

24 Çil, 63, 66-67, 72.

25 Süzek, B.4. 572. Aynı yazar, Sosyal Politikanın Araçları, 112. Soyer, Feshe Karşı Koruma, 65. Güzel, İş Güvencesi, 106-107. Aynı yazar, Sözleşmenin Sona Ermesi, 305 vd., 309 vd. Alpagut, Sözleşmenin Feshi, 241. Baycık, 389-390. Özkaraca, 135. Korkusuz, 27. Bedük, 936, dn. 48. Öğretide Ekmekçi'ye göre, feshin geçersizliği halinde işe iade seçeneğinden vazgeçilerek, iş güvencesi sistemi salt bir tazminat talebine dönüştürülmelidir.

26 Bkz. Auzero-Baugard-Dockès, 577-578. Peskine-Wolmark, 359 vd. Güzel, Sözleşmenin Sona Ermesi, 306, 307.

27 Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Géa-Kaufmann-Kessler-Michel, 34 vd. Süzek, Fesih, 33 vd.

28 Bolt, 79 vd. Kaufmann-Kessler-Köhler, 115-116. Süzek, Fesih, 37. Soyer, Feshe Karşı Koruma, 65. Güzel, Sözleşmenin Sona Ermesi, 308-309. Astarlı, 52-53.

başta fesih bildiri yapıldığında değil işçinin işe başlatılmaması tarihinde sona erdiğini kabul etmek gerekir.<sup>29</sup> 7036 sayılı yasayla İK 21/4 getirilmeden önce işçinin tazminat ve boşta geçen sürenin ücretine ilişkin haklarının fesih tarihi olan işe başlatılmama tarihinde olması gereken ücret dikkate alınmak suretiyle hesaplanması gerekiyordu. İK 21/4 bu durumu değiştirmiş, her ne kadar iş ilişkisinin başta yapılan fesih tarihinde sona erdiğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemişse de, söz konusu alacakların *dava tarihi* esas alınarak parasal olarak belirleneceğini öngörmüştür.<sup>30</sup>

Belirtelim ki, İK 21/4'de getirilen iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti ile diğer haklarının dava tarihindeki ücreti üzerinden hesaplanması gereği, işçinin sadece bu alacakları ile sınırlıdır. Hükümde açıkça "ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer haklar" denilmiştir. Yasada yapılan düzenlemeyle iş ilişkisinin sona erdiği tarih konusunda bir değişiklik getirilmediğine ve ihbar ve kıdem tazminatının dava tarihindeki ücret üzerinden ödeneceği hakkında bir hüküm yer almadığına göre, İK 21/4 bu haklara uygulanmayacak; bu konuda eski uygulama devam edecektir.<sup>31</sup>

## 6. Yargı Kararının Kesinliği

İş Kanunu'nun 20. maddesinin 7036 sayılı yasayla değişik 3. fıkrası uyarınca "Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında *istinaf* yoluna başvurulması halinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve *kesin olarak* karar verir". İş Mahkemeleri Kanunu'nun 20. maddesi gereğince de fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar kesindir; bu kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulamaz.<sup>32</sup>

Yasanın gerekçesine göre "Düzenleme ile, 6100 sayılı Kanundaki genel düzenleme yanında, iş hukukunun temel prensipleri dikkate alınarak daha kısa sürede kesinleşmesinde yarar umulan dava türlerinin de bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi öngörülmekte ve bu şekilde bir yandan da Yargıtayın iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır".

Bu durumda, İK 20 uyarınca işe iade davalarında, kararda belirtilen boşta geçen süreye dair alacaklar ile iş güvenliği tazminatının toplam miktarı temyize başvuru sınırını aşsa dahi anılan yasanın açık hükmü karşısında istinaf kararı kesin nitelik taşıyacak, temyize tabi olmayacaktır. Buna karşılık, açılan işe iade davası sonucunda hükmedilen sendikal tazminatlara ilişkin kararların (STSK 25/5) dışında, işe iade davası açılmaksızın bağımsız olarak açılan sendikal tazminat davalarında (STSK 25/5, son cümle) hükmedilen miktar istinaf kararının kesinlik sınırının üzerinde ise, temyiz yoluna gidilebilir.<sup>33</sup>

## KAYNAKÇA

- AKI, Erol: İş Sözleşmesinin Feshi, Feshe İtiraz ve Geçersiz Nedenle Yapılan Feshin Hukuki Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, 283-321.
- AKIN, Levent: Termination of labor contracts and unfair dismissal under Turkish labor law, Comparative labor law-policy journal, Summer 2004, 561-591.
- ALP, Mustafa: İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası), DEÜHFD, 2003, S. 1, s. 1-40.
- ALPAGUT, Gülsevil: İş Mahkemeleri Kanun Ta-

29 Süzek, B.14, 647, 651. Güzel, İş Mahkemeleri, 1143,1145. Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 552. Astarlı, 46, 50-51. Çil, 61, 67-68. Aksi görüşte, Narmanlioğlu, 19-21. Özkes, İade Davasının Niteliği, 66.

30 İş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süre ücreti ile diğer hakların dava tarihi esas alınarak belirlenmesinin eleştirisi için bkz. Güzel, İş Mahkemeleri, 1143-1145. Soyer, Bazı Düzenlemeler, 37. Astarlı, 47. Çil, 63.

31 Çelik-Caniklioğlu-Canbolat, 553. Kşz. Ekmekçi, 16.

32 İş Mahkemeleri Kanunu'nda istinaf mahkemesinin kesin kararlarının geniş tutulması ve temyiz yolunun bü-

yük ölçüde sınırlandırılarak adeta istisna haline getirilmesinin haklı eleştirisi için bkz. Güzel, İş Mahkemeleri, 1137-1141. Soyer, Bazı düzenlemeler, 37-38. Alpogut, İş Mahkemeleri, 204-205. Ekmekçi, 17. Astarlı, 51-52. Namılı, 142-144. Belirli miktarı aşan uyuşmazlıklar için aynı görüşte, Özkes-Atalı, 75.

33 Çil, 71-72.

- sarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul 2016, 195-217 (İş Mahkemeleri).
- ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III. Yılında İş Yasası, İstanbul 2005, 200-251. (Sözleşmenin Feshi).
  - ASTARLI Muhittin: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Sicil, 38, 2017, 40-53.
  - AUZERO, G.-BAUGARD, D. DOCKÈS, E.: Droit du travail, éd.31, Paris 2018.
  - BAYCIK, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.
  - BEDÜK, Mehmet Nusret: İş Sözleşmesinin Feshinde Kötüniyet Tazminatı, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, 921-967.
  - BOLDT, Gerhard: La stabilité de l'emploi en droit allemand, La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. Luxembourg 1958, 55-104.
  - CENTEL, Tankut: İş Güvencesi, İstanbul 2012.
  - ÇANKAYA, O.G. - GÜNAY, C.İ. -GÖKTAŞ, S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2005.
  - ÇELİK, N.- CANIKLIOĞLU, N.-CANBOLAT, T.: İş Hukuku Dersleri, B. 31, İstanbul 2008.
  - ÇİL, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2018.
  - EKMEKÇİ, Ömer: Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı, İstanbul 2018, 5-38.
  - EKONOMİ, Münir: Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşv., Mart 2013 Özel Ek, 1-40.
  - GEA, F.-KAUFMANN, O.-KESSLER, F.-MICHEL, S.: La rupture du contrat de travail en droit allemand: Présentation générale, La rupture du contrat de travail en droits français et allemand, Strasbourg 2000, 23-50.
  - GÜZEL, Ali: İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi, Sendikalar Yasası, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, 15-145 (İş Güvencesi).
  - GÜZEL, Ali: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler, ÇT, 50, 2016/3 1131-1146 (İş Mahkemeleri).
  - GÜZEL, Ali: İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları (Eleştirel Bir Yaklaşım), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, İstanbul 2004, 237-317 (Sözleşmenin Sona Ermesi).
  - KAR, Bektaş: İş Güvencesi ve Uygulaması, B. 3, Ankara 2017.
  - KAUFMANN, O.-KESSLER, F.-KÖHLER, P.A.: Le droit social en Allemagne, éd. 2, Bruxelles 2001.
  - KORKUSUZ, Refik: İşe İadeye İlişkin Yargılama Yöntemi ve Türk Hukukunda Uygulaması, Kamu Hukuku Arşivi, Mart 2006, 12-28.
  - KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi, Karar İncelemesi, Sicil, 20, Aralık 2010, 88-101.
  - KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2017.
  - MANAV, A. Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.
  - MOLLAMAHMUTOĞLU, H.-ASTARLI, M.-BAYSAL, U.: İş Hukuku, B. 6, Ankara 2014.
  - NAMLI, Mert: İş Uyuşmazlıkları ve İstinaf, Sicil, 36, 2016, 119-147.
  - NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Açılacak Davanın Konusu, Niteliği ve Davayı Tamamen ya da Kısmen Konusuz Bırakan Olgular, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I. İstanbul 2011, 623-655 (Davanın Konusu).
  - NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Fesih Geçersizliği Davasında Yaptığı

- Değişiklikler), Sicil, 38, 2017, 9-21 (Yeni Çerçeve).
- ODAMAN, Serkan: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2011, Ankara 2013, 129-234.
  - ÖZEKES, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005, 131-170 (Uygulama Sorunları).
  - ÖZEKES, Muhammet: 7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi, Sicil, 39, 2018, 62-77 (İade Davasının Niteliği).
  - ÖZEKES, M.-ATALI, M.: 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, "Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı, İstanbul 2018, 41-122.
  - ÖZKARACA, Ercüment: İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012, 92-136.
  - PEKCANITEZ, H.-ATALAY, O. ÖZKAN, M.S.-ÖZEKES, M.: İcra ve İflas Hukuku, B.3., Ankara 2005.
  - PESKINE, E. -WOLMARK-C.: Droit du travail, ed. 7, Paris 2013.
  - SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu: Geçersiz Feshin Yaptırımları: İşe İade ve Tazminat, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2017, 267-299.
  - SOYER, M. Polat: Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005, 27-69 (Feshe Karşı Koruma).
  - SOYER, M. Polat: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu İle Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, İHSGHD, 37, 2018, 21-46 (Bazı Düzenlemeler).
  - SUBAŞI, İbrahim: Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, İstanbul 2011.
  - SÜZEK, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976 (Fesih).
  - SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, B.1, 2002, B.2, 2005, B.4, 2008, B.9, 2013, B.14, 2017.
  - SÜZEK, Sarper: Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi, İHSGHD, 35, 2012, 57-75 (Yargılama süreci).
  - SÜZEK, Sarper: "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları" Konulu Tebliğe (Prof. Dr. Ali Güzel) Yorum, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, İstanbul 2014, 318-325, 355-359 (Akademik Forum).
  - SÜZEK, Sarper: Sosyal Politikanın Araçlarından Biri Olarak, İş Hukuku, Sosyal Devlet ve Sosyal Politika Semineri, Ankara 2007, 107-115, 119-121, 145-152 (Sosyal Politikanın Araçları).
  - ŞAHLANAN, Fevzi: İş Güvencesi Kanunu'nun Kapsamı ve Yasal Süreç, Mercek, Nisan 2003, 15-20.
  - TAŞKENT, Savaş: Açıklamalı İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, B.11, İstanbul 2018.
  - YILMAZ, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükmün İcra Takibine Konulması, Sicil 21, Mart 2010, 45-52.
  - YİĞİT, Yusuf: İş Hukukunda Geçersiz Fesih Kavramı ve Geçersiz Fesih Üzerine İşe İade Başvurusu Yapan İşçinin İşverence İşe Başlatılmaması ve Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.11, İstanbul 2011, 1143-1205.

Makale Gönderim Tarihi: 1 Kasım 2018  
Makale Kabul Tarihi: 6 Kasım 2018

## Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Özel Hukuk İlişkisi İçinde Olan Çalışanların Buluşları

### Öz

Buluş, insanın düşünsel yeteneğinin bir sonucudur, dolayısıyla buluşun sahibi ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişilerin fikri bir faaliyet içerisinde bulunmaları mümkün olmadığından, tüzel kişiler buluş sahibi olamazlar. Çalışan buluşlarına ilişkin sistem bu prensibin istisnasını teşkil etmektedir.

Bu istisnanın temelinde, bir yanda buluşa yaptığı yatırım, kurduğu organizasyon ve aldığı risklerle zemin oluşturan işverenin teşvik edilmesi, diğer yanda ise istihdam edilen buluşçunun emeğinin karşılıksız kalmasının ve işveren tarafından suiistimal edilmesinin önüne geçilmesi yatmaktadır.

### Anahtar Sözcükler:

Sınai Mülkiyet Kanunu, patent, çalışan buluşları.

## Inventions of the Employees Who are Subject to Private Law Pursuant to the Industrial Property Law

### Abstract

Invention is an outcome of cognitive skills of human, so invention holder can be only natural persons. Employee inventions regulations constitute an exception of this principle that legal persons are not able to be invention holders cause they are not capable of intellectual activity. This

exception is based on two arguments, there are one the one hand encouragement of employers which invest, found organizations and take risks; on the other hand prevention of abuse and receiving a recompense for employee-inventor's intellectual labour.

### Keywords:

Industrial Property Law, patent, employee' inventions

\* Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı - atilademircioglu@gmail.com

\*\* Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı - sergulturkoglu@gmail.com

## Giriş

Zamanımızda teknolojinin geldiği noktada, sanayide özellikle üretim sektöründe araştırma-geliştirme (Ar-Ge) faaliyetleri ve yeni ürünlerin geliştirilmesi bağlamında “yaratıcı düşünce”nin önemi gittikçe artmaktadır. Sanayide “yaratıcı düşünce”nin diğer bir deyişle buluşların (icatların) sahipleri doğaldır ki hizmet sözleşmesiyle ya da benzeri ilişkilerle çalışanlardır.

Çalışan buluşları ile ilgili iş hukuku mevzuatımızda başta 4857 sayılı İş Kanunu (İŞK) olmak üzere diğer iş hukuku düzenlemelerinde de doğrudan özel bir hükme rastlanılmaz. Bu konuda sadece 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 427. maddesinde “Hizmet buluşları üzerinde işçinin ve işverenin hakları, bunların kazanılması ile diğer sınai ve fikri mülkiyet hakları konusunda özel kanun hükümleri uygulanır” düzenlemesiyle özel kanunlara gönderme yapılmaktadır.

TBK md. 427 hükmünde gönderme yapılan özel kanun, 6769 sayılı “Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)” dur<sup>1</sup>. 6769 sayılı Kanun’un amacı; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır (SMK md. 1/1). Bu yasa marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin başvuruları, tescil ve tescil sonrası işlemleri ve bu hakların ihlaline dair hukuki ve cezai yaptırımları kapsar (SMK md. 1/2). Bu bağlamda SMK’nın patent ve faydalı modele ilişkin dördüncü kitabının beşinci kısmında “Çalışanların Buluşları” üst başlığı altında ayrıntılı on maddeden oluşacak şekilde; çalışanların buluşlarının türlerine (hizmet buluşu ve serbest buluş), hizmet buluşuna dair bildirim yükümlülüğüne, işverenin buluşa ilişkin haklarına ve hak talebinde bedele, hizmet buluşu için patent başvurusunun usulüne, çalışan buluşlarına ilişkin hükümlerin emredici niteliğine ve hakkani-

yete uygunluk şartına, tarafların patent başvurusuyla ilgili hak ve yükümlülüklerine, serbest buluşa ilişkin hak ve yükümlülüklerine, çalışanın önalım hakkına, yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlara ve son olarak kamu destekli projelerde ortaya çıkan buluşlara yer verilmiştir.

Öte yandan “Çalışan Buluşlarına, Yükseköğretim Kurumlarında Gerçekleştirilen Buluşlara ve Kamu Destekli Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlara Dair Yönetmelik” (Yönetmelik)<sup>2</sup> 29 Eylül 2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İşbu çalışmanın amacı, oldukça yeni bir tarihte yürürlüğe girmiş olan SMK ve çalışan buluşlarına ilişkin Yönetmelik hükümleri kapsamında çalışan buluşlarını incelemektir. Bu bağlamda sadece özel hukuk ilişkisi içinde olan çalışanların (işçilerin) buluşları ele alınmış, yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar ile kamu destekli projelerde ortaya çıkan buluşlar ise konu dışı bırakılmıştır. Çalışmamızda ilk olarak buluş sahibi olarak çalışan kavramı, sonra hizmet buluşu ve serbest buluş şeklinde buluş türleri ve bunlara ilişkin bildirim yükümlülükleri, daha sonra çalışan buluşuna ilişkin olarak sırasıyla işverenin ve işçinin hak ve yükümlülükleri, son olarak da çalışan buluşlarına ilişkin hükümlerin özellikleri irdelenmiştir.

## I. Buluş Sahibi Olarak Çalışan

SMK uyarınca tesis edilen çalışan buluşları sisteminde bahsi geçen “çalışan” kavramı, özel hukuk sözleşmesi veya benzeri bir hukuki ilişki<sup>3</sup>

<sup>2</sup> RG 29.09.2017 T. 30195 S.

<sup>3</sup> Özel hukuk sözleşmesine benzeyen hukuki ilişkinin ne olduğu hususu net değildir ve tartışmaya açıktır. Bu soruya zaman içerisinde öğretinin görüşleri ve yargı makamlarının kararlarının cevap vereceği şüphesizdir. Bu konuda öğretide, “özel hukuk ilişkisine benzeyen hukuki ilişki” kavramının özel/kamu hukuku ayrımının mantığına aykırı olduğu; çalışan ile işveren arasında bir hizmet ilişkisinin bulunması gerektiği; vekalet, vekalet benzeri sözleşmeler örneğinin acente ve ticari vekil ilişkisinin bu kategoriye girmediği; yine işverene bağımlılık unsurunu taşımayan danışmanların çalışan olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Tekinalp Ünal, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri”, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 74.

<sup>1</sup> RG. 29944 S. 10.01.2017 T. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 551, 554, 555, 556 sayılı Kanun Hükmündeki Kararılar yürürlükten kaldırılmıştır (SMK md. 191).

gereğince, başkasının hizmetinde olan ve bu hizmet ilişkisini işverenin gösterdiği belli bir işle ilgili olarak kişisel bir bağımlılık içinde ona karşı yerine getirmekle yükümlü olan kişiler ile kamu görevlilerini kapsamaktadır (SMK md. 2/1/d). Bu bağlamda SMK'nın, "çalışan" kavramını, İŞK md. 2'de "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi [...] denir" şeklinde tanımlanan "işçi" kavramından oldukça geniş olarak ele aldığı sonucuna varmaktadır<sup>4</sup>. Özellikle mülga 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (PatentKHK)'den farklı olarak "çalışan" tanımının kapsamına ikinci bir kategori olarak kamu görevlilerinin dahil edildiği dikkat çekmektedir<sup>5</sup>. Ayrıca öğrenciler ve ücretsiz olarak belirli bir süreye bağlı olmaksızın hizmet gören stajyerler hakkında da SMK'nın çalışanlara ilişkin hükümleri uygulanacaktır (SMK md. 113/3). Yine çalışan buluşu için uygulanan hükümler, diğer kanuni düzenlemeler ve taraflar arasında yapılan sözleşme hükümleri saklı kalmak şartıyla, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların buluşları hakkında da uygulanacaktır (SMK md. 113/4).

## II. Çalışan Buluşu Türleri

6769 sayılı yasaya göre işçi buluşları "hizmet buluşu" ve "serbest buluş" olmak üzere ikiye ayrılmıştır (SMK md. 113).

### A- Hizmet Buluşu

#### 1. Tanım ve Unsurlar

Hizmet buluşu, çalışanın bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği ger-

çekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak, iş ilişkisi sırasında yaptığı buluş şeklinde tanımlanmıştır (SMK md. 113/1).

Hizmet buluşunun unsurlarını tanımdan hareketle genel olarak, buluşçunun çalışan olması, buluşun bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olunan faaliyet gereği olması, bu faaliyet kapsamında değilse işletmenin veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanması ve son olarak iş ilişkisi sırasında yapılması olarak sayabiliriz.

(i) Buluşçunun çalışan olması gerekir. SMK'ya göre çalışan sayılanları yukarıda açıkladığımızdan burada tekrarlamıyoruz. Belirtmeliyiz ki çalışan sayılan kişinin konumu önemli değildir. Diğer bir deyişle işyeri örgütlenmesinde konumu ne olursa olsun, işçi, ustabaşı, şef, müdür, genel müdür yardımcısı, teknik eleman, tüm bu kişilerin buluşlarına çalışan buluşlarına ilişkin hükümler uygulanır. Doğaldır ki işveren vekili sayılan kişiler de işçi statüsünde olduklarından bunların buluşlarına da bu yasa hükmü uygulanacaktır. Ayrıca buluşçu çalışanların çalışmış oldukları iş yerinin veya işletmenin özel ya da kamu sektöründe olmasının da önemi yoktur<sup>6</sup>.

(ii) Buluşun, çalışanın bir işletme ya da kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyetinin gereği olarak gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir deyişle buluş, çalışanın iş görme borcundan kaynaklanmalıdır. Buluş çalışanın yükümlü olduğu faaliyetinin doğrudan veya dolaylı sonucu olabilir. Örneğin işçi, işletmenin ar-ge biriminde çalışıyorsa yaptığı buluş faaliyetinin doğrudan sonucunu teşkil eder. Buna mukabil işçi üretimde görevli olup araştırmalarla görevli değilse, çalışması sırasında gerçekleştirdiği buluş faaliyetinin dolaylı sonucunu oluşturur<sup>7</sup>.

"Faaliyet gereği" belirlenirken iş hukuku prensipleri dikkate alınacaktır, bu bağlamda faaliyetin kapsamı işçinin tabi olduğu yasaya göre değişecektir. Yani 4857 sayılı İş Kanunu, 857 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ya da 6098

4 Mülga PatentKHK uyarınca da "işçi" kavramının, iş hukuku anlamındaki işçi kavramından geniş olarak düzenlendiği yönünde ayrıca bkz. Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2012, s. 560; Canbolat Talat, İşçi Buluşları, İstanbul, 2007, s. 96; Güneş İlhami, "Türk Patent Hukuku Uygulamasında İşçi (Hizmet) Buluşları, Serbest Buluş Kavramı ve Karşılaştırmalı Hukuk", FMR, C. 10, S. 2010/2, s. 14.

5 Çalışmanın konusunu "özel hukuk ilişkisi içinde olan çalışanların buluşları" teşkil ettiğinden ve kamu görevlileri incelemenin kapsamı dışında olduğundan, makalede "çalışan" ve "işçi" kavramları birbirinin yerine aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

6 Canbolat, s. 97.

7 Davis Jennifer, Intellectual Property Law, 4. Ed., Oxford, 2012, s. 275; Tekinalp, s. 560-561.



sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında işçinin yükümlülüğü hangi faaliyete dayalı ise, ona göre buluşun nitelendirilmesi farklılık gösterecektir. Hatta tarafların yaptığı iş sözleşmeleri, iş yeri uygulamaları, o iş yerinde uygulanan toplu iş sözleşmeleri de yükümlü olunan faaliyet alanının saptanmasında rol oynayacaktır<sup>8</sup>. Bedensel, düşünsel, teknik, bilimsel ya da güzel sanatlarla ilgili her türlü çalışma, iş sözleşmesinin konusu olabildiğine göre buluşun faaliyet konusunun belirlenmesinde bu durumlar da dikkate alınacaktır.

Buluş birden fazla işçi tarafından gerçekleştirilebilir. Bu durumda da hizmet buluşundan söz edilir ve çıkan buluş üzerinde müşterek mülkiyete ilişkin hükümler uygulanır. Kısmi süreye dayalı çalışmalarda da buluşun hizmet buluşu olması mümkündür. Ancak bu durumda işçinin kısmi süreli sözleşmeye dayalı işte çalışma süresi, görev tanımı ve buluşun konusu göz önüne alınarak buluşun hangi faaliyetten kaynaklandığı belirlenmelidir.

(iii) Buluşun, çalışanın bir işletme ya da kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyetinin gereği olmadığı durumda, büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanması gerekir. Bu noktada önemle vurgulamalıyız ki, gerek mülga PatentKHK md. 17/2 hükmünde gerekse SMK md. 113/1 düzenlemesinde "faaliyet gereği olma" unsuru ile "deneyim ve çalışmalarına dayanma" unsuru<sup>9</sup> arasında "veya" bağlacı kullanılmış olup, bu iki unsur birbirine alternatifli şekilde düzenlenmiştir. Buna karşın Yönetmelik md. 4/1/ç bendinde "deneyim ve çalışmalarına dayanma" unsurunun hemen önüne "işyerinin faaliyet gösterdiği alanlar içinde" ifadesi eklenmiştir. Böylece ikinci unsurun kapsamı, normlar hiyerarşisine

aykırı olarak, işyerinin faaliyet konusu ile sınırlandırılmıştır ki bu aykırılık derhal kanun metni ile uyumlu hale getirilmelidir.

Bu unsorda bahsi geçen "deneyim ve çalışmalar"dan, buluşun, işletmenin ar-ge, üretim ve satım faaliyetlerinden elde edilen bilgi, deneyim ve birikimle gerçekleşmiş olması kastedilmiştir. Yoksa buluşun nitelendirilmesinde işletmenin malzeme ve para olanaklarının kullanılmış olması şart değildir; ancak bu olanakların etkili olduğu hususunda da şüphe yoktur<sup>10</sup>.

İşletmenin deneyim ve çalışmalarının buluşun gerçekleşmesinde önemli ölçüde rol oynamış olması gerekir, dolayısıyla deneyim ve çalışmalardan sadece esinlenilmiş olması yeterli değildir. Deneyim çalışmalara örnek olarak; işletmeye ait know-how, üretim süreçleri ve yöntemleri, ticari usuller, işyerinde çalışan diğer kişilerle yapılan görüşmeler, rakip ürünlere ilişkin sözlü ya da yazılı analizler vs. verilebilir<sup>11</sup>.

(iv) Buluşun iş ilişkisi sırasında yapılması gerekir. İş ilişkisi henüz başlamadan veya iş ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleştirilen buluşlar hizmet buluşu değildir. İşverenin bu buluşlar üzerinde herhangi bir talep hakkı söz konusu olmaz. Ancak sözleşme ile işverene iş ilişkisinin hitamından sonra kimi haklar tanınabilir, hatta yasadaki rejimin aynen uygulanması kararlaştırılabilir<sup>12</sup>.

Buluşun çalışma saatleri içinde veya dışında gerçekleşmesinin önemi bulunmamaktadır<sup>13</sup>. Nitekim Almanya'da bir araştırma enstitüsünde çalışan laboratuvar direktörü, uçaklarda kullanılmak üzere fiber malzeme üretilen işletmenin sahip olduğu bilgi birikiminden faydalanarak, boş zamanlarında, hobi olarak uğraştığı rüzgâr sörf-leri için kuvvetlendirilmiş malzemedan bir yelken

8 Canbolat, s. 99.

9 Öğretide, işletmenin faaliyeti gereği gerçekleşen buluşlar "görev buluşu", işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanarak gerçekleşen buluşlar ise "fırsat buluşu" olarak nitelendirilmektedir. Ortan Ali Necip, İşçi Buluşları Hukuku (BK md. 336), İzmir, 1987, s. 119 ve 149; Şehirli Feyzan Hayal, Patent Hakkının Korunması, Ankara, 1968, s. 61; Saraç Tahir, "Çalışanlar Tarafından Gerçekleştirilen Buluşlarda Patent Kime Verilecektir?", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2004, C. 9, S. 2, s. 265.

10 Tekinalp, s. 561.

11 Çataklar Eda, "Sınai Mülkiyet Kanunu İle Çalışanların Tasarımları ve Buluşları Üzerindeki Hak Sahipliği Sistemine Yapılan Değişiklikler", 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 425.

12 Tekinalp, s. 561; Saraç, s. 268.

13 Tekinalp, s. 561; Pınar Mustafa Anıl, "İşçi Buluşları Üzerinde İşçi İle İşverenin Hak ve Yükümlülükleri", Türk Metal, S. 222, 2018, s. 85.

direği geliştirir. Direktörün geliştirdiği buluş, boş zamanlarında üzerinde çalıştığı ve işletmenin faaliyet konusuna dahil olmadığı halde, işletmenin deneyim ve çalışmalarına dayanıldığı için hizmet buluşu olarak kabul edilmiştir<sup>14</sup>.

Gerçek buluş sahipliği ilkesi uyarınca kural olarak buluş, onu meydana getiren kişinin yani çalışanın malvarlığında doğar, ancak işverene buluşu tam veya kısmen devralabilmek üzere kanunen bazı haklar tanınmıştır. Tam da bu noktada işverenin gerçekleştirilen buluştan haberdar kılınması için birtakım bildirim yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu yönüyle çalışan buluşu düzenlemelerinin, gerçek buluş sahipliği ilkesinin istisnasını teşkil ettiğini söylemek hatalı olmaz.

## 2. Çalışanın Hizmet Buluşuna Dair Bildirim Yükümlülüğü

Çalışan, bir hizmet buluşu yaptığında, bu buluşunu yazılı olarak ve gecikmeksizin işverene bildirmekle yükümlüdür. Söz konusu bildirim yükümlülüğünün amacı, işverene, kanundan doğan hakları olan, kısmi veya tam hak talebinde bulunabilmesi ve gerektiği durumda patent veya faydalı model başvurusunda bulunabilmesi için, buluşun mahiyetini doğru bir şekilde değerlendirebilme olanağı sağlamaktır<sup>15</sup>.

Buluş birden çok işçi tarafından gerçekleştirilmiş ise bu bildirim birlikte yapılabilir. İşveren, bildirim kendisine ulaştığı tarihi, bildirimde bulunan kişi veya kişilere gecikmeksizin yazılı olarak bildirir (SMK md. 114/1).

İşverenin haklarını doğru bir durum değerlendirilmesi yaparak kullanabilmesi için, bildirim içeriği yasa koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu bağlamda çalışanın, bildirimde teknik problemi ve hizmet buluşunu nasıl gerçekleştirmiş olduğunu açıklaması ve hatta varsa resmini de işverene vermesi gerekir. Ayrıca çalışan, yararlanmış olduğu işletme deneyim ve çalışmalarını, varsa diğer çalışanların katkılarını ve bu katkılarının şeklini, yaptığı iş ile ilgili olarak aldığı talimatları ve kendi kat-

kı payını da bildirimde belirtir (SMK md. 114/2-3).

İşveren bildirim kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki ay içerisinde, bildirim düzeltilmesi isteminde bulunabilir ve hangi hususların düzeltilmesi gerektiğini işçiye bildirir. Talepte bulunulmaması durumunda, kanuni içeriği taşınamasına rağmen bildirim geçerli kabul edilir (SMK md. 114/4).

Ayrıca çalışanın yasaya göre bildirimde bulunabilmesi için işverenin gereken yardımı yapması zorunludur (SMK md. 114/5).

## B- Serbest Buluş

Çalışanın, hizmet buluşu tanımına uymayan tüm buluşları serbest buluştur (SMK md. 113/2). Serbest buluş çalışanın kişiliğinde doğar ve bütün haklarıyla çalışanda kalır, özetle serbest buluşun sahibi işçidir<sup>16</sup>. Doğal olarak serbest buluşlar için patent veya faydalı model başvurusunda bulunma hakkı çalışandadır.

Serbest buluşu, başlangıçta serbest buluş olanlar ve sonradan serbest buluşa dönüşenler şeklinde ikiye ayırarak inceleyebiliriz. Yasada öngörülen kimi hallerde hizmet buluşu, serbest buluş niteliği kazanmaktadır. Bu haller şu şekilde sıralanabilir:

(i) İşveren bir hizmet buluşu üzerinde kısmi hak talep etmiş ise (SMK md. 115/3),

(ii) İşveren, çalışanın hizmet buluşuyla ilgili bildirim kendisine tebellüğünden itibaren dört aylık süre içinde hak seçimini çalışana bildirmemesi veya hak talebinde bulunmadığına dair bildirimde bulunursa (SMK md. 115/1),

(iii) İşveren, tam hak talebinde bulunmuş olduğu hizmet buluşu için patent veya faydalı model başvurusunda bulunmazsa ve çalışanın belirleyeceği süre içerisinde de başvuru yapmazsa (SMK md. 116/4)

(iv) İşverenin iflas etmesi halinde, çalışan, buluştan kaynaklanan bedel alacağı yerine buluşun serbest buluşa dönüşmesini talep ederse (SMK md. 120/2)

14 Çataklar, s. 425-426 (dn. 35'te anılan yazarlardan naklen).

15 Tekinalp, s. 562.

16 Tekinalp, s. 565.

hizmet buluşu, serbest buluş niteliği kazanır.

Başlangıçta serbest buluş olanlar, işverenin faaliyet alanı içinde değerlendirilebilir nitelikte olmadığı açık olan ve mahiyeti gereği serbest buluş olduğu aşikâr olan buluşlardır. Bu durumlarda çalışanın bildirim yükümlülüğü yoktur (SMK md. 119/3).

Bunun yanı sıra çalışan iş sözleşmesi ilişkisi içerisindeyken serbest bir buluş yaptığı takdirde, durumu geciktirmeden işverene bildirmekle yükümlüdür. Bildirimde, buluş ve gerekiyorsa buluşun gerçekleştirilme şekli hakkında bilgi vermek suretiyle, buluşun gerçek bir buluş sayılıp sayılmayacağı konusunda işverenin bir kanaate varabilmesi sağlanır (SMK md. 119/1). İşveren buluşun serbest bir buluş olmadığına ilişkin itirazını, kendisine yapılan bildirim tarihinden itibaren üç ay içerisinde yazılı bir bildirimle ileri sürebilir (SMK md. 119/2).

Serbest buluş, işletmenin faaliyet alanına girmek veya işletme söz konusu buluşun ilgili olduğu alanda faaliyette bulunmak için ciddi hazırlıklar içindeyse; serbest buluşunu iş ilişkisini sürdürmekte olduğu sırada başka bir şekilde değerlendirmeye başlamadan önce, tam hak tanımsızın uygun koşullar altında buluşundan yararlanmak olanağı vermek için işverene öneride bulunmakla yükümlüdür. Böylece işverene kanun koyucu tarafından tam hak değil, kısmi hak talebi kapsamında inhisari olmayan lisans olanağı tanınmıştır<sup>17</sup>. İşveren, önerinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren üç ay içerisinde yanıt vermezse, bu konudaki öncelik hakkını yitirir. İşveren kendisine yapılan öneriyi kabul eder, ancak öngörülmuş koşulları uygun bulmazsa, koşullar tarafların talebi üzerine yargı tarafından saptanır (SMK md. 119/4).

### III. Çalışan (İşçi) Buluşundan Doğan Hak ve Yükümlülükler

Çalışan buluşlarında da tarafların hak ve yükümlülükleri, iş sözleşmesinin niteliği gereği,

borçlar yasası bağlamında karşılıklı edimler olan "gözetme" (TBK md. 417) ve "sadakat" (TBK md. 396) borcundan doğmaktadır. Nitekim işveren gözetme borcu nedeniyle işçinin kişiliğini korumak, onun kişilik haklarına saygı göstermek zorundadır. İşçi de iş ilişkisinin devam ettiği sürede, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı çıkarlarının korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. Çalışan buluşundan doğan hak ve yükümlülükler, iş sözleşmesinin sona ermiş olmasından etkilenmez (SMK md. 118/4).

## A- İşverenin Hak ve Yükümlülükleri

### 1. İşverenin Hakları

İşveren, hizmet buluşu ile ilgili olarak tam veya kısmi hak talep edebilir. İşveren bu talebi, çalışanın bildirim tarihinden kendisine ulaştığı tarihten itibaren dört ay içinde yazılı olarak çalışana bildirmek zorundadır. Çalışana böyle bir bildirim süresinde yapılmaması veya hak talebinde bulunulmadığına dair bildirim yapılması hâlinde, hizmet buluşu serbest buluş niteliği kazanır (SMK md. 115/1). Öte yandan işverenin hak seçim bildiriminde bulunmasından önce, çalışanın buluş üzerinde yapmış olduğu tasarruflar, işverenin haklarını ihlal ettiği ölçüde, işverene karşı geçersizdir (SMK md 115/4).

#### a. Tam Hak Talebi

İşverenin hizmet buluşuna ilişkin tam hak talebinde bulunması durumunda bununla ilgili bildirim çalışana ulaşması ile buluş üzerindeki tüm haklar işverene geçmiş olur (SMK md. 115/2). İşçinin adının belirtilmesine ilişkin manevi hakkı istisnadır (SMK md. 90/6). İşverenin bildirim kurucu yenilik doğuran hak niteliğinde olup, karşı tarafa ulaşmakla başka işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden (*ipso iure*) hüküm ve sonuçlarını doğurur. İşçinin, işverenin devralma talebini reddetmeye hakkı yoktur<sup>18</sup>.

#### b. Kısmi Hak Talebi

İşverenin hizmet buluşuna ilişkin kısmi hak istemi durumunda, hizmet buluşu serbest buluş niteliği kazanır. Ancak bu durumda işveren kısmi

17 Tekinap, s. 566.

18 Tekinalp, s. 561.

hakka dayanarak bu buluşu kullanabilir. Kısmi hak, işverene inhisari olmayan lisans hakkı verir<sup>19</sup>. Bu kullanma çalışanın buluşunu değerlendirmesini önemli ölçüde güçleştiriyorsa çalışan, buluşa ilişkin hakkın tamamen devralınmasını veya kısmi hakka dayanan kullanım hakkından vazgeçmesini işverenden isteyebilir. İşveren, çalışanın bu isteğine ilişkin bildirimine tebellüğ tarihinden itibaren iki ay içinde cevap vermezse, işverenin kısmi hakka dayanarak buluşu kullanma hakkı sona erer (SMK md. 115/3).

## 2. İşverenin Yükümlülükleri

Patent isteme hakkı, buluşu yapana veya onun haleflerine ait olup bu hakkın başkalarına devri mümkündür (SMK md. 109/1). Tam hak talebinde bulunan işveren, buluşla ilgili olarak Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde, buluş sahibinin halefi olarak, tescil başvurusunda bulunmakla yükümlüdür. Ancak işletme çıkarları gerektiriyorsa, işveren bu başvuru yükümlülüğünden muaf tutulabilir. Başvuru yaptıktan kaçınılması durumunda, buluş için işverenin ödemesi gereken bedelin hesaplanmasında, patent alınmamasından kaynaklanan çalışan aleyhine olası ekonomik kayıplar da dikkate alınır (SMK md. 116/1)

İşverenin tescil başvurusu yükümlülüğünün ortadan kalktığı haller; (i) hizmet buluşunun serbest buluş niteliği kazanması, (ii) çalışanın, buluşu için başvuru yapılmamasına rıza göstermesi, (iii) işletme sırlarının korunmasının başvuru yapmamayı gerektirmesi şeklindedir (SMK md. 116/2).

İşverenin, tam hak talebinde bulunmuş olduğu hizmet buluşuna ilişkin tescil yükümlülüğüne aykırı davranmasının yaptırımı, buluşun serbest buluşa dönüşmesidir. Diğer bir deyişle tam hak talebinde bulunan işveren, tescil başvurusunda bulunmaz ve çalışanın belirleyeceği süre içinde de başvuruyu yapmazsa, buluş serbest buluş niteliği kazanır (SMK md. 116/3)<sup>20</sup>.

19 Tekinlap, s. 565; Canbolat, s. 229; Çataklar, s. 429.

20 Mülga PatentKHK md. 26/3 hükmünde, işverenin tam hak talebinde bulunmuş olduğu hizmet buluşu için başvuruda bulunmaması ve işçinin belirleyeceği süre içinde de başvuruyu yapmaması hallerinde, işçinin, işveren adına ve hesabına, hizmet buluşu için Enstitü'ye başvurabi-

Hem işinin hem de işverenin belli koşullarda buluşa dair sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. İşveren, tam hak talep etmediği takdirde, kendisine bildirim yapılan buluşa ilişkin bilgileri, çalışanın haklı menfaatlerinin devamı süresince gizli tutmakla yükümlüdür (SMK md. 115/5). Söz konusu gizli tutma yükümlülüğü şüphesiz, işverenin buluşun serbest buluş niteliği taşıyıp taşımadığına karar vermesi için ona tanınan üç aylık süre bakımından da geçerlidir<sup>21</sup>.

## B- Çalışanın Hak ve Yükümlülükleri

### 1. Çalışanın Hakları

İşverenin hizmet buluşu üzerinde tam hak talep ettiği durumda, çalışanın da makul bir bedelin kendisine ödenmesini işverenden talep etme hakkı doğar. İşverenin hizmet buluşu üzerinde kısmi hak talep ettiği durumda ise, çalışanın, işverenin buluşu kullanmasına karşılık olarak makul bir bedelin kendisine ödenmesini talep etme hakkı doğar (SMK md. 115/6).

Belirtilmelidir ki, çalışanın işletme içinde buluş gerçekleştirme hususunda arzulu olabilmesi için, işveren lehine kanuni intikal öngören hükümler karşısında, çalışan lehine de bedele ilişkin tatmin edici hükümler sevk edilmesi zorunludur. Ancak SMK'nın bu bağlamda işveren ile çalışan arasında tesis ettiği sistemin dengeli ve hakkaniyete uygun olduğunu ifade etmek güçtür. Nitekim SMK'da bedelin hesaplanmasına ilişkin düzenlemelerde, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlara ödenecek bedelde olduğu gibi net ve açık oranlar<sup>22</sup> yerine işveren tarafında kötüye kullanmaya son de-

leceği düzenlenmiş idi. Görüldüğü üzere mülga Patent-KHK ile işçiye işveren ad ve hesabına başvurma imkânı verilmişken, SMK'nın getirmiş olduğu yeni düzenleme ile tescil başvurusunda bulunmamanın yaptırımı işveren bakımından ağırlaştırılmış ve buluş üzerindeki tüm hak ve yetkiler çalışana bırakılmıştır.

21 Tekinlap, Yenilikler, s. 81.

22 Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlara buluşları için ödenecek bedel, buluştan elde edilen gelirin üçte birinden az olamaz. Ancak buluş konusunun kamu kurum veya kuruluşunun kendisi tarafından kullanılması hâlinde ödenecek bedel, bir defaya mahsus olmak üzere, bedelin ödendiği ay için çalışana ödenen net ücretin on katından fazla olamaz (SMK md. 113/5).

rece açık muğlak kriterler benimsenmiştir<sup>23</sup>. Şöyle ki bedelin hesaplanmasında hizmet buluşunun ekonomik olarak değerlendirilebilirliği, çalışanın işletmedeki görevi ve işletmenin buluşun gerçekleştirilmesindeki payı da dikkate alınır (SMK md. 115/7). İşveren, hizmet buluşuna ilişkin talepte bulunduktan sonra, buluşun korunmaya değer olmadığını ileri sürerek bedelin ödenmesinden kaçınmaz. Ancak buluşun korunabilir olmadığı konusunda açılan dava sonucunda mahkemenin davanın kabulüne karar vermesi hâlinde çalışan, bedel talebinde bulunamaz (SMK md. 115/8).

İşverenin iflas etmesi ve iflas idaresinin de buluşu işletmeden ayrı olarak devretmek istemesi hâlinde çalışanın, yapmış olduğu ve işverenin de tam hak talebinde bulunduğu buluşa ilişkin olarak önalım hakkı vardır (SMK md. 120/1).

## 2. Çalışanın Yükümlülükleri

Çalışan, patent alınabilmesi için gerekli bilgileri işverene vermek ve gerekli yardımı yapmakla yükümlüdür. İşveren de hizmet buluşuna patent verilmesi için yaptığı başvuru ve eklerinin suretlerini çalışana vermek ve çalışanın talebi üzerine başvuru işlemleri sırasındaki gelişmeleri ona bildirmekle yükümlüdür (SMK md. 118/1).

Çalışan, hizmet buluşunu, serbest buluş niteliği kazanmadığı sürece gizli tutmakla yükümlüdür (SMK md. 114/6).

## IV. Çalışan Buluşlarına İlişkin Hükümlerin Özellikleri

Gerek çalışanların buluşlarının özendirilmesi gerekse işverenlerin buluşlara yatırım yapması bakımından kanun koyucu, çalışan buluşlarını emredici kanun hükümleriyle düzenlemiş ve işçiler aleyhine düzenleme ve uygulama yasağı ön görmüştür. Ayrıca çalışan ve işveren arasındaki

sözleşme serbestisine bir sınır getirilerek, sözleşme zamanı kanunen belirlenmiştir. Taraflar, hizmet buluşlarında patent verilmesi için yapılacak başvurudan; serbest buluşlarda ise çalışanın işverene yapacağı bildirim yükümlülüğünden sonra ancak çalışan buluşlarına ilişkin sözleşme akdedebilirler (SMK md. 117/1).

Bunun yanı sıra hizmet buluşları ile serbest buluşlar konusunda işveren ile çalışan arasında yapılan sözleşmeler, çalışan buluşlarıyla ilgili emredici hükümlere aykırı olmasa dahi, önemli ölçüde hakkaniyetle bağdaşmıyorsa geçersiz sayılır. Aynı kural belirlenen bedel için de geçerlidir (SMK md. 117/2).

Sözleşmenin veya belirlenmiş olan bedelin hakkaniyete aykırı olduğu hakkındaki itirazlar, iş sözleşmesinin bitiminden itibaren en geç altı ay içinde yazılı olarak ileri sürülebilir (SMK md. 117/3).

## V. Görevli Mahkeme

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu<sup>24</sup> md. 5/1/a hükmü uyarınca, 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemi adamları, 4857 sayılı İş Kanununa veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarında iş mahkemeleri görevlidir.

Bu hükümden hareketle öğretide bir görüşe göre, TBK md. 427 hükmünün yollaması gereği uygulanacak olan SMK bağlamında işçi ve işverenin arasındaki hak sahipliği, bedel ödeme, patent başvurusu ve yükümlülüklerin ihlali nedeniyle doğan zararları isteme gibi uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görüleceği ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Bu görüşe gerekçe olarak, 5521 sayılı mülga İş Mahkemeleri Kanununun uygulandığı zamanda verilen, Yargı-

23 SMK'nın bedele ilişkin hükümlerinin açıklık ve kesinlikten yoksun olduğu, hakkaniyet bakımından tatmin edici olmadığı, çalışanın buluş gerçekleştirme hususunda cesaretlendirmek yerine aksine caydırıcı nitelikte olduğu öğretide ayrıca ifade edilmiştir. Tekinalp, Yenilikler, s. 78-79.

24 RG. 30221 S. 25.20.2017 T.

25 Kar Bektaş, "İşçinin Düşünce Hürriyeti ve İşçi Buluşları", Prof. Dr. Turhan Esener 3. Uluslararası İş Hukuku Kongresi, Nisan 2018 (Tebliğ metni basılmamıştır).

tay 9. HD'nin, "işçi tarafından üretilen buluşun, sır saklama yükümlülüğü ihlal edilerek yeni çalıştığı işyerinde üretilmesi nedeniyle işverenin tazminat talebine ilişkin uyuşmazlık hakkında iş mahkemelerinin görevli olduğunu" kabul eden kararı gösterilmiştir<sup>26</sup>. Söz konusu görüş tarafından, SMK ve Yönetmelik hükümlerinde tahkim usulünün öngörülmesi olmasının, özel kanun olan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca iş mahkemelerinin görevini etkilemediği, kaldı ki işçi veya işveren tarafından zararın tazmini veya bedel ödeme istemi ile dava açılmadan önce dava şartı olan arabulucuya başvurunun da zorunlu olduğu dile getirilmiştir.

Oysa SMK md. 115/11 uyarınca çalışan buluşları ile ilgili bedel tarifesi ve uyuşmazlık hâlinde zorunlu tahkim yolu öngörülmesi ve uygulanacak tahkim usulünün de yönetmelikle düzenleneceği vurgulanmıştır. İlgili Yönetmelik md. 24 hükmü uyarınca da, ödenecek bedelin miktarı ve ödeme şekli üzerinde, işveren hizmet buluşu üzerinde tam hak talebinde bulunmuşsa patent veya faydalı model verildiği tarihten, kısmi hak talebinde bulunmuşsa işverenin buluştan yararlanmaya başladığı tarihten itibaren iki ay içinde anlaşamamaları halinde uyuşmazlığın bu Yönetmelikteki hesaplamalar kapsamında tahkim yoluyla çözümleneceği belirtilmiştir. SMK'ya nazaran daha yeni tarihli fakat genel hüküm (*lex generalis*) niteliğindeki İş Mahkemeleri Kanunu'nun, özel hukuk ilişkisi içinde olan çalışanların buluşlarında bedelin tespitine ilişkin zorunlu tahkim prosedürünü bertaraf edip etmediği ise tartışmaya açıktır.

## Sonuç

SMK ile yeniden kaleme alınan, özel hukuk ilişkilerine dayanan çalışanların buluş sistemi, mülga PatentKHK ile hüküm altına alınmış olan önceki sistemi büyük ölçüde yansıtmaktadır. Ancak çalışan buluşlarına ilişkin Yönetmelik'teki bazı hükümlerin SMK ile çeliştiği ve normlar hiyerarşisine

uygun olmadığı söylenebilir. Söz konusu yasaya aykırı bu çelişkilerin, gözden geçirilmesi, yasaya uygun hale getirilmesi ve yargı makamlarınca da farkındalıkla uygulanması gerekir.

İşverenin kurmuş olduğu organizasyonda çalışanın, buluş gerçekleştirme arzusu ve motivasyonu ile iş görebilmesi için özellikle bedel konusunda menfaatlerinin tam anlamıyla tatmin edileceğine dair bir inancı ve hukuk güvenliği bulunmalıdır. Bunun sağlanması için de bedelin tespitine ilişkin kıstasların muğlak ve oldukça esnek yorumlanabilecek nitelikte olmaması gerekir. Mevcut yasal düzenlemelerin çalışanın menfaatlerini karşılama hususunda yetersiz kaldığı iş bu çalışmada tespit edilmiş olup, iş dünyasındaki araştırma ve geliştirme teşvik edilmesi ve ülke ekonomisinin ilerlemesi için hükümlerin revize edilmesi elzemdir.

Öte yandan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun getirmiş olduğu, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğine ilişkin düzenlemenin, önceki tarihli fakat özel nitelikteki (*lex specialis*) SMK ve Yönetmelik hükümlerini görevli mahkeme ve zorunlu tahkim prosedürü noktasında mülga edip etmediği hususu ise tartışmaya değer niteliktedir. Zaman içerisinde mahkeme kararlarının bu tartışmayı aydınlatacağında şüphe yoktur.

## KAYNAKÇA

- Canbolat Talat, İşçi Buluşları, İstanbul, 2007.
- Çataklar Eda, "Sınai Mülkiyet Kanunu İle Çalışanların Tasarımları ve Buluşları Üzerindeki Hak Sahipliği Sisteminde Yapılan Değişiklikler", 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 409 vd.
- Davis Jennifer, Intellectual Property Law, 4. Ed., Oxford, 2012.
- Güneş İlhami, "Türk Patent Hukuku Uygulamasında İşçi (Hizmet) Buluşları, Serbest Buluş Kavramı ve Karşılaştırmalı Hukuk", FMR, C. 10, S. 2010/2, s. 13 vd.

26 Y. 11. HD. 11.10.2016 tarih ve 2016/15516 E., 2016/17659 K. sayılı kararı

- Kar Bektaş, "İşçinin Düşünce Hürriyeti ve İşçi Buluşları", Prof. Dr. Turhan Esener 3. Uluslararası İş Hukuku Kongresi, Nisan 2018 (Tebliğ metni basılmamıştır).
- Ortaç Ali Necip, İşçi Buluşları Hukuku (BK md. 336), İzmir, 1987.
- Pınar Mustafa Anıl, "İşçi Buluşları Üzerinde İşçi İle İşverenin Hak ve Yükümlülükleri", Türk Metal, S. 222, 2018, s. 85 vd.
- Saraç Tahir, "Çalışanlar Tarafından Gerçekleştirilen Buluşlarda Patent Kime Verilecektir?", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, 2004, C. 9, S.2, s. 257 vd.
- Şehirali Feyzan Hayal, Patent Hakkının Korunması, Ankara, 1968.
- Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2012.
- Tekinalp Ünal, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikleri", 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 5 vd. (Anılış: Yenilikler).

## Doç. Dr. Cenker GÖKER\* -Dr. Çağıl SÜT GÖKER\*\*

Makale Gönderim Tarihi: 4 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 12 Aralık 2018

### Toplu İş Sözleşmeleri Hükümlerine Göre Gerçekleşen Ücret Artışlarının ve Geriye Yönelik Olarak Ödenen Ücret Farklarının Vergi Rejimi

#### Öz

Toplu İş Sözleşmeleri, işveren ve işçilerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen sözleşmelerdir. Bu sözleşme hükümlerinde, ücretlerde belirli dönemlerde artış gerçekleşeceği de düzenlenmektedir. Bu artışlar söz konusu olduğunda artışların net ücret üzerinden mi yoksa brüt ücret üzerinden mi gerçekleşeceği ve toplu iş sözleşmelerinde geriye yönelik ödemeler söz konusu olduğun-

da işçilerin bu gelirin hangi yılın geliri olduğu gibi konular tartışma konusudur. Sözleşmede bu konu açıkça belirtilmemişse taraflar artış nedeniyle doğacak gelir vergisi yükünün kimi üzerine kalacağı konusunda uyuşmazlık içine düşmektedir. Çalışmada, Toplu İş Sözleşmelerindeki ücret artışlarının vergi hukuku açısından sonuçlarına değinilecektir.

#### Anahtar Sözcükler:

Toplu İş Sözleşmesi, Ücret Artışı, Vergi Yüğü

### Tax Regime of Wage Rises and Differences According to Terms of Collective Bargaining Agreement

#### Abstract

Collective Bargaining Agreements are contracts that regulate the rights and obligations of employers and employees. The provisions of this contract also regulate the increase in wages in certain periods. It is a matter of debate whether wage increases will be made over net wages or gross wages and if there is a

retrospective payment, which year would be accepted as the year of income. If this subject is not explicitly stated in the agreement, the parties would be disagreeing on the income tax burden. In this study, the consequences of Collective Agreements' wage increases in terms of tax law will be addressed.

#### Keywords:

Collective Bargaining Agreements, Wage Rise, Tax Burden

\*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı-cenkerogker@gmail.com

\*\*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı-cagilsut@gmail.com



## Giriş

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Tanımlar başlıklı 2'nci maddesinin (h) bendi uyarınca Toplu iş sözleşmesi: İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi, ifade etmektedir. 6356 sayılı Kanun'un sistematüğinde toplu iş sözleşmeleri türleri olarak işyeri, işletme ve grup toplu iş sözleşmeleri sayılmıştır. Çerçeve sözleşmenin, açıkça ifade edilmese de bir toplu iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Her durumda işçi ve işverenin iradesiyle imzalanan toplu iş sözleşmesi ile tarafların karşılıklı hak ve borçları belirlenmektedir. Bu hak ve borçlar içinde dikkat çeken nokta ekonomik haklar olmaktadır. İşçilerin alacakları ücretler ve bu ücretlerde toplu iş sözleşmesi süresince gerçekleşecek değişiklikler imza altına alınmaktadır. Ancak toplu iş sözleşmelerinde belirlenen işçi ücretlerinde sözleşmeden bağımsız bir unsur olarak Gelir Vergisi Kanunu da önem taşımaktadır. Şöyle ki, işverenler vergi sorumlusu sıfatıyla yanında çalıştırdıkları işçilerin elde ettikleri ücretten vergi kesintisi yapmak zorundadırlar. İşçiler bakımından her ne kadar gelir vergisi yönünden vergiyi doğuran olayı gerçekleştirerek ücret elde ediyor olsalar da ellerine geçen şekli ile ücretleri net ücrettir. Özetle sosyal güvenlik primleri ve gelir vergisi kesintisi yapılmış net ücret işçiye ödenmektedir.

Toplu iş sözleşmelerinde belirlenen ücretlerin artırılmasına ilişkin hükümlerde ücretin net veya brüt olarak ifade edilmesi, vergi yükünün kimin üzerinde kalacağını belirlemektedir. Toplu iş sözleşmelerinde bu şekildeki anlaşmaların

vergi hukuku açısından geçerliliği ise önemli bir konudur. Vergi Usul Kanunu'nun 8'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna mütaallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz." hükmü gereği vergi idaresi, toplu sözleşmede konunun netleştirilmemesi durumunda ücret artışlarına ilişkin olarak sorumlu sıfatıyla işverenlere yönelecektir. Toplu iş sözleşmesinde hükümler her ne kadar iç ilişkide tarafları bağlasa da, mükelleflerin vergi kanunları karşısındaki durumlarında değişiklik yapamaz<sup>2</sup>. Dolayısıyla, işverenlerin vergi sorumluluğuna ilişkin yükümlülüklerinde tartışmaya açık bir nokta söz konusu olduğunda vergi idaresi kanun hükmünü uygulayacaktır. Bu nedenle, toplu iş sözleşmelerinde konunun netleştirilmeye ihtiyaç duyduğu açıktır.

Çalışmanın bir diğer konusu ise toplu iş sözleşmelerinin imzalanma aşamasındaki gecikmeler nedeniyle veya başka nedenlerle işçilere geriye dönük ödeme yapıldığında, bu ödemelerin hangi yılın geliri sayılacağı hususudur. Vergilendirmede dönemsellik esası geçerlidir. Bir mali yıl istisnaları hariç olmak üzere 1 Ocakta başlar aynı yılın 31 Aralık gününün sonunda sona erer. Toplu iş sözleşmeleri genellikle mali yıla uygun şekilde 1 Ocak tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde başlatılır. Ancak mali yıl başladıktan sonra da her an Toplu İş Sözleşmesi imzalanabilir. Böyle bir durumda işçilere geriye yönelik ödeme yapılması söz konusu olduğunda, ödemenin gerçekleştiği yıl ile toplu iş sözleşmesinde ödenmesi kararlaştırılan ücretin karşılığı olan çalışmanın olduğu yıl farklılaştığında bu gelirin hangi yılın geliri sayılacağı konusu da tartışma yaratmıştır.

1 Eyrenci, Öner, 6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel S., 2013, s.119. Aksi görüş için bkz. Çelik, Nuri - Caniklioğlu, Nurşen - Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2018, s. 881-882.

2 Şenyüz, Doğan - Yüce, Mehmet - Gerçek, Adnan, Vergi Hukuku (Genel Hükümler) 7. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 103; Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 181.

## Toplu İş Sözleşmelerindeki Ücret Artışına ve Geçmiş Dönem Ödemelerine İlişkin Hükümlerin Vergi Hukuku Açısından Sonuçları

Toplu iş sözleşmelerinde işçilere ödenecek ücretler farklı kalemlerde belirlenir. Ücret, çalışma karşılığı ödenen ücret, fazla mesai ücreti, tazminat, yolluk vb. şeklinde somutlaşır. Bu anlamda Gelir Vergisi Kanunu'nun 61'inci maddesine göre, "Ücret, işverene tabi 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 adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez." hükmü ücretin ne kadar farklı şekillerde söz konusu olabileceğini de göstermektedir. Hatta ücret para olarak ödenebileceği gibi ayın şeklinde de ödenebilir<sup>3</sup>.

Toplu iş sözleşmelerinde ücretlere ilişkin belirleme yapılırken sözleşmenin geçerlilik süresince ücretlerde yapılacak artışlar da düzenlenir. Örneğin, sözleşmenin imzalanmasından itibaren 6 ay sonra ücretlere %10 zam yapılacağı şeklinde bir maddenin yer alması mümkündür. Çalışmanın özünü oluşturan soru tam da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Sözleşmelerde bu şekilde bir artış gerçekleştiğinde bu artışın, sözleşmede belirlenen net ücret üzerinden mi brüt ücret üzerinden mi gerçekleşeceği tartışmaya değerdir. Şöyle ki, toplu iş sözleşmesinde bir işçinin alacağı ücretin 3.000 TL olarak belirlendiği varsayımı üzerine şunlar söylenebilir: 2018 yılı ücret gelirlerine uygulanacak artan oranlı gelir vergisi tarifesine göre

14.800 TL'ye kadar olan gelirler % 15 oranında gelir vergisine tabi iken, 14.800 ile 34.000 TL arası gelirler %20, 34.000 TL ile 120.000 TL arası gelirler %27 ve 120.000 TL üzeri gelirler ise % 35 oranında gelir vergisine tabidir. Bu durumda 3.000 TL maaş alacak işçinin maaşının vergi oranlarının yıl içinde %15'ten %20'ye sonra da %27'ye yükseleceği açıktır. Ancak açık olmayan durum 6 ay sonra gerçekleşecek maaş zammı olan %10'luk artışın, işçinin net maaşının mı üzerine geleceği, yoksa brüt ücretinin %10'u kadar mı artışın gerçekleşeceği

Konunun bir başka yönü ise gelir vergisi kanununa göre açık şekilde işverenin vergi sorumlusu sıfatı taşıması nedeniyle, ücret artışının net veya brüt ücret üzerinden gerçekleşecek olmasına ilişkin sözleşme hükmünün, vergi idaresi bakımından bir sonuç doğurmayacak olmasıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere Vergi Usul Kanunu'nun 8'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna mütaallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz." hükmü uyarınca tarafların aralarındaki sözleşme sadece tarafları bağlayacak ancak vergi yükünün aktarılması veya vergi sorumluluğunun yönünün değiştirilmesine ilişkin sözleşme hükümleri vergi idaresi tarafından dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle toplu sözleşmelerde öngörülen ücretlerin ve ücret artışlarının brüt veya net ücret olması vergi idaresi açısından değil toplu sözleşmenin tarafları açısından önem taşımaktadır. İşverenlerin yapmaları gereken vergi kesintisi Gelir Vergisi Kanunu'nun 103'üncü maddesinde belirlenen artan oranlı tarifeye göre belirlenecektir. İşçinin elde ettiği ücret üzerinden gelir vergisi kesintisi dışında ayrıca 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 80'inci maddesi uyarınca SGK primi yanında işsizlik sigortası primi ve damga vergisi kesintisi de yapılmalıdır. Dolayısıyla bu kesintilerden herhangi birinin yapılması hâlinde belirlenecek net tutar hatalı olacaktır<sup>4</sup>. Görüleceği üzere vergi idaresi açısından açık

3 Öncel, Mualla - Kumrulu, Ahmet - Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 27. Baskı, s. 286.

4 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, E. 2016/9-571, K.

olmayan bir durum söz konusu değildir.

## Net Ücret Olarak Belirlenmişse

Toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücretler net olarak ifade edilmiş ise bu durumda bu ücretin brütü üzerinden işveren tarafından sosyal güvenlik primleri ve gelir vergisi kesintileri gerçekleştirilecektir. İşçiler sözleşmede belirlenen net ücreti, çalışmalarını karşılığında elde edeceklerdir. Toplu sözleşmede belirlenen süre örneğin 6 ay süre sonunda işçi ücretlerine % 10 zam yapılacağı belirlenmişse böyle bir belirleme durumunda ücretlerin brütüne mi yoksa net ücretlerine mi %10 zam olacağı konusunda artışın net ücret üzerine geleceğinin kabulü gerekir. Bu durumda ise işverenler, işçilerin ücretlerinin yıl içindeki toplamı nedeniyle girecekleri üst vergi diliminin farkını da üstlenmek zorunda kalacaklardır. Oysaki bu vergi yükü, Gelir Vergisi Kanununa göre işçilerin üzerinde kalmalıyken aralarındaki sözleşmeden dolayı işverenler, sorumlu sıfatıyla ücretlerdeki %10 artış nedeniyle doğacak vergi yükünden sorumlu hale geleceklerdir. Bir başka ifadeyle, aralarındaki sözleşme, VUK 8/3 maddesi uyarınca vergi idaresini bağlamamasına karşın tarafları bağlayacağından artışın getireceği fazladan vergi yükü işveren üzerine kalacaktır. Sonuçta, net olarak belirlenmiş ücretlerin örneğin %20'lik vergi diliminden %27'ye çıkması durumunda, işçinin ücretinde bir değişiklik olmayacak ancak %7'lik dilim farkı işverenlerin üzerinde kalacaktır.

## Brüt Ücret Olarak Belirlenmişse

Toplu iş sözleşmelerindeki ücretler brüt olarak belirlenmiş ise işçilerin ücretlerinde yapılacak artışların da brüt üzerinden gerçekleşeceği tabiidir. Bu durumda, ücret artışları nedeniyle ücretin tabi

olduğu Gelir Vergisi Kanununun tarife basamağı örneğin %15'ten %20'ye çıktığında, vergi yükünü bu kez hissedecek olan, ücretindeki artışa karşın ödediği vergi artacak işçi olacaktır. Uygulamada toplu sözleşmelerde belirlenen ücretlerin net mi brüt mü olduğu konusunda uyuşmazlıklar da söz konusu olabilmektedir<sup>5</sup>. Bu nedenle ücretin brüt mü yoksa net mi olduğunun belirlenmesi, sonrasındaki artışlar nedeniyle gündeme gelecek vergi yüküne kimin katlanacağını etkileyeceğinden netleştirilmesi elzem bir konudur. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararında konuya şu şekilde yaklaşmaktadır:

"...Taraflar arasında davacının ücret tutarı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır. İşyerinde uygulanmakta olan 01.01.2010-31.12.2011 tarihli Toplu İş Sözleşmesinin ücret zammının düzenlendiği 26. maddesinde; sözleşmenin 1. yılında fazla çalışma ve vasıta yardımı içinde olmak üzere ödenen net aylık ücret, asgari net ücretin 1 günlük tutarı kadar artırılarak ödenir. 31.12.2010 tarihinde almakta oldukları net aylık ücretlerine 01.01.2011 tarihinde geçerli olmak üzere TÜİK Türkiye geneli TÜFE artış oranına 1 puan eklenerek bulunacak oran ücret zammı olarak yansıtılır, düzenlemesi mevcuttur. Buna karşın; karara dayanak alınan raporda, hesaplamalar net yerine brüt tutarlar üzerinden artırım uygulanmak suretiyle yapılmış olup, ücret farkları hesaplanırken ise, ödenmesi gereken tutarlar brüt ücret tutarları üzerinden, ödenen yevmiyeler ise net ücret tutarları üzerinden gösterilerek mahsup edilmiş olduğundan, davalı aleyhine olmak üzere hatalı sonuç bulunmuştur..."<sup>6</sup> Görüldüğü üzere ücretin ve ücret artışlarının net mi

5 Örneğin, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinde görülen bir davada şu şekilde karar verilmiştir: "Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının alacakları Toplu İş Sözleşmesine göre 555,00 TL net ücret aldığı kabul edilerek hesaplanmış ise de Toplu İş Sözleşmesinde ücretin net mi brüt mü olduğu konusunda açıklık bulunmamaktadır. Ancak dosyaya sunulan bordrolarda davalı tarafından ücretin Toplu İş Sözleşmesinde belirlenen ücret brüt kabul edilerek ödendiği anlaşılmaktadır." Yargıtay 7. Hukuk Dairesi E. 2015/44162 K. 2016/11486, 26.05.2016, www.kazanci.com (erişim tarihi 05.12.2018)

6 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E. 2015/15468 K. 2017/13550, 06.06.2017, www.kazanci.com (erişim tarihi 05.12.2018)

2017/1454, 29.11.2017, www.kazanci.com (erişim tarihi 05.12.2018)

brüt mü olduğuna göre hesaplamalarda değişiklik söz konusu olabilmektedir.

## Geçmiş Döneme İlişkin Ödemelerin Hangi Yılın Geliri Sayılacağı

Toplu iş sözleşmesinin imzalandığı yıldan önceki yıllara ilişkin veya yürürlüğe girmesindeki gecikmeler nedeniyle önceki yıla ilişkin ödemeleri gerçekleştirmesi durumunda işçilerin elde ettikleri gelirin, içindeki bulunulan mali yılın geliri olacağı tabiidir. Konuya ilişkin Gelir Vergisi Kanunu 166 seri no'lu Genel Tebliğ'de şu açıklama yapılmıştır. *"Buna göre, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin uzaması ve sözleşmenin sonraki takvim yılında imzalanması veya sözleşme aynı yılda imzalanmakla beraber sözleşmeden doğan farkların müteakip takvim yılında tahakkuk ettirilerek ödenmesi halinde, toplu sözleşmeden doğan farklar, tahakkuk ve ödemesinin yapıldığı yılın ücreti olarak kabul edilmek suretiyle vergilendirilecektir."* Görüldüğü üzere dönemsellik ilkesine uygun şekilde işçilere geriye yönelik ödeme yapılması durumunda, gelirin ödemenin yapıldığı yılın geliri sayılacaktır. Konunun çözümü bu kadar net olmasına karşın sonuçları nedeniyle tartışma yaratmaktadır. Şöyle ki, işçilere yapılan ödemeler içinde bulunulan yılın geliri sayıldığında, işçilerin ücretleri üzerindeki gelir vergisi yükü, tarife basamağının başlangıcından hızlı bir şekilde diğer basamaklara bir diğer deyişle %15'den %20'ye veya %27'ye çıkılmasına neden olmaktadır. Ancak sonuçta bir gelir elde edildiğinden, verginin ödeneceği tabiidir. Tartışma konusu olan nokta geçmişe yönelik ödemelerin yarattığı bu ani veya hızlı vergi dilimi değişikliğine işçilerin katlanmak zorunda oluşudur. Konuya ilişkin çözüm arayışı, vergi hukukunun tarafsızlığı nedeniyle sonuçsuz kalacaktır. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın görüşü de benzer şekilde bu yüke ücret gelirini elde eden işçi kesiminin katlanmak zorunda kalacağı şeklindedir. Aksi halde vergi sorumlusu sıfatıyla işçilerin ücretlerinden ödenmesi gereken gelir vergilerini

kesinti yoluyla vergi idaresine ödenmesine muhatap olan işverenlerin, işçilerinin vergi yüklerini paylaşmaları haksız sonucunu doğuracaktır.

## Sonuç

Toplu İş Sözleşmelerinde işçi ve işverenlerin yoğun gündemi ücret ve ücret artışlarının belirlenmesi üzerinedir. Sözleşmelerde yer alan ücretlerin belirlenmesinde olduğu kadar ücretlerin hangi aralıklarla artacağına ilişkin hükümleri de oldukça tartışmalı müzakerelere sahne olabilmektedir. Bu noktada özellikle uygulamada ortaya çıkan bir sorun ise göz ardı edilebilmekte veya konunun önemine rağmen gözden kaçabilmektedir. Toplu İş Sözleşmesi ile belirlenen ücretlerin genellikle brüt olduğu görülse de zaman zaman konuya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasına da rastlanılmaktadır. İşçilerin ücreti net olarak belirtilmişse işverenin sorumlu olduğu sosyal güvenlik primleri ve gelir vergisi kesintileri bu net ücret üzerinden brüt ücrete gidilmesi ile bulunmaktadır. Bu durumda, ücretlerde gerçekleşmesi öngörülen artışların net ücret üzerinden mi yoksa brüt ücret üzerinden mi gerçekleşeceği konusunda önemli bir ayrıntı, konunun uyuşmazlığa dönüşmesine neden olmaktadır. Ücret artışları sonrasında işçilerin ücretlerinden yapılması gereken gelir vergisi kesintileri, ücretin bir üst vergi dilimine girmesi durumunda daha da artacağından, bu yüke ücret net olarak belirlenmişse işveren, ücret brüt olarak belirlenmişse işçi katlanacaktır. Toplu iş sözleşmesinde konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmaması durumunda uyuşmazlıklar doğacağı açıktır. Bu soruna mahal vermemek için Toplu İş Sözleşmelerinde ücret artışları düzenlenirken konunun tereddüt bırakmayacak ifadelerle hükme bağlanması gerektiği değerlendirilmektedir.

Çalışmanın bir diğer konusu olan toplu sözleşmeden kaynaklanan geriye yönelik ücret ödemelerinin hangi yılın geliri olduğu konusudur. Yukarıda açıklandığı üzere mali yıl içinde elde edilen gelirler o yılın geliri sayılacağı konusunda tartışma yoktur. Tartışma bu yüke katlanan işçilerin Gelir vergisi tarifelerinin ilk dilimlerinden üst

dilimlere geçilmesi nedeniyle doğan ve artan vergi yüküne katlanmak zorunda oluşlarıdır. Konunun çözümü için öneriler olabilir ancak mevzuat değişmediği sürece ve dönemsellik ilkesi var olduğu sürece gelir, elde edildiği mali yılın geliri sayılmaya devam edecektir.

## KAYNAKÇA

- Çelik, N. - Caniklioğlu, N. - Canbolat, T. (2018) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Eyrenci, Ö. (2013), 6356 Sayılı Kanunda Toplu İş Sözleşmesi Türleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel S., s.119-146.
- Karakoç, Y. (2017), Genel Vergi Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Öncel, M. - Kumrulu, A. - Çağan, N. (2018) Vergi Hukuku, 27. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Şenyüz, D. - Yüce, M. - Gerçek, A. (2016) Vergi Hukuku (Genel Hükümler) 7. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E.2015/15468 K.2017/13550, 06.06.2017, www.kazanci.com (erişim tarihi 05.12.2018)
- Yargıtay 7. Hukuk Dairesi E. 2015/44162 K. 2016/11486, 26.05.2016, www.kazanci.com (erişim tarihi 05.12.2018)
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, E. 2016/9-571, K. 2017/1454, 29.11.2017, www.kazanci.com (erişim tarihi 05.12.2018)

## Doç. Dr. Mahmut KABAKCI\*

Makale Gönderim Tarihi: 8 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 14 Aralık 2018

### Karayolu Taşımacılığında Şoförlere Sefer Başına Yapılan Ödemelerin Hukuki Niteliği

#### Öz

Ülkemizde karayolu taşımacılık sektöründe yabancı ülkelerdeki yasaklamalara rağmen şoförlere sefer başına (performans esaslı) ücret ödenmesi uygulaması vardır. Bu uygulama şoförleri daha fazla sefer ve dolayısıyla daha fazla kazanç amacıyla iş güvenliğine aykırı olarak trafik kurallarını ihlale sevk etmektedir. En az bu derecede olumsuz bir başka sonuç, işverenlerin sefer başına ödemeyi harcırah olarak nitelendirmeleridir. Çünkü harcırah

nitelendirmesi kabul edildiğinde ücret eki olarak çıplak ücretten sayılmayacak, çıplak ücretin esas olduğu haklar asgari ücretten hareket edilecektir. Yine sosyal sigorta ve vergi mevzuatı uyarınca harcırahtan sigorta primi ile vergi kesilmeyecektir. Bu nedenle sefer başına ödemelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi büyük öneme sahip olup, konu bu çalışmada Yargıtay kararları bağlamında incelenmiştir.

#### Anahtar Sözcükler:

Ücret, sefer primi, harcırah, garanti ücret, prime esas kazanç

### Legal Nature of the Wage Drivers Get per Expedition in Road Transport

#### Abstract

Despite the prohibitions in foreign countries, in our country, there is a practice of drivers to get a wage per expedition (performance-based wage) in the road transport sector. This practice drives drivers to violate traffic rules contradictory to work safety in order to make more expedition and hence make a gain. The fact that employers tend to qualify this wage per expedition as travel allowance is as just negative as the above-mentioned result. Because when this travel allowance-qualification

is accepted, this allowance will not be a part of wage any more, minimum wage will be the starting point, regarding the rights based on real wage. Again, in accordance with social insurance and tax legislation, the tax and premium will not be deducted from the allowance. Therefore, determining the legal nature of the payments per expedition is of great importance and the issue has been examined in the context of the Court of Cassation judgments in this study.

#### Keywords:

Wage, expedition premium, travel allowances, guaranteed wage, earnings taken as basis for premium.

\*İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku - mkabakci@itu.edu.tr

## I. Giriş

İş hukuku uygulamasında dava açma oranının en yüksek olduğu sektörün karayolu taşımacılığı olduğu, yurtdışı seferlerde çalışan şoförlerden %95'inin işten ayrıldıktan sonra dava açtığı bildirilmektedir. Mahkeme kararlarına yansıyan olaylardan uluslararası tır şoförlerinin ücret uygulamasının genel olarak asgari ücret artı her sefer için yapılan bir ödeme şeklinde olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır<sup>1</sup>. Bu ücret sistemiyle ilgili ortada adeta yazılı olmayan bir kanun düzenlemesi vardır. Uygulamada asgari ücrete ilave olarak sefer başına yapılan ödemeler, harcırah, yolluk, sefer primi, yol primi gibi farklı isimler ile anılmaktaysa da işlevi itibariyle kastedilen ödeme tektir.

İsmlendirmedeki bu çeşitliliğe karşın iş ve sosyal güvenlik hukuku bakımından bu ödemeleri nitelendirilme, hukuki sonuçları bakımından büyük öneme sahiptir. İşverenlerin harcırah nitelendirmesi esas alındığında, bu şoförlerin çıplak ücretlerinin asgari ücret olduğu, sefer başına yapılan ödemelerin 5510 sayılı Kanununun 80. maddesi uyarınca sosyal sigorta primi ve vergi mevzuatı gereği de gelir vergisi kesintisinden muaf olduğu söylenecektir. Ancak sefer başına yapılan ödemelerin her zaman döviz olarak yapılması, bunların aylık toplamının ortalamada asgari ücretin 3-4 katı düzeyde olması nedeniyle, harcırah nitelendirmesi ister istemez soru işaretlerine neden olmaktadır.

Bu yazıda fiili uygulama koşulları ile Yargıtay kararlarından hareket ile sefer başına yapılan ödemelerin hukuki niteliği incelenip bunun iş ve sosyal güvenlik hukuku bakımından yansımalarına işaret edilecektir. Son olarak olması gereken hukuk bakımından bazı önerilerde bulunacağız.

## II. Ücret Uygulamaları

Yurt dışı seferlerde görevlendirilen tır şoförleri için asgari ücret artı sefer başına ücret ödeme

uygulaması hakkında yazılı olmayan bir kanun hükmü benzetmesi yaptıkça da iş hukuku mevzuatında ücret düzeyi bakımından bağlayıcı tek sınır asgari ücrettir. Dolayısıyla asgari ücret artı sefer başına ödeme ücret uygulamasını iddia eden işçi, bunu ispat ile yükümlüdür. Yargıtay kararlarında konuyla ilgili olarak

*"Uluslararası çalışan bir tır şoförünün sadece sefer başına ücret ile çalıştığı kabulü hayatın olağan akışına yapılan işin gerekleri ile, bu işkolunda çalışan işçiler hakkındaki genel ücret uygulamasına uygun düşmemektedir, işveren yazılı belge ile bu durumun aksini de ispat edememiştir. Sefer başına ödenen ücret tır şoförü ile işveren arasında iş sözleşmesindeki ücret unsurunun önemli bir ekini teşkil ederse de bu ödemenin asgari ücrete ilaveten olduğunun kabulü, dosya içeriği ve hayatın gerçeklerine daha uygun düşeceğinden, ödenmeyen asgari ücretin kabulü gerekirken mahkemece ... reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir"*<sup>2</sup>

tespiti ile uluslararası tır şoförlerinin ücret sistemi açısından bir karine öngörmüş olmaktadır. Bu bakımdan asgari ücret artı sefer ödemesi sistemini iddia eden tır şoförü açısından ispat yükünün yer değiştirdiği, ispat yükünün bu karinenin aksini savunan işverene geçtiği söylenebilecektir. Dolayısıyla bu ücret sisteminde işçinin ücretle ilgili ispat etmesi gereken nokta, iş şartı olarak sefer başına ödeme yapılması değil, yapılan ödemenin düzeyidir.

Ancak uygulamada işçilerin asgari ücret artı sefer başına prim sisteminde çalıştığı halde, işe girdiği tarihten itibaren asgari ücret hakkının hiç ödenmediğini iddia ile geçmişe dönük 3-5-7 yıl gibi süreler için asgari ücret talep ettikleri görülmektedir. Bu iddianın teyidi için, ücret bordrolarına ve sosyal sigorta primlerinin asgari ücret üzerinden ödenmiş olmasına dayanılmaktadır. Ücret sistemi- ne ilişkin Yargıtay uygulaması nazara alındığında,

<sup>1</sup> Orhan, Ümit, Karayolu Taşımacılık Sektöründe Sefer Primi (Harcırah) Meselesi, İş ve Hayat, 2018, S. 7, s. 55.

<sup>2</sup> Yarg.9.HD, 11.03.2008, E. 2007/11589, K. 2008/4681. Benzer şekilde Yarg.22.HD., 29.05.2018, E. 2017/13546, K. 2018/13325 (Bu çalışmada geçen Yargıtay kararlarına <https://www.kazanci.com.tr> ve <https://emsal.yargitay.gov.tr/> internet sayfalarından ulaşılması mümkündür).

işçinin asgari ücret hakkını ispat etmesine gerek olmadığı, işverenin bu ücretleri ödediğini yazılı delillerle ispat etmesi gerektiği söylenebilecektir.

Asgari ücret artı sefer primi ücret sistemi hakkında bir yasal düzenleme olmadığına göre, işçinin tüm çalışma süresince asgari ücretin hiç ödenmediği iddiasına şüphe ile yaklaşılması gerekir. Ortada somut bir kararlaştırmanın olmadığı durumda, hiç ödenmeyen, uygulanmayan bir paranın iş şartı oluşturduğunu söylemek güçtür. Bu konuda sosyal sigorta bildiriminin, ödendiği kabul edilen sefer primi dışında asgari ücret hakkı bakımından mutlak ispat değerinden söz edilemez. Bu noktada, işçinin ücret bordrosunda ve sosyal sigorta bildiriminde geçen prime esas kazancın (genelde asgari ücrettir) üzerinde bir ücret aldığı iddia ile bunu yazılı deliller, emsal ücret araştırması ve tanık gibi delillerle ispat edebilmesine atıfta bulunmak isteriz.

Hem iş hukuku hem de sosyal güvenlik hukuku bakımından ücret düzeyi bakımından bağlayıcı tek sınır asgari ücret olduğuna göre, bir işçinin sigortalı bildiriminin asgari ücret üzerinden yapılmasından hareket ile onun en az asgari ücret düzeyinde bir kazancının olduğunu söylenebilir, yoksa kendisine yapılan diğer ödemelerin yanında, ücretle ilgili ayrıca bir iş şartı olarak asgari ücret hakkı olduğu bakımından kesinlik taşımaz. Unutulmamalıdır ki, iş hukukundaki ücret ile sosyal güvenlik hukukundaki prime esas kazanç kavramları, birbirlerine muadil kavramlar değildir. Prime esas kazancın asgari ücret olması, prime esas taban kazanç olarak bunun düzeyiyle ilgilidir.

Bu açıdan her ay değişen tutarlarda ücretin söz konusu olabildiği bir ücret sisteminde, buna rağmen prime esas kazancın o ayki somut kazanç toplamı olarak değil, sadece asgari ücret olarak bildirilmesi, işverenin eksik bildirimde bulunması niteliğindedir, yoksa işçinin o ayki çalışmasına göre hak kazandığı ücretine ilaveten asgari ücrete hak kazandığı anlamına gelmez.

İşçinin gördüğü işin düzeyine göre ücret tutarının değiştiği sistemlerde, asgari ücretin işlevi ga-

ranti ücret olmasıdır<sup>3</sup>. Dolayısıyla bir tır şoförünün asgari ücret artı sefer primi sisteminde çalıştırılması gibi mutlak bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu açıdan mevcut mevzuata göre işçinin salt sefer başına yapılan ödeme sisteminde çalıştırılması olanaklıdır<sup>4</sup>. İşçi ilgili ayda hiç sefer yapmasa bile kendisine (garanti) asgari ücret ödenecek, ancak yaptığı sefer sayısı itibarıyla toplamda asgari ücreti aşan bir kazancı olduğunda, bu kazanç dışında ayrıca bir asgari ücret ödenmesi gerekmeyecektir.

Bu bilgiler dikkate alındığında, işçinin asgari ücret artı sefer primi sisteminde çalıştığı halde, çalıştığı uzun yıllar boyunca asgari ücret hakkının hiç ödenmediği iddiasının, bu defa işçi tarafından somut delillerle ispat edilmesi gerekecektir. İşçiye tüm çalışma süresi boyunca hiç ödenmeyen bir hakkın, taraflar arasındaki iş ilişkisinde iş koşulu oluşturduğundan söz edilemeyecektir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin haklı tespitinde olduğu üzere, "Uluslararası alanda çalışan tır şoförlerinin ücretleri genelde asgari ücret ve sefere bağlı prim esasına göre belirlenmektedir. Bazı işveren uygulamalarında ise garanti ücret olarak adlandırılan asgari ücret ödenmeyip, sadece sefere bağlı prim ödemesi yapılmaktadır. Bu ihtimalde de tır şoförünün ücreti salt sefer primlerinden oluşur"<sup>5</sup>.

Yine, "Davacının yurt dışı sefer yapan tır şoförü olarak çalıştığı ancak davacı tanıklarının beyanlarına göre yalnızca sefer başına ücret aldığı bildirilmiştir. Bu durumda genel uygulamanın dışında asgari ücret ile birlikte sefer primi değil, sadece yaptığı her yurt dışı sefer için asgari ücretin altında kalmayan ücret aldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Davacının tazminata ve diğer alacaklarına esas ücretinin buna göre belirlenmesi ve yaptığı seferler karşılığı ödenmemiş ücretleri varsa bunların hüküm altına alınması gerekirken dosyadaki verilere uygun düşmeyecek şekilde çalıştığı dönem için ayrıca asgari ücretlerin hüküm altına alınması hatalı

3 Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş Baskı, 2018, s. 375-376; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Baskı, 2018, s. 336.

4 Orhan, s. 55.

5 Yarg.7.HD., 27.01.2014, E. 2013/18261, K. 2014/1037.



olup, bozmayı gerektirmiştir”<sup>6</sup>.

### III. Tazminata Esas Ücretin Tespiti

Tır şoförlerinin asgari ücret artı sefer primi ücret sisteminde, kıdem ve ihbar tazminatına esas giydirilmiş ücretin tespitinde sefer priminin Yargıtay kararlarında ifade edildiği biçimde işçinin asıl ücretinin bir unsuru mu yoksa asgari ücret düzeyindeki temel ücret dışında bir ücret eki mi niteliğinde bulunduğu tartışması esasa etkili değildir. Çünkü asgari ücrete artı olarak ödenen sefer primi ister asıl ücretin bir parçası isterse de bir ücret eki olarak kabul edilsin, giydirilmiş ücretin bir unsurudur<sup>7</sup>.

Kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu'nun m.14/11 hükmüne göre, “Kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26. maddenin (şimdi m. 32) birinci fıkrasında yazılı ücrete ilave edilen işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur”. Bu nedenle ikramiye, prim, çocuk veya aile zammı gibi ödemelerle yemek, sağlık, giyim, yakacak konut, servis ücreti gibi her türlü yardımlar da parayla ölçülmesi mümkün olmak koşuluyla kıdem tazminatında hesaba katılır<sup>8</sup>.

Dolayısıyla tır şoförlerine asgari ücrete artı olarak sefer başına yapılan ödemeler, işverenlerce

savunulduğu gibi işçinin sefer sırasında yemek ve diğer ihtiyaçları için verilen harcırah niteliğinde bulunsun bile, bu ödemeler süreklilik arz ettiğinden ve parayla ölçülebilen menfaat niteliğinde bulunduğu için, her halükârda kıdem ve ihbar tazminatına esas giydirilmiş ücretin tespitinde dikkate alınması gereken bir ücret eki niteliğindedir<sup>9</sup>.

Tır şoförlerine asgari ücret artı ya da asgari ücret olmaksızın tek başına ödenen sefer priminin işverenlerce savunulan harcırah niteliği kabul edildiğinde, aşağıda inceleneneceği üzere hukuki yönden harcırah, devamlı veya geçici bir görevle bir yere gönderilen görevlilere, bu yere gidebilmelerine, orada yiyip içme ve konaklama gibi yapacakları diğer giderlere karşılık verilen paradır. Bu açıdan tır şoförlerine asgari ücrete ilave olarak yapılan ödemede, sefer sırasında yemek ve diğer temel ihtiyaçlarının karşılanması amacı nazara alındığında, Türk Borçlar Kanunu m. 414 kapsamında bir ödeme olarak değerlendirildiğinde bu ne asıl ücretin ne de giydirilmiş ücretin bir unsurudur<sup>10</sup>. Çünkü ortada ücret ödeme borcundan kaynaklanan bir ödeme söz konusu değildir.

Sefer ödemesi ister asıl ücretin parçası olan bir prim isterse de giydirilmiş ücrete esas bir ücret eki niteliğindeki harcırah olarak görülsün, ortada her ay değişen tutarda bir ödeme söz konusu olduğundan, tazminata esas giydirilmiş ücretin tespitinde, iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki bir yıllık dönemdeki ödemeler toplamının aylık ortalaması dikkate alınacaktır<sup>11</sup>. Uygulamada bu tespit iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki bir yıl içindeki sefer sayısı ile her bir sefer başına ödeme tutarı ile çarpılarak bulunan tutarın 12 aylık ortalaması şeklinde yapılmaktadır. Sefer sayıları için yurtdışı çıkış-giriş kayıtları esas alınmaktadır.

6 Yarg.9.HD., 07.05.2012, E. 2010/7307, K. 2012/15877. Yine “Davacı lehine asgari ücretten hesap edilen ücret alacağı hüküm altına alınmış ise de davacının başka bir mahkemede görülen davada tanık sıfatıyla verdiği ifadede kendi ikrarıyla sabit olduğu üzere ücretin sadece sefer priminden oluştuğu görülmektedir. O halde davacının asgari ücrete yönelik talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır” Yarg.9.HD., 12.07.2011, E. 2011/17547, K. 2011/23588.

7 Yollukların (harcırahların) ücrete dahil edilemeyeceği; bu sebeple kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaması gerektiği yönünde bkz. Bezginli, Hakan, “Uluslararası Karayolu Taşıma Hukuku Uygulamaları ve İktisadi Etkileri Üzerine” Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2014, s. 381, 382, 384.

8 Süzek, s. 767; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 662; Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 2014, s. 1169; Çil, Şahin, “Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret”, S. 13, 2009, s. 61 vd.; Başbuğ, Aydın/ Yücel Bodur, Mehtap, İş Hukuku, 5. Baskı, 2018, s. 235.

9 Tır şoförü bir işçinin ayda ortalama kaç sefer yaptığı ve gidilen yola göre ne kadar yol primi aldığı belirlenmesi ve bunun sabit ücrete ilavesiyle tazminata esas ücretin ortaya konması gerektiği yönünde bkz. Çil, s. 64-65.

10 Orhan, s. 59.

11 Her ay değişen tutarda yapılan ödemelerin kıdem tazminatına esas olacak şekilde hesabına ilişkin olarak bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 663 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1171.

Sefer başına ödeme tutarı ise tanık beyanları ile ilgili mesleki kuruluşlardan yapılacak emsal ücret araştırması kapsamında belirlenmektedir.

Asgari ücrete ilave olarak sefer başına yapılan ödemenin niteliğinin belirlenmesi, kıdem ve ihbar tazminatının hesabında esasa etkili değilse de hesabında çıplak ücretin esas alındığı yıllık izin ücreti ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarının hesabında büyük önem arz etmektedir. Konunun daha da önemli yönü, sosyal güvenlikle ilgili olarak, bu ödemelerin 5510 sayılı Kanununun 80. maddesindeki prime esas kazançtan muaf tutulan görev yolluğu niteliğidir. Çünkü sefer başına yapılan bu ödemeler Yargıtay kararlarında geçtiği üzere prim olarak nitelendirildiğinde, prime esas kazanç unsuru olarak prim kesintisine tabi olacaktır.

## 1. Şoförlere Yapılan Ödemelerin İşlevleri

Yargıtay'a göre "4857 sayılı İş Kanunu'nun 59. maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır... Tır şoförleri garanti ücret (asgari ücret) + sefer primi şeklinde paket ücret düzenlemesi ile çalıştırıldığından burada ödenen *sefer prim ücreti, ücretin eki niteliğinde olmayıp ücretin kendisidir*. Somut olayda...Mahkemece davacının uluslararası tır şoförü olarak garanti ücret + sefer primi ücreti ile çalıştığı kabul edildiği halde davacının yıllık izin ücretinin yalnızca garanti ücret üzerinden hesaplanan bilirkişi raporuna itibarla hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir"<sup>12</sup>.

Sefer priminin tır şoförünün asıl ücretinin bir parçası olduğu görüşü, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin uygulaması ile sınırlı değildir. Yargıtay'ın iş hukukuyla ilgili görevli üç dairesinin de konuyla ilgili uygulaması paraleldir: "Dosya içeriğine göre davacı işçinin davalıya ait işyerinde tır şoförü olarak aylık asgari ücret garanti olmak üzere ayrıca yurt dışı sefer başına seferin uzaklığına bağlı olarak harcırah adı altında 400-600 € (Euro) ödeme karşılığı çalıştı-

ğı anlaşılmaktadır. Mahkemece sefer başına yapılan ödemenin şarta bağlı olduğu ve süreklilik arz etmediği gerekçesi ile kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmamıştır. *Ancak, anılan ödeme sözleşmenin asli unsurlarından olup, ücretin bir parçasıdır*. Gerçekten uluslararası çalışan bir tır şoförünün asgari ücret ile çalıştığı kabulü hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Bu nedenle davacının bir yıl içinde yaptığı yurt dışı seferleri pasaport kayıtları da nazara alınarak tespit edilmeli, aldığı yıllık toplam harcırah 365'e bölünüp, bulunacak günlük miktarın tazminata esas ücrete yansıtılması suretiyle kıdem tazminatının hesaplanması gerekir. Yazılı gerekçe ile sefer başına yapılan ödemenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaması hatalıdır"<sup>13</sup>.

Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın asgari ücrete ilave olarak sefer başına ödenen tutarın asıl ücretin bir unsuru olduğu nitelenmesinde temel hareket noktası, uluslararası tır şoförünün çalışma koşulları itibarıyla salt asgari ücret ile çalışmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığıdır. Sefer başına döviz olarak yapılan ödemelerin aylık toplamının aylık asgari ücretin en az 3-4 katı düzeyde olması bu karineyi teyit eder mahiyettedir.

Bu yaklaşım özünde isabetlidir. Çünkü geçmiş yıllar dönem asgari ücret düzeyleri ve uygulamada gidilen ülkeye bağlı olarak şoförlere sefer başına 300-600 Euro/Dolar aralığında ödemeler yapıldığı dikkate alındığında, şoförün salt asgari ücret ile çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır<sup>14</sup>. Bir kere uluslararası şoför olarak çalışmanın getirdiği sorumluluk karşısında, salt asgari ücret ödenmesi gerçekçi değildir. Yine, harcırahın işlevi nazara alındığında, bir ayda ödenecek harcırahın asgari ücretin çok üzerinde olması, bu ödemenin harcırah niteliğine şüphe ile yaklaşılmasını gerektirmektedir.

### a) Harcırah Kavramı

Sosyal güvenlik ve vergi hukuku mevzuatı dışlandığında, iş hukukunda harcırahı ele alan

12 Yarg.7.HD., 28.03.2013, E. 2013/1623, K. 2013/4798.

13 Yarg.9.HD., 09.12.2004, E. 2004/10644, K. 2004/27182. Aynı Daire 30.03.2015, E. 2014/726, K. 2015/12246.

14 Çil, Şahin, Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, s. 64-65.

bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada 10.02.1954 tarih ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu akla gelmekteyse de bu kanunun kapsama ilişkin birinci maddesi incelendiğinde, kapsamın kamu kurum ve kuruluşlarıyla sınırlı olduğu görülmektedir<sup>15</sup>. Hükümde kapsam itibarıyla uygulanacak kurumlara (işverenler) kamu olarak tespit edildikten sonra, Kanunun 3. maddesinde kişiler bakımından kapsam, yardımcı hizmetler sınıfında görevli olanlar hariç olmak üzere genel olarak devlet memurları şeklinde belirlenmiştir.

Dolayısıyla 6245 sayılı Kanuna göre kamu görevlileri olarak memurların, bu kanunda öngörülen şartlarda harcırah hakkının olduğu anlaşılmaktadır<sup>16</sup>. İş hukukunda harcıraha benzer biçimde işçilere işin ifasıyla ilgili masraflarının ödenmesi öngörülmüştür. Türk Borçlar Kanunu'nun 414. maddesi "İşveren, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları da ödemekle yükümlüdür" hükmünü amirdir. Burada geçen ödemeler, Harcırah Kanununun harcırah tanımında yer verilen ödeme kalemleri ile büyük oranda örtüşmektedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun prime esas kazançların düzenlendiği 80. maddesinde, prime esas kazançta tabi tutulamayacak ödemeler arasında görev yolluklarının da sayıldığı görülmektedir<sup>17</sup>. Sosyal Güvenlik Kurumunun İşveren Uygulama Tebliğine göre (RG. 01.09.2012, 28398), yolluk kavramına 6245 sayılı Harcırah Kanununun 3. maddesinde belirtilen yol

masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masrafı niteliğinde yapılan demeler dahil olup, bu bakımdan, sigortalılara bireysel iş sözleşmesine veya toplu sözleşmeye dayanılarak ve işveren tarafından sigortalının geçici bir görevle başka yere gönderilmesi veya görev yerini değiştirmesi dolayısıyla verilen ve yolluk kavramına giren ödemeler prime esas kazançta dahil edilmeyecektir (m. 7.8.3).

İşveren Uygulama Tebliğinin bu düzenlemesinden, prime esas kazançtan istisna olarak görev yolluğunun niteliğinin belirlenmesi bakımından 6245 sayılı Harcırah Kanuna atıfta bulunulduğu anlaşılmaktadır, yoksa 5510 sayılı Kanunun 80. maddesindeki prime esas kazanç istisnasının sadece 6245 sayılı Kanun kapsamındaki kamu işverenleri ile sınırlı olduğu değil. Başka deyişle 5510 sayılı Kanun m. 80'deki görev yolluğu istisnası bakımından 6245 sayılı Kanunun işlevi, sigortalılara hangi ödemelerin görev yolluğu olarak istisna kapsamında olduğunun belirlenmesinde, ödemenin niteliği ve unsurları bakımından ölçüt oluşturmasıdır.

Bu çerçevede işverenlerin uluslararası tır şoförü olarak çalışan işçilerine sefer başına harcırah adı altında yaptıkları ödemelerin 5510 sayılı Kanun m. 80 uygulaması açısından niteliğinin tayini, bunun İş Kanunu m. 32 kapsamında ücret niteliğinin tayini açısından da hareket noktasını oluşturacaktır.

6245 sayılı Kanuna göre harcırah, "Bu Kanuna göre ödenmesi gereken yol masrafı, gündelik, aile masrafı ve yer değiştirme masraflarından birini, birkaçını veya tamamını" ifade eder. Bu ödemede, görev yerinin sürekli olarak değiştirilmesi ya da olağan görev yeri dışında bir yerde geçici olarak görevlendirilmesi nedeniyle maddi açıdan belli bir külfetle karşılaşan kamu görevlisinin, ortada kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan bir külfet bulunduğundan, bunun kamu adına paylaşılması söz konusudur.

Kanunun 5. maddesinde harcırahın unsurları belirlenmiştir. Buna göre "harcırah, yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafını ihtiva eder". Konumuz uluslararası tır şoförlerinin çalışma koşulları bakımından, işin niteliği gereği yol, aile ve yer değiştirme masraflarının gündeme

15 "Hükümde, "a) Umumi Muvazeneye dahil dairelerle mülhak ve hususi bütçeli idareler (Köy bütçeleri hariç) ve bunlara bağlı sabit ve mütedavil sermayeli müesseseler; b) Hususi kanunlarla kurulmuş banka ve teşekküller; ... c) Yukarıdaki (a) ve (b) fıkralarında yazılı daire, idare, banka, teşekkül ve müesseselerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları teşekkül ve müesseseler; tarafından ödenecek harcırah bu kanun hükümlerine tabidir"

16 Orhan, s. 60.

17 Güzel, Ali/ Okur, Ali Rıza/ Canıklıoğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, 2016, s. 240 vd.; Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, 2017, s. 178; Sözer, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 3. Bası, 2017, s. 212 vd.

gelmesi beklenmez. Bu nedenle harcırahın, 5510 sayılı Kanun m. 80'deki görev yolluğunun unsuru olarak yevmiye, konumuz açısından önemlidir.

6245 sayılı Kanuna göre yevmiye, yolluk verilmesini gerektiren yolculuk ve oturmalar dolayısıyla ilgilere iâşe ve barınma gibi giderlerin karşılığı olarak ödenen ve esasları 33. vd. maddelerde ve miktarları da her yılın bütçe kanununda yazılı olan gündeliği ifade eder. Bu açıdan konumuzla bağlantılı olarak geçici görevlendirmelerle ilgili olarak yevmiyenin, görevlinin işiyle ilgili normal ikameti dışında bulunmak suretiyle, olağan düzeninin dışında yapmak zorunda kaldığı masraflar karşılığı olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Bu harcamalar başta ulaşım, yemek ve konaklama masrafları şeklinde olacaktır.

### b) Sefer Başına Ödeme Koşulları

Uluslararası seferlerde çalışan bir tır şoförünün, işverenlik aracını teslim almasından ve yurtdışı seyahatini tamamlayarak yeniden yurda dönüş ile işverene teslimine kadar olan tüm dönemde (bu gidilen mesafeye göre 3-4 günden 15-20 güne kadar değişen bir süredir), işverenin emir ve talimatı altında olduğu kabul edilir. İş Kanunu 2. maddedeki işyeri tanımı uyarınca araç işyerinden sayılır<sup>18</sup>. İşin niteliği tır şoförünün sefer süresince görevi gereği olağan ikamet düzeninden uzak kalmasını ve dolayısıyla özellikle günlük iâşe açısından harcama yapmasını gerektirir<sup>19</sup>. Bu işte kullanılan araçlar şoförün barınması için ayrı bölüme sahip iseler de çeşitli nedenlerle şoförün araç dışında barınması gerekebilir.

Bu maddi durum karşısında, işverenlerin uluslararası çalışan tır şoförü işçilerine sefer süresince iâşe ve barınmaları için harcırah işlevi gören ödemede bulunması hayatın olağan akışına uygun gözükmemektedir. Uygulamada bu ödemelerin şoför sefere çıkmadan peşin olarak yapılması, ödemelerin bu işlevini teyit etmektedir. Görevi gereği sefer sırasında yurtdışında yollarda bulunan bir işçinin, günlük iâşesi için gerekli olan paranın, yurtdışının ve özellikle

yollarda hizmet veren işletmelerin şartları nazara alındığında görece yüksek olması beklenir. Dolayısıyla tır şoförünün bu masraflara kendisinin katlanmasını beklemek gerçekçi değildir. Aksi durumda tır şoförü açısından bu ağır iş koşullarında çalışmanın bir anlamı olmayacaktır.

Ancak konunun bir diğer boyutu, Yargıtay kararlarında tespit edildiği üzere, uluslararası çalışan bir tır şoförünün asgari ücret ile çalışması gerçekçi değildir. Dava olarak mahkemelere yansıyan olaylardan tır şoförlerine gidilen ülkeye, sefer süresine ve bununla bağlı olarak sefer sıklığına bağlı olarak<sup>20</sup> 200 ila 700 Euro arasında değişen tutarlarda sefer başına ödemeler yapılabilmektedir. Buna göre işçiye bir ayda sefer için yapılan toplam ödeme, çoğu durumda asgari ücretin üç ya da dört katı olabilmektedir. 6245 sayılı Kanuna göre, 2018 Mali Yılı yevmiye tutarları, memurun tabi olduğu gösterge rakamına göre 38,75 TL - 51,60 TL arasında değişmektedir. Bu tablo karşısında tır şoförüne sefer öncesinde yapılan ödemenin bütünüyle harcırah niteliğinde olduğunu söylemek olanaklı gözükmemektedir.

Bu konuda işverenin kendi nitelendirmesi, isimlendirmesi, tek başına belirleyici olamaz. Aksinin kabulü, iş ve sosyal güvenlik ile vergi hukukundan doğan bazı parasal yüklerin dolanılması sonucunu beraberinde getirir.

## 2. Sefer Başına Ödemelerin Karma Niteliği

Bu şartlardan hareket ile tır şoförüne tek başına

18 Süzek, s. 197; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 262.

19 Türk Borçlar Kanunu m. 414 uyarınca ilke olarak bu harcamalar işverenin sorumluluğundadır. Bkz. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 763.

20 "Yurtdışı tır şoförlerinin, iki tür çalışma yaptığı Dairemizin incelemesinden geçen birçok kararda bilinmektedir. Bir kısım tır şoförü yüklediği tır ile Avrupa'daki ülkeye karayolu ile gidip gelmekte, bir kısım şoför ise Avrupa'nın değişik limanlarına Ro-Ro gemileri ile götürülen konteynırları Avrupa'daki limandan alıp Avrupa içi adreslere götürmektedirler. Bu ikinci çalışma şekli dorsecilik olarak adlandırılmaktadır. Şoförlerin çalışma şekline göre sefer sayıları ve sefer primleri farklılık arz etmektedir. Davacı dilekçesinde de belirttiği üzere İtalya'nın Trieste Limanından aldığı konteynırları Avrupa içine dağıtmaktadır. Dorsecilik diye tabir edilen bu çalışma şeklinde Avrupa içinde ayda dört sefer yapılması normal olup buna ilişkin tespit yerindedir. Ancak sefer priminin miktarı konusunda anlaşmazlık olup, mahkemenin yaptığı araştırma yeterli değildir" (Yarg.9.HD., 26.12.2012, E. 2010/33787, K. 2012/44421).

ya da asgari ücrete ilave olarak sefer başında yapılan maktu ödemelerin hukuken karma karakterinden söz edilebilir. Bu ödeme işçi açısından hem sefer süresince işi ve gerekli hallerde barınması için yapılacak masraflar bakımından yevmiye ve sefer sonunda kalan kısmı bakımından da ücret niteliğindedir. İşçi sefer süresince ne kadar az harcama yaparsa, bu seferden kazancı o denli yüksek olacaktır.

Yargıtay'ın iş hukuku dairelerinin kararlarında, asgari ücrete artı olarak sefer başına yapılan ödeme bütünüyle ücret olarak kabul edilmekte ve ödemenin işçinin sefer sırasında yapacağı masraflarla ilgili yevmiye işlevi dikkate alınmamaktaysa da prime esas kazanç düzeyi tespitiyle ilgili açılan davalarda Yargıtay'ın 10. ve 21. Hukuk Daireleri, bu karma niteliğe isabetle vurgu yapmışlardır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesine göre, "...davalı işveren ile davalı tanıklarının, sigortalılara verilen paranın gidilen ülkeye göre harcırah olduğunu beyan etmeleri karşısında, işveren adına iş yapanlara bu işleri sırasında yapmak durumunda oldukları harcamaları karşılamak için verilen ücretler yolluk niteliğinde olup, anılan yasal düzenleme çerçevesinde, yollukların prime esas kazançta dahil olmadığı gözetilerek, sigortalıya ödenen tutarın ne kadarının yolluk, ne kadarının ücret niteliğinde olduğu araştırılarak, varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu davacıya verilen tutarın tamamının prime esas kazançta dahil olduğunun kabulü isabetsizdir"<sup>21</sup>.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesine göre de "Uyuşmazlık, gerçek ücretin tespiti ile sigorta primlerinin gerçek ücret üzerinden tahsili istemine ilişkindir... Somut olayda, mahkemece, davacının asgari ücret aldığı ve aksinin ispat edilemediği gerekçesi ile istemin reddine karar verilmiştir. Oysa, tır şoförü olarak çalışan davacının asgari ücretin üzerinde ücretle çalışacağına kabulü hayatın olağan akışına uygundur. Bu nedenle ücret yönünden güçlü delil niteliği taşıyan işçilik alacakları ile ilgili kesin-

leşmiş mahkeme ilamı da tespit edilen ücrette dikkate alınarak gerçek ücretin tespit edilerek sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir"<sup>22</sup>.

### 3. Olası çözüm yolları

Ortaya konulan çerçevede uluslararası tır şoförlerine tek başına ya da asgari ücrete ilave olarak sefer başında yapılan maktu ödemeler hakkında ücret veya harcırah şeklinde bir genelleme hukuka uygun gözükmemektedir. Bu noktada ödemenin sefer öncesi maktu olarak yapılması ve şoförün kendisine ücret olarak kalacak tutarın da sefer süresince işi, barınma vs. için harcayacağı miktara bağlı olması karşısında, karma ödeme niteliği sorunu çözmüş olmamaktadır.

İşçinin her bir seferde kendisine ücret olarak kalan kısmın bilinmesi, hem sosyal güvenlikte prime esas kazanç hem de iş hukukunda işçinin aylık ücretinin tespiti bakımından bir zorunluluktur. Yine uygulanan sisteme bağlı olarak ücret düzeyinin aydan aya değiştiği durumlarda, hem iş ilişkisinin devamında işçiye çalışma karşılığı olmaksızın yıllık izin ya da genel tatil gibi ücretlerin hem de iş sözleşmesinin sona ermesinde ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücretinin hesaplanmasında, ortalama ücretten hareket edilmektedir. Dolayısıyla şoföre her bir sefer için yapılan ödemenin harcırah ve ücret kısımlarının ayrıştırılması zorunluluğu vardır.

İşçinin sefer başında aldığı maktu tutarın sefer ertesinde kendisine ücret olarak kalacak kısmı, işçi, gidilen ülke, seferin süresi vs. gibi değişkenlerden etkilendiğinden, sözü edilen ayrıştırma işlemi her zaman olanaklı gözükmemektedir. Bu da sorunun pratik çözümü için bir genellemeden hareket edilmesini zorunlu kılmamaktadır.

Önerimiz, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca gemiadamları için her sene belirlenen işi ya da 6245 sayılı Kanun çerçevesinde yine yıllık olarak belirlenen harcırahlarda olduğu gibi, Çalışma Bakanlığı ya da Sosyal Güvenlik Ku-

21 Yarg.10.HD., 03.10.2011, E. 2010/4199, K. 2011/12922. Aynı Dairenin benzer yönde bir başka kararı 30.05.2016, E. 2016/4885, K. 2016/8756.

22 Yarg.21.HD., 07.12.2009, E. 2008/18706, K. 2009/15776.

rumu tarafından her sene bir tarifenin belirlenmesidir.

Bu çözüm bir yasal düzenlemeyi gerektirdiğinden, mevcut sorunlarının çözümü adına bir genelleme ile her sene Bakanlar Kurulu tarafından yayınlanan Yurtdışı Gündeliklerine Dair Karar'ın<sup>23</sup> belirli ölçülerde kıyasen uygulanabilmesi akla gelmektedir. Ancak bu tutarların gündelik olması ve diğer yandan tır şoförlerine gün değil sefer başına yapılan ödeme tutarlarının resmi tarife üzerinden sadece 2-3 günlük tutarlar olması karşısında gerçekçi olmadığı açıktır.

Bu nedenle yurtiçi harcırah düzeylerinin kıyasen uygulanması, tır şoförlerinin çalışma koşulları bakımından daha gerçekçi olacaktır. Yurtiçi harcırah tutarı, şoförün günlük harcama tutarı kabul edilmeli, bu tutar ile sefer gün sayısı çarpılarak bulunan toplam, işverence o sefer için ödenen toplam tutardan mahsup edilmelidir.

Bu konuda olası bir başka çözüm, sefer başında yapılan maktu ödemenin ¼ ya da ½ 'lik kısmının seferdeki harcamalar için götürü biçimde mahsup edilmesi ile kalan tutarın ücret olarak kabulüdür. Ancak böyle bir genelleme için de dayanak olabilecek somut bir gerekçe bulunmamaktadır.

## IV. Sonuç

Yukarıda ortaya konulmaya çalışılan tablo, işverenlerin tır şoförlerine sefer öncesinde yaptıkları ödemenin ayrıştırılması zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Mevcut uygulamanın sosyal sigorta ve vergi hukuku mevzuatı karşısında yerinde olmadığı tartışmasızdır. Ancak bize göre, asgari ücrete ilave olarak her sefer başında yapılan ödemenin

23 2018 yılında uygulanan Yurtdışı Gündelik tutarları: ABD 182 ABD Doları, Almanya 164 Euro, Avustralya 283 Avustralya Doları, Avusturya 166 Euro, Belçika 161 Euro, Danimarka 1.238 Danimarka Kronu, Finlandiya 148 Euro, Fransa 160 Euro, Hollanda 156 Euro, İngiltere 115 Sterlin, İrlanda 155 Euro, İspanya 158 Euro, İsveç 1.359 İsveç Kronu, İsviçre 283 İsviçre Frangı, İtalya 152 Euro, Japonya 31.405 Japon Yeni, Kanada 244 Kanada Doları, Kuveyt 50 Kuveyt Dinarı, Lüksemburg 161 Euro, Norveç 1.193 Norveç Kronu, Portekiz 155 Euro, Suudi Arabistan 617 Suudi Arabistan Riyali, Yunanistan 158 Euro, Kosova 123 Euro, Diğer AB Ülkeleri 127 Euro, Diğer Ülkeler 157 ABD Doları.

harcırah ve ücret kısımlarının ayrı ayrı ödenmesi, sorunu tam olarak çözmüş olmamaktadır. Bu surette konu iş hukukunda ücret düzeyi, sosyal sigorta primine ve gelir vergisine esas kazanç bakımından çözülmüş olmaktadır.

Ancak tır şoförlerinde sefer başına ödeme ile performans esaslı ücret sistemi uygulanması, yapılan işin ağır koşulları karşısında iş güvenliğinin ihlali tehlikesini taşımaktadır. Trafikte araç kullanımının tehlikeliliği ve dolayısıyla trafik kurallarına uyulması zarureti, bu işi meslek olarak icra eden ve uzak yol çalışan şoförler açısından daha da bir önem taşır. Örneğin trafik mevzuatındaki günlük araç kullanma sürelerine, dinlenme sürelerine uyulması, şoför açısından hayatidir. Buna rağmen sefer başına ödeme sistemi uygulandığında, şoförler seferi bir an önce tamamlayıp, ay içinde daha fazla sefer yapma saiki ile kurallara uymayabileceklerdir. Bu nedenle yabancı ülkeler hukukunda olduğu üzere mevzuat ile şoförler hakkında performans esaslı ücret uygulamalarının yasaklanması<sup>24</sup>, onlar hakkında aylık maktu ücret sistemi zorunluluğunun öngörülmesi, sektör çalışanları açısından yukarıda tartışılan sorunların tümünü ortadan kaldıracığı gibi, onların iş güvenliği açısından büyük bir iyileşmeyi sağlayacaktır.

## KAYNAKÇA

- Başbuğ, Aydın/ Yücel Bodur, Mehtap: İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Bezginli, Hakan, "Uluslararası Karayolu Taşıma Hukuku Uygulamaları ve İktisadi Etkileri Üzerine" Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 2014, s. 379-385.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Çil, Şahin, "Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, 2009, s. 59-74.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK),

24 ErfK/Preis, § 611 BGB, Rn. 395.

Hrsg. Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 12. Auflage, Beck Verlag, München 2012.

- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, 2014.
- Orhan, Ümit, "Karayolu Taşımacılık Sektöründe Sefer Primi (Harcırah) Meselesi", İş ve Hayat, S. 7, 2018, s. 52-64.
- Sözer, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Makale Gönderim Tarihi: 3 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 10 Aralık 2018

## Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi

### Öz

Bedelli askerlik konusu son zamanlarda özellikle kıdem tazminatı bağlamında çalışma hayatında oldukça önem kazanmıştır. Bedelli askerliği düzenleyen 7146 sayılı Kanunun ikinci maddesi 21 günlük temel askerlik eğitiminin yerine getirilmesini öngörmekte; aynı maddenin dördüncü fıkrası ise, "Bu madde hükümlerinden yararlananlar temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum

ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar" hükmünü getirmektedir. Bu düzenleme de İş Kanununda düzenlenmeyen bedelli askerliğin kıdem tazminatına hak kazandırıp kazandırmayacağı konusunda bazı hukuki tartışmaları beraberinde getirmektedir. Konunun çok sayıda işçi ve işvereni ilgilendirmesi bağlamında çalışmada bedelli askerliğin iş sözleşmesine etkisi değerlendirilecektir.

### Anahtar Sözcükler:

Bedelli askerlik, ücretsiz izin, kıdem tazminatı.

## Impact of the Paid Military Service on Labour Contract

### Abstract

The issue of paid military service has recently gained considerable importance especially in the context of severance pay. Article 2 of the Law no. 7146 regulating the paid military service envisages the completion of 21 days of basic military training. Besides, paragraph 4 of the above mentioned Article provides that "persons benefiting from the paid military service will be granted unpaid leave

from their work place, organisations or institutions during the service." The said regulation leads to discussions on whether the employees benefited from the paid military service will be entitled to severance payment. As this issue concerns many of the employees and employers, in the context of this study the impact of the paid military service on labour contracts will be analysed.

### Keywords:

Paid military service, unpaid leave, severance payment.

\*Hakim – eda\_manav@hotmail.com

\*\* Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı – seracettingoktas@gmail.com



## Giriş

Ülkemizde askerlik yükümlülüğü, her Türk erkeğinin vatan borcu olarak yerine getirmesi gereken zorunlu bir hizmettir. Askerlik Kanununun ikinci maddesine göre *“askerlik çağı her erkeğin nüfus kayıtlarında yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününden başlayarak kırk bir yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir yıl sürer.”* Aynı Kanunun sekizinci maddesine göre, *“Her sene yoklamaları sonucunda askere elverişli oldukları tespit edilenler, Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine Millî Savunma Bakanlığınca belirlenecek celp ve sevk esaslarına göre 21 yaşına girdikleri sene askere alınmak üzere çağırılırlar.”* Bu bağlamda çalışanlar askerlik görevi nedeniyle kısa veya uzun süreli çalışma hayatından ayrılmak zorunda kalabilmektedir.

İş Kanununa göre muvazzaf askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin sonlanması, 1475 sayılı İş Kanunu anlamında işçilere kıdem tazminatı alma hakkı veren sebeplerden biridir. Diğer bir ifade ile askeri yükümlülüklerini yerine getirmek için işten ayrılanlar, en az bir yıl çalışma koşulunu yerine getirmişse askerlik sebebiyle iş sözleşmelerini feshettiklerinde kıdem tazminatı alabilmektedir.

7146 sayılı Kanun ile 03.08.2018 tarihinde bedelli askerlik düzenlemesi Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu bağlamda 21 günlük temel askerlik eğitimi süreci öngörülmüş olup; 15 bin Türk Lirası ödeyerek 21 günlük askerlik eğitimini tamamlayanlar askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılacaklardır.

Bedelli askerliğin İş Kanununun 14 üncü maddesi anlamında kıdem tazminatına hak kazandıran bir neden olup olmadığı ne kıdem tazminatını düzenleyen bu maddeden ne de 7146 sayılı Kanundan anlaşılabilir. Bu belirsizlik de öğretide bedelli askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilip edilmeyeceği ve bu suretle iş sözleşmesinin feshedenlerin kıdem tazminatı talep etme hakkı olup olmadığı konusunda farklı düşüncelere sebep olmuştur. Bu bağlamda bir

işyerinde çalışırken bu düzenlemeden yararlanacak olanların kıdem tazminatı alıp alamayacakları tartışmalıdır.

Bu çalışmada öncelikle genel olarak askerlik, 7146 sayılı Kanun öncesi ve sonrası hukuki durum, bu çerçevede bedelli askerliğin iş sözleşmesine etkisi, bedelli askerlik hizmetini yerine getirmek üzere işten ayrılan işçinin kıdem tazminatı talep edip edemeyeceği incelenmiştir.

## I. Genel Olarak Askerlik

Anayasa’nın 72 nci maddesinde *“Vatan Hizmeti”* başlığı altında vatan hizmetinin, her Türkün hakkı ve ödevi olduğu, bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağına kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 1111 sayılı Askerlik Kanunu’nun birinci maddesine göre de, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkek, kanun uyarınca askerlik yapmağa mecburdur. Askerlik Kanunu’nun üçüncü maddesinde askerlik çağının, yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrıldığı düzenlenmiştir.

Bu Kanunun beşinci maddesinde muvazzaf askerlik süresi belirtilmektedir. Buna göre, *“Erbaş ve erler için muvazzaflık hizmeti süresi; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında on sekiz aydır. Bu sürenin, barışta, önce on beş aya ve bilahare on iki aya kadar indirilmesine, Silahlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Cumhurbaşkanınca karar verilebilir.”*

Askerlik Kanunu sadece muvazzaf askerliği düzenlememiştir. Ayrıca belli bir döviz veya bedel ödeyerek de muvazzaf askerlik hizmeti yapılmış sayılabilir. Askerlik Kanununun onuncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, *“Her celp döneminde eğitim merkezlerine sevk edilen miktar Genelkurmay Başkanlığınca belirlenenden fazla ise; ihtiyaç fazlası olan yükümlüler, temel askerlik eğitimini müteakip, o yılın 1 Ocak tarihindeki T.C. Merkez Bankası döviz alış kurları esas alınarak, dövizle askerlik için tespit edilen miktarın yarısının karşılığı Türk Lirası bedel ödemek veya istekte bulunan kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapmak suretiyle askerlik hiz-*

metlerini yerine getirmiş sayılırlar.”

Aynı Kanunun ek birinci maddesine göre, “Oturma veya çalışma iznine sahip olarak işçi, işveren sıfatıyla veya bir meslek ya da sanatı icra ederek, yurt içinde geçirilen süreler hariç olmak üzere, toplam en az üç yıl süre ile fiilen yabancı ülkelerde bulunan, bu Kanun ile 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanununa tabi yükümlüler, durumlarını ispata yarayan belgelerle birlikte bağlı buldukları Türk konsoloslukları aracılığı ile askerlik şubelerine başvurmaları, 2.000 avro veya karşılığı kadar yönetmelikte belirtilecek yabancı ülke parasını başvuru tarihinde defaten ödemeleri ve Millî Savunma Bakanlığınca verilecek uzaktan eğitimi almaları hâlinde muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar.”

Kanunun geçici 55 inci maddesine 26/7/2018 tarihli 7146 sayılı Askerlik Kanunu İle Diğer Bazı Kanunlarda ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun ikinci maddesi ile eklenen düzenleme uyarınca, “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte her ne sebeple olursa olsun henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış ve 1 Ocak 1994 tarihinden (bu tarih dâhil) önce doğan 1076 sayılı Kanun ile bu Kanuna tabi yükümlüler; istekleri hâlinde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde askerlik şubelerine veya yurt dışı temsilciliklerine başvurmaları, 15.000 Türk lirası veya Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satışı kuruna göre ödeme tarihindeki karşılığı kadar konvertibl yabancı ülke parasını defaten ödemeleri ve 21 gün temel askerlik eğitimi yerine getirmeleri şartıyla askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar.”

Bu bağlamda görüldüğü üzere Askerlik Kanununda muvazzaf askerlik hizmeti tek bir tür olarak düzenlenmemiş olup, fiili askerlik hizmetine de özgülenmemiştir. Kanunda belirtilen sürelerde askerlik hizmetini yerine getirenler ya da Kanundaki şartları taşıyarak belirlenen bedeli ödeyenler muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılmaktadır. Bu itibarla, kanunen askerlik hizmetini yerine getirmiş olma bakımından fiilen askerlik hizmetini yerine getirenler ile bedelli askerlik ya-

panlar arasında bir fark bulunmamaktadır.

## II. Bedelli Askerlik

### A- 7146 Sayılı Kanun Öncesi Hukuki Durum

Türkiye’deki ilk bedelli askerlik uygulaması 1980 yılında gerçekleşmiştir. 1987 yılında ikinci, 1992 yılında üçüncü, 1999 yılında dördüncü, 2011 yılında beşinci, 2014 yılında altıncı kez bedelli askerlik çıkarılmıştır.

1980 tarihinde kabul edilen 2338 sayılı 1076 Sayılı Yedek Subay ve Yedek Askeri Memurlar Kanununun 3 ncü Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Bir Geçici Madde Eklenmesi, 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 5 ve 77 nci Maddelerinin Değiştirilmesi, 78 nci Maddesine Bir Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanunun geçici altıncı maddesinin birinci fıkrasına göre, “Silahlı Kuvvetlerin ihtiyacı olan meslek ve vasıfları haiz olanlar hakkındaki 3 ncü madde (d) bendi hükmü saklı kalmak şartıyla, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yurt içi veya yurt dışı yüksek öğrenim kurumu mezunlarından son yoklama için yetkili kurumlara müracaat etmiş olanlar er olarak askere sevk edilir ve dört aylık temel askerlik eğitimi müteakip terhis edilirler.” Aynı maddenin beşinci fıkrasına göre ise, “Yükümlülerden, genel ve katma bütçeli idarelerle, belediye ve özel idarelerde ve kamu iktisadi teşebbüsleri, teşekkülleri ve müesseselerinde maaşlı veya sözleşmeli veya yevmiyeli veya ücretli olarak görevli bulunanlar ile bu görevlerde aday olarak bulunanlar, temel askerlik eğitimi süresince, maaşsız veya ücretsiz veya yevmiyesiz izinli sayılırlar.”<sup>1</sup>

1987 yılında kabul edilen 1076 Sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu ile 1111 Sayılı Askerlik Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu kanunlara Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanunun geçici onuncu maddesine göre, “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar saklı, yoklama kaçağı ve bakaya duru-

1 RG. 14.11.1980, S. 17160, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17160.pdf>

munda olan yedek subay adaylarından istekli olanlar, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2 yıl içinde başvurmaları, başvurunun yapıldığı yılın Bütçe Kanununda 1111 sayılı Kanuna tabi yükümlüler için belirlenen miktarda bedeli bir defada ve peşin olarak ödemeleri ve temel askerlik eğitimini tamamlamaları halinde askerlik hizmetini erbaşer olarak yerine getirmiş sayılırlar<sup>2</sup>.

1992 tarihli Askerlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun ikinci maddesine göre, "O yıl askere alınacakların tamamı, mevcut celp sistemine uygun olarak temel askerlik eğitimine tabi tutulur. Her celp döneminde eğitim merkezlerine sevk edilen miktar Genelkurmay Başkanlığınca belirlenenden fazla ise; ihtiyaç fazlası olan yükümlüler, temel askerlik eğitimini müteakip, o yılın 1 Ocak tarihindeki T.C. Merkez Bankası döviz alış kurları esas alınarak, dövizle askerlik için tespit edilen miktarın yansının karşılığı Türk Lirası bedel ödemek veya istekte bulunan kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapmak suretiyle askerlik hizmetlerini yerine getirmiş sayılırlar.<sup>3</sup>

1999 tarihli Askerlik Kanununun Geçici 37 nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esasların beşinci maddesine göre, "1111 sayılı Askerlik Kanununun geçici 37 nci maddesinde öngörülen bedelli askerlik yapma şartları aşağıda belirtilmiştir.

- a) 1/1/1973 tarihinden önce doğmuş ve henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış olmak.
- b) Bedel ödemeye istekli olmak.
- c) 4/5/2000 (dahil) tarihine kadar yazılı olarak başvuruda bulunmak,
- ç) Kanunda öngörülen bedeli ödemek.
- d) 1/1/1960 tarihinden önce doğmuş olanlardan 20.000 Alman Markı veya karşılığı bedel ödeyenler hariç olmak üzere askerlik şube-

lerince bildirilecek dönemde temel askerlik eğitimini yapmak."<sup>4</sup>

2011 tarihli Askerlik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun dördüncü maddesine göre, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte her ne sebeple olursa olsun henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış, 31 Aralık 2011 tarihi itibarıyla (bu tarih dahil) 30 yaşından gün almış ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu ile 1111 sayılı Askerlik Kanununa tabi yükümlüler, istekleri halinde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde askerlik şubelerine başvurmaları ve 30.000 Türk lirası parayı ödemeleri şartıyla temel askerlik eğitimine tabi tutulmaksızın askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar."<sup>5</sup>

2014 tarihli Askerlik Kanunu İle Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun birinci maddesine göre, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte her ne sebeple olursa olsun henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış ve 1 Ocak 1988 tarihinden (bu tarih dâhil) önce doğan 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu ile 1111 sayılı Askerlik Kanununa tabi yükümlüler; istekleri hâlinde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki ay içinde askerlik şubelerine veya yurt dışı temsilciliklerine başvurmaları ve 18.000 Türk lirası veya Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuruna göre ödeme tarihindeki karşılığı kadar konvertibl yabancı ülke parasını defaten ödemeleri şartıyla temel askerlik eğitimine tabi tutulmaksızın askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar."<sup>6</sup>

Aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere 2018 yılında bedelli askerlikten yararlanabilmenin bir şartı olarak kararlaştırılan askeri temel eğitim önceki yıllardaki bedelli eğitim düzenlemeleri olan 1980, 1987, 1992 ve 1999 yıllarında da vardır. Bu düzenlemeleri 7146 sayılı kanunla getirilen 2018 yılı düzenlemesinden ayıran hüküm bedelli askerlik dü-

2 RG, 28.4.1987, S.19444, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19444.pdf>

3 RG, 1.6.1992 S.21245. ayrıca bkz. [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc075/kanuntbmmc075/kanuntbmmc07503802.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc075/kanuntbmmc075/kanuntbmmc07503802.pdf)

4 RG., 14 Kasım 1999 – S.23876, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23876.pdf>

5 RG., 15 Aralık 2011, S.28143, <http://www.resmigazete.gov.tr>.

6 RG., 13 Aralık 2014, S.29204, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141213.pdf>

zenlemesinden yararlananların 21 günlük temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları işyeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacakları hükmüdür. Bu hüküm 1980 tarihli 2338 sayılı Kanun düzenlemesi dışında geçmiş yıllardaki düzenlemelerde bulunmamaktadır. Ancak 7146 sayılı Kanun ile 2338 sayılı Kanunun kapsamı farklıdır. 7146 sayılı Kanun ücretsiz veya aylıksız izinli sayılma bakımından kamu-özel sektör ayrımı yapmamaktadır. 2338 sayılı Kanuna bakıldığında ise sadece kamu işyerlerinde çalışanların temel askerlik eğitimi süresince maaşsız veya ücretsiz veya yevmiyesiz izinli sayılacakları düzenlenmiştir. 2011 ve 2014 yıllarındaki düzenlemelerde temel askerlik eğitimi öngörülmemiştir.

1987-1992 ve 1999 yıllarındaki bedelli askerlik uygulamalarında belli bir süre temel eğitim öngörüldüğünden, bedelli askerlikten yararlanmak isteyenler zorunlu olarak iş sözleşmesini, İş Kanunu'nun 17. maddesine göre, "sürelili fesih" yoluyla (1475 sayılı eski İş Kanunu'nda 13. maddeye göre) sona erdirmek zorundaydı. Öğretide 7146 sayılı Kanun öncesinde ileri sürülen bir görüşe göre, 2014 tarihli son bedelli uygulamasında temel eğitim öngörülmediğinden işçi bedelli askerlikten yararlanmak için iş sözleşmesini feshetmek zorunda değildir. Ancak, gerekli bedeli ödemek için maddi imkanı olmayan işçi bu bedeli kıdem tazminatı yoluyla sağlamak istiyorsa ve bu amaçla iş sözleşmesini 17. maddeye göre feshederse bu fesih 1475 sayılı Kanunun 14/3. maddesindeki muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla fesih olarak kabul edilir ve işçiye kıdem tazminatının ödenmesi gerekir<sup>7</sup>. Bedelli askerlikten yararlanmak isteyen işçi iş sözleşmesini daha önceki bedelli uygulamalarında olduğu gibi feshetmek zorunda olmayıp, iş sözleşmesini feshederse bu fesih, kıdem tazminatı ödemeyi gerektiren muvazzaf askerlik dolayısıyla fesih sayılır. Muvazzaf askerlik, bedenen (belli bir süre işten ayrılıp fiilen askerlik eğitimi yaparak) gerçekleştirileceği gibi, döviz ödeyerek,

TL ödeyerek veya kamu hizmetinde çalışarak da yerine getirilebilir. 1111 sayılı Askerlik Kanunu bunların hepsini muvazzaf askerlik saymış ve askerliğini fiilen değil, bedelli (belli bir döviz veya TL ödeyerek) yapanları da muvazzaf askerliklerini yerine getirmiş saymış ve bunların tekrar askere alınmayacaklarını vurgulamıştır<sup>8</sup>. 7146 sayılı Kanun öncesinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise fiilen askerlik yapılmaması sebebiyle 2014 yılında 6252 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen bedelli askerlikte temel eğitimin kaldırılmış olduğuna dayanarak, son bedelli askerlik uygulamasında kıdem tazminatı istenmesi mümkün değildir<sup>9</sup>.

## B- 7146 Sayılı Kanun Sonrası Hukuki Durum

Ülkemizde son yıllarda yoklama kaçakları ile bakaya sayılarının gittikçe arttığı gözlemlenmiş ve bu konuda oluşan birikmenin önüne geçilmeye yönelik geniş toplum kesimlerinden talepler dile getirilmiştir<sup>10</sup>. Bunun üzerine 03/08/2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7146 sayılı Kanun ile bedelli askerlikle ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Yukarıda ifade edildiği üzere geçmiş dönemlerde farklı tarihlerde de buna benzer şekilde yoklama kaçakları ile bakaya sayılarındaki artış neticesinde askerlik hizmetinin yerine getirilmiş sayılmasına yönelik bedelli veya dövizli askerlik uygulamasını içeren çeşitli kanuni düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

Kanun'un kapsamı belirlenirken yurt dışında yaşayan vatandaşlara yönelik özel düzenlemeler ve ayrıca genel bir bedelli askerlik düzenlemesi yapılmıştır.

1111 sayılı Kanunun geçici 55 inci maddesinde söz konusu 7146 sayılı Kanunun ikinci maddesi ile yapılan düzenlemeye göre, "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte her ne sebeple olursa olsun henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış ve 1 Ocak 1994 tarihinden (bu tarih dâhil) önce doğan 1076 sayılı Kanun ile bu Kanuna tabi yükümlüler; istekle-

7 Ali Rıza Okur, "Muvazzaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, s.21.

8 Okur, s.21.

9 Görüşler için bkz. Okur, s.21, dn.25.

10 7146 sayılı Kanun genel gerekçe.

ri hâlinde, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde askerlik şubelerine veya yurt dışı temsilciliklerine başvurmaları, 15.000 Türk lirası veya Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuruna göre ödeme tarihindeki karşılığı kadar konvertibl yabancı ülke parasını defaten ödemeleri ve 21 gün temel askerlik eğitimi yerine getirmeleri şartıyla askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar. Her ne sebeple olursa olsun daha önce bedelli veya dövizli askerlik hizmeti kapsamında çıkarılanlardan yaş şartını taşıyanlar, istekleri halinde birinci fıkra hükümlerinden yararlanırlar.”

Bu çerçevede fiili askerlik hizmetine başlamamış, en geç 01.01.1994 tarihinde doğmuş, 15.000.-TL ödeyen ve 21 gün temel askerlik hizmetini yerine getiren vatandaşlar, askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılacaklardır.

7146 sayılı Kanunun ikinci maddesinin dördüncü fıkrası ile “Bu madde hükümlerinden yararlananların temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacağı” hüküm altına alınmıştır.

### III. Bedelli Askerliğin İş İlişkinde Etkisi

#### A- Bedelli Askerlik Süresinde İşçinin Ücretsiz İzinli Sayılması

7146 sayılı Kanunun ikinci maddesinin dördüncü fıkrasına göre 21 günlük temel askerlik eğitimi süresince bedelli askerlikten yararlanan işçiler ücretsiz izinli sayılacaklardır. Bu düzenleme ile aslında iş sözleşmeleri, temel askerlik eğitimi süresince askıya alınacaktır.

İş sözleşmesi kural olarak işçi ve işveren tarafının karşılıklı rızası ile askıya alınabilir. Ancak kanuni düzenleme ile de bu şekilde ücretsiz izinli sayılmaya ilişkin hüküm öngörülebilmektedir. Ücretsiz izin halinde, işçi iş görme edimini ifa etmeksizin, işveren de işçileri işten çıkarmanın maliyetine katlanmak zorunda olmaksızın iş sözleşmesi askıya alınmaktadır. İşçi bu şekilde söz

konusu dönemde hukuken işsiz kalmaksızın fiilen işsiz kalmakta ve ücretini alamamaktadır<sup>11</sup>. Bu bağlamda işveren, 21 günlük temel askerlik eğitimi süresince işçiye ücret ödemeyecek ve sosyal sigorta primini yatırmayacaktır.

Ücretsiz izin halinde iş sözleşmesinin askıya alınması ile iş sözleşmesinden doğan temel borçlar, bu kapsamda işçinin işgörme, işverenin ücret ödeme borcu askıya alınmakta, ancak iş sözleşmesi varlığını sürdürmektedir. İşveren bu süre içinde işçinin devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesini feshedemez<sup>12</sup>. 7146 Sayılı Kanunda işverenlerin temel askerlik süresi boyunca işçileri ücretsiz izinli sayacakları özel olarak düzenlendiği için, işverenler, işçilerin bedelli askerlik görevlerini yerine getirmeleri nedeniyle 21 günlük temel askerlik eğitimi süresince devamsızlıkları nedeniyle iş sözleşmelerini feshedemeyeceklerdir.

Ayrıca işveren işçinin 21 günlük temel askerlik eğitiminin bitiminde işçiyi işe başlatmak zorundadır. Aksi halde gerçekleştirilen fesih hukuka aykırı olacak ve işçi İş K.m.18-21 hükümleri çerçevesinde işe iade davası açabilecek veya ihbar tazminatı ile koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ve varsa yıllık izin ücretini talep edebilecektir. Yargıtay’a göre, askerlik süresince iş sözleşmesinin askıda kalacağına ilişkin sözleşme hükmünün bulunması halinde askerlik bitiminde işçinin işe başlatılmaması işverence yapılmış fesih sayılır ve işçiye işe iade hakkı verir<sup>13</sup>.

11 Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2018, s.500.

12 Süzek, İş, s.503-504; Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s.88 vd.; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2017, s.174.

13 “Davacının konununun 4857 sayılı İş Kanunu’nun 31/son maddesi kapsamında değerlendirilmesi için, iş sözleşmesinin askerlik nedeni ile davacı işçi tarafından feshedilmesi gerekir. Oysa somut uyuşmazlıkta, davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin askerlik süresince askıda olduğunu kabul etmiş ve askerlik sonrası işe başvuran davacıya boş kadro olmadığı gerekçesi ile askı halinin kaldırıldığını belirtmiştir. İş sözleşmesi tarafların irade birleşmesinden dolayı askerlik süresince askıdadır. Bu olayda davacı işçinin askerlik nedeni ile iş sözleşmesini feshettiğinden söz edilemez. Davalı işveren, askı halini kaldırmakla iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu nedenle olayda 4857 sayılı İş Kanunu’nun 31. maddesinin uygulama olanağı yoktur. Mahkemece yazılı şekilde davanın

## B- Bedelli Askerlik Süresinin Kıdem Süresinden Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu

İş Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeneceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda söz konusu düzenleme ile işçinin fiili çalışma süresi değil, iş sözleşmesinin devam süresi ve fiilen çalışılan günlerin toplamını oluşturan takvim yılı esas alınmıştır<sup>14</sup>.

Ücretsiz izinli olunan 21 günlük temel askerlik eğitimi süresince iş sözleşmesi askıda kalmaktadır. Yargıtay'a göre, kıdem tazminatı hesabında iş sözleşmesinin askıda kaldığı süre değil, fiilen çalışılan ve kanuna göre çalışılmış sayılan süreler toplamı esas alınır<sup>15</sup>. Ancak kanaatimizde de isa-

reddi hatalı bulunmuştur. Davalı işveren, iş sözleşmesinin askı halini kaldırılmasında, geçerli nedeni kanıtlayamamıştır. Davacının iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermek gerekir." Yarg. 9. HD., 19.6.2006, E.2006/14700, K.2006/17517. (Kişisel arşiv).

14 Süzek, İŞ, s.753.

15 Yargıtay'a göre, "931 ve 1475 sayılı İş Kanunları ile 29 Ekim ve hafta tatili günleri çalışılmış gibi sayılan günler olarak kabul edilmiş ve bunun sonucu olarak 365 günü oluşturan "tam yıl" esası getirilmiştir. Ancak bunun için hizmet akdinin devam etmiş olması yeterli olmayıp, işçinin hizmet akdinin devamı süresince İş Kanunu ve mevzuata göre kanuni iş sürelerinde çalışmış olması da icab etmektedir. ... O halde 14. maddedeki "tam yıl" İş Kanununa göre çalışılan ve çalışmış gibi sayılan sürelerin toplamı olmak gerekir." Yarg.9. HD., 23.4.1981, E.1981/2954, K.1981/5578; bkz. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İzmir 1998, s.421, dn.530. Askı sürelerinin dikkate alınmaması gerektiği konusunda ayrıca bkz. Yarg. 9. HD., 7.2.1984, E.1984/63, K.1984/45; Yarg. HGK. 21.5.1986, E.1986/985/9-97, K.1986/553; bkz. Narmanlıoğlu, İŞ, s.421, dn.531. "Davacının askerlik nedeniyle bir süre işe ara verdiği anlaşılmaktadır. Böyle olunca, askerlikte geçen süre nazara alınmadan kıdem tazminatı hesaplanmalıdır." Yarg. 9. HD. T. 30.05.2000, E. 2000/3989, K. 2000/7508. "Askerlikte geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması İş Kanununun emredici kurallarına aykırıdır." (Yarg. 9. HD. E.992/13618 K.993/3402 T.02.03.1993); "Askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabına dahil edilmesi mümkün değildir." (Yarg. 9. HD. E.991/1786 K.991/9198 T.03.06.1991); "Muvazzaf askerlikte geçen sürenin, işçinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9. HD. E.995/4206 K.995/14302 T.02.05.1995. Kararlar için

betli olan öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, İş Kanununun 14 üncü maddesinde iş sözleşmesinin devam süresinin dikkate alınacağı belirtilmiş olup, bu bağlamda askı sürelerinin de kıdem süresine dahil edilmesi gerekmektedir<sup>16</sup>. İşçinin kıdeminin belirlenmesinde iş sözleşmesinin varlığı ve devam ettiği sürenin göz önünde tutulması, bu süre içinde işçinin fiilen çalışmasını gerektirmez. Bu bağlamda hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri, ücretli ve ücretsiz izin günleri kıdemden sayılmaktadır<sup>17</sup>.

## C-Bedelli Askerlik Süresinin Yıllık İzinden Mahsup Edilebilip Edilemeyeceği Sorunu

Yıllık izin hakkı Anayasanın 50 nci maddesi çerçevesinde getirilmiş bir dinlenme hakkıdır ve bu haktan vazgeçilemez. Bu hakkın işçi tarafından kullanılması, işveren tarafından da kullanılması gerekir. Bu bağlamda izinde çalışmak yasaktır. İş Kanununun 58 inci maddesine göre, "Yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa, bu izin süresi içinde kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınabilir."

Yukarıda belirtildiği üzere muvazzaf askerlik bir vatani görev olup, "ücret karşılığı bir iş" değildir. Bu nedenle işçinin askerlik hizmetini yıllık ücretli izni esnasında gerçekleştirilmesi İş Kanununun 58.maddesinde öngörülen çalışma yasağı kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte yıllık ücretli izin süresinde bedelli askerliğin temel eğitimini yerine getiren işçinin yıllık ücretli iznini amacına aykırı şekilde kullandığı söylenebilir. Zira yıllık ücretli izinde işçinin dinlenmesi amaçlanmaktadır.

bkz. Mustafa Birecik, Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.18, dn.32.

16 Süzek, İŞ, s.754 dn.64; Süzek, Askı, s.110, 116; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Ankara 2014, s.778; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016, s.505.

17 Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2016, s.296; Ünal Narmanlıoğlu, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, s.123; Narmanlıoğlu, İŞ, s.420.

Bu nedenle temel eğitim süresince işçinin ücretsiz izinli sayılması isabetli olmuştur.

Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) ile Milli Savunma Bakanlığının ortak girişimi ile bedelli askerlik hizmetinden faydalanmak isteyen öğretmenlerin eğitim-öğretim hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi amacıyla temel askerlik eğitimlerini yarıyıl veya yaz tatilinde yerine getirebilmesi ve bu bağlamda temel askerlik eğitimlerini erteleyebilme imkanı getirilmiştir. Bu çerçevede MEB 10.09.2018 tarihinde eğitim öğretim hizmetlerinin aksatılmadan yürütülmesi açısından öğretmenlerin 21 günlük bedelli askerliklerini sömestri veya yaz tatilinde yerine getirmelerine ilişkin bir Genelge yayımlanarak ilgili kurumlara dağıtmıştır. Kanaatimizce öğretmenlerin de sömestri ya da yaz tatili döneminde askerlik hizmetini yine ücretsiz ya da aylıksız izinli olarak yerine getirmeleri gerekmektedir.

Yıllık ücretli izin konusunda diğer bir durum da bedelli askerlik süresinin yıllık izin hesabına esas alınacak süreye dahil edilip edilmeyeceği sorunudur. İş K.m.53 e göre işyerinde işe başladığı tarihten itibaren deneme süresi de dahil olmak üzere en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir. İş Kanununun 55 inci maddesinde yıllık izin bakımından çalışılmış sayılan haller düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin j bendine göre "işveren tarafından verilen diğer izinler" yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış sayılır. Bu düzenleme bağlamında bu sürenin çalışılmış sayılabilmesi için ücretli ya da ücretsiz izin bakımından bir farklılık gözetilmemiştir. Buna karşın Yargıtay kimi kararlarında aralıklı ve kısa süreli olmak kaydıyla ücretsiz iznin İş K.m.51 anlamında çalışılmış sayılacağını<sup>18</sup>, kimi kararlarında ise kısa-uzun ayrımı yapmadan ücretsiz iznin çalışılan ya da çalışılmış sayılan süreden sayılmadığını hükme bağlamıştır<sup>19</sup>. Ancak bu şekilde kanun koyucunun öngörmediği bir sınırlama getirmek isa-

betli olmayacaktır. Ücretsiz izinlerin de işverence verilen izinler bağlamında değerlendirilmesi ve yıllık izinle ilgili hizmet süresine dahil edilmesi gerekmektedir<sup>20</sup>.

## D- Bedelli Askerliğin İşçinin Sigorta Primlerine Etkisi

7146 sayılı Kanunda bedelli askerlik süresince işçilerin ücretsiz izinde olduğu açıkça belirtildiğinden, çalışanın sigortalı kalması da uygun görülmemektedir. Bu bağlamda 21 günlük temel askerlik hizmeti süresince işçinin sigorta primleri yatırılmaz.

Sigortalılar için aylıksız izin süresi, doktora süresi gibi iradi olarak veya askerlik, lokavt, tutukluluk gibi iradi olmayan devamsızlık nedenleri ile çalışma ilişkisinin özelliğinden kaynaklanan bazı durumlarda sigorta primi ödenmemektedir. Bu nedenle de sigorta ilişkisinde kesinti oluşmaktadır. Bu bağlamda sosyal güvenlik sistemimizde hizmet borçlanması olanağı getirilmiştir<sup>21</sup>. Hizmet borçlanması, sigortalılıkta geçmeyen bazı sürelerin daha uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin primlerin ödenmesi suretiyle sigortalı hizmetten sayılmasına imkan veren bir sosyal sigorta işlemi olarak tanımlanmaktadır<sup>22</sup>.

Sigortalıların iş sözleşmelerinin askıda kaldığı sürelerde malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödenmediği için askıda olan bu süreler gün sayısı olarak değerlendirilmemektedir<sup>23</sup>.

Er veya erbaş olarak silahaltında veya yedek subay okulunda geçen süreler borçlanılabilir. Askerlik süresinin tamamı ya da istenilen süre kadarlık kısmının borçlanması mümkündür<sup>24</sup>. Borçlanmaya konu olan süre muvazzaf askerlik-

20 Akyiğit, Yıllık İzin, s.211-212; Süzek, İş, s.832.

21 Ali Nazım Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2017, s.492.

22 Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2016, s.672; Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2016, s.510.

23 Müjdat Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 2017, s.331.

24 Şakar, s.329-330.

18 Yarg. 9. HD., 01.10.1986, E.1986/7336, K.1986/8701; bkz. Ercan Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, s.212, dn.507.

19 Yarg. 9. HD., 16.01.1996, E.1996/24545, K.1096/62; bkz. Akyiğit, Yıllık İzin, s.212, dn.508.

te geçen süredir<sup>25</sup>. Ancak temel askerlik eğitimini öngörmeyen bedelli askerlik ayrıca hizmet sunumunu gerektirmediği için borçlanma gereğini doğurmamaktadır<sup>26</sup>. Fakat kanaatimizce 7146 sayılı Kanunda öngörüldüğü gibi 21 günlük temel askerlik hizmetini öngören bedelli askerlik, hizmet sunumunu öngördüğü için borçlanılabilir.

### E- Bedelli Askerlik Halinde İşçinin Kıdem Tazminatı Talep Edip Edemeyeceği Sorunu

Kıdem tazminatı, kanunda düzenlenen asgari bir yıllık çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin kanunda belirtilen sebeplerden biriyle işçi ya da işveren tarafından sona erdirilmesi halinde işçiye veya kanuni mirasçılara kıdemi ve ücreti dikkate alınarak işverence ödenen bir tazminattır<sup>27</sup>.

Mülga 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre, bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sözleşmesini sona erdirmesi veya işçinin ölümü sebebiyle sözleşmenin son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet aktinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir.

Kıdem tazminatı, müessese olarak, ancak işçinin işyerinden ayrılması, yani iş (hizmet) sözleşmesinin sona ermesi üzerine bir miktar paranın ödenmesini içermektedir. Buna göre, kıdem tazminatı ödeme zorunluğu, iş sözleşmesinin yasa da belirtilen nedenlerle sona ermiş bulunduğu haller için söz konusudur. İş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde sözleşme varlığını sürdürdüğü ve sona ermediği için işverenin kıdem tazminatı ödeme zorunluğu bulunmamaktadır.

26/7/2018 tarih ve 7146 sayılı Kanunun ikin-

25 Sözer, s.493; Tuncay/Ekmekçi, s.676; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s.515-516.

26 Sözer, s.494.

27 Sümer, s.286; Süzek, İş, s.734; Narmanlioğlu, Kıdem Tazminatı, s.4; Ercan Akyiğit, Kıdem Tazminatı, Ankara 2010, s.27 vd.

ci maddesiyle 1111 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 55'in ilk fıkrası, 21 günlük temel askerlik eğitiminin yerine getirilmesini öngörmekte; aynı maddenin dördüncü fıkrası ise, aynen, "Bu madde hükümlerinden yararlananlar temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar" hükmünü getirmektedir.

1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi gereği kıdem tazminatına hak kazandıran hallerden biri de muvazzaf askerliktir. Muvazzaf askerlik nedeniyle, iş sözleşmesini 17. maddeye göre fesheden işçiye, işveren kıdem tazminatı ödemek zorundadır<sup>28</sup>. Muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle sözleşme işveren tarafından feshedilmiş olsa da işçi kıdem tazminatına hak kazanır<sup>29</sup>.

Muvazzaf askerlik kanunda tanımlanmamıştır. 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri personel yasasına ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa ve 1111 sayılı Askerlik Kanununa göre muvazzaf askerlik deyiminden sürekli, diğer bir ifade ile daimi askerlik anlaşılmaktadır. Ancak İş K.m.14/3 çerçevesinde muvazzaf askerlik geçici, yedek, kısa dönem askerlik hizmeti anlamında

28 Öğretide bir görüşe göre muvazzaf askerlik işçi için bir haklı sebep teşkil etmez ve işçi sözleşmesini bu sebeple süreli fesihle fesheder. Bkz. Narmanlioğlu, İş, s.436; Sümer, s.287; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.263-264; Süzek, İş, s.751-752; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.501. İş Kanununda haklı fesih nedenleri sayılmıştır ve askerlik olgusunun işverenin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlarına benzer hallerle ilgisi yoktur. Dolayısıyla işçinin muvazzaf askerlik nedeniyle bildirim sürelerine uyarak iş sözleşmesini feshetmesi gerekir. Bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.264. Diğer bir görüşe göre ise burada derhal fesih imkanının varlığından söz edilir. Bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s.179. Bir diğer görüşe göre burada kıdem tazminatı bakımından bildirim sürelerine gerek duyulmayan özel bir fesih hali getirilmiştir. Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.1112-1113, Yargıtay'a göre ise burada özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Kıdem tazminatı bakımından özel bir önelsiz fesih hakkı getirilmiştir. Yargıtay'ın bir kararına göre, "İşçinin 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca ... muvazzaf askerlik ... gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez." Yarg. 9. HD., 12.3.2009, E.2009/41150, K.2009/6661, bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan s.263, dn.215.

29 Narmanlioğlu, İş, s.436.



kullanılmıştır<sup>30</sup>. Bu bağlamda muvazzaf askerlik hizmeti, Askerlik Kanunu'na göre her erkek Türk vatandaşının yapmakla yükümlü olduğu askerlik hizmetidir ve işçi tarafından sözleşmesinin bu sebeple feshi kıdem tazminatına hak kazandırır<sup>31</sup>.

İş sözleşmesinin muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle feshedilmiş sayılabilmesi için işçinin işten ayrılması ile askere gidiş tarihi arasında uzun bir süre geçmemiş olmalıdır. Bu bağlamda feshin nedeninin askere gitme olduğunu kabul etmeye imkan sağlayacak makul bir süre olmalıdır<sup>32</sup>. Yargıtay'ın bir kararında isabetli olarak işçinin işten ayrıldıktan 14 ay sonra askere gitmesi muvazzaf askerlik nedeniyle fesih sayılmamıştır<sup>33,34</sup>.

30 F. Kerim Anadolu, İş Güvencesi ve Kıdem Tazminatı, Ankara 2002, s. 160-161.

31 Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş ikinci baskı, Ankara 2018, s. 314.

32 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s.315; Ak-iyiğit, Kıdem Tazminatı, s.180; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.500.

33 Yargıtay'ın bir kararına göre, "Olayda ... davacının işyerinden ayrıldıktan 14 ay sonra askere gittiği anlaşılmaktadır. Aradan geçen bu uzun süre dikkate alındığında, iş akdinin muvazzaf askerlik nedeniyle bozulduğunun kabulü mümkün değildir." Yarg. 9. HD., 17.2.1986, E.1986/71, K.1986/1686; bkz. Narmanlioğlu, İş, s.436-437, dn.573. Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, "... davacı 2.1.1958 tarihinde muvazzaf askerlik dolayısıyla işyerinden ayrılmış ancak 3.6.1958 tarihinde askere sevk edilmiştir. İşyerinden ayrılış tarihi ile sevk tarihi arasında sebep bağlantısını kesmeyerek muhik bir sürenin araya girmesi hakkı ortadan kaldırmaz. Muhik sürenin işçinin sosyo-ekonomik durumu, çevre, örf ve adet özellikleri nazara alınarak takdir edilmesi gerekir. Üstelik davacı kardeşinin askerde olması nedeniyle kendisinin askere sevkinin ertelendiğini ileri sürmektedir. Bu hususlar araştırılıp sonucuna göre karar vermek gerekirken aksine yazılı şekilde karar verilmesi bozma sebebi sayılmıştır." Yarg. 9. HD., 12.12.1984, E.1984/9719, K.1984/11051; bkz. Narmanlioğlu, İş, s.437, dn.574.

34 "Davacı 22.7.2004 tarihli dilekçesi ile yıllık izin dönüşü askerlik nedeniyle işyerinden ayrılacağını işverene bildirmiştir. Davacı bu dilekçeyi verdiği tarihten 31.10.2005'e kadar tecillidir. Ancak davacı askere erken gitmek üzere ASAL'a müracaat etmiştir. Terhis belgesine göre askerlik şubesinden sevk tarihi 31.3.2005, son kıta kuruma katılış tarihinde 13.5.2005 olup davacıda 30.9.2005 de terhis olmuştur. İşyerinden ayrılış tarihi ile sevk tarihi arasında sebep bağlantısını kesmeyerek makul sürenin araya girmesi hakkı ortadan kaldırmaz. Davacı ASAL'a müracaat'la tecilli olduğu 31.10.2005 tarihinden evvel askere gitmek isteğinde bulunmuş neticede tecilli olduğu süreden önce askerden dönmüştür kaldı ki davacı izin dönüşü işyerine gelerek askere gidene kadar çalış-

Bu hükmün bedelli askerliği kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, bedelli askerlik nedeniyle feshin kıdem tazminatına hak kazandırabileceğini düşünürken; bazı yazarlar da bedelli askerliğin kıdem tazminatına hak kazandırmadığını düşünmektedir.

Bir görüşe göre, bedelli askerlik yapan işçinin kıdem tazminatı alabilmesi için bedelli askerliğin niteliğine bakmak gerekir. Eğer bedelli askerlik uygulamasında, işçi bir gün bile olsa askere alınıyorsa; bu işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Ancak bedelli askerlik uygulamasında işçi askere hiç alınmıyorsa; bu durumda kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. 2018 yılı bedelli askerlik uygulamasında, temel askerlik eğitimini tamamlayarak bedelli askerlik yapan işçiye kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. İşçinin bir yandan 7146 sayılı Kanunda getirilen ücretsiz izin hakkı, bir yandan da 1475 sayılı Kanunda öngörülen kıdem tazminatını talep etme hakkı vardır. İşçinin bu bağlamda seçim hakkı vardır<sup>35</sup>.

İşçinin ücretsiz izinli sayılması konusunun iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmemesi durumunda devreye girecek bir düzenleme olduğunu düşünen benzer bir görüşe göre, bedelli askerlik halinde iş sözleşmesi işçi tarafından feshedilerek kıdem tazminatı talebinde bulunulabilecek, bu yola başvurulmaması durumunda ise işçi ücretsiz izinli sayılacaktır. Bu çerçevede, iş sözleşmesi işçi tarafından feshedilmez ise askıya alınacak ve bu halde işçi askerden döndüğünde ise iş sözleşmesi tekrar kaldığı yerden devam edecektir<sup>36</sup>.

mak isteğinde de bulunmuş işverence çalıştırılmamıştır. Tüm bu sebeplerle davacının askere gitmek üzere işyerinden ayrıldığı ve makul bir süre içerisinde de askere gittiği anlaşılmakta olup kıdem tazminatı isteğinin kabulü yerine reddi hatalıdır. Bu durumda davalı karşı davacının ihbar tazminatının da reddi gerekirken kabulü doğru değildir." Yarg. 9. HD., 11.11.2006, E.2006/ 9697, K.2006/ 29675. (Kişisel arşiv).

35 Mustafa Baysal, Bedelli askerlik yapan işçi kıdem tazminatı alır mı? <https://iscidunyasi.com/bedelli-askerlik-yapan-isci-kidem-tazminatı-alır-mi/>

36 Erdem Özdemir'in görüşü için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartisma-si-40942869>

Diğer bir görüşe göre, bir işverenin bedelli askerlik sebebiyle temel askerlik eğitimine katılan işçiyi işten çıkarma hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, muvazzaf askerlik görevini yerine getirmesi nedeniyle işten çıkarılan bir işçinin başta işe iade davası olmak üzere, kıdem ve ihbar tazminatını talep etme hakkı doğmaktadır. Bedelli askerlik süresince işçinin 21 gün temel askerlik eğitimi için de olsa işten ayrılması durumunda bir yıllık kıdem şartı gerçekleşmişse işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Nitekim muvazzaf askerlik nedeni ile bir yıllık kıdemini dolduran işçinin kıdem tazminatı alabileceği yönündeki kural, askerliğin bedelli olup olmaması bakımından bir ayrıma tabi tutulmamaktadır<sup>37</sup>.

Bir diğer görüşe göre de kıdem tazminatına hak kazanma bakımından işçinin iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle feshetmesi yeterli olup, askerliğin kısa süreli ya da bedelli olması önem taşımaz<sup>38</sup>. Kanunda muvazzaf askerlik hizmeti tek bir tür olarak düzenlenmemiş sadece fiili askerlik hizmetine özgülenmemiştir. Fiilen askerlik hizmetini yerine getirenler ile bedelli askerlik yapanlar arasında muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş olmak bakımından bir fark bulunmamaktadır. 1475 sayılı Kanunun 14. maddesi "*Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla*" işten ayrılanların kıdem tazminatına hak kazanacağını düzenlemekle yetinmiş, muvazzaf askerlik hizmetinin ne şekilde yapılacağı, diğer bir ifade ile fiilen mi yoksa bedel ödemek suretiyle mi yapılacağı konusunda bir ayırım yapmamıştır. Bu bağlamda bedelli askerlik suretiyle muvazzaf askerlik hizmetini yapmış sayılmak için işyerinden ayrılan işçinin de kıdem tazminatına hak kazanması gerekir. Bu görüş uyarınca 1475 sayılı Kanunun 14 üncü

maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran muvazzaf askerlik hizmetini 1111 sayılı Askerlik Kanunundaki esaslara göre ele alarak işçi lehine düşünülmesi isabetli olacaktır.<sup>39</sup>

Aynı yönde diğer bir görüşe göre, 7146 sayılı Kanun ile işverenin temel askerlik süresi içerisinde işçinin ücretsiz izinli sayılacağı düzenlenmekte ise de, işçinin muvazzaf askerlik hizmeti niteliğindeki 21 günlük temel askerlik eğitimine bağlı olarak iş sözleşmesini kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona erdirmesini sınırlayan herhangi bir düzenleme mevcut değildir. İşçinin bedelli askerlik hizmeti kapsamında 21 günlük temel askerlik hizmeti muvazzaf askerlik sayılması sebebiyle, işçi bir yıllık çalışma süresini doldurmuş olması halinde, kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde iş sözleşmesini bedelli askerliğe dayalı olarak sona erdirebilecektir<sup>40</sup>.

Öğretide aksi yönde ileri sürülen görüşe göre, bedelli askerlik hizmetini yerine getirenlerin kıdem tazminatı hak etmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Bedelli askerlik nedeniyle işten ayrılan işçi istifa etmiş sayılacaktır. Bu bağlamda muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshi ve buna bağlı kıdem tazminatı hakkı olmayacaktır. Bedelli askerlik hizmetini yerine getiren işçilerin 21 günlük eğitimleri boyunca iş sözleşmeleri askıya alınacak, bu sürenin bitiminde işyerine geri döndüklerinde işlerine kaldıkları yerden devam edeceklerdir. Bu sebeple işverenin iş sözleşmesini işçinin bedelli askerlik hizmeti nedeniyle feshetmesi de mümkün değildir<sup>41</sup>. Diğer bir görüşe göre, askerlik nedeniyle sözleşmenin feshedilmeyip askıda kalması ve ücret ödenmesi kararlaştırılırsa bu durumda tıpkı kısa süreli yasal ödevlerin yerine getirilmesi amacıyla askere gitme ve çağrılmada olduğu gibi bu sürede ücret

37 Onur Kaykayoğlu'nun görüşü için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869>

38 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, Ders Kitabı, s.315; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.1114; Muhittin Astarlı, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 25-26 Kasım 2016, s.356; Birecik, s.15.

39 Astarlı, s.356-358.

40 Ali Haydar Gül, Bedelli Askerlikten Yararlanma Şartları, Bedelli Askerliğin İş İlişkileri İle Adli ve İdari Soruşturma ve Kovuşturmalara Etkileri, 3 Ağustos 2018, <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalara-etkileri>

41 <http://iskanunu.com/sizin-sorduklariniz/bedelli-askerler-kidem-tazminatinalabilecek-mi/>

ödemesi devam edip, kıdem tazminatı söz konusu olmayacaktır<sup>42</sup>.

Konuyla ilgili Yargıtay uygulamasına baktığımızda, Yargıtay'ın eski tarihli bir kararına göre, "Davacı 27.10.1982 tarihinde muvazzaf askerlik görevine gideceğinden bahisle tazminatlı çıkışını istemiştir. Gerçekten davacının 1.11.1982 tarihinde 4 aylık askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek üzere sevki yapılmıştır. Bu hizmet muvazzaf askerlik hizmeti yerine geçtiğinden İş Yasasının 14. Maddesi uyarınca 26.11.1982 tarihinde davayı açmıştır. 2338 sayılı Yasanın geçici 6/5 maddesinde temel askerlik eğitimi süresince maaşsız ve ücretsiz izinli sayılacağı getirilmişse de bu kuralın çalışanın işini güvence altında tutmak amacıyla yönelik bulunduğu kuşkusuzdur. Öbür yandan İş Yasasının değişik 14. maddesinde muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle ayrılanlara kıdem tazminatı verileceği öngörülmüştür. Davacı bu koşulun gerçekleşmesine bağlı istekte bulunduğu göre isteğin esasının incelenerek hak ettiği kıdem tazminatına hükmedilmesi yasaya aykırılık teşkil etmez."<sup>43</sup>

Yargıtay 2015 tarihli bir kararında, 31.05.2012 tarihinde davalı işyerine verdiği dilekçe ile muvazzaf askerlik vazifesi nedeniyle istifa eden ve dört gün sonra 04.06.2012 tarihinde bedelli askerlik başvurusunda bulunan işçinin kıdem tazminatına hak kazandığına ilişkin yerel mahkeme kararını onamıştır<sup>44</sup>.

Kanaatimizce 7146 sayılı Kanun çerçevesinde bedelli askerlik hükümlerinden yararlananların temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacakları yönündeki düzenleme uyarınca bedelli askerliğin fesih nedeni olmadığı ifade edilmek istenmiştir. Başka bir anlatımla bedelli askerlik nedeniyle yapılan feshin kıdem tazminatını gerektiren bir fesih nedeni olmadığı söylenebilir. Düzenleme ile hem işçi hem de işveren güvence altına alınmak istenmektedir. Bedelli askerliğe ilişkin önceki düzenlemelerde işverenin işçiyi mutlak bir işe başlatma zorunluluğu bulunmamaktayken, yeni düzenleme uyarınca işveren askerlik hizmetini yerine getiren işçiyi 21 gün sonra işe başlatmak zorundadır. Aksi halde iş sözleşmesi işverence haklı bir neden olmadan feshedilmiş sayılacaktır. Düzenleme ile hem işçi hem işveren güvence altına alınmak istenmektedir. Bedelli askerliğe ilişkin önceki düzenlemelerde işverenin işçiyi mutlak bir işe başlatma zorunluluğu bulunmamaktayken, yeni düzenleme uyarınca işveren askerlik hizmetini yerine getiren işçiyi 21 gün sonra işe başlatmak zorundadır. Düzenleme işçiye iş güvencesi sağlayarak, askerlik hizmetini yerine getirmek üzere işinden ayrılan işçinin işverence sözleşmesinin feshini engellemekte, iş sözleşmesini askıya almaktadır. İşveren bakımından da kalifiye bir elemanın askerlik sonrası tekrar işe dönmemesi riski engellenmiş olmaktadır.

Burada ayrıca genel kanun özel kanun bakımından da değerlendirme yapmak gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, 7146 sayılı Kanunda mülga 1475 sayılı İş Kanununun 14.maddesinde öngörülen "genel" mahiyetteki düzenlemenin bedelli askerlikte uygulanmayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiş olması, bu konuda işçiye seçimlik hak verildiği şeklinde yorumlanamaz. Özel düzenlemenin uygulanma önceliği vardır. Aksi halde temel eğitim süresince işçinin ücretsiz izinli sayılmasını gerektiren bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç olmayacaktı. Zira uygulamada kısa

42 Anadolu, s.161.

43 Yarg.9. HD. 9.6.1983, E.1983/3488, K.1983/5183; bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s.182.

44 9. HD., 5.1.2015, E.2015/15064, 2015/31360 K., karşı oy: "Davacı işçinin 31.05.2012 tarihinde davalı işyerine verdiği dilekçe ile muvazzaf askerlik vazifesi nedeniyle istifa ettiği ve 4857 sayılı yasanın 120nci maddesi ile halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasanın 14/1-3 maddesine dayanarak kıdem tazminatı talep ettiği anlaşılmaktadır. Davacının istifadan 4 gün sonra 04.06.2012 tarihinde bedelli askerlik başvurusunda bulunduğu ve askerliğini bedelli yaptığı, bir gün dahi silah altına alınmadığı da sabittir. 1475 sayılı Yasanın 14/1-3 maddesiyle tanınan hakkın fiilen askerlik yapmak için mecburen işyerinden ayrılmak zorunda olanlara yönelik olması karşısında askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek yerine bedelini ödeyerek bu yükümlülükten kurtulan işçi 1475 sayılı Yasanın 14/1-3 maddesinde tanınan haktan yararlanamaz. Bu itibarla kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulü doğru olmamıştır. Şeklindeki kanaatim nedeniyle

aksi yöndeki sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum", <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>

sürelili temel eğitim süresi için işçinin ücretsiz izinli sayılma talepleri işverenlerce genellikle kabul görmektedir.

7146 sayılı Kanun öncesinde bedelli askerliğin iş sözleşmesine etkisi ile ilgili bir kanun ya da düzenleme yoktur. Bedelli askerliğin süresinin veya askerliği fiilen yapıp yapmamanın önemli olmadığı söylenebilir. Bu bağlamda sözleşmenin bu amaçla feshinin kıdem tazminatına hak kazandırdığı şeklinde yorum yapılabilir. Ancak 7146 sayılı Kanunda açıkça işçilerin ücretsiz izinli sayıldıkları belirtildiği, bu suretle iş sözleşmesi askıya alınmış olduğu için askerlik fesih nedeni yapılarak sözleşmenin feshi suretiyle kıdem tazminatı talep edilemez. Kanunda işçinin ücretsiz izinli sayılması tarafların iradelerine terkedilmemiştir. Bu çerçevede bedelli askerlik iş sözleşmesini sona erdirmemesi gibi, sözleşmenin feshine imkan veren bir fesih sebebi de oluşturmamaktadır. Kanunda ücretsiz izinli sayılmaya ilişkin bir düzenleme bulunmasaydı, işçi askerlik hizmetini yerine getirmek için iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalacaktı ve bu durum işçiye kıdem tazminatı hakkı verirdi. Ancak Kanun işçinin işini güvence altına almak amacıyla temel askerlik hizmetini görmek üzere işten ayrılan işçileri ücretsiz izinli saymıştır.

İş Kanununun 31 inci maddesinde muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılacağı, bu bağlamda sözleşmenin bu süreçte askıya alındığı belirtilmiş olup, burada da işçinin sözleşmesi feshedilmediği için, işçi kıdem tazminatına da hak kazanamaz<sup>45</sup>. İş Kanununun 31 inci maddesinde öngörülen askı durumunun ortaya çıkabilmesi için işçinin işyerinde en az bir yıl çalışmış olması ve muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle silah altına alınmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda işçinin talim, manevra veya ihtiyat askerlik gibi bir nedenle geçici olarak askere alınmış olması şart-

tır<sup>46</sup>. Uzun dönemi kapsayan muvazzaf askerlik hizmeti geçici nitelikte sayılmadığı için iş sözleşmesinin askıya alınmasına neden olmaz, bu nedenle muvazzaf askerlik hizmetine giden işçiler iş sözleşmelerini feshederek işten ayrılırlar ve kıdem tazminatına hak kazanırlar. Bedelli askerlik hizmetine giden işçiler 7146 sayılı Kanun çerçevesinde 21 günlük bir süreç için işten ayrıldıkları için, her ne kadar bu süreçte muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılsalar da geçici bir işten ayrılma durumu söz konusu olduğu ve bu sürede iş sözleşmesi askıya alındığı için sözleşme feshi söz konusu olmayıp, kıdem tazminatı talep hakkı da mümkün olmayacaktır.

Tarafların iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile muvazzaf askerlik döneminde iş sözleşmesinin askıya alındığını kararlaştırmaları mümkündür. Bu durumda da iş sözleşmesi feshedilmeyip, taraflar arasında devam ettiği için kıdem tazminatı hakkı yoktur<sup>47</sup>.

Her ne kadar Yargıtay'ın 1983 tarihli yukarıda belirtilen kararında<sup>48</sup> 2338 sayılı Yasanın geçici 6/5. maddesinde temel askerlik eğitimi süresince maaşsız ve ücretsiz izinli sayılacağı kuralına atıf yapılarak sonuç olarak davacı işçinin hak ettiği kıdem tazminatına hükmedilmesinin yasaya aykırılık teşkil etmediği kararı verilmiş olsa da 2338 sayılı Kanun ile 7146 sayılı Kanunun kapsamı farklıdır. 2338 sayılı Kanunun geçici altıncı maddesinin beşinci fıkrasına göre, "Yükümlülerden, genel ve katma bütçeli idarelerle, belediye ve özel idarelerde ve kamu iktisadi teşebbüsleri, teşekkülleri ve müesseselerinde maaşlı veya sözleşmeli veya yevmiyeli veya ücretli olarak görevli bulunanlar ile bu görevlerde aday olarak bulunanlar, temel askerlik eğitimi süresince, maaşsız veya ücretsiz veya yevmiyesiz izinli sayılırlar." 7146 sayılı Kanun ise 1111 sayılı Askerlik Kanunu kapsamında 18 yaşını doldurmuş olan her erkeğin bedelli askerlik hizmetinden ve bu bağlamda 21 günlük temel askerlik eğitimi

45 Süzek, İş, s.744.

46 Süzek, İş, s.509.

47 Süzek, İş, s.744.

48 Bkz. dn.43. (Yarg.9. HD. 9.6.1983, E.1983/3488, K.1983/5183).

süresince çalıştıkları işyeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacağını düzenlemektedir. 7146 sayılı Kanun ücretsiz veya aylıksız izinli sayılma bakımından kamu-özel sektör ayrımı yapmamaktadır. Görüldüğü üzere 2338 sayılı Kanuna bakıldığında sadece kamu işyerlerinde çalışanların temel askerlik eğitimi süresince maaşsız veya ücretsiz veya yevmiyesiz izinli sayılacakları düzenlenmiştir. Özel sektör işyerleri için bir düzenleme yapılmamış olup, bu işçiler o dönemde temel askerlik hizmetini yapmak üzere işyerinden sözleşmelerini feshederek ayrılmak zorundadır. İşçilerin seçim hakkı olmayıp, ücretsiz izinli sayılmadıkları ve sözleşmenin feshi zorunlu olduğu için kıdem tazminatı hakkı doğmaktadır. Bununla birlikte 2338 sayılı Kanun dört aylık temel askerlik eğitimi süresi öngörürken, 7146 sayılı Kanun 21 günlük temel askerlik eğitimi süresi öngörmüştür. İşçilerin işyerinden uzun süre ayrılmasını gerektirmeyen kısa bir süre öngörülmüştür. Kanımızca muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesinin feshine kıdem tazminatı hukuki sonucunun bağlanması muvazzaf askerlik hizmetinin uzun süreli olmasından kaynaklanmıştır. Bu bağlamda 7146 sayılı Kanun düzenlemesinin 2338 sayılı Kanuna dayalı olarak verilmiş 1983 tarihli Yargıtay kararı bağlamında değerlendirilmesinin isabetli olmayacağı söylenebilir.

## F- Bedelli Askerlik Nedeniyle İşten Ayrılanlarla İş Sözleşmesi Yapma Zorunluluğu

İş K.m.31/ son fıkraya göre, herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder.

Yasada herhangi bir askeri ödev denildiği için muvazzaf askerlik de dahil olmak üzere her türlü

askerlik nedeniyle iş sözleşmesi sona eren işçiler tekrar işe alınma hakkından yararlanır<sup>49</sup>. Koşulları olduğu halde iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin eski işçisine üç aylık çıplak ücreti tutarında tazminat ödemesi gerekmektedir<sup>50</sup>.

Yargıtay'ın bir kararına göre, bu düzenleme uyarınca işe başlatılmamanın yaptırımı üç aylık ücret tutarındaki tazminat ödenmesinden ibarettir. İşçinin işe alınmaması durumunda işe iade davası açma hakkı yoktur. Nitekim taraflarca kararlaştırılmadığı sürece muvazzaf askerlikte geçen sürede iş sözleşmesinin askıda olduğundan söz edilemez. İşverence 4857 sayılı İş Kanununun 31/son maddesi hükmüne uygun olarak işçinin işe başlatılması, taraflar arasında yeni bir iş ilişkisi kurulması anlamındadır. Diğer bir ifade ile 4857 sayılı İş Kanununun 31/ son maddesi hükmü, işe iadeyi değil, yeniden iş sözleşmesi yapma yükümlünü ifade eder<sup>51-52</sup>.

49 Süzek, İş, s.325; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.544. Konuyla ilgili Yargıtay kararları da muvazzaf askerlik sebebiyle işten ayrılmalarda da ödevin sona ermesini takiben iki ay içinde işçinin başvurusu üzerine eski işi ya da benzer işlerde boş yer varsa işçinin işe alınması gerektiği yönündedir. Yarg. 9.HD. 8.11.2004, E. 2004/ 7607 E, K.2004/ 25022. (Kişisel arşiv).

50 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, s.545.

51 "Somut olayda davacı işçi muvazzaf askerlik ödevinin bitiminde işe dönmek için süresi içinde başvurmuş, mahkemenin yargılama sırasında yapmış olduğu araştırmadan da anlaşılacağı üzere işçinin çalıştırılabileceği boş yer olduğu hale işverence işe alınmamıştır. Bu durumda mahkemece 4857 sayılı İş Kanununun 31/son maddesinde belirtilen tazminatın kabulü yerinde olup, usul ve yasaya uygun olan yerel mahkeme kararının onanmasına ... oyçokluğuyla karar verildi." Yarg. 9. HD., 3.11.2008, E.2007/30382, K. 2008/29755; Yarg. 9. HD., 6.11.2006, E.2006/2046, K.2006/29128; bkz. Süzek, İş, s.326.

52 Yargıtay'ın bir diğer kararına göre, "... Davacı işçi, muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılmış ve böylece iş akdi sona ermiştir. İşçinin muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılması teknik anlamda iş akdinin feshi niteliğindedir. Bu nedenle muvazzaf askerlik hizmeti yapmak üzere işten ayrılan işçinin iş akdinin askıda olduğunun kabulü mümkün değildir. ... Davacı muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrıldıktan sonra, bu hizmetin bitiminde tekrar işe girmek istemişse de işverence işe alınmamıştır. Böylece askerlik hizmetinin bitiminden sonra davacı çalışmadığına ve esasen taraflar arasında yeniden bir hizmet akdi kurulmadığına göre yeniden işe almama bir fesih olarak kabul edilemez." Yarg. 9. HD.

Yargıtay kararına konu bir olayda davacının üyesi olduğu sendika ile davalı işveren arasında imzalanan ve yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin 21. maddesinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesine paralel bir düzenleme ile askere giden işçinin tekrar işe alınması ile ilgili düzenlemeye yer verilmiş ve muvazzaf askerlik hizmetini yaptıktan sonra bir ay içinde işe dönmek isteyen işçinin eski işine alınacağı, alınmadığı takdirde yaptırım olarak tazminat yanında, çalıştığı sürelerin kıdem tazminatının ödeneceği belirtilmiştir. Askerlik nedeni ile işten ayrılan davacı, terhis sonrası bir aylık süre içinde başvurmasına rağmen, işe başlatılmadığını, yürürlükte Toplu İş Sözleşmesi uyarınca işe başlatılması gerektiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe başlatılmasını, işe başlatılmadığı takdirde TİS hükmü gereği 12 aylık ücret tutarında tazminatın belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme isteği hüküm altına almıştır. Ancak Yargıtay TİS düzenlemesinde askerlik süresince iş sözleşmesinin askıda olduğu ya da işçinin ücretsiz izinli sayılacağı yönünde bir olgu bulunmadığı, İş Kanununun 31 inci maddesi ve buna paralel yürürlükteki TİS nin İş K.m.18 vd maddelerindeki feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin iş güvencesini kapsamadığı, olayda askerlik sonrası işe alınmama halinde askı hali ve işveren tarafından bu yönde bir kabul de bulunmadığından işveren tarafından gerçekleştirilen bir fesih işlemi olmadığı, bu nedenle davanın reddi yerine kabulünün hatalı olduğuna karar vermiştir<sup>53</sup>.

Yargıtay kararına konu bir başka olayda; "Davalı işyerinde çalışan ve askerlik nedeni ile davalı işverence iş sözleşmesinin askıya alındığını, askerlik dönüşü işe başvurduğunu, ancak işe başlatılmadığını belirten davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı iş-

veren, askerlik sonrası işe başvuran davacının boş kadro olmadığı için işe alınmadığını, iş sözleşmesinin askı halinin kaldırıldığını savunmuştur. Davacının konumunun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31/son maddesi kapsamında değerlendirilmesi için, iş sözleşmesinin askerlik nedeni ile davacı işçi tarafından feshedilmesi gerekir. Oysa somut uyuşmazlıkta, davalı işveren, davacının iş sözleşmesinin askerlik süresince askıda olduğunu kabul etmiş ve askerlik sonrası işe başvuran davacıya boş kadro olmadığı gerekçesi ile askı halinin kaldırıldığını belirtmiştir. İş sözleşmesi tarafların irade birleşmesinden dolayı askerlik süresince askıdadır. Bu olayda davacı işçinin askerlik nedeni ile iş sözleşmesini feshettiğinden söz edilemez. Davalı işveren, askı halini kaldırmakla iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu nedenle olayda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesinin uygulama olanağı yoktur. Mahkemece yazılı şekilde davanın reddi hatalı bulunmuştur. Davalı işveren, iş sözleşmesinin askı halinin kaldırılmasında, geçerli nedeni kanıtlayamamıştır. Davacının iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermek gerekir"<sup>54</sup>.

İş Kanununun 31/son düzenlemesi herhangi bir askeri ödevi içermesi sebebiyle bedelli askerlik hizmetini de kapsamaktadır. Nitekim 21 gün temel askerlik eğitiminin askeri ve kanuni bir ödev olduğu tartışmasızdır. Ancak 7146 sayılı Kanun uyarınca 21 günlük süreçte işçiler kanunen ücretsiz izinli sayılmaktadır. Bu süreçte iş sözleşmesi askı halindedir ve sözleşme devam etmektedir. 21 günlük temel askerlik eğitiminin bitiminde işe başlayan işçinin işverence işyerine kabul edilmemesi iş sözleşmesinin işverence hukuka aykırı feshi kabul edilecektir. Bu durumda edilerek işçi işe iade davası açabilecek ve buna ilişkin hukuki sonuçlar doğacaktır.

## Sonuç

Mülga 1475 sayılı İş Kanununun 14.maddesi uyarınca muvazzaf askerlik nedeniyle işçinin kıdem

18.4.1995, E.1995/18905, K.1995/13747. Bkz. Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s.182-183.

53 Yarg. 9. HD., 04.12.2006, E. 2006/23768, K.2006/31653, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007, S.13, s.216-218. Bkz. <http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay13.htm>. Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD.4.12.2006, E. 2006/23768, K.2006/31653; Yarg.9. HD., 6.11.2006, E.2006/20406, K.2006/29128. (Kişisel arşiv).

54 Yarg. 9. HD., 19.6.2006, E.2006/14700, K.2006/17517. (Kişisel arşiv).

tazminatına hak kazanması işçinin askerlik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesini gerektirmektedir. Muvazzaf askerliğin zorunlu ve uzun süreli olması nedeniyle, bu amaçla ayrılan işçiye kıdem tazminatı ödenmesine yönelik mevcut düzenleme hukuka da uygundur. Ancak bu durumda askerlik sonrası işçinin işe alınmaması sözleşmenin feshi değil, “yeni bir sözleşmenin kurulmaması” anlamında nitelendirilir. 4857 sayılı İş Kanununun 31.maddesinde işçinin işe başlatılmamasının yaptırımı olarak bir tazminat öngörülmüşse de, bu durum işçiye askerlik nedeniyle kaybettiği işini geri getirememektedir. Başka bir anlatımla işçi işe iade davası açamamaktadır. Buna karşılık, 7146 sayılı Kanununda öngörülen 21 günlük temel eğitim sözleşmenin feshedilmesini gerektiren uzunlukta değildir. Bu nedenle kanunda bu süre içinde işçinin ücretsiz izinli sayıldığı öngörülmüştür. İşçinin ücretsiz izin dönüşü işveren tarafından işe başlatılmaması işverenin feshi mahiyetinde olduğundan iş güvencesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Bedelli askerlik için getirilen ve işçiyi sözleşmeyi feshetmek zorunda bırakmayan özel düzenlemeye rağmen, işçiye bu nedenle sözleşmeyi feshetme imkânının tanınması ve buna kıdem tazminatı hukuki sonucunun bağlanması özel düzenlemenin uygulanma önceliğini ortadan kaldırmaz. Söz konusu özel düzenleme işçiye bu noktada bir seçimlik hak tanımamıştır.

### KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan, Kıdem Tazminatı, Ankara 2010. (Kıdem Tazminatı).
- Akyiğit, Ercan, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000. (Yıllık İzin).
- Anadolu, F. Kerim, İş Güvencesi ve Kıdem Tazminatı, Ankara 2002.
- Astarlı, Muhittin, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay’ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 25-26 Kasım 2016.
- Baysal, Mustafa, “Bedelli askerlik yapan işçi kıdem tazminatı alır mı?” <https://iscidunyasi.com/bedelli-askerlik-yapan-isci-kidem-tazminatı-alir-mi/>
- Birecik, Mustafa, Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2017.
- Gül, Ali Haydar, “Bedelli Askerlikten Yararlanma Şartları, Bedelli Askerliğin İş İlişkileri İle Adli ve İdari Soruşturma ve Kovuşturmalara Etkileri”, 3 Ağustos 2018, <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri>.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2016.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş İş Hukuku Ders Kitabı, Güncellenmiş ikinci baskı, Ankara 2018. (Ders Kitabı).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014. (İş Hukuku).
- Narmanlioğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İzmir 1998. (İş).
- Narmanlioğlu, Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973. (Kıdem Tazminatı).
- Okur, Ali Rıza, “Muvazzaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012. (s.15-22).
- Sözer, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2017.
- Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Ankara 2016.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2018. (İş).
- Süzek, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989. (Askı).

- Şakar, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 2017.
- Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.
- <http://iskanunu.com/sizin-sorduklariniz/bedelli-askerler-kidem-tazminati-alabilecek-mi/>
- <http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay13.htm>.
- <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869>
- <http://www.resmigazete.gov.tr>
- <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasilstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>
- <https://www.tbmm.gov.tr>



## Dr. Öğr. Üyesi Ulaş BAYSAL\*

Makale Gönderim Tarihi: 6 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 12 Aralık 2018

### İşçiye Ait Taşınabilir İletişim Cihazlarının İş Amaçlı Kullanılması

#### Öz

İşçilerin kendilerine ait taşınabilir iletişim cihazlarını kullanarak iş görmeleri son dönemlerde çalışma hayatında sık rastlanılan bir olgudur. "Kendi cihazını getir" (Bring your own device) olarak kavramlaştırılan bu eğilim işletmeler ve işçiler açısından olumlu etkilerinin yanında ciddi hukuki sorunları birlikte

getirebilmektedir. Çalışmamızda işçilerin kendilerine ait taşınabilir iletişim cihazlarını iş görmede kullanması bakımından hukuk düzenimizde çizilen temel sınırlar incelenmiş ve böyle bir uygulamaya başvurulması halinde ortaya çıkması muhtemel sorunlar karşılaştırmalı hukuk ışığında ele alınmıştır.

#### Anahtar Sözcükler:

Taşınabilir İletişim Aracı, İşçiye Ait, Kişisel Veri, Sorumluluk, Bilişim Teknolojileri.

### Use of Employee Owned Mobile Communication Devices for Work

#### Abstract

In today's work life it is quite common for employees to use their own mobile communication devices to perform their jobs. This concept called "Bring Your Own Device", while introducing positive outcomes not only for the enterprises but also for the employees, may also lead to some serious legal

issues. In this paper, legal framework applicable to the usage of personally owned communication devices to perform jobs is examined and problems that may occur in the implementation of such practice are discussed from a comparative law perspective.

#### Keywords:

Mobile Communication Device, Employee-owned, Personal Data, Liability, Information Technologies.

\*İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi – baysalu@itu.edu.tr

## I. Giriş

Kişiler arasındaki iletişimin araçları ve yöntemleri, günümüzde hızlı bir değişim göstermektedir. Akıllı telefonlar, tabletler, dizüstü bilgisayarlar gibi taşınabilir iletişim cihazları ile bu cihazlarda kullanılan uygulamalar, günlük hayatı olduğu kadar çalışma hayatını da etkisi altına almış durumdadır. Ayrıca bu cihazların, hızlı veri akışını sağlayan bir ağ aracılığıyla birbirleriyle bağlanmış olmaları, çalışma hayatında önemli değişiklikler yaratmaktadır. Avrupa Yaşam ve Çalışma Koşullarını İyileştirme Vakfı (Eurofound) tarafından yayımlanan 2015 istatistik verilerine göre İsveç, Danimarka ve Hollanda'da işçilerin dörtte üçü iş görme edimlerini masaüstü bilgisayar veya mobil araçlar (dizüstü bilgisayar, tablet, akıllı telefonlar vb.) aracılığıyla yerine getirmektedir. Hatta tüm bu ülkelerde mobil araçların kullanım oranı, masaüstü bilgisayar gibi sabit araçların kullanım oranını açık şekilde geçmiştir<sup>1</sup>. Dolayısıyla günlük hayatta kullanılan taşınabilir iletişim cihazları, iş görmek bakımından da temel araçlar haline gelmiştir. Son zamanlarda çalışma hayatında bu değişim kapsamında ortaya çıkan eğilimlerden biri, işçinin özel hayatında kullandığı taşınabilir iletişim cihazlarını iş ilişkisi çerçevesinde işini görürken de kullanmasıdır. Bu durum ifade edilirken sıklıkla İngilizce bir tabir olan "Bring Your Own Device" (Kendi Cihazını Getir), hatta İngilizce tabirin "BYOD" şeklindeki kısaltmasının kullanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla iş hukukunda asıl kural olan iş araçlarının işveren tarafından sağlanması ilkesinden gittikçe daha fazla uzaklaşıldığı gözlemlenmektedir<sup>2</sup>. Konu hakkında yapılan uluslararası bir araştırmanın istatistik verilerine göre işverenlerin %59'u, çalışanların kendi taşınabilir

iletişim cihazlarını kullanmalarını mümkün kılmış ve %13'ü de yakın zamanda bunu planlamaktadır<sup>3</sup>. Böyle bir eğilimin nedenleri arasında işveren bakımından çalışanların daha mobil olmasının sağlanması, üretkenliğin artırılması ve giderlerin düşürülmesi gibi gerekçeler<sup>4</sup>; işçi açısından ise, özel hayat için ayrı iş için ayrı iki cihaz taşıma külfetinden kurtarması, alışık olduğu ve kullanmayı tercih ettiği cihazı veya işletim sistemini kullanabilmesi gibi gerekçeler gösterilmektedir<sup>5</sup>. Çalışmamızda, işçinin kişisel taşınabilir iletişim cihazlarını iş görme amacıyla kullanılmasının hukuki sınırları incelenecek ve bu tip uygulamaların neticesinde ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar ele alınacaktır.

## II. Hukuki Sınırlar

### 1. Temel Kural: Araç ve Malzemelerin İşveren Tarafından Sağlanması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 413, Türk iş hukukunda iş ilişkisinde işin görüleceği araç ve malzemenin sağlanması konusunun hukuki çerçevesini çizmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, aksine anlaşma veya yerel adet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla temel kural, işin görüleceği araç ve malzemenin işveren tarafından temin edilmesidir. Türk Borç-

1 Bu konudaki istatistik veriler için bkz. Hammermann, Andrea/Stettes, Oliver: Mobiles Arbeiten in Deutschland und Europa Eine Auswertung auf Basis des European Working Conditions Survey 2015, s.8.

2 Söz konusu eğilimin artarak devam edeceği, hatta işçinin kendi aracını getirmesi eğilimine giyilebilir teknolojik araçların da ekleneceği konusunda bkz. Louise, Taylor: Wearable Technology: The Regulatory Changes, Computer and Telecommunications Law Review, 2014, 20 (4), s.95-97.

3 Maddox, Teena: BYOD, IoT and wearables thriving in the enterprise, Tech Pro Research, <http://www.techpro-research.com/article/byod-iot-and-wearables-thriving-in-theenterprise/> (Sorgulama tarihi: 30.11.2018).

4 Göpfert, Burkhard/Wilke, Elena: Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2012, s.765; Zöll, Oliver/Kielkowski, Jacek B.: Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), Betriebsberater 2012, s. 2625; Hammersen, Jens/Weißgerber, Michael: Bring Your Own Device – Patentlösung im Klinikbereich?, ZD-Aktuell 10, 2014, 03195.

5 Stamm, Eugen: Das private Smartphone im Dienst der Firma, Neue Zürcher Zeitung, Nr. 120, 28.05.2015, S. 29; Whitcroft, Olivia: Bring Your Own Device - protecting data on the move, Privacy & Data Protection 2013, 13(4), s.10; Hoppe, Christian: IT-Arbeitsrecht Digitalisierte Unternehmen: Herausforderungen und Lösungen, ed. in Kramer, Stefan, Beck, 2017, rn.616; Göpfert/Wilke, s.765; Zöll/Kielkowski, s.2625.

lar Kanunu'nun gerekçesine bakıldığında TBK m. 413 kaleme alınırken, İsviçre Borçlar Kanunu m. 327'nin göz önünde tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamdaki araç ve malzemeler, her iş için farklılaşabilecek olan, işin görülebilmesi için gerekli ve zorunlu nitelikte, iş kıyafeti, iş alet-edevati, hammadde, taşıt araçları gibi eşyalardır<sup>6</sup>.

İşverenin, işçisine alet ve malzeme sağlama borcu, esas itibarıyla bir yükümlülük olmayıp, işin ifasını mümkün kılan hazırlayıcı fiil ve işlemlerdendir; bu nedenle, işçiye araç ve malzeme sağlamamak, işveren bakımından borcun ihlali değil, işi kabulde temerrüt anlamına gelecektir<sup>7</sup>. Örneğin işçi işveren tarafından gerekli iş kıyafetleri sağlanmadığında, işverenden iş kıyafetlerini değil, bunlara sahip olmamaktan dolayı iş göremediği bir dönem varsa, bu döneme ait ücreti talep edebilecektir<sup>8</sup>. İşçi dürüstlük kuralı çerçevesinde, eksikliği iş görmesini engelleyen araç ve malzemeleri işverene bildirmekle yükümlüdür<sup>9</sup>. Taşınabilir iletişim cihazları da işçinin işini görmesi için zorunlu ve gerekli nitelikteyse, aynı esaslar söz konusu cihazlar için de geçerli olacaktır; başka bir ifadeyle söz konusu cihazlar olmadan işin görülememesi halinde, işçi durum hakkında işvereni bilgilendirecek, cihazları hazır etmediği süre boyunca işveren alacaklı temerrüdüne düşecek ve TBK m. 408 uyarınca işverenin ücret ödeme borcu devam edecektir<sup>10</sup>.

## 2. İstisna: Araç ve Malzemelerin İşçi Tarafından Sağlanması

Türk Borçlar Kanunu m. 413/1'ye göre, iş araç

ve malzemelerinin işveren tarafından sağlanması esas olup, bu durumun aksi sadece tarafların anlaşması veya konu hakkında yerel âdetin bulunması hallerinde söz konusu olmaktadır. TBK m. 413/1'in lafzından da anlaşıldığı üzere işçi, sadece işverenin emir ve talimatıyla iş araç ve malzemesi getirmekle yükümlü tutulamaz<sup>11</sup>, tarafların konu üzerinde karşılıklı olarak iradeleri uyuşmamışsa veya bu konuda yerel bir adet mevcut değilse işçi, iş araç ve malzemesini sağlamayı reddedebilir<sup>12</sup>. Bir başka deyişle araç ve malzemelerin işveren tarafından sağlanması yönündeki temel kuraldan sapabilmek için, düzenlemede zikredilen iki ihtimalden birinin mevcudiyeti zorunludur<sup>13</sup>. Hatta masrafları işveren tarafından karşılanmak şartıyla dahi, işçiye araç ve malzemeleri sağlamak konusunda işveren tarafından tek taraflı olarak bir yükümlülük getirilemez<sup>14</sup>.

Araç ve malzemenin işçi tarafından sağlanması yönündeki bir düzenleme iş sözleşmesi kurulurken yapılabileceği gibi iş sözleşmesi devam ederken de yapılabilir<sup>15</sup>. Taraflar arasında bu yöndeki bir anlaşma çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturacağından, İş Kanunu m. 22/1 uyarınca işçinin yazılı rızasını gerektirir niteliktedir<sup>16</sup>. Ayrıca böyle bir kararlaştırma işçi açısından mali külfet yaratarak, elde ettiği karşı edimin azalmasına neden olacağından, işçinin baştan bu yöndeki bir anlaşmaya onay verdiğine dair sözleşmesel kayıtlar geçersiz olarak değerlendirilmelidir. Bunun haricinde taraflar, kira sözleşmesi veya ben-

6 Pellascio, Michel: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. überarbeitete Auflage 2016, s.839.  
7 Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian: Arbeitsvertrag Praxis-kommentar zu Art. 319-362 OR, Auflage 6, 2005, s.328; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, s.475; Mollmahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, 2018, s.204; Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, 2014, İstanbul, s.280; Senyen-Kaplan, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2018, s.245; Pellascio, s.840.  
8 Streif/von Kaenel, s.328.  
9 Pellascio, s.840.  
10 Süzek, s.476; Narmanlioğlu, s.280; Senyen-Kaplan, s.245.

11 Zöll/Kielkowski, s.2626.  
12 Wildhaber, Isabelle/Hänsenberger, SilvioBring Your Own Device - Wie man den Einsatz privater mobiler Geräte im beruflichen Umfeld gestaltet, damit er nicht zum "Bring Your Own Disaster" wird, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung - ARV, 2016, S.3, s.154; Hoppe, rn.622.  
13 Caniklioğlu, Nurşen: Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi, "Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri", TİSK, İstanbul 2012, s.105.  
14 Hoppe, rn.622; Zöll/Kielkowski, s. 2626.  
15 Alman hukukunda bu türdeki anlaşmaların da genel iş-lem koşulu olarak denetime tabi olacağı yönünde: Hoppe, rn.623.  
16 İsviçre hukukunda bu yönde: Wildhaber/ Hänsenberger, s.154.

zer nitelikte bir sözleşme ile araç ve malzemenin işçi tarafından sağlanmasını kararlaştırsalar dahi, iş hukuku düzenlemelerini dolanmaları mümkün kabul edilmemelidir<sup>17</sup>.

İşveren tarafından sağlanan araç ve malzemelerin miktarı, işçi sayısının artması gibi sebeplerle, yetersiz hale gelirse yine TBK m. 413 uygulama alanı bulacak, işveren aksine bir anlaşma veya yerel adet olmadıkça eksik araç ve malzemeyi tamamlamakla yükümlü olacaktır. Bu bağlamda işverenin işin görülmesi için bir araç ve malzeme havuzunun bulunması gerektiği söylenebilir<sup>18</sup>. Burada belirtmek gerekir ki işverenin yönetim hakkı çerçevesinde işçinin kendi araç ve malzemesini kullanmasını sınırlaması veya yasaklanması da mümkündür. Bir başka deyişle işçinin kendi araç ve malzemesi ile çalışmayı talep etme hakkı mevcut değildir<sup>19</sup>. Fakat işveren böyle bir kullanımın farkında olup, buna müdahale etmemişse artık tarafların bu konuda zimnen anlaşmaları kabul edilmeli, işverenin sonradan işçiye bu konuda bir kısıtlama getirmesi hukuken geçersiz sayılmalıdır<sup>20</sup>. Böyle bir durumda işçinin sonradan kendi araç ve malzemesi ile iş görmesinin karşılığı olarak uygun bir ödeme talep etmesi TBK m. 413/2 uyarınca mümkündür.

### 3. İşçinin Kişisel Araç ve Malzemesini Kullanması Halinde İşverenin Karşılık Ödemesi

Türk Borçlar Kanunu m. 413/2'de, mehz düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu m. 327/2 ile paralel olarak, işçinin işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgüleyebileceği, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işverenin, bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. İşverenin böyle bir ödeme yapmaktan imtina etmesi, ancak aksinin taraflar

arasında kararlaştırılması veya bu yönde bir âdet bulunması hallerinde mümkündür. TBK m. 413/2 çerçevesinde işçinin aracını işin görülmesine özgülemesinden bahsedebilmek için, iş görülen aracının işçiye ait olması veya aracın kullanım hakkının işçide olması gerekir<sup>21</sup>.

İşçinin kendine ait taşınabilir iletişim cihazlarını iş görmekte kullanması halinde, taraflar arasında bir anlaşma veya yerel adet yoksa, işçi TBK m. 413/2 uyarınca bunun karşılığı olarak bir parasal talepte bulunabilir. İşçinin cihazın kendisi ve cihazda kullanılan yazılımlar için (antivirüs programları, ofis programları, vb.) harcadığı meblağlar ve amortisman giderleri, hükümde ifade edilen uygun karşılığın belirlenmesi bakımından dikkate alınmalıdır<sup>22</sup>.

Cihazın ve içindeki yazılımların alınması ile amortisman giderleri haricinde işçi açısından taşınabilir iletişim cihazı için yaptığı masraf kalemleri arasında, bağlantı ücretleri, abonelik ücretleri, elektrik giderleri, teknik destek almasından doğan ücretler, cihazın bozulması halinde tamir giderleri ve cihazın çalınması veya kaybolması gibi hallerde yedek bir cihaz için yaptığı harcamalar örnek olarak sayılabilir<sup>23</sup>. Ancak bu masraflar konusunda işverenin yükümlülüğü belirlenirken dikkate alınması gereken hüküm TBK m. 414'tür. TBK m. 414 uyarınca işveren işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçinin, işyeri dışında çalıştığı takdirde geçimi için zorunlu olan harcamaları da ödemekle yükümlüdür. Eğer işçiye ait taşınabilir iletişim cihazının iş görmede kullanılmasından doğan masraf, TBK m. 414 kapsamında değerlendirilebilecek bir gider niteliğinde ise işveren tarafından karşılanması gereken bir ödemeden bahsedilebilir. Ayrıca söz konusu giderler, işçinin işini görmesi için zorunlu nitelikte ise, TBK m.414/2'ye göre işveren tarafından götürü biçimde işçiye ödenmelidir. Ayrıca işin görünmesi vesilesiyle olunması gereken abonelikler

17 Zöll/Kielkowsky, s.2626.

18 Alman hukukunda bu yönde: Zöll/Kielkowsky, s. 2626; İsviçre hukukunda bu yönde: Wildhaber/ Hänsenberger, s.154.

19 Zöll/Kielkowsky, s.2626.

20 Wildhaber/ Hänsenberger, s.154.

21 Wildhaber/ Hänsenberger, s.155.

22 Birkhäuser, Nicolas/Hadorn, Marcel: BYOD - Bring Your Own Device, Schweizerische Juristen-Zeitung, S.109, 2013 s.202.

23 Hoppe, rn.621.

de, (örneğin yurtdışına iş amaçlı çıkılırken abone olunması gereken servislerin abonman bedelleri) işveren tarafından karşılanması gereken nitelikte giderlerdir.

İşçinin iş görürken kullandığı ancak sadece iş görme amacına yönelmeyen şekilde, kendi özel işleri için de kullandığı sürekli bir bağlantı abonesi mevcut ise, buradan doğan giderlerin kimin üzerinde kalacağı konuya ilişkin bir başka sorundur. Böyle bir durumda bağlantının iş amacıyla kullanılması oranında işverenin sürekli abone-likten doğan ödemelere oransal olarak katılmak zorunda olduğu söylenebilir<sup>24</sup>. Fakat söz konusu ödemelerin orantılanması somut durumda zorluklar çıkarabilir. Bunun için, teknik olarak tüm kullanımlarının kayıt altına alınması ve sonrasında oranlama yapılması mümkün ise de böyle bir girişim, kişisel veriler başta olmak üzere işçinin özel alanına ciddi bir müdahale oluşturacaktır. Aynı gerekçeler ile işverenin, işçinin kişisel aracı üzerinde denetim sağlayacak yazılımları kullanması da yaratacağı hukuki sorunlar karşısında çok makul gözükmemektedir. Böyle bir oranlama yöntemi yerine, işçinin mülkiyetinde olan aracın iş amaçlı kullanılmasına karşılık işveren tarafından her ay düzenli bir ödemenin yapılması bir çözüm olarak düşünülebilir<sup>25</sup>. Bu şekilde bir götürü ödeme, işçinin iş aracı olarak kendi aracını kullanmasının menfaatinde yarattığı ortalama eksilmeyi ortadan kaldıracak miktarda olmalıdır. Bu hususta, başka masraf kalemleri ile karışması için, işçi ve işverenin, böyle bir ödeme kararlaştırırken ödemenin nelerin karşılığı olduğunu, hangi amaçlarla yapıldığını açıkça belirtmesi yerinde olacaktır<sup>26</sup>.

### III. Hukuki Sorunlar

#### 1. İşverenin Sorumluluğu Bakımından

İşçinin kendi mülkiyetindeki taşınabilir iletişim

cihazlarını kullanması halinde, işverenin sorumluluğu bakımından ilk akla gelen, işçiye ait eşyaları koruması yükümlülüğüdür. TBK m. 417'de düzenlenen işverenin koruma ve gözetme borcu kapsamında değerlendirilebilecek bu yükümlülük, işverenin, işçinin işyerine getirdiği araç gerecin (örneğin işyerine ulaşımında kullandığı bisiklet, otomobil gibi vasıtalar) güvenliğinin sağlanması anlamına gelmektedir<sup>27</sup>. Bu kapsamda değerlendirilebilecek eşyalar, işyerine mutat şekilde getirilen eşyalar ile işin görülmesi bakımından faydalı olanlardır. Bu çerçevede işveren, işçinin iş görme amacıyla kullandığı kendisine ait taşınabilir iletişim cihazlarını da hırsızlığa veya zarara karşı korumak; bunun için gerekli önlemleri almak zorundadır. Fakat işverenin, işçiye ait bu eşyaları, sigorta ettirmek şeklinde bir yükümlülüğünden bahsedilemez<sup>28</sup>. Çünkü işverenin buradaki yükümlülüğü bir garanti yükümlülüğü değildir; yani işveren gerekli tüm önlemleri almasını rağmen işçiye ait eşya çalınır veya zarar görürse TBK m. 417'ye dayanarak işverenin sorumluluğuna gidilemez<sup>29</sup>.

İşin görülmesi için işçinin kullandığı aracın, işin görülmesi sırasında zarar görmesi veya çalınması halinde, işverenin bundan doğan zararı gidermesi yükümlülüğünün temelini, işverenin iş için gerekli araç ve malzemeleri sağlamakla yükümlü olmasını öngören TBK m. 413 oluşturabilir. Çünkü işçi tarafından kendisine ait araç kullanılması idi, ortaya çıkan bu zarara katlanmak durumunda kalacak olan işverendir. Dolayısıyla genel kuralın dışına çıkılarak işçiye ait cihazın kullanılması halinde, TBK m. 413'ün koruma amacı da dikkate alınarak, işin görülmesi sırasında araç ile ilgili olarak ortaya çıkan riskleri işverenin taşıması gerektiği söylenebilir. Ayrıca burada işçinin söz konusu giderinin kıyasen, işverenin işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçiyi işyeri

24 Birkhäuser/Hadorn, s.202.

25 Wildhaber/Hänsenberger, s.156.

26 Wildhaber/Hänsenberger, s.155.

27 Manav, Eda: İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, 2015, s.110-111.

28 Rehbindler, Manfred: Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Auflage, 1999, s.115.

29 Wildhaber/Hänsenberger, s.156-157.

dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları da ödemekle yükümlü olduğunu öngören TBK m. 414 kapsamında değerlendirilmesi de düşünülebilir<sup>30</sup>. Fakat işçinin iş görme amacıyla kullandığı aracın işin görülmesi sırasında zarar görmesi halinde, işçinin birlikte kusuru mevcut ise bunun dikkate alınması gereklidir ve işçinin kusurunun derecesi her somut olaya göre değişecektir. İşçinin işin görülmesinde kullandığı kendisine ait taşınabilir iletişim cihazı ile ilgili olarak işin görülmesi ile ilgili olmayan riskler sonucunda oluşan bir zarar mevcut ise işverenin bir sorumluluğuna gidilemez.

İşçinin iş görmekte kullandığı kendisine ait cihazların zarar görmesi halinde gündeme gelebilecek bir başka soru ise, işçinin uğradığı zararın aynen ifa suretiyle giderilmesine katlanmasının gerekip gerekmediğidir. Örneğin virüs içeren bir iş amaçlı e-posta nedeniyle, işçinin cihazında kullandığı yazılımlar zarar görürse, işçi işverenin yazılımların tekrar yüklenmek suretiyle aracın çalışmasındaki sorunun ortadan kalkmasına onay vermekle yükümlü müdür? Burada hukuki ilişki ve işin özelliği dikkate alındığında, zararın işveren tarafından tamir suretiyle giderilmesini işçinin reddetmesi, dürüstlük kuralına aykırı bir davranış niteliğinde görülebilir. Ancak böyle bir tamir durumunda dahi işveren, işçinin haklı menfaatlerinin korunması, daha somutlaştırırsak, iletişim aracında kayıtlı kişisel verilerinin kaybolmaması veya başkasının eline geçmemesi için gerekli özeni göstermekle, TBK m.417 çerçevesinde bu konuda gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

## 2. İşçinin Sorumluluğu Bakımından

İşçilerin kendilerine ait araçları kullanırken oluşan zararlardan sorumluluğu da konu çerçevesinde tartışılması gereken hukuki sorunlardan biridir. Bu durum özellikle, kullanılan aracın işverenin ağındaki diğer araçlara, yazılımlara ve hatta korunması gerekli olan verilere zarar vermesi halinde önem arz etmektedir. TBK m. 400 uyarınca

30 İsviçre hukukunda benzer yönde: Streif/von Kaenel, s.328; Wildhaber/Hänsenberger, s.157.

işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Yine aynı düzenlemenin ikinci fıkrası uyarınca sorumluluk belirlenirken işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ve de işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulmalıdır. Bu çerçevede eğer işçinin kullandığı araç, işverenin zararının oluşmasına neden olmuşsa, işçinin bu konudaki eğitimi ve uzmanlığı öncelikle dikkate alınmalıdır<sup>31</sup>. Ayrıca işçinin gördüğü iş, yoğun bir veri aktarımını gerektiriyorsa, iş için kullanılan donanım ve yazılımların zarar görme ihtimali de yükselecek, bu bağlamda işin tehlikeli olduğu kabul edilebilecektir.

Burada önem arz eden bir başka nokta, işveren tarafından aracın veya yazılımların kullanımı konusunda iç yönetmelik vb. bir düzenleme çıkarılmış olup olmadığıdır. Eğer aracın kullanımı konusunda bir düzenleme varsa, işçinin buna aykırı davranarak, işveren bakımından bir zarara neden olması, işçinin sorumluluğu belirlenirken önem taşıyacaktır. İşverenin işçiye talimat vermede özen yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde işçinin sorumluluğu azalabilecek<sup>32</sup> ve tamamen ortadan kalkabilecektir<sup>33</sup>.

## 3. Kişisel Verilerin Korunması Düzenlemeleri Bakımından

### a. Üçüncü kişilere ait verilerin korunması

İşçiye ait taşınabilir iletişim cihazlarının iş görme amacıyla kullanılması halinde, hukuksal sorunların yaşanabileceği bir başka alan ise kişisel verilerin korunmasıdır. Öncelikle, işçinin iş görürken kullandığı kişisel iletişim cihazındaki üçüncü kişilere (müşterilere, tedarikçilere, iş ortaklarına, çalışma arkadaşlarına vb.) ilişkin veriler, çoğu zaman 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması

31 Baycık, Gaye: Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, 2015, s.160; Wildhaber/Hänsenberger, s.159; Alman hukukunda işçinin sorumluluğunun hafif ihmâl halinde mevcut olmayacağı yönünde: Hoppe, m.644.

32 Baycık, s.191.

33 Baycık, s.183.

Hakkında Kanun m.3 anlamında “kişisel veri” niteliğini haiz verilerdir. Bu nedenle, böyle bir uygulamaya gidilirken hem işçi hem işveren açısından, kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuattaki hükümler ve bunlardan doğabilecek riskler dikkatle gözden geçirilmelidir. Özellikle işveren, taşınabilir cihaz işçiye ait olsa dahi kişisel verilerin korunması bakımından 6698 sayılı Kanun bakımından “veri sorumlusu” niteliğine sahip olacak ve bundan dolayı farklı yaptırımlarla karşı karşıya kalabilecektir<sup>34</sup>. Ayrıca işçi de sahip olduğu cihaz içinde depolanan ve işin görülmesine ilişkin kişisel veriler açısından veri işleyen statüsünde olacaktır. Bu nedenle işverenin, söz konusu mevzuattan doğan sorumluluklarını asgariye indirmek amacıyla, işçiye ait taşınabilir iletişim cihazındaki verilerin işlenmesi konusunda birtakım tasarruflarda bulunması gerekecektir. Ancak burada işçiye ait taşınabilir iletişim cihazına işverenin müdahalesinin kural olarak işçinin onayını gerektirdiği unutulmamalıdır<sup>35</sup>. Örneğin işverenin, işçinin iş amaçlı kullandığı kişisel cihazını tatile çıkarken yanına alamayacağı veya cihazın çalınması ya da kaybolması ihtimalinin yüksek olduğu restoran, bar gibi mekânlara götürmeyeceği yönünde yapacağı düzenlemelerin işçi açısından hukuki geçerliliği olmayacaktır<sup>36</sup>.

İşverenin işçinin kişisel iletişim cihazındaki kişisel verilerin korunması bakımından alması gereken tedbirlerde öncelikle akla gelen, dışarıdan işçinin taşınabilir iletişim cihazının sistemine girilmesini engelleyecek tedbirler almasıdır. Bu durum özellikle veri güvenliğinin büyük önem arz ettiği finans veya sağlık gibi sektörleri yakından ilgilendirmektedir. Özellikle sağlık sektöründe verilerin taşınabilir cihazlarda saklanması önemli avantajlar sağlayabilmekte, ancak öte yandan kullanılan verilerin çoğunlukla özel nitelikli veriler olmasından dolayı ciddi

riskler doğabilmektedir<sup>37</sup>. İşçinin kişisel cihazındaki verilerin başka cihazlara aktarılmasının/yüklenmesinin kısıtlanması, düzenli olarak verilerin işverene ait sunucularda yedeklenmesi, işveren sunucuları ile kişisel cihazdaki verilerin senkronize edilmesi veya verilerin aktarımının şifrelenerek gerçekleştirilmesi, işverenin bu konuda başvuracağı önlemlerden olabilir. Ayrıca işçinin kişisel cihazındaki işverene ait veriler ile işçiye ait kişisel verilerin birbirine karışmaması için belirli yazılımlar kullanılması da verilerin korunmasına hizmet edebilir<sup>38</sup>.

İşveren, işçinin de kişisel iletişim cihazını kullanırken işverenin sorumlu olduğu kişisel verileri koruması konusunda tedbirler almalıdır. Örneğin işverene ait verilerin bulunduğu cihazın diğer aile üyelerine veya üçüncü kişilere kullandırılmaması konusunda, söz konusu verilerin genel kullanıma açık ve güvenli olmayan bulut servislerinde (özellikle kişisel veri korumasının yetersiz olduğu ülkelerde) saklanmaması konularında işçiyi bilgilendirmeli ve uyarmalıdır<sup>39</sup>.

Bunun haricinde işçinin kişisel iletişim cihazında, iş görülmesi sırasında gördüğü iş vesilesiyle telefon numarası, e-posta adresleri gibi bilgilerin depolanıyor olması iş ilişkisi sona erdikten sonra bazı sorunlara yol açabilir<sup>40</sup>. İşçi, iş ilişkisinin sona ermesi halinde cihazında mevcut işe ilişkin verileri işverene devretmek veya söz konusu verileri silmekle yükümlü olsa da cihazın işçiye ait olması işverenin bu konudaki müdahalesini sınırlamaktadır. İşçinin iş ilişkisi sona erdikten, hatta yeni bir işveren yanında çalışmaya başladıktan sonra dahi söz konusu verileri kullanmak suretiyle eski müşteriler veya tedarikçilerle bağlantı kurması sonucunda da farklı hukuki sorunlar doğabilmektedir<sup>41</sup>.

### b. İşçiye ait verilerin korunması

İşverenin işçinin kişisel verilerini kullanması,

34 Kort, Michael: Neuer Beschäftigtendatenschutz und Industrie 4.0 - Grenzen einer „Rundumüberwachung“ angesichts der Rechtsprechung, der DSGVO und des BDSG, Recht der Arbeit (RdA), 2018/1, s. 24; Whitcroft, s.10-11.

35 Kort, s.24.

36 Whitcroft, s.10.

37 Hammersen/Weissberger, 03195.

38 Hoppe, rn.627.

39 Hoppe, rn.629; Von dem Bussche Alex F./Schelski, Tobias: Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Auflage, 2013, rn.469.

40 Whitcroft, s.11.

41 Wildhaber/ Hänsenberger, s.161.

TBK m. 419 uyarınca işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olması durumunda mümkündür. Ayrıca işçiye ait verilerin işlenmesinde KVKK m. 4 düzenlemesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bir başka deyişle işçinin kişisel cihazındaki kişisel verilerin işlenmesinde, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma; doğru ve gerektiğinde güncel olma; belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme; işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma; ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkeleri göz önünde tutulmalıdır. Örneğin dürüstlük kuralının ve KVKK m. 10'un bir gereği olarak işçinin kişisel verilerinin işlenmesi konusunda bilgilendirilmesi<sup>42</sup>, hatta işçinin kendi kişisel iletişim cihazının iş amacıyla kullanılmasına ilişkin sözleşmede kişisel cihazının kullanımı nedeniyle kişisel verilerinin karşılaşılabilecek riskler hakkında aydınlatılması isabetli olacaktır.

Bu konudaki sorunlardan biri, işe ilişkin veriler ile işçinin cihazındaki kişisel verilerin ayrıştırılmasıdır. Örneğin işverenin işçinin iş amaçlı yaptığı görüşmelerini takip etmesinin işin görülmesi bakımından gerekli olduğu durumlarda, telefon kayıtlarındaki diğer özel görüşmelere dair bilgi edinmesi de söz konusu olabilecektir. Hatta müşteri temsilciliği gibi müşteri ile olan iletişimin denetlenmesinin gerekli olduğu görevlerde çalışanlar açısından telefon görüşmelerinin kayıt altında tutulmasında bu durum daha ciddi hukuki sıkıntılar içermektedir<sup>43</sup>. İşveren söz konusu durumlarda kişisel verilerin, işin görülmesine ilişkin veriler ile karışmaması için gerekli tüm önlemleri almakla, kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel ilkeleri gözetmekle ve işçiyi kayıt konusunda bilgilendirmekle yükümlüdür<sup>44</sup>. Söz konusu temel ilkelere aykırı yapılan dinlemeler hukuka ay-

kırı olacaktır<sup>45</sup>. Ancak hukuka uygun bir dinleme mevcut olsa bile, işçinin kişisel verilerine ilişkin riskin tamamen ortadan kaldırılması zor gözükmemektedir<sup>46</sup>.

Yukarıda bahsedilen sorunlar haricinde, işçinin kullandığı taşınabilir iletişim cihazının etkin şekilde çalışmaya devam etmesi ve veri güvenliğinin sağlanabilmesi bakımından, cihazın işverenin ilgili birimleri tarafından düzenli şekilde güncellenmesi ve kontrollere tabi tutulması gerekmektedir. Söz konusu güncellemeler veya kontroller ya işçinin cihazı işverenin ilgili birimine teslim etmesi ya da cihaza kurulan ve cihaza uzaktan müdahaleyi mümkün kılan yazılımlar sayesinde yapılmaktadır<sup>47</sup>. Böyle bir durumda iş görülen cihazın işçiye ait olması, işverene ait olmasından daha farklı sonuçların doğmasına yol açmaktadır. Çünkü bu konudaki temel ilke, işçinin özel eşyası hakkında işverenin emir verme ve düzenleme yapma yetkisinin bulunmamasıdır; meğerki işçinin özel aracı iş görme amaçlı kullanılsın. Eğer işçi kendi aracını iş görme amacıyla kullanıyorsa, aracın kullanımı hakkında işverenin düzenlemeler yapması ve buna bağlı olarak belirli önlemler alması veya aracın belirli şekilde kullanımına zorlaması hukuken mümkün kabul edilebilecektir. Örneğin kullanılan iletişim aracına bir şifre konulması, bir süre kullanılmadığında ekranın kilitlenecek şekilde ayarlanması, sertifikası olmayan yazılımların araca yüklenmesinin kısıtlanması, güvensiz bağlantıların kullanılmaması gibi düzenlemeler cihazda yer alan verilerin korunması amacıyla işveren tarafından yapılabilecektir<sup>48</sup>. Özellikle özel nitelikli kişisel verilerin bulut (cloud) sistemlerinde saklanmaması veya bunlara internet erişiminin olmaması alınabilecek diğer tedbirler arasında sayılabilir. Ancak işveren tarafından yapılan bu düzenlemelere işçinin uyma yükümlülüğü, TBK m. 399 uyarınca

42 Gürsel, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara, 2015, s.256-257.

43 İşçinin iletişiminin izlenmesi ve telefon görüşmelerinin kayıt altına alınması hakkında bkz. Sevimli, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, 1. Baskı, İstanbul, 2006, s.197 vd.; Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Ankara, 2018, s.393 vd.

44 Manav, s.128; Gürsel, s.401; Küzeci, s.393; Sevimli, s.203.

45 Özdemir, Hayrunnisa, İşyerinde İşçilerin İzlenmesi Ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, s.242-243.

46 Wildhaber/ Hänsenberger, s.160-161.

47 Hoppe, rn.635.

48 Von dem Bussche/Schelnski, rn.469; Wildhaber/ Hänsenberger, s.161-162.



dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçü ile sınırlıdır<sup>49</sup> ve bu müdahaleler sırasında yukarıda da belirtildiği şekilde işçinin kişisel verileri ayrıştırılmalı ve korunmalıdır.

Verilerin güvenliğinin işin niteliği veya rekabet gibi nedenlerle özel önem arz ettiği işletmeler açısından, karşılaşılabilecek ciddi hukuki riskler ve oluşabilecek zararların büyüklüğü göz önüne alındığında, işçinin kişisel iletişim cihazıyla iş görmesi yönündeki uygulamalar çok makul gözükmemektedir. İş ilişkisinin tarafları arasında, işçinin kişisel iletişim cihazıyla iş görmesine ilişkin hususları düzenleyen ayrıntılı bir sözleşme yapılmış olsa bile, bu konudaki risklerin tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bu nedenle birçok işveren tarafından tercih edilen yöntem, şirkete ait fakat kişisel amaçla da kullanılabilir (Corporately owned personally enabled - COPE) cihazların işçilere verilmesidir. Bu yöntemde, işverene ait taşınabilir iletişim cihazı işçiye verilmekte, işçi iş için gerekli olan program veya uygulamalar ile işveren tarafından belirlenen sınırlar içerisinde, özel hayatı için gerekli olan program veya uygulamaları cihaza kurmak suretiyle, cihazı hem kişisel hem iş görme amaçlı kullanmakta; bu sayede yukarıda ortaya çıkabileceği belirtilen sorunlar önemli ölçüde azaltılabilmektedir<sup>50</sup>. Bunun haricinde hem riskleri azaltıp hem işin verimli olarak görülmesi için, işçinin kullanımına daha yakın olduğu aracı kendisinin seçmesi imkânını veren "kendi cihazını seç" (Choose your own device - CYOD) uygulaması da işverenler tarafından başvurulabilecek başka bir alternatiftir. Bu modelde iş görmede kullanılan araç işverenin mülkiyetinde olduğundan, işçi aracı özel amaçlarla kullansa dahi, aracın kullanım koşulları ve sınırlarını belirlemekle yetkili olan işverendir<sup>51</sup>. İşçinin kendi aracını kendisini getirdiği modelde işçinin aracı kullanımına müdahalesi oldukça sınırlı kalan işveren, işveren tarafından sağlanan bir aracın söz

konusu olduğu bu modelde aracın iş görme amacı dışında kullanılmasını sınırlamak konusunda daha özgürdür.

### 4. Çalışma Süreleri Bakımından

İş hayatında modern iletişim araçlarının kullanımı, işçi bakımından çalışma süresi ile boş zaman arasındaki çizgilerin silikleşmesi anlamına gelebilmektedir. Akıllı telefonlar, tabletler veya dizüstü bilgisayarlar aracılığıyla işyeri dışında uzaktan çalışılması nedeniyle boş zaman ile çalışma sürelerinin iç içe girmesi, fazla çalışma, gece çalışması veya hafta tatilinde çalışma gibi işçiyi koruyucu düzenlemelerin uygulanması bakımından sorunlar doğurmaktadır. Çalışma süresine ilişkin bu sorunlar, işveren tarafından söz konusu araçların sağlanması halinde de doğabilecektir. Ayrıca işçinin kendisine ait tanınabilir iletişim cihazlarını kullanması halinde, bu konuda düzenlemeler yapılması da daha güç hale gelmektedir. Çünkü pek muhtemeldir ki işçi özel amaçla da kullandığı telefonunu, ulaşılabilir olmak bakımından çalışma süreleri dışında akşamları veya hafta sonları açık tutacaktır. Bu durumda işçinin çalışma süresi dışında da, iş amaçlı olarak müşteriler, tedarikçiler, diğer çalışanlar gibi üçüncü kişiler tarafından aranması, mesajla veya e-posta aracılığıyla işçiye ulaşılması mümkün hale gelecektir. İş ilişkisinde çalışma sürelerinin belirlenmesi böyle hallerde daha da güçleşmektedir ve işveren açısından öngöremeyen fazla çalışmaların oluşması ihtimali mevcuttur<sup>52</sup>. Benzer bir sorun, işçinin dinlenme hakkı kapsamında tatil günlerinde veya ücretli yıllık izin sürelerinde iş ile ilgili aramalara veya mesajlara cevap vermek durumunda kalması halinde de gündeme gelecektir. Bu nedenle işçinin taşınabilir kişisel iletişim cihazını kullanması yönündeki bir uygulamada, çalışma süreleri bakımından da haklar ve yükümlülüklerle ilişkin sınırların taraflar arasında olabildiğince ayrıntılı ve açık bir biçimde düzenlenmesi yararlı olacaktır.

49 Caniklioğlu, s.92-93.

50 Mullan, James: Re-emerging technologies: what's hot and what's not, Legal Information Management, 2014, 14(3), s.171.

51 Wildhaber/Hänsenberger, s.164.

52 Göpfert/Wilke, s.768.

## IV. Sonuç

İşçiye ait taşınabilir iletişim cihazlarının, iş sözleşmesinden doğan iş görme ediminin ifasında kullanılması işveren açısından yarattığı avantajların yanında işçinin özel hayatının, işverenin ticari sırlarının ve her iki taraf açısından kişisel verilerin korunması hususlarında ciddi riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle işyerinde bu yönde bir uygulamaya başvurulup başvurulmayacağı konusunda uygulamanın getirileri ve yarattığı riskler ayrıntılı şekilde analiz edilip karar verilmelidir. Bu yönde bir uygulamaya başvurulmasına karar verilmesi halinde, tarafların hak ve yükümlülüklerini ve de teknik konuları kapsayan, iş sözleşmesinin eki niteliğinde düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır<sup>53</sup>. Yapılacak düzenlemelerin her işyerinin ve işin özel koşulları dikkate alınarak oluşturulması isabetli olacaktır. Verilerin özel bir önem taşıdığı finans ve sağlık hizmetleri gibi sektörlerde işçinin kendine ait taşınabilir iletişim cihazlarını iş görmede kullanması hali özel bir önem arz etmektedir. Bu gibi durumlarda riskler ortadan kaldırılamıyorsa, söz konusu uygulamanın tercih edilmemesi daha doğru olacaktır. Böyle hallerde, işverene ait fakat kişisel amaçla da kullanılabilir (Corporately owned personally enabled - COPE) cihazların işçilere verilmesi veya işçinin kullanımına daha yakın olduğu aracı kendisinin seçmesi imkânı (Choose your own device-CYOD) tanınması alternatif olarak düşünülebilir. Bunların haricinde işçiye ait taşınabilir iletişim cihazlarının iş görmekte kullanılması halinde çalışma süreleri bakımından da hukuki problemler doğma ihtimali mevcut olup, uygulamaya başvurulurken bu bakımdan da konu değerlendirilmeli ve gerekiyorsa taraflar arasında ayrıntılı ve açık olarak düzenlenmelidir.

## KAYNAKÇA

- Baycık, G., Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Yetkin, 2015.

<sup>53</sup> Göpfert/Wilke, s.766.

- Birkhäuser, N./Hadorn, M., BYOD - Bring Your Own Device, Schweizerische Juristen-Zeitung, S.109, 2013 (s. 201-207).
- Caniklioğlu, N., Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Kurulmasına, Tarafların Hak ve Borçlarına İlişkin Hükümlerinin Genel Bir Değerlendirmesi, "Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri", TİSK, İstanbul 2012, (s.78-109).
- Göpfert, B./Wilke, E., Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2012 (s.765-771)
- Gürsel, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara, 2015, Adalet.
- Hammersen, J./Weißgerber, M.: Bring Your Own Device – Patentlösung im Klinikbereich?, ZD-Aktuell 10, 2014.
- Hoppe, C., IT-Arbeitsrecht Digitalisierte Unternehmen: Herausforderungen und Lösungen, ed. in Kramer, Stefan, Beck, 2017.
- Kort, M., Neuer Beschäftigtendatenschutz und Industrie 4.0 - Grenzen einer "Rundumüberwachung" angesichts der Rechtsprechung, der DSGVO und des BDSG, Recht der Arbeit (RdA), 2018/1, (s.24-33)
- Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, Ankara, 2018, Turhan.
- Louise, T. Wearable Technology: The Regulatory Changes, Computer and Telecommunications Law Review, 2014, 20 (4), (s.95-97).
- Manav E., İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, 2015 (95-133).
- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U., İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, Lykeion, 2018.
- Mullan, J., Re-emerging technologies: what's hot and what's not, Legal Information Management, 2014, 14(3) (s.168-173).
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, 2014, Beta.
- Özdemir, H., İşyerinde İşçilerin İzlenmesi Ve

İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010 (231-270).

- Reh binder, M., Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Auflage, Stampfli, 1999.
- Senyen-Kaplan, E. T.: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2018, Gazi.
- Sevimli, A., İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul, 2006, Legal.
- Stamm, E., Das private Smartphone im Dienst der Firma, Neue Zürcher Zeitung, Nr. 120, 28.05.2015, S. 29.
- Streiff, U./von Kaenel, A., Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Auflage 6, Schulthess, 2005.
- Süzek, S., İş Hukuku, 16. Baskı, Beta, 2018.
- Von dem Bussche, A.F./Schelnski, T., in Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Auflage, Beck, 2013.
- Whitcroft, O., Bring Your Own Device - protecting data on the move, Privacy & Data Protection 2013, 13(4) (s. 10-12).
- Wildhaber, I./Hänsenberger, S., Bring Your Own Device - Wie man den Einsatz privater mobiler Geräte im beruflichen Umfeld gestaltet, damit er nicht zum "Bring Your Own Desaster" wird, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, 3/2016 (s. 151-165).
- Zöll, O./Kielkowski, J.B., Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), Betriebsberater 2012 (s. 2625-2630).

## Dr. Öğr. Üyesi Emre ERTAN\*

Makale Gönderim Tarihi: 12 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 19 Aralık 2018

### Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu

#### Öz

Toplu iş sözleşmelerinin yorumu, yorum davalarının yanında normatif hükümlere dayalı alacak davalarında uyuşmazlık konusu olmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin yorumunda borç doğurucu ve normatif hükümler ayrımı önem taşır. Borç doğurucu hükümler sözleşme gibi yorumlanırken, normatif

hükümlerin yorumunda farklı bir yaklaşım benimsenmektedir. Normatif hükümler öncelikle objektif sözel yoruma tabi tutulmalı, bu yöntem sonuç vermediği takdirde tarafların ortak iradesi araştırılmalıdır. Normatif hükümlerin yorumunda son çare olarak işçi lehine yorum yöntemi de uygulanabilir.

#### Anahtar Sözcükler:

Toplu iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesinin yorumu, borç doğurucu hükümler, normatif hükümler ve işçi lehine yorum.

### Interpretation of Collective Labour Agreement

#### Abstract

Interpretation of the collective agreements has been a matter of dispute in personal actions based on normative clauses along with the interpretation suits filed by the trade union or the employer. The distinction between normative clauses and obligatory clauses is crucial in relation to the interpretation of the collective agreement. Obligatory clauses are interpreted as contracts

while a different approach has been adopted in the interpretation of the normative clauses. Normative clauses should be primarily subjected to an objective literal method. In case this method fails, common will of the contractants should be searched. The principle of interpretation in favour of the employee can be applied as a last resort in the interpretation of the normative clauses

#### Keywords:

Collective agreement, interpretation of the collective agreement, normative clauses, obligatory clauses, Interpretation in favour of the employee.

\*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı -emreertan28@hotmail.com

## I. Giriş

Sözleşmelerin yorumuna ilişkin ilke ve yöntemler, borçlar hukukunun temel konuları arasında özel bir yere sahiptir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleme hakkı bulunan tarafların sözleşmede geçen sözcük ve kavramların seçimine özen göstermemesi, sözleşmede bilinçli veya bilinçsiz bir biçimde açık ve anlaşılır olmayan ya da birden çok anlama gelen terim ve deyimlerin seçilmesi, aynı madde içinde çelişik ifadeler kullanılması ve maddenin sözleşmenin geri kalanıyla çelişmesi gibi nedenler sözleşmelerin yorumu sorununu doğurmuş; bu durum, sözleşmelerin yorumunda başvurulacak yorum ve ilkeleri kapsayan oldukça geniş bir kuramsal alt yapının oluşumuna neden olmuştur. İş hukukunun borçlar hukukundan ayrılarak bağımsız bir hukuk dalına evrildiği süreçte, iş sözleşmesinin yorumu da gündeme gelmiş; belirsiz, kapalı veya çok anlamlı iş sözleşmesi kayıtlarının yorumu bağlamında, borçlar hukuku sözleşmelerine özgü yorum kurallarından kısmen de olsa farklılaşan ayrı bir yorum sistemi ortaya çıkmıştır. Nitekim işçi lehine yorum kuralı, bu sistemin bir parçası haline gelmiştir.

Toplu iş hukukunun doğumuyla birlikte toplu iş sözleşmesinin yorumu da tartışılmaya başlanmıştır. Toplu iş sözleşmesinin yapısal yönden ne borçlar hukuku sözleşmeleriyle ne de iş sözleşmesiyle benzeşmesi ve kendine özgü niteliği, toplu iş sözleşmenin yorumunda ayrı bir yöntembilimin benimsenmesini gerekli kılmıştır. Özellikle normatif hükümlerin ikili karakteri – eş deyişle sözleşmeden kaynaklanmalarına karşın iş sözleşmeleri üzerinde yasalara benzer biçimde normatif bir etki yaratmaları – normatif hükümlerin sıradan sözleşme kayıtları gibi yorumlanmasını olanaksızlaştırmaktadır.

Türk hukukunda toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, yargı kararlarına sıkça konu olmaktadır. Bu noktada, toplu iş sözleşmesiyle ilintili yorum uyuşmazlıkları iki ayrı boyutta karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak, toplu iş sözleşmesine tabi işçilerin sözleşmenin normatif hükümlerine dayanarak açtığı eda (alacak) davalarında alacağın

kaynağını oluşturan normatif hükmün yorumuyla ilgili uyuşmazlıklar yaşanmaktadır. Ayrıca Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 53. maddesi, sözleşmenin yorumunda uyuşmayan toplu iş sözleşmesi yanlarına *yorum davası* adı altında bir tespit davası açma hakkı tanımıştır. Buna göre, uygulanan bir toplu iş sözleşmesinin yorumundan doğan uyuşmazlıklarda sözleşmenin taraflarınca dava açılabilir. Uygulamada yorum davalarına da rastlanmakta ve yorum davalarından doğan hukuki uyuşmazlıklar Yargıtay tarafından ele alınmaktadır. Ayrıca Türk iş hukuku yazını, yorum konusunu daha çok iş yasaları ve iş sözleşmeleri bağlamında ele almış; toplu iş sözleşmesinin yorumuyla bağlantılı sorunlar genel kaynaklar dışında 'toplu iş sözleşmesinin yorumu' veya benzer başlıklı bir monografide irdelenmemiştir.

Toplu iş sözleşmesine uygulanacak yorum yönteminin belirlenmesinde uyuşmazlığın tarafının kim ve/veya kimler olduğu önemli değildir. Yorum gerektiren toplu iş sözleşmesi hükmüne uygulanacak yorum yöntemi ve/veya yöntemleri saptanırken, hükmün niteliği önem taşır. Buna göre, normatif bir toplu iş sözleşmesi hükmü gerek işçi tarafından açılan alacak davasında gerek yorum davasında benzer tarzda yorumlanmalıdır. Buna karşılık, borç doğurucu hükümlerin yorumunda normatif hükümlerden farklı bir yol izlenmelidir. Bu çalışmada -öğreti ve yargı tarafından benimsenen ayrıma koşut olarak- ikili bir ayrıma gidilerek borç doğurucu ve normatif hükümlerin yorumu ayrı başlıklar altında ele alınacak; çalışmanın sonunda teşmil edilen hükümlerle art etkili hükümler tartışılacaktır.

## II. Borç Doğurucu Hükümlerin Yorumu

Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri, tarafların – eş deyişle işçi ve işveren sendikalarının veya işveren sendikasına üye olmayan işverenin – karşılıklı hak ve borçlarını düzenleyen kurallardır (STİK m. 33/2). Toplu iş sözleşmesi taraflarına çift yanlı alacak ve borç yükleyen; bu

bağlamda iki tarafa borç yükleyen herhangi bir özel hukuk sözleşmesinden farksız bu hükümlerin borçlar hukukunda benimsenen genel kurallara göre yorumlanacağı konusunda duraksama yoktur<sup>1</sup>. Nitekim öğreti, borç doğurucu hükümlerin yorumunun sözleşmelerin yorumuna ilişkin esaslara göre yapılacağı konusunda görüş birliği içindedir<sup>2</sup>. Benzer biçimde, Hollanda iş hukuku öğretisinde, saf borç doğurucu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, borçlar hukukunun genel hükümleri çerçevesinde, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tabi olduğu yorum kurallarına göre yorumlanacağı belirtilmektedir<sup>3</sup>. Buna göre, hâkim sözleşmeye salt dilbilgisel bakış açısıyla yaklaşmamalı; tarafların o andaki koşullarda karşılıklı olarak ve makul ölçüler içinde sözleşme metnine verebilecekleri anlamı ve birbirlerinden yine makul ölçüler içinde ne bekleyebileceklerini göz önünde bulundurmalıdır<sup>4</sup>. Şu halde, borç doğurucu hükümler yorumlanırken yanlışlıkla veya gerçek amacı gizlemek için kullanılan sözcüklere bakılmaksızın tarafların gerçek ve ortak iradeleri esas alınacaktır (TBK m. 19/1).

Öncelikle toplu iş sözleşmesi taraflarının sözleşmenin kuruluş anında var olan gerçek ve ortak arzuları araştırılması gerekli olmakla birlikte; gerçek ortak arzunun saptanması kimi zaman olanak dışı olduğundan; bu durumda, gerçek ortak arzu, irade beyanlarının yorumuyla varsayımsal olarak tespit edilecektir<sup>5</sup>. Gerçek ve ortak arzunun tes-

pitinde önce sözleşmede kullanılan deyimlere bakılır<sup>6</sup>. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesindeki borç doğurucu hükümlerin yorumunda başvurulacak birinci yöntem, sözel (lâfzi) yorumdur. Borç doğurucu hükümler yorumlanırken bütüncül bir yaklaşım benimsenmeli ve yorumlanacak maddenin diğer maddelerle bağlantısı gözden kaçırılmamalıdır. Ancak sözel yorumla bir sonuca varılamıyorsa toplu iş sözleşmesinin bağitlandığı sıradaki koşulların incelenmesi gerekebilir. Bu bağlamda; görüşme tutanakları, tarafların aynı işyeri veya işletme için daha önce bağitladığı toplu iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmesine ek protokoller ortak arzunun saptanmasında belirleyici olabilir. Nitekim Hollanda öğretisinde, toplu iş sözleşmesinde yer alan borç doğurucu hükümlerle ilgili olarak ortaya çıkan yorum uyumsuzluklarında, ortak amacın yanı sıra tarihçenin -eş deyişle, toplu iş sözleşmesinin kuruluş süreciyle ilintili belgelerin (toplantı tutanakları gibi)- belirleyici bir önem taşıdığı dile getirilmektedir<sup>7</sup>.

Sözel yorum yönteminin uygulanmasına ve toplu iş sözleşmesinin kurulduğu anda var olan koşulların irdelenmesine rağmen borç doğurucu hükümle ne kastedildiği yine de anlaşılamiyorsa nasıl bir yol izlenmelidir? Bu durumda, daha çok genel işlem koşullarında uygulama alanı bulan ve düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum (*in dubio pro stipulatorem*) olarak adlandırılan ilke borç doğurucu hükümlere uygulanamaz<sup>8</sup>. Zira toplu iş sözleşmesi, grev ve lokavt gibi silahlarla donanmış eşit yanlarca gerçekleştirilen serbest bir pazarlık sonucunda ortaya çıkmakta olup, pazarlık aşamasında bir tarafın diğerine üstünlüğü söz konusu değildir. Daha yalın bir anlatımla, borç doğurucu hükümlerin doğası, bu hükümler yönünden *in dubio pro stipulatorem* yöntemine başvurulma-

- 1 Toplu iş sözleşmesinin uygulanması, denetimi ve uyumsuzlukların çözümüne ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerine de borç doğurucu hükümlerin tabi olduğu yorum kuralları uygulanır. Esasen bu hükümler, geniş anlamda borç doğurucu hükümlerin bir parçasıdır.
- 2 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta, İstanbul 2018, s. 922; Sözer, Ali Nazım: Hukukta Yöntembilim, Beta, 1. Basım, İzmir 2008, s. 97; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, Beta, İstanbul 2018, s. 32. Tuncay, A. Can/S. Kutsal, F. Burcu: Toplu İş Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 331-332; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 351-352.
- 3 Jacobs, A.T.J.M.: Collectief arbeidsrecht, Monografiën Sociaal Recht 28, Derde Druk, Kluwer, Deventer 2013, s. 141.
- 4 Jacobs, s. 141.
- 5 Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, Vedat

Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 587.

6 Oğuzman, s.203.

7 Loonstra, C.J.: Uitlegvrage in het arbeidsrecht, Arbeidsrechtelijke bedingen, Themabundel Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2012, Sdu Uitgevers, Den Haag 2012, s. 13.

8 Oğuzman, s.204. Genel işlem koşullarının yorumunda izlenecek yöntem için bkz. M. Atamer, Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, Beta, İstanbul 2001, s. 130-142.

sını olanaksız kılmaktadır. Aynı biçimde, gerek iş sözleşmesinin gerek toplu iş sözleşmesinin bir yanının işveren olduğundan hareketle çelişik ve muğlak iş sözleşmesi kayıtları işçi lehine yorumlandığı gibi, borç doğurucu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin de işçi sendikası lehine yorumlanması gerektiği yönünde bir görüş de yersiz olacaktır. Her şeyden önce, iş sözleşmesi işverenin önceden hazırladığı ve işçiye sunmakla yetindiği hukuki bir metinden ibarettir. Öyle ki işçi, sözleşmenin kuruluş aşamasında pazarlık olanağından neredeyse yoksundur. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri eşit koşullarda yapılan bir pazarlığın ürünüdür. Öyleyse açık ve anlaşılır olmayan borç doğurucu hükümlerin yorumunda 'işçi sendikası lehine yorum' gibi bir yöntem gündeme gelmemelidir. Bununla birlikte, sözel yöntemin işe yaramadığı ve toplantı tutanakları, eski toplu iş sözleşmeleri, toplu iş sözleşmesine ek protokoller gibi belgelerden de bir sonuç alınmadığı durumlarda, toplu iş sözleşmesinin doğasına uygun alternatif bir yorum yöntemine başvurmak tek seçenektir. Böyle bir olasılıkta, 'borçlu lehine yorum ilkesi' uygulanabilir; böylece yorumunda duraksama olan borç doğurucu hükümle hangi taraf yükümlülük altına giriyorsa o tarafın yararına olan anlama üstünlük tanınır. Şöyle ki şayet açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen borç doğurucu hükümle işçi sendikası borç altına giriyorsa hüküm işçi sendikası lehine yorumlanacaktır. Buna karşılık, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen borç doğurucu hüküm işverene veya işveren sendikasına borç yüklediği takdirde işveren veya işveren sendikası lehine olan anlam tercih edilecektir.

Borç doğurucu hükümlere ilişkin uyuşmazlıklar, yakın tarihli bir Yargıtay kararına konu olmuştur. Yargıtay'ın önüne 2016 yılında gelen bir uyuşmazlıkta işçi sendikası, işverenin sürekli işlerde taşeron işçi çalıştırdığını ileri sürerek işverenin toplu iş sözleşmesinin 14. maddesine aykırı hareket ettiğinin tespitine ve sataşmanın önlenmesine karar verilmesini istemiştir. Taraflar arasında çekişme konusu olan ve "Geçici İşçi" başlığını taşıyan maddede yer alan düzenleme şöyledir: "...Yasada

belirtilen sürekli işlerde geçici işçi ve müteahhit firma çalıştırılmaz. Belirli süreli tevsi, montaj ve fırın tamir işlerinde belirli süreli hizmet akdi ile çalıştırılan işçilerle, süresiz işlerde çalıştırılan geçici işçiler hakkında bu toplu iş sözleşmesi uygulanmaz. Şu kadar ki daimi işlerde bir aydan fazla geçici işçi çalıştırılmaz..." Yerel Mahkeme toplu iş sözleşmesinin çekişmeli maddesiyle bağlantılı 26/II. maddesinde "...Yıllık ücretli izinler Nisan ve Ekim ayları arasında kullanılır. İşveren Nisan ve Ekim ayları arasındaki süre içinde sadece yıllık ücretli izin hakkını kullanan işçilerin çalıştıkları bölümlerde çalıştırılmak üzere "izin dönüşüm ekibi" adı altında işçi olabilir. Bu işçilere TİS hükümleri uygulanmaz..." kuralının düzenlendiği, uyuşmazlığın hükümde geçen müteahhit firma ibaresinin anlamı özellikle alt işveren ilişkilerini kapsayıp kapsamadığına dair olduğu, 14. maddede yer alan müteahhit ve geçici işçi terimlerinin uygulamada kullanılan terimler olup üçüncü kişi üzerinden kanuna aykırı işçi teminini ve bu işçilerin sürekli olarak istihdamını önlemeye hizmet ettiği, esas sorunun müteahhit teriminin kanuna uygun alt işveren ilişkileri kurulmasını önleyip önlemediğinin tespiti olduğu, tarafların toplu iş sözleşmesi hükmünü hiç değişmeden korumaları, 2002'den 2014 yılına kadar işverenin alt işveren uygulamalarını sürdürmesine rağmen sendikanın toplu pazarlık masasında veya yargı önünde hiçbir girişimde bulunmaması karşısında tarafların ortak iradesinin kanuna uygun alt işveren uygulamasını sınırlama amacını gütmedikleri sonucuna varılmasını zorunlu kıldığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Uyuşmazlığa konu toplu iş sözleşmesi kuralının borç doğurucu bir hüküm olduğunu yerinde bir biçimde saptayan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; somut uyuşmazlıkta taraflar arasında imzalanan ve yenilenen toplu iş sözleşmesinde yer alan "yasada belirtilen sürekli işlerde, geçici işçi ve müteahhit firma çalıştırılmaz" hükmündeki müteahhit kavramının alt işveren olduğunun açık olduğunu, asıl-alt işveren uygulamasında alt işveren kavramının uygulamada ve sözleşmelerde müteahhit (yüklenici), taşeron olarak bilindiğini, sözleşmenin 14. maddesi bütünü ile değerlendirildiğinde ve ayrıca yıllık

ücretli izinle ilgili 26. madde düzenlemesi dikkate alındığında, süreksiz işlerde, belirli süreli işler ile yıllık ücretli izinde olan işlerin izinde oldukları süre için geçici işçi (ödünç iş ilişkisi) veya müteahhit (taşeron-alt işveren) işçisi çalıştırılabileceği, bununda dışında sürekli işler olan işverenin asıl ve yardımcı işlerinde geçici işçi veya alt işveren işçisi çalıştıramayacağı çok açık olarak belirtildiğini, toplu iş sözleşmesinin bu hükmü ile sürekli ve belirli süreli işlerde işverenin alt işveren uygulamasına gitmesinin sınırlandırıldığını ifade ederek yerel mahkeme kararını bozmuştur<sup>9</sup>.

9 "...Ayrıca Toplu İş Sözleşmeleri süreli olup, süre sonunda yenisi imzalandığında, tekrar edilen hükümler var ise bu hükümlerin sendika veya işçi tarafından uzun süre uygulanması yönünde bir uyumsuzluk yaratılmaması tarafların iradesinin bu yönde olmadığını göstermez. Zira irade uygulanmaması yönünde ise yenilenen Toplu İş sözleşmesinde bu kuralın konulmaması gerekir. Hüküm korunuyor ise hükümsüzlüğü ve iptali ileri sürülmediği sürece tarafları bağlayacaktır. Belirtmek gerekir ki 4857 Sayılı İş Kanunu sistematığına göre, kural olan işverenin asıl ve yardımcı işlerini, kendi işçileri ile faaliyetini yürütmesidir. Asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işte, alt işveren uygulaması ile işçi çalıştırması ise istisnai bir durumdur. Somut uyumsuzlukta taraflar arasında imzalanan ve yenilenen Toplu İş sözleşmesinde yer alan "yasada belirtilen sürekli işlerde, geçici işçi ve müteahhit firma çalıştırılmaz" hükmündeki müteahhit kavramının alt işveren olduğu açıktır. Zira asıl-alt işveren uygulamasında, alt işveren kavramının uygulamada ve sözleşmelerde müteahhit (yüklenici), taşeron olarak yer aldığı bilinen bir olgudur,... Sözleşmenin 14. Maddesi bütünü ile değerlendirildiğinde ve ayrıca yıllık ücretli izinle ilgili 26. Madde düzenlemesi dikkate alındığında, süreksiz işlerde, belirli süreli işler ile yıllık ücretli izinde olan işlerin izinde oldukları süre için geçici işçi (ödünç iş ilişkisi) veya müteahhit (taşeron-alt işveren) işçisi çalıştırılabileceği, bununda dışında sürekli işler olan işverenin asıl ve yardımcı işlerinde geçici işçi veya alt işveren işçisi çalıştıramayacağı çok açık olarak belirtilmiştir. O halde toplu iş sözleşmesinin bu hükmü ile sürekli ve belirli süreli işlerde işverenin, alt işveren uygulamasına gitmesi sınırlandırılmıştır. İşverenin Toplu İş Sözleşmesi ile alt işveren uygulamasına gidemeyeceğine dair sözleşme hükmü, borç doğurucu bir hükümdür. Bu hüküm, işverenin sürekli işleri kendi işçileri ile yapmasını öngördüğünden ve istisnanın uygulanmasını yasakladığından geçerli bir hükümdür. Bu hükmün işverenin girişim özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırdığı düşünülemez. Zira belirtildiği gibi, işyerinde asıl olan ister asıl iş, ister yardımcı iş olsun bu işleri kendi işçileri ile yerine getirmesidir. İşverenin bu borçlandırıcı hükme uyması gerekir. Sonuç olarak taraflar arasındaki Toplu İş sözleşmesi hükmünün alt işveren uygulamasını kapsadığından, bu yönde yorumlanması gerekirken, "2002" den 2014 yılına kadar işveren kanun çerçevesinde alt işveren uy-

Yargıtay'ın ilkesel düzeyde bir karara imza attığı uyumsuzlukta, Yerel Mahkeme'nin toplu iş sözleşmesinde yer alan çekişmeli borç doğurucu hükmü yorumlarken sadece sözel yorum yöntemini kullanmadığı, ayrıca tarafların ortak sözleşme iradesini başka parametreler üzerinden derinlemesine araştırmayı yeğlediği görülmektedir. Nitekim uyumsuzluk konusu toplu iş sözleşmesi maddesini değerlendirirken bağlantılı başka bir maddeyi de göz önünde bulunduran Yerel Mahkeme, tarafların aynı işletme için önceden bağladıkları toplu iş sözleşmelerinin yürürlükte olduğu dönemler boyunca takındıkları tutumu da dikkate alarak borç doğurucu düzenlemenin işverenin alt işveren ilişkisi kurmasını yasaklamadığı kanısına varmıştır. Buna karşılık, sözel yoruma ağırlık veren bir yaklaşım sergileyen Yargıtay; "yasada belirtilen sürekli işlerde, geçici işçi ve müteahhit firma çalıştırılmaz" hükmündeki müteahhit kavramının alt işveren olduğunun açık olduğunu, asıl-alt işveren uygulamasında alt işveren kavramının uygulamada ve sözleşmelerde müteahhit (yüklenici) veya taşeron olarak bilindiğini belirterek davaya konu borç doğurucu maddenin işverenin alt işveren ilişkisi kurmasını engellediği kanısına varmıştır. Ekleyelim ki, Yargıtay da aynı Yerel Mahkeme gibi yorumlanacak maddenin diğer maddeyle bağlantısını göz ardı etmemiş; ancak aynı yöntemi benimsemesine karşın farklı bir sonuca ulaşmıştır. Yine karardan, işverenin alt işveren ilişkisi kurmasına işçi sendikası uzun bir süre boyunca itiraz edilmemesinden hareketle dava konusu hükmün salt geçici işçi teminini yasakladığı, buna karşılık aynı hükmün işverenin yasal çerçevede alt işveren ilişkisi kurma hakkından yoksun kılmadığı gibi bir yoruma Yargıtay tarafından itibar edilmediği anlaşılmaktadır.

Yargıtay kararına, sonuç ve içerik bakımından katılmakla birlikte, bazı noktalara dikkat çekilmelidir. Borç doğurucu bir hükmün yorumunda,

gulamalarını sürdürmekle birlikte, sendikanın toplu pazarlık masasında veya yargı önünde hiçbir girişimde bulunmaması karşısında, tarafların ortak iradesinin kanuna uygun alt işveren uygulamasını sınırlama amacını gütmelikleri" gerekçesi ile istemin reddi hatalıdır.. "Yarg. 9. HD., 31.05.2016, 16702/12869, www.kazanci.com



toplu iş sözleşmesi yanlarının ortak ve gerçek iradelerinin araştırılması esas olup; bu nitelikte bir toplu iş sözleşmesi düzenlemesi yorumlanırken her şeyden önce tarafların sözleşme metninde kullandığı sözcük ve deyimlere bakılır. Bu noktada, metinde yer alan kavram veya terime taraflarca yüklenen anlam esas alınmalıdır. Yoksa üçüncü kişinin metinde geçen kavram ya da terimden ne anladığı önem arz etmez. Dolayısıyla borç doğurucu hükümlerde geçen sözcük ve deyimler nesnel (objektif) değil, öznel (sübjektif) tarzda yorumlanır. Şayet sözel yorum yöntemiyle bir sonuç elde edilemiyorsa, sözleşme iradesi başka yollarla tespit edilir. Bütün çabalara karşın ortak ve gerçek iradenin saptanamadığı durumlarda, diğer yorum yöntemleri devreye sokulmalıdır.

Kimi zaman tarafların sözleşmede yer alan kavram veya terime yükledikleri anlamla üçüncü kişilerin aynı kavram veya terime yükledikleri anlam örtüşür. Örneğin çalışma yaşamında, yasanın alt işveren olarak tanımladığı kavramın dışında yüklenici, aracı, taşeron, alt müteahhit veya müteahhit gibi sıfatlar da kullanılmaktadır. Benzer biçimde, toplu iş sözleşmelerinde, iş sözleşmelerinde ve personel yönetmeliklerinde alt işverenin yüklenici, aracı, taşeron, alt müteahhit veya müteahhit olarak adlandırıldığı görülmektedir<sup>10</sup>. Nitekim somut olayda davaya konu 14. maddede geçen 'müteahhit firma' terimi uygulamada alt işveren anlamına geldiği gibi, toplu iş sözleşmesi yanlarının da söz konusu kavrama özdeş bir anlam yükledikleri gerek madde metninden gerek toplu iş sözleşmesinin bütününden kolayca anlaşılabilir. Ne var ki tarafların sözleşmede yer alan kavram veya terime yükledikleri anlamla üçüncü kişilerin aynı kavram veya terime yükledikleri anlamın farklılaşması da güçlü bir olasılıktır. Böyle bir olasılıkta, borç doğurucu hüküm tarafların sözleşmede yer alan kavram veya terime yükledikleri anlam esas alınarak yorumlanmalıdır. Kısaca özetlemek gerekirse, salt bu karardan hareketle borç doğurucu hükümde yer verilen sözcük, kavram ve deyimlerin objektif

bir tarzda yorumlanacağı gibi bir yanılgıya düşülmemelidir. Şu halde ortak sözleşme iradesinin belirlenemediği durumlarda borçlu lehine yorum yönteminin de uygulanabileceği, borç doğurucu hükümlerin yorumunda sendika lehine yorum gibi bir ilkenin söz konusu olmadığı, sözel yorum ve diğer yöntemler tartışmalı kavramın içeriğini doldurmada yetersiz kaldığında maddenin işveren lehine yorumlanabileceği kesinlikle unutulmamalıdır.

### III. Normatif Hükümlerin Yorumu

#### 1. Genel Olarak

Toplu iş sözleşmesinin normatif bölümü; iş sözleşmesinin kurulmasına, içeriğine ve sona ermesine ilişkin düzenlemeleri içerir. Normatif hükümler, toplu iş sözleşmesinin ana gövdesini oluşturmaktadır<sup>11</sup>. Öyle ki normatif hükümlerin yer almadığı bir metnin toplu iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi olanak dışıdır. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri iş sözleşmeleri üzerinde normatif (düzenleyici) bir etki yaratmakta ve toplu iş sözleşmesiyle bağdaşmayan iş sözleşmesi kayıtları yerine doğrudan normatif hükümler uygulanmaktadır<sup>12</sup>. Başla bir anlatımla, normatif hükümlerle iş sözleşmeleri arasındaki hiyerarşik bağ, yasa-iş sözleşmesi ilişkisini andırmaktadır. Gerçekten toplu iş sözleşmesi tarafları, normatif hükümler kanalıyla üçüncü kişilerin (işçilerin) hukuki konumunu etkileyen yasa benzeri genel ve nesnel (objektif) hukuk kuralları koymaktadır<sup>13</sup>. Bununla birlikte, normatif hükümlerin borç doğurucu hükümler gibi serbest bir pazarlık sonucunda ortaya çıktığı ve sözleşmesel nitelik taşıdığı gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla normatif hükümlerin çift karakterli hukuki yapısı, normatif hükümlerin nasıl yorumlanacağı

10 Alt işverenle ilgili terminoloji hakkında bkz. Aykaç, Hande Bahar: İş Hukukunda Alt İşveren, Beta, İstanbul 2011, s. 12-19.

11 Normatif hükümler hakkında detaylı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 874-878. Narmanlioğlu, Ünal: Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, Beta, İstanbul 2016, s. 374-376; Tuncay/S. Kutsal, s. 192-204.

12 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 923.

13 Tuncay/S. Kutsal, s. 192.

sorusunu beraberinde getirmektedir: Acaba normatif hükümlerin yorumunda sözleşmelerin tabii olduğu genel yorum kuralları mı geçerlidir? Yoksa normatif özelliğiyle ön plana çıkaran bu hükümler yasal normlar gibi mi yorumlanmalıdır? Toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif hükümlerin alacaklı kıldığı ve/veya borç altına soktuğu işçinin toplu iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında hiçbir rol oynamaması sorunu daha da giriftleştirmektedir. Nihayet -iki görüş arasında sonuç açısından belirgin bir fark bulunup bulunmadığı- giderek böyle bir kuramsal tartışmanın pratik bir yararının olup olmadığı, yanıtlanması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>14</sup>.

## 2. Normatif Hükümleri Yasalarla Özdeşleştiren ve Nesnel (Objektif) Yorumu Önceleyen Klasik Yaklaşım

İş hukuku öğretisinde ve içtihadında yıllarca savunulan ve görece klasik sayılabilecek yaklaşıma göre, normatif hükümlerin yorumunda sözleşme metnine bağlı kalınmalı ve üçüncü kişilerin sözleşmeye verdiği anlam üstün tutulmalıdır<sup>15</sup>. Normatif hükümlerin üçüncü kişileri (toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işçileri) bağlayan yasa benzeri objektif hukuk kuralları yarattığından yola çıkan bu görüş, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri yorumlanırken tarafların gerçek iradelerinin araştırılmasının gerekmediğini ileri sürmektedir<sup>16</sup>. Nitekim geçmiş Yargıtay kararlarında benzer eğilimler göze çarpmaktadır. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1968 yılında verdiği bir kararda; normatif hükümlerin objektif hukuk kuralı niteliğini taşıdıklarına ve maddi anlamda kanun olduklarının söz götürmeyeceğine işaret etmiştir<sup>17</sup>. Aynı

biçimde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; normatif hükümlerin objektif hukuk kurallarını meydana getirdiğini ve maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde olduğunu vurguladıktan sonra normatif hükümlerin borç doğurucu hükümlerde olduğu gibi sözleşmelerin yorumu ile ilgili ilkeler çerçevesinde değil, yasa hükümleri gibi yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır<sup>18</sup>.

kümlerin ise objektif hukuk kuralı niteliğini taşıdıkları ve maddi anlamda kanun oldukları söz götürmez. Bozma ilamında da anılan 27/05/1958 gün ve 15. E., 5 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında ifade olduğu gibi, "iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden" dir. Yine bozma ilamında işaret olunduğu üzere, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin başka başka görüşlere elverişli bulunması durumunda, işçi aleyhine belirecek bir yoruma gidilmemesi, yabancı hukuklarda da kabul olunmaktadır. (Bkz. Reisoğlu, S:Türk hukukunda toplu iş sözleşmeleri, Ankara, 1967, sh: 69 ve dipnot. 187) Bunun nedeni, açıktır: Zira toplu iş sözleşmesi hükümleri, kural olarak, işçiler için asgari şartlar olarak ön görülmüşlerdir. Diğer taraftan toplu iş sözleşmelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında düzenlenme biçimleri de, hukukumuza açısından, bu yoldaki bir yorum gereğini yeterince açıklar. Genel bir planda, yorum yapılırken iş hukukunun işçileri koruyucu niteliğinin gözden kaçırılmaması gereği, tanınm hukukçular tarafından da ifade edilmektedir. (Örneğin, bkz. Hueck, A/Nipperdey, H.C. 11; Brun-Galland, Droit du Travail, 1958, No: 1-132) Hemen belirtmek gerekir ki böyle bir anlayış, eşitlik ilkesine de aykırı değildir. Çünkü Anayasa, m. 41 de geleneksel anlamdaki eşitlik yanında sosyal adalet düşüncesine yönelen bir başka eşitlik daha öngörülmüştür. (Bu hususta, bkz. : Esen, B.N., Anayasa Mahkemesine göre Türk Anayasa Hukuku anlayışı, 1966, sh: 69) ve burada, bu nitelikteki eşitlik anlayışı söz konusu olmaktadır. Dairenin, bütün bu hususlar mahkemece gözönüne alınacağı varsayımından hareket eylediği için, bozma ilamındaki açıklamasını yeterli görmesi tabii sayılmalıdır. Hiç şüphesiz hakim, bu durumda dahi, mahkemenin deyişimiyle "hak ve hukuka" göre karar vermektedir; yoksa, mahkeme kararında ifade olunduğu gibi, taraflardan biri lehine hareket etmemektedir. İki durum arasındaki ayırım açık ve Dairenin son kez anıldığı şekilde bir bozma yapmıyacağı yönü ise, belirgindir. Şu hale göre, bu cihetleri hedef tutan temyiz itirazları da yerinde değildir..." Yarg. 9. HD., 09.04.1968, 157/4628, www.kazanci.com

14 Konuya ilişkin tartışmanın pratik bir yararı olmadığı görüşü için bkz. Sözer, s. 97

15 Reisoğlu, Seza: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1986, s. 423; Tunçoğlu/Centel, s. 349.

16 Klasik görüş hakkında daha fazla bilgi için bkz. Tuncay/ S. Kutsal, s. 332-333.

17 "...Öbür yandan, bir toplu iş sözleşmesinde vecibevi hükümleriyle normatif hükümlerini birbirinden ayırt etmek gerekir. Toplu iş sözleşmesinin bu davada söz konusu olan 32. maddesi, kıdem tazminatına ilişkin bulunduğu için, normatif mahiyettedir. Normatif hü-

18 "...Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri objektif hukuk kurallarını meydana getirirler. Maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde olup ve vecibevi hükümlerde olduğu gibi sözleşmelerin yorumu ile ilgili prensiplere özellikle Borçlar kanununun 18. maddesindekilere göre değil, yasa hükümleri gibi yorumlanırlar ve zaman içerisinde uygulanırlar. Toplu iş sözleşmelerindeki kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler az önce nitelikleri belirtilen normatif hükümler kavramının kapsamına gi-

Hollanda Yüksek Mahkemesi, önceki kararlarında, normatif hükümlerin yorumunda -toplu iş sözleşmesinin tüm metni göz önünde bulundurulmak koşuluyla- sözleşmede geçen deyimlerin belirleyici olduğu görüşünü benimsemiştir. Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin 2002 yılında verdiği kararlarda söz konusu içtihat bir dizi eklemeye birlikte daha da belirginleşmiş; sonuç olarak, toplu iş sözleşmesi hükümlerinden anlamadığı sürece tarafların ortak amacının önem taşımadığı ve toplu iş sözleşmesindeki deyimlerin objektif ölçütlere göre yorumundan çıkan anlamın esas alınması gerektiği vurgulanmıştır<sup>19</sup>. Kimi yazarlar, Yüksek Mahkeme'nin ifadelerinden hareketle normatif hükümlerde yalnızca sözel (dilbilgisel) yorum yönteminin uygulanabileceğini öne sürmüştü de; Yüksek Mahkeme, tarafların ortak amacının toplu iş sözleşmesi hükümlerinin objektif ölçütlere göre yorumuyla belirlendiği ve böylece ortak amacın toplu iş sözleşmesine taraf olmayan işçi ve işverenlerce anlaşıldığı durumlarda böyle bir anlamın esas alınabileceğine işaret ederek konuya açıklık getirmiştir<sup>20</sup>.

### 3. Normatif Hükümlerin Sözleşmeler Gibi Yorumlanması Gerektiğini Savunan Yeni Eğilim

Toplu iş hukukunda giderek ön plana çıkan eğilim; düzenleyici (normatif) hükümlerin tarafların anlaşmasının ürünü olduğu ve toplu iş sözleşmesinin kendine özgü bir hukuk sözleşmesi niteliği taşıdığı, bu nedenle normatif hükümlerin yorumlanmasında sözleşmelerin yorumundaki esaslara uyularak tarafların ortak sözleşme iradesinin esas alınması gerektiği yönündedir<sup>21</sup>. Buna göre, her

ne kadar normatif etki yaratsalar dahi normatif hükümlerin de borç doğurucu hükümler gibi tarafların ortak iradesinden kaynaklandığı ve ortak iradenin araştırılmasının uygun olacağı ileri sürülmektedir<sup>22</sup>.

### 4. Normatif Hükümlerin Yorumunda Uygulanması Gereken Yöntem ve İlkelerle Yönelik Bir Öneri

#### a) Genel Olarak

Toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif hükümlerin yasa gibi mi yoksa sözleşme gibi mi yorumlanacağına ilişkin kuramsal tartışma önem taşımakla birlikte, normatif hükümlerin yorumunda kullanılacak teknik ve yöntemlerle bu yöntem ve tekniklerin öncelik sırası somut biçimde ortaya koyulmalıdır. Aksi takdirde normatif hükümlerin yorumu bağlamında ortaya atılan bilimsel görüşlerin pratik yararından söz edilemeyecektir. Esasen normatif hükümlerin ikili karakteri göz ardı edilerek isabetli bir çözüme varılması pek olanaklı görünmemektedir. Gerçekten toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümlerin bir yandan sözleşmeyi bağıtlayan tarafların iradesinden kaynaklandığı, diğer yandan ise bu hükümlerle üçüncü kişiler (işçiler) lehine ve/veya aleyhine haklar ve borçlar yaratıldığı kesinlikle unutulmamalıdır. Bu noktada toplu iş sözleşmesinin amacıyla varlık nedeninin, toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işçilere yasalarla ve iş sözleşmeleriyle belirlenen asgari standartların üzerinde haklar sağlamak olduğu ortadadır. Dolayısıyla normatif hükümler yorumlanırken toplu iş sözleşmesinin ana gövdesini oluşturan bu kurallara yüklenen fonksiyonun yok sayılması olanak dışıdır. Özetle toplu iş sözleşmesinin yorumunda klasik yaklaşımla yeni eğilimi sentezleyen ve aynı zamanda toplu iş sözleşmesinin özünde işçiyi koruyucu işlevini de göz ardı etmeyen bir sistemin benimsenmesi gerekmektedir.

rerler..." Yarg. HGK, 21.02.1975, E.1975/9-1040 K:1975-227, www.kazanci.com

19 Jacobs, s. 141-142; Loonstra, 14-15.

20 Jacobs, s. 142.

21 Süzek, s. 32. Bununla birlikte metnin yeterince açık olmadığı hallerde tarafların kuruluş anındaki ortak amaçlarını araştırmanın doğru olduğunu ileri süren bir başka yazar, toplu iş sözleşmesinin karma niteliği gözetilmediğinde uygulamada bazen yasa gibi yorumlama yoluna gidilmesinin, bazen de sözleşmelerin yorumuna ilişkin esaslara başvurulmasını yerinde saymaktadır. Bkz. Sur,

Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 360.

22 Süzek, s. 32. Yeni eğilim konusunda bkz. Tuncay/ S. Kutşal, s. 332-333.

## b) Normatif Hükümlerin Yorumunda Aşamalar

### aa) Birinci Aşama: Sözel Yorum Yöntemi

Toplu iş sözleşmesindeki normatif bir maddenin yorumunda ilk aşamada uygulanacak teknik, sözel yorum yöntemidir. Şu halde yoruma konu normatif hükümle ne kastedildiği araştırılırken öncelikle tarafların sözleşme metninde kullandıkları deyim ve sözcüklere bakılır<sup>23</sup>. Şayet ortak amaç ya da dilbilgisel perspektifle sözleşme metninden çıkarılıyorsa, başka bir yorum yöntemine başvurmaya gerek kalmayacaktır. Ne var ki sözel yorum yöntemi uygulanırken kimi noktalara özellikle dikkat edilmelidir. Öncelikle madde yorumlanırken bütüncül bir yaklaşımın yeğlenmesi yerinde olacaktır. Şöyle ki yorumlanacak normatif hükmün sözleşmenin geri kalanından koparılıp tek başına ele alınması, anlam bütünlüğünün bozulmasına ve giderek yanlış sonuçlara ulaşılmasına yol açabilir. Bundan dolayı, normatif hüküm yorumlanırken bu maddenin başka maddelerle bağlantısı incelenmeli; yorumlanan maddenin bütünü (toplu iş sözleşmesinin) bir parçası olduğu gerçeği her zaman göz önünde tutulmalıdır. Bu doğrultuda Yargıtay, ücret artışını düzenleyen bir maddenin ele alındığı bir uyuşmazlıkta toplu iş sözleşmesi yorumlanırken öncelikle söze bağlı kalınmasının uygun olacağını, ancak normatif bir hükmün yorumunda sadece ilgili hükmün değil sözleşmenin tümünün değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmiştir<sup>24</sup>.

Öte yandan üzerinden durulması gereken di-

ğer bir konu, madde metninde geçen deyim ve sözcükler yorumlanırken subjektif (öznel) veya objektif (nesnel) yöntemlerden hangisinin tercih edileceğidir. Daha başka bir anlatımla, normatif bir hükmün yorumunda taraflarca (işçi sendikasıyla işveren veya işveren sendikası) sözcüklere yüklenen anlam mı araştırılacaktır? (subjektif sözel yorum yöntemi) Yoksa tarafların altına imza attıkları sözleşme metninde yer alan sözcüklere atfetmiş olabilecekleri anlam bir yana bırakılarak; ilgili terminolojiye hâkim üçüncü bir kişinin, önceden edindiği deneyimler ışığında madde metninden anladığına mı üstünlük tanınacaktır? Soruya verilecek yanıt nettir: Normatif nitelikte bir madde objektif ölçütlere göre yorumlanmalıdır. Zira toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katılan temsilciler, imzaladıkları metindeki deyim ve sözcükleri her zaman bilinçli olarak seçmemektedir. Üstelik temsilcilerin kültür ve eğitim düzeyleri ile de ilintili olarak sözcüklerin seçiminde yanılığa düşülmesi ve bir dizi dilbilgisi hatası yapılması olasıdır. Böyle durumlarda gerçek bir taraf iradesinden söz edilemeyeceğinden objektif bir bakış açısı benimsenmeli; normatif hüküm, deneyimli üçüncü bir kişinin gözüyle tamamen nesnel bir tarzda yorumlanmalıdır. Ekleyelim ki, normatif hükümlerin kendine özgü yapısı da objektif sözel yorum yönteminin kullanılmasını gerektirmektedir. Zira her ne kadar toplu iş sözleşmesine taraf olmasalar ve toplu görüşmelerde herhangi bir rol oynamasalar dahi; borç doğurucu hükümlerin aksine, normatif hükümler, taraflar arasında değil, toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçiler yönünden hukuki sonuç doğurur. Bu bağlamda, normatif hükümler yarattıkları normatif etkiden dolayı yasalarla özdeşleştirilmektedir. Şu halde gerek normatif hükümlerin kendine özgü yapısı (objektif ve genel hukuk kuralları niteliği taşımaları) gerek de amacı (işçilerin çalışma koşullarını geliştirme), normatif maddelerde yer alan sözcük, kalıp ve deyimlerin objektif bir yoruma tabi tutulmasını gerekli kılmaktadır.

Toplu iş sözleşmesi yanları, normatif hükümlerde yer verdikleri deyim ve kavramları genellikle mevzuatta benimsenen deyim ve kavramlar

23 Tunçomağ/Centel, s. 349.

24 "...Yasalarda yorum yöntemleri gösterilmediğinden hâkim bu nedenle hukuk biliminden ve öğretiden yararlanarak yasanın yorumunda izleyeceği yolu kendisi seçmek zorundadır. Bu bakımdan dosyanın bilirkişiye verilerek rapor alınması doğru değildir. Toplu İş Sözleşmesi hükmü yorumlanırken önce söze (lafza) bağlı kalınmalıdır. Tarafların ortak arzuları ve gerçek iradelerinin yorumunda dürüstlük kuralında bulan "güven prensibi" dikkate alınmalıdır. Ayrıca normatif bir hükmün yorumunda sadece o hüküm değil maddenin ve hatta sözleşmenin tümü göz önüne alınıp, öteki hükümlerle bağlantısı değerlendirilip, sadece işçilerin lehine olacak bir yorum tarzı benimsenmeden, objektiflikten uzaklaşmadan sonuca gidilmelidir..." Yarg. 9. HD., 24.09.2001, 15268/14427, www.kazanci.com

arasından seçmektedir. Terminolojinin mevzuat ışığında yorumlanması objektif yöntemin doğal bir parçası olmakla birlikte, yorum yapılırken yasalara ve özellikle yönetmelik gibi düzenleyici idari işlemlere her durumda sıkı sıkıya bağlı kalınması, normatif hükümlerin ruhuyla çelişen yanıltıcı sonuçlara varılmasına neden olabilir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli kararı, oldukça açık ve çok fazla yorum gerektirmeyen bir normatif kuralın yönetmelik ışığında yorumlanması nedeniyle yanlış sonuca ulaşılan içtihatlarla bir örnektir. Dava konusu uyuşmazlıkta işçi sendikası; son olarak taraflarca 01.07.2015-30.06.2017 yürürlük süreli toplu iş sözleşmesi bağtlandığını, toplu iş sözleşmesinin "gece çalışması ve ücreti" başlıklı 22. maddesinde "Akşam saat 20.00'den sabah saat 06.00'ya kadar geçen süredeki çalışmalar gece çalışması sayılır. Gece çalışması için ödenecek ücret normal çalışma ücretlerinden % 25 fazladır" ifadeleri kullanıldığını, 15.00-23.00 vardiyasının 20.00-23.00 arası geçen 3 saati için ise gece çalışma ücreti ödemediğini, davalı işverenin gerekçe olarak Yargıtay içtihatlarına dayandığını ve vardiyanın yarısının gece döneminde geçmemesi sebebiyle 15.00-23.00 vardiyasında görev yapanlara gece çalışma ücreti ödeyemeyeceğini ifade ettiğini, akşam 20.00'den sonraki her bir saat çalışması için sendika üyesi işçilere % 25 zamlı ücret ödenmesi gerektiğini ileri sürerek 01.07.2015-30.06.2017 yürürlük süreli işletme toplu iş sözleşmesinin 22. maddesinde yer alan "gece çalışması için ödenecek ücret, normal çalışma ücretlerinden %25 fazladır" ifadesinin "gece çalışmasında geçecek her bir saat için ödenecek ücret, normal çalışma ücretlerinden % 25 fazladır" şeklinde yorumlanmasına karar verilmesini istemiştir. Yerel Mahkeme davayı kabul etmiş; istinaf başvurusu Bölge Adliye Mahkemesi'nce esastan reddedilmiştir. Ne var ki Yargıtay 22. Hukuk Dairesi; İş Kanunu'nun "Gece süresi ve gece çalışmaları" başlıklı 69. maddesinin birinci fıkrasına göre "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." ve "Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve

Esaslar Hakkında Yönetmelik'in "Gece Çalışma Süresi" başlıklı yedinci maddesinin ikinci fıkrasında "Çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın çalışması, gece çalışması sayılır" düzenlemesine yer verildiğini, işçi kısmen gündüz kısmen gece dönemine giren saatlerde çalışmaktaysa çalışma süresinin yarısından çoğu geceye denk geldiğinde çalışmaların gece çalışması sayılacağını, toplu iş sözleşmesinin 22. maddesinde düzenlenen zamlı gece çalışma ücretinden yararlanabilmek için çalışma süresinin yarısından fazlasının 20.00-06.00 saatleri arasında gerçekleşmesi gerektiğini belirterek Bölge Adliye Mahkemesi kararı ile ilk derece mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına hükmetmiştir<sup>25</sup>.

25 "...İnceleme konusu davada, taraflar arasında 04.09.2015 tarihinde imzalanan ve 01.07.2015 ilâ 30.06.2017 tarihleri arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 22. maddesinin yorumlanması talep edilmektedir. Somut olayda davacı vekili, 15.00-23.00 vardiyasında çalışan işçilerin çalışmasının 3 saatinin gece çalışması niteliğinde olduğu iddiasıyla, 20.00-06.00 saatleri arasında yapılan her bir saat çalışma karşılığı olarak zamlı ücret ödenmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Davalı vekili ise, ücret ödemesinin günlük yevmiye esasına göre yapıldığını, buna göre günlük çalışmanın yarısından fazlasının 20.00-06.00 saatleri arasında yapılmaması durumunda çalışmanın gece çalışması olmadığı ve zamlı ücret ödenmeyeceğini savunmaktadır. Uyuşmazlık konusu hüküm, toplu iş sözleşmesinin "İşin Düzenlenmesi" başlıklı dördüncü bölümünde ve "Gece Çalışması ve Ücreti" kenar başlıklı 22. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hükme göre "Akşam saat 20.00'den sabah 06.00'a kadar geçen süredeki çalışmalar gece çalışması sayılır. Gece çalışması için ödenecek ücret normal çalışma ücretlerinden %25 fazladır." 4857 Sayılı İş Kanunu'nun "Gece süresi ve gece çalışmaları" başlıklı 69. maddesinin birinci fıkrasına göre "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." Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in "Gece Çalışma Süresi" başlıklı yedinci maddesinin ikinci fıkrasında "Çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın çalışması, gece çalışması sayılır" düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre işçi kısmen gündüz kısmen de gece dönemine giren saatlerde çalışmakta ise, çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastladığı takdirde, bu çalışmalar gece çalışması sayılacaktır (SÜZEK, Sarper : İş Hukuku, ..., 2005, s. 612). Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, toplu iş sözleşmesinin 22. maddesinde düzenlenen zamlı gece çalışma ücretinden yararlanabilmek için, çalışma süresinin yarısından fazlasının 20.00-06.00 saatleri arasında gerçekleşmesi gerektiğini belirterek Bölge Adliye Mahkemesi kararı ile ilk derece mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına hükmetmiştir<sup>25</sup>.

Yorum davasında yorumlanması istenilen “gece çalışması ve ücreti” başlıklı normatif hüküm, “Akşam saat 20.00’den sabah saat 06.00’ya kadar geçen süredeki çalışmalar gece çalışması sayılır. Gece çalışması için ödenecek ücret normal çalışma ücretlerinden % 25 fazladır” gibi bir düzenleme içermektedir. Bilindiği üzere, İş Kanunu’nda gece çalışması için normal çalışma ücretinden daha fazla ücret ödeneceğine ilişkin bir kural olmadığı gibi; aynı yasada işçi kısmen gündüz kısmen gece dönemine giren saatlerde çalışmaktaysa çalışma süresinin yarısından çoğu geceye denk geldiğinde çalışmaların gece çalışması sayılacağına yönelik bir kurala da yer verilmemiştir. Dolayısıyla çekimeli normatif hükmün sözünden, işçinin günlük çalışma süresinin bir saati dahi 20.00-06.00 saatleri arasına denk geldiğinde bu çalışmanın gece çalışması sayılması ve karşılığının %25 zamlı ödenmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Ekleyelim ki, kısmen gündüz kısmen gece dönemine giren çalışma süresinin yarısından azını gece çalışması saymamak gibi ortak bir sözleşme iradesi olsaydı; tarafların toplu iş sözleşmesinin 22. maddesini “Akşam saat 20.00’den sabah saat 06.00’ya kadar geçen süredeki çalışmalar gece çalışması sayılır. Ancak vardiyalı çalışmalarda çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlamayan çalışmalar gece çalışması sayılmaz. Gece çalışması için ödenecek ücret normal çalışma ücretlerinden % 25 fazladır” biçiminde kalem almaları gerekirdi. Sonuç olarak, Yargıtay 22.

20.00’de başlayarak en erken saat 06.00’ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir.”“Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”in “Gece Çalışma Süresi” başlıklı yedinci maddesinin ikinci fıkrasında “Çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın çalışması, gece çalışması sayılır” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre işçi kısmen gündüz kısmen de gece dönemine giren saatlerde çalışmakta ise, çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastladığı takdirde, bu çalışmalar gece çalışması sayılacaktır (SÜZEK, Sarper : İş Hukuku, ..., 2005, s. 612).Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, toplu iş sözleşmesinin 22. maddesinde düzenlenen zamlı gece çalışma ücretinden yararlanabilmek için, çalışma süresinin yarısından fazlasının 20.00-06.00 saatleri arasında gerçekleşmesi gerektiği tartışmasıdır...” Yarg. 22. HD., 20.02.2017, 7304/2460, www.kazanci.com”

Hukuk Dairesi’nin tartışmalı maddede geçen ‘gece çalışması’ kavramını yorumlarken ilgili maddenin sözünü ve normatif hükümlerin temel amacını yok sayıp genel düzenleyici bir idari işlem olan yönetmeliğe dayanması, maddenin sözüyle bağdaşmadığı gibi toplu iş sözleşmesi özerkliğine de açıkça aykırıdır.

### **bb) İkinci Aşama: Ortak İradenin Araştırılması**

Normatif bir hüküm yeterince açıkça uygulanacak tek yöntem sözel yorumdur. Ne var ki kimi durumlarda toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif bir düzenleme muğlâk, belirsiz ve kapalı ifadeler içerebileceği gibi metinde geçen deyim ve sözcükler birden çok anlama da gelebilir. Böyle bir olasılıkta, sözel yorum yöntemiyle istenilen sonucun elde edilemeyeceği ortadadır. O halde sözel yorum işe yaramadığı takdirde ortak iradenin araştırılması gündeme gelecektir<sup>26</sup>. Eş deyişle, normatif hükümde belirsiz ve çok anlamlı sözcükler kullanılmasından ötürü sözel yorum yönteminin yetersiz kalması, ortak amacın araştırılmasını kaçınılmaz hale getirmektedir. Dolayısıyla sözel yorumun yetersiz kaldığı olgularda, toplu iş sözleşmesinin kurulduğu andaki koşullar incelenmelidir. Öncelikle toplu iş sözleşmesi görüşme tutanakları ve/veya hukuka uygun biçimde kaydedilmiş olmak koşuluyla görüşmelere ait ses kayıtları tarafların gerçek ve ortak amacının ortaya çıkarılmasına yardımcı olabilir<sup>27</sup>. Bununla birlikte, birçok olguda toplu iş sözleşmesi görüşmesine tarafları temsilen katılan kişilerin görüşülen konuları tutanağa bağlamadıkları veya tutanakların yeterince ayrıntılı olmadığı görülmektedir. Ayrıca ses kaydının alındığı örneklerle pek rastlanmamaktadır. Bu durumda, varsa tarafların aynı ünite için bağıtladıkları önceki toplu iş sözleşmesi veya sözleşmeleri ya da sözleşmeye ek protokoller veya diğer belgeler değerlendirilmek suretiyle hükmün anlamı gün ışığına çıkarılabilir. Kuşkusuz görüşmelerle ilgili tutanak tutulmadığı veya tutanakların yoruma muhtaç

26 Tunçomağ/Centel, 350.

27 Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, s. 360-361; Tunçomağ/Centel, 350.

maddeyi aydınlatacak düzeyde bilgi içermediği ya da eski toplu iş sözleşmeleriyle veya ek protokollerin de yetersiz kaldığı durumlarla karşılaşılabılır. Bu olasılıkta nasıl bir yol izleneceği sorusuna üçüncü ve son aşamada yanıt aranacaktır.

Yargıtay normatif bir hükmü yorumlarken toplu iş sözleşmesiyle bağlantılı belgeleri de değerlendirmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne kadar giden olayda; davacı, davalıya bağlı Ceylanpınar İşletmesinde kadrolu işçi olarak çalıştığını, üyesi olduğu sendika işe TİGEM arasında toplu iş sözleşmesi yapıldığını, işverenin toplu iş sözleşmesinin servis taşıtlarını ve ücretini düzenleyen maddelerine uymadığını, ikametgâhının bulunduğu yere servis verilmediğini, kendi aracı ile işe gidip geldiğini, ikametgâhının bulunduğu yere servis verilmediğini, kendi aracı ile işe gidip geldiğini, bu sebeple toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ödenmeyen servis ücretinin davalıdan tahsilini istemiştir. Yerel Mahkeme davayı reddetmiş; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 02.03.2016 gün ve 2016/6233 E.2016/5244 K. sayılı kararıyla, servis taşıtıdan faydalanma başlıklı maddeye göre işçilerin taşıt kanunları hükümleri dâhilinde, idareye ait servis arabasından ücretsiz olarak faydalanacakları ve işletmede veya iş yerinde çalışan sendika üyesi işçilerle gece nöbetinde kalan gözetleyici ve şoförleri, ikametgâhtan iş yeri merkezine, iş yeri merkezinden ikametgâha getirmek ve götürmek için işverence her gün servis arabası verileceği ve servis aracı temin edilmemesi durumunda ise, işçinin fiilen çalıştığı günlerde ödenmek üzere, belediye rayicine göre servis ücreti ödeneceğinin yazılı olduğunun görüldüğü, toplu iş sözleşmesi metninin açık olup davacının sendikaya üye olduğu tarihten itibaren bu toplu iş sözleşmesi hükmünden faydalandırılarak fiilen çalıştığı günlere karşılık belediye rayicine göre tespit edilecek servis ücretinin hesap edilip hüküm altına alınması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yerel Mahkeme'nin önceki kararında direnmesi ve direnme kararının temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Hukuk Genel Kurulu; işletme toplu iş sözleşmesinin "Servis Taşıtıdan Faydalanma" başlıklı 48. maddesinde; "İşçiler, taşıt kanunları hükümleri dâhilinde, idareye ait servis arabasından ücretsiz olarak faydalanırlar. a-) İşletmede veya işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerle gece nöbetinde kalan gözetleyici ve şoförleri, ikametgâhtan işyeri merkezine, işyeri merkezinden ikametgâha getirmek ve götürmek için işverence her gün servis arabası verilir. Servis aracı temin edilmemesi durumunda, işçinin fiilen çalıştığı günlerde ödenmek üzere Belediye rayicine göre servis

ait servis arabasından ücretsiz olarak faydalanırlar. a-) İşletmede veya işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerle gece nöbetinde kalan gözetleyici ve şoförleri, ikametgâhtan işyeri merkezine, işyeri merkezinden ikametgâha getirmek ve götürmek için işverence her gün servis arabası verilir. Servis aracı temin edilmemesi durumunda, işçinin fiilen çalıştığı günlerde ödenmek üzere Belediye rayicine göre servis ücreti ödenir..." hükmünün bulunduğu, (d) bendinde ise "İşyerinden uzak mahallerde ikamet eden işçiler, Ramazan ayında her gün, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de işverenin temin edeceği servis arabaları ile götürülüp getirilirler." yönünde bir düzenlemeye yer verildiği, ihtiyaca göre servis arabalarının güzergâhının ve gideceği yerlerin sendika temsilcisinin görüşü alınarak belirleneceği maddenin (f) bendinde hüküm altına alındığı, öte yandan davalı işveren tarafından servis güzergâhlarını gösteren liste sunulmuş olup Ceylanpınar Merkez, Beyazkule ve Gümüşsu İşletme Merkezleri ile çeşitli şantiyelere servis temin edildiği ve servis güzergâhlarının belirlendiği tespit edildiğini, davalı işverence TİS'in tarafı olan Sendika temsilcisinin görüşü alınarak belirlenen güzergâhlara servis konulduğuna göre bu güzergâhlarda oturmayan işçilerin servis hizmetinden yararlanamamaları nedeni ile servis ücreti talep etmeleri mümkün olmadığı, bu durumda davacının Ramazan ayında ve hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığının ispatlanması hâlinde bu günler için servis ücretine hak kazanacağı kabulü gerekeceği gerekçesine yaslanarak direnme kararını değişik gerekçeyle bozmuştur<sup>28</sup>.

28 "...Davalı ... (TİGEM) ile Bağlı İşyerleri için Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS) ile Türkiye Orman-Topraksu ve Tarım Sanayii İşçileri Sendikası (Tarım-İş) Arasında İmzalanan 14. Dönem 01.01.2011-31.12.2012 yürürlük süreli İşletme Toplu İş Sözleşmesinin " Servis Taşıtıdan Faydalanma" başlıklı 48. maddesinde; "İşçiler, taşıt kanunları hükümleri dâhilinde, idareye ait servis arabasından ücretsiz olarak faydalanırlar. a-) İşletmede veya işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerle gece nöbetinde kalan gözetleyici ve şoförleri, ikametgâhtan işyeri merkezine, işyeri merkezinden ikametgâha getirmek ve götürmek için işverence her gün servis arabası verilir. Servis aracı temin edilmemesi durumunda, işçinin fiilen çalıştığı günlerde ödenmek üzere Belediye rayicine göre servis

Çekişmeli toplu iş sözleşmesi maddesinin (f) bendinde ihtiyaca göre servis arabalarının güzergâhının ve gideceği yerlerin sendika temsilcisinin görüşü alınarak belirleneceği yazılıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikaya bağlı işyeri sendika temsilcisinin görüşü alındıktan sonra işverence hazırlanan servis güzergâhları listesini kararına dayanak yapması, toplu iş sözleşmesiyle bağlantılı yazılı belgelerin de normatif hükümlerin yorumunda belirleyici bir rol oynayabileceğini ortaya koymaktadır.

ücreti ödenir..." hükmü bulunmaktadır. Bu maddenin (b) bendinde Genel Müdürlük Merkez işyerlerinde çalışan işçiler bakımından servis hizmeti ile ilgili düzenlemeler yapılmış; (c) bendinde işyerinde ikamet eden işçilerle bekar işçilerin ve ayrıca sözleşme kapsamına giren işçilerin bakmakla yükümlü oldukları kimselerin hastalanmaları hâlinde servis hizmetinden yararlanmalarına dair esaslara yer verilmiştir. (d) bendinde ise "İşyerinden uzak mahallerde ikamet eden işçiler, Ramazan ayında her gün, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de işverenin temin edeceği servis arabaları ile götürülüp getirilirler." yönünde bir düzenleme bulunmaktadır. İhtiyaca göre servis arabalarının güzergâhının ve gideceği yerlerin sendika temsilcisinin görüşü alınarak belirleneceği maddenin (f) bendinde hüküm altına alınmıştır. Davalı işveren (TİGEM) ile Bağlı İşyerleri için TÜHİS ile Öz Ormanlık Ve Tarım, Avcılık Ve Balıkçılık İşçileri Sendikası (Öz Orman-İş) Arasında İmzalanan 1. Dönem 01.01.2013-31.12.2014 yürürlük süreli İşletme Toplu İş Sözleşmesinin "Servis Taşıtımdan Faydalanma" başlıklı 49. maddesinin de aynı doğrultuda düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Öte yandan davalı işveren tarafından servis güzergâhlarını gösterir liste sunulmuş olup Ceylanpınar Merkez, Beyazkule ve Gümüşsu İşletme Merkezleri ile çeşitli şantiyelere servis temin edildiği ve servis güzergâhlarının belirlendiği tespit edilmiştir. Şu hâlde davalı işverence TİS'in tarafı olan Sendika temsilcisinin görüşü alınarak belirlenen güzergâhlara servis konulduğuna göre bu güzergâhlarda oturmayan işçilerin servis hizmetinden yararlanamamaları nedeni ile servis ücreti talep etmeleri mümkün değildir. Ne var ki, Toplu İş Sözleşmelerinin "Servis Taşıtımdan Faydalanma" başlıklı maddelerinin (d) bendindeki hüküm dikkate alındığında işverenin Ramazan ayında her gün, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde uzak mahallelerde oturan işçilere servis temin etme yükümlülüğünün bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının Ramazan ayında ve hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıp çalışmadığı belirlenerek çalışmış ise, çalıştığı bu günler için hesap edilecek servis ücretinin hüküm altına alınması gerekir..." Yarg. HGK, 25.04.2018, E:2016/7-2208 K:2018/967, www.kazanci.com

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2011 tarihli bir kararında normatif hükmü yorumlarken daha önce bağıtlanan toplu iş sözleşmelerinden yararlanmıştı. Dava konusu olayda davacı vekili, davacının işyerinde toplu iş sözleşmesi imzalamaya yetkili Yol-İş sendikası üyesi olduğunu, sendika işveren arasında imzalanan toplu iş sözleşmelerinde, işçilerin işyerine servisle ulaşımının sağlanması konusunda açık hüküm bulunmasına rağmen çalışanlara servis imkânının sağlanmadığını, davalı işverenin toplu iş sözleşmesindeki hüküm gereği, bu yükümlülüğünü yerine getirmemekle birlikte servis ücreti karşılığı olan ulaşım bedelini davacıya ödemediğini belirterek ödenmemiş olan ulaşım bedelinin Aydın ilinde şehir içi toplu taşıma araçlarında en uzun mesafe ücreti esas alınarak hesaplanacak ulaşım bedeli alacağı davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Yerel Mahkeme davayı davacı işçi lehine karara bağlamıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, davacının üyesi olduğu sendikadan 1979 yılından beri taraf olduğu toplu iş sözleşmeleri incelendiğinde, servis sağlanacağına dair ilk hüküm mülga kurum olan YSE ile imzalandığını ve sözleşmenin 77. maddesinde açıkça «işverence öncelikle merkez işyerine gidip ve gelişlerde kullanılmak üzere kesinlikle servis arabası sağlanır. Gece nöbet değiştiren veya fazla çalışma yapanların evlerinden alınmaları ve götürülmeleri işveren aracı ile sağlanır» hükmüne yer verildiği, kurumun Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü statüsünü aldığı dönemden sonra imzalanan 01.03.1985-28.02.2007 yürürlük tarihlerini kapsayan toplu iş sözleşmesinin 108. maddesinde servisle ilgili düzenlemeye yer verilmiş ve bu kez «işverence öncelikle merkez işyerine gidip ve gelişlerde kullanılmak üzere olanakları ölçüsünde servis arabası sağlanır» hükmünün yer aldığı ve devirden sonra davalı ile imzalanan tüm toplu iş sözleşmelerinde «servisle ilgili mevcut uygulamaya aynen devam edileceği» kuralına yer verildiği, somut uyuşmazlıkta, servis sağlanmadığı takdirde açıkça karşılığı ulaşım bedelinin ödeneceğine dair hüküm bulunmadığı gibi 1979 yılında YSE kurumu ile imzalanan sözleşmenin 77. maddesi ile getirilen «kesinlikle servis arabası sağlanır» hükmünün 1985 yılında imzalan toplu iş



sözleşmesiyle “olanakları ölçüsünde servis arabası sağlanır” şeklinde düzenlendiği, servis aracıyla taşımanın 1985 yılından sonra işverenin inisiyatifine bırakıldığı, servis sağlanmaması nedeniyle ulaşım bedelinin istenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur<sup>29</sup>. Yargıtay’ın görüşü öğretilerde destek bulmuştur. Yargıtay ile aynı görüşü paylaşan yazarlara göre, tarafların bilerek düzenleme dışı bıraktığı konularda tamamlayıcı yoruma gidilmesi olanak dışıdır<sup>30</sup>. Taraflarca düzenlenmeyen bir konuda tamamlayıcı yoruma gidilemeyeceği yönündeki görüşe katılmakla birlikte; kararı önemli kılan nokta, Yargıtay’ın tartışmalı normatif hükmü yorumlarken dava dışı sendikanın davalı işverenle aynı işyeri için bağıtladığı önceki toplu iş sözleşmelerinden yararlanmasıdır. Böylece Yargıtay, somut uyuşmazlıkta doğru bir yöntem kullanıp isabetli bir sonuca varmıştır.

### cc) Üçüncü Aşama: İşçi Lehine Yorum Yöntemi (In Dubio Pro Operaio)

Normatif bir hükmün işçi lehine yorumlanıp yorumlanamayacağı oldukça tartışmalı bir konudur. Hollanda öğretisinde, toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif bir metnin anlamı hakkında bir kuşku oluştuğu takdirde ilgili normatif hükmün toplu iş sözleşmesinin pozisyonu korumayı amaçladığı kişi -eş anlatımla işçi lehine- (in dubio pro operario) yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>31</sup>. Ne var ki Hollanda Yüksek Mahkemesi, bu düşünceye sıcak bakmamıştır<sup>32</sup>. Türk yazınında da toplu iş sözleşmesinin yorumunda ‘işçi lehine yorum’ veya ‘şüpheden işçi yararlanır’ gibi bir yöntemin uygulanıp uygulanamayacağı konusunda derin görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Kimi yazarlar bireysel iş hukukunda ‘şüphede işçi lehine yorum yapılması’ gerektiği yönündeki metoda toplu iş hukuku söz konusu olduğunda fazla itibar edilmeyeceği, zira her ne kadar iş hukuku tarihsel süreç içinde ekonomik yönden zayıf olan işçiyi korumak için doğmuşsa da günümüzde güçlü işçi sendikalarıyla temsil olunan işçiler için bu savın artık geçerli

olmadığı, kolektif ilişkilerde güçlü sendikaların taraf durumunda olması nedeniyle sosyal taraflar arasındaki dengenin bir ölçüde sağlandığı ve denge bir ölçüde sağlanmışsa yorumun her iki taraf içinde eşit ve tarafsız olmasının uygun olacağı kanısındadır<sup>33</sup>. Karşıt görüşteki yazarlara göre ise, normatif hükümlerin yorumunda ortak ve gerçek sözleşme iradesinin esas alınması ve bu iradenin belirlenmesinde toplu görüşme tutanaklarından yararlanılması gerekmektedir beraber, buna rağmen bir sonuca ulaşılamıyorsa, toplu iş sözleşmeleri kural olarak işçiler lehine hükümler getirdiğinden, işçi lehine yoruma başvurulmalıdır<sup>34</sup>.

Normatif nitelikte hükümlerin işçiler lehine yorumlanıp yorumlanamayacağı sorusuna içtihat da yanıt aramıştır. Örneğin Yargıtay yaklaşık yarım yüzyıl önce verdiği oldukça eski tarihli bir kararda, işçi lehine yorum yönteminden yana bir tutum sergilemiştir. Yargıtay’a göre, toplu iş sözleşmesi hükümleri işçiler için asgari şartlar olarak öngörmekte olup, toplu iş sözleşmelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında düzenlenme biçimi de işçi lehine yorum yöntemini uygulanmasını meşrulaştıran bir husustur<sup>35</sup>. Buna karşılık, Yargıtay’ın

33 Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler, s. 360; Tuncay/ S. Kutsal, s. 334

34 Süzek, s. 32. Tunçomağ/Centel, 350.

35 “...Öbür yandan, bir toplu iş sözleşmesinde vecibevi hükümleriyle normatif hükümlerini birbirinden ayırt etmek gerekir. Toplu iş sözleşmesinin bu davada söz konusu olan 32. maddesi, kıdem tazminatına ilişkin bulunduğu için, normatif mahiyettedir. Normatif hükümlerin ise objektif hukuk kuralı niteliğini taşıdıkları ve maddi anlamda kanun oldukları söz götürmez. Bozma ilamında da anılan 27/05/1958 gün ve 15. E., 5 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında ifade olunduğu gibi, «iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden» dir. Yine bozma ilamında işaret olunduğu üzere, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin başka başka görüşlere elverişli bulunması durumunda, işçi aleyhine belirecek bir yoruma gidilmemesi, yabancı hukuklarda da kabul olunmaktadır. (Bkz. Reisoğlu, S.Türk hukukunda toplu iş sözleşmeleri, Ankara, 1967, sh: 69 ve dipnot. 187) Bunun nedeni, açıktır: Zira toplu iş sözleşmesi hükümleri, kural olarak, işçiler için asgari şartlar olarak ön görülmüşlerdir. Diğer taraftan toplu iş sözleşmelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında düzenlenme biçimleri de, hukukumuz açısından, bu yoldaki bir yorum gereğini yeterince açıklar. Genel bir planda, yorum yapılırken iş hukukunun işçileri koruyucu niteliğinin gözden kaçırılmaması gereği, ta-

29 Yarg. 9. HD., 21.03.2011, 26667/7642, www.kazanci.com

30 Tuncay/ S. Kutsal, s. 333-334.

31 Jacobs, s. 142-143.

32 Jacobs, s. 143.

işçi lehine yorum yöntemine sıcak bakmadığı izlenimi uyandıran 2001 tarihli bir kararda; normatif bir hükmün yorumunda hükmün yanı sıra maddenin ve sözleşmenin tümünün öteki hükümlerle bağlantısı değerlendirilerek salt işçi lehine bir yorum tarzı benimsenmeden ve objektiflikten uzaklaşmadan sonuca gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>36</sup>. Yargıtay'ın kararında dikkat çeken nokta, *sadece işçilerin lehine olacak bir yorum tarzı benimsenmeden* ve objektiflikten uzaklaşmadan sonuca gidilmesi gereğine yapılan vurgudur. Gerçekten her ne kadar, ilk bakışta bu içtihat, Yargıtay'ın toplu iş sözleşmelerinde işçi lehine yorum yöntemini bütünüyle reddettiği tarzında bir sonucun çıkarılmasına elverişli gibi gözükse de, kararda kullanılan '*sadece*' sözcüğü böyle bir çıkarıma gitmeyi engellemektedir.

Öte yandan bir dizi kararda işçi lehine yorum yöntemine doğrudan atıf yapılmamakla beraber çelişkili hükümlerin işçi lehine yorumlandığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, kendi içinde çelişki barındıran normatif bir hükmü işçi lehine yorumlamıştır. Somut olayda uyuşmazlık konusu hüküm, toplu iş sözleşmesinin "Sosyal Yardımlar ve Ödenekler" başlıklı 45. maddesinde yer almakta olup, maddenin birinci paragrafında "*Sendika üyesi işçilere her ay 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile öngörülen miktarda aile ve çocuk yardımı yapılır.*" biçiminde bir kural bulunurken; ikinci pa-

ragrafta ise "*Bu ödeme, devlet memurlarına yapılan ödeme esaslarına bakılmaksızın işçinin sendika üyesi olması dışında başka hiçbir şart aranmadan ait olduğu aydaki devlet memurlarına yapılan ödeme miktarı kadar aile ve çocuk parası yardımı yapılır*" tarzında bir düzenleme öngörülmüştür. Uyuşmazlık konusu hükümlerin toplu iş sözleşmesinin sosyal yardımlar ve ödenekler başlıklı kısmında yer aldığını ve bu anlamda aile ve çocuk yardımının bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğinin açık olduğunu vurgulayan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi; ikinci paragrafta yer alan hükmün birinci paragrafta yer alan hüküm ile çelişkili olduğu gibi uygulama esaslarını da belirsiz duruma getirmesi itibarıyla her iki hükmün bağdaştırılmasının mümkün olmadığını dile getirdikten sonra aile yardımından sadece evli ve çocuklu olanların değil, evli veya bekâr ayrımı gözetilmeksizin bütün işçilerin yararlanması gerektiğine karar vermiştir<sup>37</sup>. Aynı biçimde

nının hukukçular tarafından da ifade edilmektedir. (Örneğin, bkz. Hueck, A/Nipperdey, H.C. 11; Brun-Galland, Droit du Travail, 1958, No: 1-132) Hemen belirtmek gerekir ki böyle bir anlayış, eşitlik ilkesine de aykırı değildir. Çünkü Anayasa, m. 41 de geleneksel anlamdaki eşitlik yanında sosyal adalet düşüncesine yönelen bir başka eşitlik daha öngörülmüştür. (Bu hususta, bkz. : Esen, B.N., Anayasa Mahkemesine göre Türk Anayasa Hukuku anlayışı, 1966, sh: 69) ve burada, bu nitelikteki eşitlik anlayışı söz konusu olmaktadır..." Yarg. 9. HD., 09.04.1968, 157/4628, www.kazanci.com

36 "...Tarafların ortak arzuları ve gerçek iradelerinin yorumunda dürüstlük kuralında bulan "güven prensibi" dikkate alınmalıdır. Ayrıca normatif bir hükmün yorumunda sadece o hüküm değil maddenin ve hatta sözleşmenin tümü göz önüne alınıp, öteki hükümlerle bağlantısı değerlendirilip, sadece işçilerin lehine olacak bir yorum tarzı benimsenmeden, objektiflikten uzaklaşmadan sonuca gidilmelidir..." Yarg. 9. HD., 24.09.2001, 15268/14427

37 "...İnceleme konusu davada, taraflar arasında 02.05.2013 tarihinde bağtılan ve 01.11.2012 ilâ 31.10.2015 tarihleri arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 45. maddesinin birinci ve ikinci paragrafının yorumlanması talep edilmektedir. Uyuşmazlık konusu hükümler, toplu iş sözleşmesinin "Sosyal Yardımlar ve Ödenekler" başlıklı 45. maddesinde yer almaktadır. Maddenin birinci paragrafında yer alan hükme göre "Sendika üyesi işçilere her ay 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile öngörülen miktarda aile ve çocuk yardımı yapılır." İkinci paragrafta yer alan hükme göre ise "Bu ödeme, devlet memurlarına yapılan ödeme esaslarına bakılmaksızın işçinin sendika üyesi olması dışında başka hiçbir şart aranmadan ait olduğu aydaki devlet memurlarına yapılan ödeme miktarı kadar aile ve çocuk parası yardımı yapılır." Öncelikle ifade etmek gerekir ki, uyuşmazlık konusu hükümler, toplu iş sözleşmesinin sosyal yardımlar ve ödenekler başlıklı kısmında yer almakta olup, bu anlamda olmak üzere, aile ve çocuk yardımının da temel amacının bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Öte yandan, ikinci paragrafta yer alan hüküm, birinci paragrafta yer alan hüküm ile çelişkili olduğu gibi, uygulama esaslarını da belirsiz duruma getirmesi itibarıyla her iki hükmün bağdaştırılması mümkün değildir. Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, uyuşmazlık konusu hükümler yönünden tarafların gerçek iradelerinin sosyal yardım olgusuna ilişkin olduğunun kabulü zorunlu olmakla, toplu iş sözleşmesinde öngörülen aile ve çocuk yardımının, 657 sayılı Kanun'da öngörülen esaslar doğrultusunda uygulanması gerektiği tartışmasızdır. Bu itibarla, mahkemece, sadece "evli ve çocuklu" olanların aile yardımından yararlandırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesi isabetsizdir..." Yarg. 22. HD., 10.11.2014, 31105/30748, www.kazanci.com

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, sendika üyesi işçilere, üç çocukla sınırlı olmak üzere her bir çocuk için her ay 25 TL çocuk yardımı yapılacağını öngören bir hüküm, karı koca olarak çalışan personelin her ikisinin sendikalı olması durumunda her ikisi yönünden ayrı ayrı çocuk yardımı yapılacağı tarzında yorumlamıştır<sup>38</sup>. Ne var ki benzer içerikli normatif hükümlerin zıt şekilde yorumlandığı Yargıtay kararları da dikkat çekmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1999 tarihli bir kararda, işverene toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçilerle gemi adamlarına çalışma karşılığı her gün için; iş riski ve sorumluluk tazminatı borcu yükleyen toplu iş sözleşmesi maddesinde geçen çalışma karşılığı teriminin çalışılmış gibi sayılan günleri kapsamadığı gerekçesiyle bu süreler için iş riski ve sorumluluk tazminatı istenemeyeceği görüşünü benimsemiştir<sup>39</sup>. Oysa aynı daire, 2017 tarihli içtihadında bayram harçlığının sosyal yardım olduğu, sosyal yardım niteliğindeki ödemelerin fiili çalışmaya bağlı olmadığı ve bayram harçlığının hesabında ücretsiz izinde geçen

sürelerin dışlanamayacağına ve burada *pro rata* (kistelyevm) kuralının uygulanamayacağına karar vermiştir<sup>40</sup>.

İşçi lehine yorum yönteminin normatif karakterli toplu iş sözleşmesi düzenlemelerine uygulanabilirliği sorunsalına doyurucu bir çözüm bulunabilmesi, sorunsalın farklı açılardan ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. İşçi lehine yorumun meşruluğu, iş sözleşmesi kayıtları yönünden tartışma dışıdır. Zira iş sözleşmesi -istisnalar bir yana bırakılırsa- eşit yanlar arasında gerçekleşen özgür bir pazarlığa dayanmamaktadır. Aksine iş sözleşmesinin içeriği işverence belirlenmekte; yazılı iş sözleşmeleri genellikle işverence kaleme alınmaktadır. Öyle ki işçi, içeriği işverence tek yanlı olarak saptanan sözleşmesel koşulları kabul etmek veya işverenin sözleşme önerisini reddetmek dışında üçüncü bir seçenekten yoksundur. Bu bağlamda, iş sözleşmesi katılma sözleşmelerine tipik bir örnektir. Ayrıca özellikle tip iş sözleşmelerinde yer alan kayıtlar,

38 "...Toplu İş Sözleşmesinin 27. maddesinin A bendinde yer alan "Çocuk Yardımı" ile ilgili düzenleme şu şekildedir: "Sendika üyesi işçilere, üç çocukla sınırlı olmak üzere her bir çocuk için her ay 25.-(yirmibeş)TL çocuk yardımı yapılır." Davacı taraf işyerinde karı koca çalışan personelin her biri için mi çocuk yardımı yapılacağını yoksa aile nezdinde bir kez mi çocuk parası ödeneceği hususunun açıklığa kavuşturulmasını istemiştir. Söz konusu toplu iş sözleşmesi hükmünde sendika üyesi işçilere üç çocukla sınırlı olmak üzere her bir çocuk için 25 TL çocuk yardımı yapılacağı düzenlenmiş olup, karı koca olarak çalışan personelin her ikisine de ayrı ayrı çocuk yardımı yapılması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim temyize konu kararda da bu husus bu şekilde yorumlanmış olup tarafların bu yoruma karşı bir temyiz itirazları da bulunmamaktadır..." Yarg. 9. HD., 12.10.2017, 25460/15542, www.kazanci.com

39 "...Toplu İş Sözleşmesinin 29. maddesinin" Bu Toplu İş Sözleşmesinin kapsamında bulunan işçilere ve gemi adamlarına müktesep hak teşkil etmemek ve diğer ödemeleri etkilememek kaydıyla aşağıda düzenlenen gruplara göre, bu gruplardaki görevlerde yaptıkları çalışma karşılığı her gün için; karşılarında belirtilen miktarlarda iş riski ve sorumluluk tazminatı ödenir..." biçiminde düzenlendiği görülmektedir. Uyuşmazlık bu tazminatın iş günleri dışında çalışılmış gibi sayılan günlerde de ödenip ödenmeyeceği konusu üzerinde toplanmaktadır. Madde açıkça "çalışma karşılığı"ndan söz ettiğine göre çalışılmış gibi sayılan günlerde bu tazminatın ödenmeyeceğinin kabulü doğru olur. Bu bakımdan işveren uygulaması isabetlidir..." Yarg. 9. HD., 11.03.1999, 4386/5269, www.kazanci.com

40 "...Yorumlanması istenen Toplu İş Sözleşmesinin 27. maddesinin E bendinde yer alan "Yakacak Yardımı" yardımı ile ilgili düzenleme şu şekildedir: "Sendika üyesi işçilere her ay 30.-(otuz)TL yakacak yardımı ödenir." 28. maddenin B bendinde yer alan "Bayram Harçlığı" ile ilgili düzenleme ise şu şekildedir: "İşverence işyerlerinde çalışan taraf sendika üyesi işçilere Ramazan ve Kurban Bayramlarından önce 75.-(yetmişbeş)er TL bayram harçlığı ödenir." Davacı taraf bu yardımlar için işçi ay içinde veya yıl içinde dönem dönem ücretsiz izin almışsa ödemenin tamamının yapılıp yapılmayacağı yoksa çalışılmayan dönemler oranlanarak mahsup edildikten sonra mı ödeme yapılacağına açıklığa kavuşturulmasını talep etmektedir. İlk derece mahkemesi karar gerekçesinde 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 66. maddesinden yola çıkarak, 66. maddede ücretsiz iznin çalışılan süre olarak sayılmadığından çalışılan süreler yönünden kistelyevm uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi hükmünde ise bu yardımlar yönünden ay içinde veya yıl içinde çalışılan süreler yönünden kistelyevm usulü söz konusu yakacak ve bayram yardımlarının ödenmesi gerektiği şeklinde yorumlanmasını kabul etmiştir. Ancak temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararında yer alan "çalışılan süreler" deyimi belirsiz nitelikte olup, işçi ücretli izin veya ... raporu kullandığında da bu ödemelerin yapılması gerekip gerekmediği konusunda duraksamaya neden olacaktır. Nitekim davacının talebi de yalnızca ücretsiz izin durumuna ilişkindir. Ücretsiz izin kullanan işçiye ücretsiz izinde geçen süre için bu ödemelerin yapılması gerekip gerekmediğinin açıklığa kavuşturulması istenmektedir..." Yarg. 9. HD., 12.10.2017, 25460/15542, www.kazanci.com

genel işlem (iş) koşulu niteliği taşımaktadır<sup>41</sup>. Dolayısıyla genel işlem koşulunda yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmadığı veya birden çok anlama geldiği durumlarda açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen hükmün düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağını (*in dubio pro stipulatore*) kurala bağlayan yasal düzenlemenin (Türk Borçlar Kanunu md. 23) iş hukukunda da uygulama alanı bulacağından kuşku duyulmamalıdır. Özünde iş hukukunda öğreti ve içtihat tarafından 'şüpheden işçi yararlanır' (*in dubio pro operario*)<sup>42</sup> veya 'işçi lehine yorum'<sup>43</sup> başlığı altında kavramlaştırılan yöntem; borçlar hukukunun kadim yorum yöntemlerinden olan ve 'şüpheden düzenleyen değil karşı taraf yararlanır' (*in dubio pro stipulatore*) veya 'düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum' (*contra proferentem*) biçiminde ifade edilen ilkenin -sosyal düşüncelerin de etkisiyle- iş hukukuna bir yansımasından ibarettir. Bununla beraber, 'işçi lehine yorum' iş sözleşmesinin yorumunda kullanılan tek yöntem değildir. Üstelik iş sözleşmesi kayıtları yorumlanırken birinci aşamada ortak sözleşme iradesi ortaya çıkarılmaya çalışılmakta; şayet iş sözleşmesinin yorumunda ortak sözleşme iradesi belirlenemiyorsa işçi lehine yoruma gidilmektedir<sup>44</sup>. Özetle iş sözleşmesinin yorumunda işçi lehine yorum dışında başka yorum yöntemleri de kullanılmaktadır. Üstelik işçi lehine yorum, iş sözleşmesinin yorumunda ikincil nitelik taşımaktadır. Şöyle ki bir iş sözleşmesi kaydı, açık ve anlaşılır olmadığı veya birden çok anlama geldiği takdirde önce ortak sözleşme iradesi araştırılmakta; şayet tüm çabalara rağmen ortak ve gerçek irade ortaya çıkarılamıyorsa son çare (*ultima remedium*) olarak işçi lehine yorum yöntemi devreye girmektedir.

İşçi lehine yorum yönteminin normatif nitelik taşıyan toplu iş sözleşmesi hükümlerine uygulanıp uygulanamayacağı ve işçi lehine yorumun normatif hükümlere uygulanabilirliği kabul edildiği takdirde bu yöntem ilk aşamada başvurulup baş-

vurulamayacağı – eş deyişle işçi lehine yorumun önceliği- tartışılırken normatif hükümlerin amacıyla toplu iş sözleşmesi yanlarının pozisyonları bir arada değerlendirilmelidir. Toplu iş sözleşmesi, sözleşmeye tabi işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını iyileştirmeyi ve geliştirmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçilerin çalışma koşulları, sözleşmenin zorunlu bölümünü oluşturan normatif nitelikteki hükümler kanalıyla iyileştirilmektedir. İşçi sendikasıyla işveren veya işveren sendikası arasında yürütülen bir toplu pazarlığın sonucu olan toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif hükümler işçilere yasalar ve iş sözleşmelerince tanınanlardan daha ileri haklar sağlamakta; böylelikle işçiler yasalarla ve iş sözleşmeleriyle belirlenen asgari standartların üzerinde ücretler almakta ve iş görme borçlarını daha elverişli koşullar altında ifa etmektedir. Dolayısıyla normatif hükümlerin ana amacı, kural olarak, işçinin korunmasıdır. Bu bakımdan nihai hedef yönünden, normatif hükümlerle pozitif iş hukuku arasında belirgin bir ayrışmadan söz etmek olanak dışıdır. Gerek pozitif iş hukuku normları gerek de normatif nitelikteki toplu iş sözleşmesi hükümleri, işçiyi önceleyen bir karakter taşımaktadır. O halde pozitif iş hukukuyla normatif hükümlerin ortak bir amaca yöneldiği, bu amacın iş sözleşmesinin güçsüz yanı işçiyi korumak olduğu, şu kadar ki ortak amaca farklı araçlar aracılığıyla ulaşılmaya çalışıldığı, pozitif iş hukukunun iş sözleşmesinin yapısından kaynaklanan eşitsizliği özellikle nispi emredici normlar aracılığıyla gidermeye çalışırken toplu iş hukukunda aynı amaca toplu pazarlık sisteminin bir ürünü olan toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümlerle varılmak istendiği belirgindir.

Tek başına amaç ögesinden yola çıkıldığında açık ve anlaşılır olmayan ve birden çok anlama gelen normatif hükümlerin öncelikle işçi lehine yorumlanması gibi bir çözüm, kulağa son derece makul ve mantıklı gelmektedir. Ancak toplu iş sözleşmesinin eşit yanlar arasında bağitlanan bir sözleşme olduğu ve normatif hükümlerin de aynen borç doğurucu hükümler gibi taraf iradesinden kaynaklandığı unutulmamalıdır. Bu bağlamda objektif ve genel hukuk kuralları yaratmaları, nor-

41 Süzek, s.59-60.

42 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.26-27; Süzek, s. 31.

43 Jacobs, s. 143.

44 Süzek, s. 31.

matif hükümlerin sözleşmesel karakterini ortadan kaldırmamaktadır. Kaldı ki pozitif iş hukuku normların yorumunda dahi işçi lehine yorum her durumda geçerli bir yöntem olarak kabul edilmemekte, amaca uygun yorum ve diğer yorum yöntemleri ile bir sonuca varılamıyorsa işçi lehine yoruma başvurulmaktadır<sup>45</sup>. Öte yandan sözleşmenin kuruluş evresinde işçinin pazarlık gücünden yoksun olduğu ve koşulların tek başına işverence belirlendiği iş sözleşmesinden farklı olarak; toplu iş sözleşmesi denk taraflar arasında bağitlanan bir sözleşmedir. Öyle ki toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde işverenin veya işveren sendikasının muhatabı işçi değil, olası bir toplu iş uyuşmazlığı durumunda grev gibi etkili bir iş mücadelesi aracını bile kullanma hakkı bulunan işçi sendikasıdır. Dolayısıyla normatif hükümlerin yorumunda işçi lehine yorum yöntemine özel bir ayrıcalık tanınması ve bu yöntemin ilk sırada kullanılması, toplu iş sözleşmesinin yapısıyla bağdaşmayacaktır. Ne var ki normatif hükümlerin amacı gözetildiğinde, işçi lehine yorum yönteminin tamamen dışlanması olanaklı değildir. Sonuç olarak, normatif hükümlerin amacıyla işçi sendikasının sözleşmenin kuruluş anındaki konumu birlikte değerlendirildiğinde; işçi lehine yorumu tamamen yok saymamakla beraber bu yöntemi daha geri planda konumlandıran bir çözümün benimsenmesi uygun olacaktır. Buna göre, normatif hükümler önce objektif çerçevede sözel yoruma tabi tutulmalıdır. Sözel yorum yöntemiyle bir sonuca ulaşılamadığında tarafların ortak sözleşme iradesi araştırılmalıdır. Nihayet ortak sözleşme iradesi de belirlenemiyorsa anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen normatif hüküm işçi lehine yorumlanmalıdır.

#### IV. Teşmil Edilen Hükümlerin Yorumu

Teşmil bir iş kolunda herhangi bir ya da birden fazla işyerinde uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin kişi ve yer bakımından kapsamının idari bir kararla genişletilerek o iş kolunda toplu

iş sözleşmesi bulunmayan işyerlerine uygulanması olarak tanımlanmaktadır<sup>46</sup>. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca; Cumhurbaşkanı, teşmili yapılacak işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendikanın yapmış olduğu bir toplu iş sözleşmesini, o işkolundaki işçi veya işveren sendikalarının veya ilgili işverenlerden birinin ya da Aile, Sosyal Politikalar ve Çalışma Bakanının talebi üzerine, Yüksek Hakem Kurulunun görüşünü aldıktan sonra tamamen veya kısmen ya da zorunlu değişiklikleri yaparak, o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyeri veya işyerlerine teşmil edebilir.

Toplu iş sözleşmesinin yalnızca normatif hükümleri teşmil edilmektedir<sup>47</sup>. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri ve aynı sözleşmedeki tahkim kaydı yapıları gereği teşmile elverişli değildir<sup>48</sup>. Borç doğurucu hükümlerin teşmile elverişli olmaması son derece doğal karşılanmalıdır. Zira borç doğurucu hükümler sadece toplu iş sözleşmesinin yanları arasında hukuki sonuç doğurur. Buna karşılık, teşmil edilen sözleşmeye taraf olan işçi sendikasıyla teşmilin uygulandığı işyerini işleten işveren arasında toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir hukuki bağ bulunmadığından, teşmil edilen toplu iş sözleşmesindeki borç doğurucu hükümlerin sendikayla işveren arasında karşılıklı haklar ve borçlar yaratması olanak dışıdır. Nitekim Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, toplu iş sözleşmesinin, tarafların hak ve borçlarını düzenleyen hükümleriyle özel hakeme başvurma hakkında hükümlerinin teşmil edebileceğini kurala bağlamaktadır (STİK md. 40/5). Fıkranın karşıt anlamından teşmilin iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümlerine (normatif hükümlere) uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır. Kaldı ki yasada böyle açık bir düzenleme olmasaydı dahi, teşmilin normatif hükümlerle sınırlı kalması için doğasın-

45 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.26-27; Süzek, s.20-21.

46 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 948; Narmanlıoğlu, s. 480; Sur, Melda: Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No 21, Ankara 1991, s. 105. Tuncay/ S. Kutsal, s. 298.

47 Sur, Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, s. 142.

48 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 949.

dan kaynaklandığından borç doğurucu hükümler yine teşmil edilemeyecekti.

Teşmil edilen normatif hükümlerinin nasıl yorumlanacağı sorusuna verilecek yanıt teşmilin *sui generis* karakteriyle doğrudan ilintilidir. Türk ve Alman hukuklarında, ayrık görüşlerin de varlığına karşın, baskın görüş, teşmilin sözleşme yanı ağır basan çift karakterli ve karma nitelikli bir hukuki işlem olduğu; ayrıca teşmilde idari işlemle sözleşme karakterinin yan yana durduğu yönündedir<sup>49</sup>. Oysa Hollanda hukukunda teşmil maddi anlamda bir yasama işlemi olarak görülmekte ve bundan dolayı bakanlığın bir toplu iş sözleşmesini teşmil etme, etmeme veya kısmen teşmil etme kararına karşı yargı yolu kapalı tutulmaktadır<sup>50</sup>. Bununla birlikte, Hollanda Yüksek Mahkemesi teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümleriyle diğer toplu iş sözleşmesi hükümleri arasında herhangi bir ayırım yapmamakta; teşmil edilen hükümlere de toplu iş sözleşmesine ilişkin yorum ilkelerini uygulamaktadır. Aynı biçimde Hollanda öğretisinde, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin yorumunda toplu iş sözleşmesinin mevzuat (*ex lege*) veya sözleşme (*ex contractu*) gereği uygulanması arasında bir fark olmadığı düşüncesi egemendir<sup>51</sup>. Ekleyelim ki, Hollanda Yüksek Mahkemesi'ne göre; sosyal planlar, istihdam planları ve emeklilik düzenlemeleri de toplu iş sözleşmeleri gibi yorumlanır<sup>52</sup>.

Teşmilin kökeninde idari bir işlem bulunması ve yalnızca normatif hükümlerin teşmil edilebilmesi, teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sözleşmeler gibi yorumlanmasını olanaksız kılmaktadır. Bu doğrultuda, teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümlerine normatif hükümlerin tabi olduğu yorum kuralları uygulanmalıdır. Teşmil edilen bir toplu iş sözleşmesi hükmünün yorumuyla ilgili olarak işveren ve işçi arasında anlaşmazlık çıktığında uyuşmazlık konusu norm yasa gibi yorumlanmalı; teşmil edilen metindeki terim ve sözcüklerin yorumu objektif esaslara göre yapılmalıdır. Objektif sözel yoruma yöntemine başvurulmasına

karşın belirsizlik sürüyorsa, teşmil edilen sözleşmeye taraf işçi sendikasıyla yine aynı sözleşmeyi bağıtlayan işveren veya işverenin ortak iradelerini araştırmak gibi bir yol izlenebilir. Bununla beraber, Cumhurbaşkanı toplu iş sözleşmesini kısmen ya da zorunlu değişiklikleri yaparak teşmil ettiği ve böylelikle sözleşme özgün yapısını yitirdiği takdirde ortak ve gerçek iradeyi araştırmanın herhangi bir yararı olmayacaktır. Sözel yorum yöntemi sonuçsuz kaldığı, ortak iradenin belirlenemediği ve toplu iş sözleşmesinin değiştirilerek teşmil edilememesi nedeniyle ortak iradenin saptanmasının bir anlamı olmadığı durumlarda geriye kalan tek seçenek teşmil edilen hükmün işçi lehine yorumlanmasıdır.

## V. Art Etkili Hükümlerin Yorumu

Sona eren bir toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam etmesi, toplu iş sözleşmesinin art etkisi olarak adlandırılmaktadır<sup>53</sup>. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda sona eren bir toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği belirtilmektedir (md. 36/2).

Toplu iş sözleşmesi sona erdiğinde normatif hükümlerden iş sözleşmesinin içeriği ve sona ermesine ilişkin olanlar yürürlükten kalkan toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçilerle işveren arasında iş sözleşmesi hükmü olarak uygulanmaya devam eder. Buna karşılık, borç doğurucu hükümlerle iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin hükümlerin art etkisi yoktur<sup>54</sup>. İş sözleşmesinin içeriği ve sona ermesine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri, toplu iş sözleşmesinin son bulmasıyla birlikte başkalaşım geçirerek normatif niteliklerini yitirmekte ve

49 Tuncay/ S. Kutsal, s. 304-305.

50 Jacobs, s. 163.

51 Jacobs, s. 143.

52 Jacobs, s. 143.

53 Art etki kavramıyla ilgili olarak bkz. Yayvak, İrem: Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi (Türk-Alman Hukuku Karşılaştırmalı), Beta, İstanbul 2014, s. 17-28.

54 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 930; Tuncay/ S. Kutsal, 276.

sıradan iş sözleşmesi kayıtlarına dönüşmektedir. Öğretide sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesinin üstünde yer alan ve onu zorlayıcı güce sahip hukuk kaynağı olma özelliğini kaybettiği ve normatif hükümlerin tarafların serbestçe düzenleyebileceği iş sözleşmesi hükmü haline geldiği ifade edilmektedir<sup>55</sup>.

Toplu iş sözleşmesinin art etkisi nedeniyle sözleşmenin sona ermesinin ardından yeni sözleşme bağlanana dek yürürlükte kalacak normatif hükümlerin toplu iş sözleşmesi normu özelliklerini yitirdikleri ve iş sözleşmesi hükmüne dönüştükleri açıktır. Böyle bir hükmün yorumunda işçiyle işveren anlaşamadığı takdirde normatif nitelikte toplu iş sözleşmesi hükümlerine ilişkin yorum kuralları uygulanmayacak; böyle bir hüküm iş sözleşmesi kayıtları gibi yorumlanacaktır<sup>56</sup>.

## VI. Değerlendirme ve Sonuç

Sözleşmenin yorumlanmasında tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Eş deyişle, sözleşme yorumlanırken tarafların ortak ve gerçek iradeleri araştırılmakta; ortak iradenin saptanmasında çeşitli yorum yöntemleri kullanılmaktadır. İş sözleşmesinin yorumunda da diğer sözleşmelerin yorumuna ilişkin genel kurallar geçerli olmakla birlikte, iş sözleşmesinin özgün yapısı kimi noktalarda diğer sözleşmelerde izlenen yol ve yöntemden ayrılan bir yaklaşımın benimsenmesini ve gerektiğinde işçi lehine yorum kuralına (*in dubio pro operario*) başvurulmasını gerektirmektedir. Normatif ve borç doğurucu hükümlerden oluşan toplu iş sözleşmesi ise kendine özgü bir hukuk sözleşmesidir. Ne var ki toplu iş sözleşmesindeki normatif hükümlerin iş sözleşmeleri üzerinde yasa gibi normatif bir etki yaratması, toplu iş sözleşmesine özgü ve bağımsız bir yorum kuramının geliştirilmesini zorunlu kıl-

maktadır.

Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yorum uyumsuzlukları, toplu iş sözleşmesine tabi işçilerin normatif hükümlere dayanarak açtıkları alacak davalarına veya işçi sendikasıyla işveren veya işveren sendikasının taraf sıfatını taşıdıkları yorum davalarına konu olmaktadır. Bununla birlikte, uygulanacak yorum yönteminin seçiminde dava türünün önemi yoktur. Aksine toplu iş sözleşmesinin yorumunda hükmün niteliği belirleyici olmaktadır. Zira toplu iş sözleşmesindeki borç doğurucu hükümlerde saf sözleşmesel karakter öne çıkarken, normatif hükümlerin normatif (düzenleyici) özelliği ağır basar. Dolayısıyla borç doğurucu ve normatif hükümlerin yorumunda, aynı yaklaşımın benimsenmesi düşünülemez. Toplu iş sözleşmesinin yanlarına karşılıklı borç yükleyen borç doğurucu hükümlerin yorumunda bütün sözleşmelerin yorumunda geçerli genel ilkeler esas alınır. Bu bağlamda, borç doğurucu hüküm yönünden ortak ve gerçek sözleşme iradesi araştırılmalı; ortak sözleşme iradesinin belirlenemediği durumlarda sözel yorum yönteminden yararlanılmalıdır. Yorum gerektiren borç doğurucu hükümde yer alan kavram ve sözcükler açık veya anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, sendika lehine yoruma gidilemez. Zira toplu iş sözleşmesinin kuruluş aşamasında tarafların eşitliği söz konusudur. Sözel yorum yöntemi yetersiz kaldığı takdirde başta borçlu lehine yorum yöntemi olmak üzere, diğer yorum yöntemlerinin uygulanması düşünülebilir.

Toplu iş sözleşmesinin yorumuna ilişkin bilimsel tartışmaların ve yargı içtihatlarının odağında normatif hükümler yer almaktadır. Klasik görüş normatif hükümlerin yasalar gibi yorumlanması gerektiğini savunurken; yeni bir eğilime göre, normatif hükümler sözleşmeler gibi yorumlanarak ortak sözleşme iradesi saptanmaya çalışılmalıdır. Ekleyelim ki, normatif hükümlerin yorumunda uygulanacak ilkeler bağlamında yerleşik bir Yargıtay uygulaması yoktur. Kuramsal düzlemde yapılan tartışmalar ve Yargıtay'ın somut olayın özelliklerini gözetenek ulaştığı sonuçlar oldukça değerli ve isabetli olmakla birlikte, normatif hükümlerin yorumunda uygulanacak ilke ve yöntemleri içeren

55 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 931; Tuncay/ S. Kutsal, 277. Tartışmalar için bkz. Yayvak, s. 22-28.

56 İş sözleşmesinin yorumuna egemen ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Loonstra, s. 7-11; Süzek, s. 31; Şakar, Müjdat; İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, Beta, İstanbul 2018, s. 14.

kademeli bir sistemin benimsenmesi uygun olacaktır. Böyle bir sistem önerilirken, toplu iş sözleşmesi yanlarının konumuyla normatif hükümlerin işçiyi koruyucu işlevi göz ardı edilmemelidir.

Normatif hükümlerin yorumunda öncelikle sözel yorum yöntemine başvurulmalıdır. Şu kadar ki çekişmeli normatif hükümde geçen sözcük ve deyimler sübjektif bir tarzda değil, objektif biçimde yorumlanmalıdır. Gerçekten normatif hükümlerin yasalara benzeyen yanı, hükmün objektif bir bakış açısıyla yorumlanmasını gerektirir. Kuşkusuz yorum yapılırken tartışmalı hüküm toplu iş sözleşmesinin geri kalanından soyutlanmamalı; hükmün diğer fıkra ve/veya maddelerle bağlantısı mutlaka irdelenmelidir. Objektif sözel yorum yönteminin beklenen sonucu vermediği hallerde ikinci aşamaya geçilmeli ve toplu görüşme tutanakları gibi belgeler üzerinden tarafların ortak sözleşme iradesi araştırılmalıdır. Şayet tarafların ortak iradesi saptanamıyorsa, üçüncü ve son aşamada normatif hüküm işçi lehine yorumlanmalıdır. Ne var ki normatif hükümlerin yorumunda, işçi lehine yorum yöntemi, son çare olmalıdır. Eş anlatımla, işçi lehine yorum yöntemi, ancak sözel yorum yönteminin sonuç vermediği ve ortak sözleşme iradesinin belirlenemediği durumlarda gündeme gelmelidir.

Teşmil edilen toplu iş sözleşmesi hükümleri, normatif hükümlerin yorumuna egemen yöntem, ilke ve kurallar çerçevesinde yorumlanmalıdır. Buna karşılık, art etkili hükümler sözleşmenin sona ermesiyle birlikte iş sözleşmesi hükmüne dönüştüğünden; bu hükümler, olası bir uyuşmazlıkta iş sözleşmesi kaydı gibi yorumlanacaktır.

## KAYNAKÇA

- Atamer M., Y., (2001). Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayınları
- Aykaç, H. B. (2011). İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul: Beta Yayınları
- Çelik, N./Canıklıoğlu, N./Canbolat, T. (2018). İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul: Beta Yayınları
- Jacobs, A.T.J.M., (2013). Collectief arbeidsrecht, Monografiën Sociaal Recht 28, Derde Druk, Deventer: Kluwer
- Loonstra, C.J. (2012). Uitlegfragen in het arbeidsrecht, Arbeidsrechtelijke bedingen, Themabundel Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk, Den Haag: Sdu Uitgevers, s. 7-23
- Oğuzman, M. K./Öz, M.T. (2011). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Narmanlıoğlu, Ü. (2016). Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları
- Reisoğlu, S. (1986). Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara: Ayyıldız Matbaası
- Sözer, A. N. (2008). Hukukta Yöntembilim, 1. Basım, İzmir: Beta Yayınları
- Sur, M. (1991). Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil, Ankara: D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No 21
- Sur, M. (2017). İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi
- Süzek, S. (2018). İş Hukuku, Yenilenmiş 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları
- Şakar, M. (2018). İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları
- Tuncay, A. C./Savaş Kutsal, B. (2017). Toplu İş Hukuku, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayınları
- Tunçomağ, K./Centel, T. (2016). İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul: Beta Yayınları
- Yayvak, İ. (2014). Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi (Türk-Alman Hukuku Karşılaştırmalı), İstanbul: Beta Yayınları



## Dr. Öğr. Üyesi İlke GÜRSEL\*

Makale Gönderim Tarihi: 7 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 12 Aralık 2018

### Feshe Bir Alternatif Olarak İşverenin Fesihden Önce İşçiyi Başka İşte Çalıştırması

#### Öz

İş sözleşmesinin feshi son çare olarak görülmemelidir. İşletme gerekleriyle yapılacak feshin geçerli kabul edilebilmesi için, işverenin fesihden önce işçiyi başka işlerde çalıştırma imkânını araştırması gerekir. Bu kapsamda, işveren fesih öncesinde işçiye uygun düşecek işi aramakla ve bunu teklif etmekle yükümlüdür. Hukukumuzda işverenin bu

yükümlülüğü hakkında bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, çalışmamızda Türk hukuk öğretisinde öne sürülen görüşler, Yargıtayımız tarafından verilen kararlar ve yabancı hukuktaki konuya özel düzenlemeler dikkate alınarak işverenin işçiyi başka işte çalıştırma zorunluluğu incelenmiştir.

#### Anahtar Sözcükler:

İşçiyi başka işte çalıştırma, işletme gereğiyle fesih, geçerli neden, son çare ilkesi.

### As An Alternative to Termination the Employer's Reclassification of An Employee Before the Dismissal

#### Abstract

The termination of an employment contract should be considered to be an ultimate remedy. The termination based on the operational requirements of the establishment requires the employer to seek for reclassification of the employee before the dismissal. In this context, the employer must search an available work corresponding to employee's qualifications and communicate his proposal to the

employee before proceeding to the termination. In Turkish law, no provision regarding this obligation has been stipulated. Therefore, considering doctrine views expressed in Turkish law, decisions of the High Court of Appeals and particular provisions provided in foreign laws, the issue of the employer's obligation of reclassification has been studied in this paper.

#### Keywords:

Reclassification of the employee, termination based on the requirements of the establishment, valid cause, the principle of "ultima ratio".

\*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı – ilke.kazikdas@deu.edu.tr

## Giriş

Tarafları arasında iş sözleşmesinin mümkün olduğunca devamını amaçlayan ve Türk hukukunda feshin geçerliliği denetlenirken temel alınan “feshin son çare olması ilkesi”, işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılacak fesihlerden önce işçiye işyerinde başka bir işte çalışma olanağının sunulmasını gerekli kılmaktadır.

İşletme gerekleriyle fesihden önce işçiye başka bir iş verilmesi yükümlülüğü Türk iş hukukunda somut olarak düzenlenmemiş, konu daha çok öğreti görüşleri ve Yüksek Mahkeme kararlarıyla ele alınmıştır. Fransız hukuku incelendiğinde, ekonomik gerekçeye dayalı fesihden önce işverenin işçiye başka bir işte çalıştırma zorunluluğuna Fransız İş Kodu madde L1233-4’de yer verildiği görülmektedir. Aşağıda ilk önce işverene getirilen bu yükümlülüğün Fransız hukukunda ne şekilde düzenlendiği incelenecek, ardından Türk hukukunda gösterdiği özellikler açıklanacaktır. Çalışmamızda Fransız hukukundaki somut düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak işverenin fesihden önce işçiye başka iş verme yükümlülüğü hakkında hukukumuzun genel bir değerlendirmesi yapılacaktır.

## I. Fransız İş Kodu Madde L1233-4 Hükmü Çerçevesinde İşverenin Fesihden Önce İşçiye Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğü

### 1. Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğünün Fransız Hukukundaki Gelişimi

Fransız İş Kodunda işverene fesihden önce işçiye işletme içinde başka bir işte çalıştırma yükümlülüğü (*obligation de reclassement*)<sup>1</sup> getiren ay-

1 Türk iş hukuku doktrininde “obligation de reclassement” kavramı farklı şekillerde ifade edilmiştir. Örneğin, Gü-

runtılı bir düzenleme mevcuttur. Önceleri madde L321-1-3 hükmü altında yer alan bu düzenleme çeşitli tarihlerde (örneğin, 2005 ve 2007 yıllarında) değişikliğe uğramış, son olarak 20 Aralık 2017 tarihli ve 2017-1718 sayılı Karar ile gerçekleşen değişikliğin ardından madde L1233-4’deki mevcut hâlini almıştır<sup>2</sup>.

Fransız hukukunda işverenin başka işte çalıştırma yükümlülüğünün ekonomik gerekçeli fesihle karşı karşıya kalacak işçilere bireysel bir güvence sağladığı kabul edilmektedir. İşçilerin yararlanmakta oldukları bu hak esasen temelini yargı kararlarından almaktadır<sup>3</sup>. Şöyle ki, Fran-

zel bu kavrama “işverenin işçiye başka bir işte çalıştırma yükümlülüğü” olarak yer vermiştir. Benzer şekilde, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal tarafından da “bir başka işte çalıştırılma” ifadesi kullanılmıştır. (Urhanoglu) Cengiz’in söz konusu yükümlülük bakımından “yeniden işe yerleştirme” ifadesine yer verdiği görülmektedir. Bkz. Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 77 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 1004; Benzer yönde, Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2018, s. 595; Ayrıca bkz. İştar (Urhanoglu) Cengiz, “Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı Bağlamında Son Çare Olma İlkesi”, TÜHİS, Cilt:22, Sayı:1-2-3, 2009, s. 94-95; Öğretide, Alp ve Birben’in Alman hukukundan yola çıkarak “farklı şekilde istihdam”, “başka şekilde çalıştırma” ifadelerini kullandıkları görülmektedir. Bu yönde bkz. Mustafa Alp, “Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi”, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul, 17-18 Mayıs 2002, s.104; Erhan Birben, “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2006, s. 84-87; Çalışmamızda genel olarak “başka işte çalıştırma yükümlülüğü” ifadesi tercih edilmiştir.

2 Eski ve yeni madde metinleri (L321-1-3 ve L1233-4) için sırasıyla bkz. [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=0D24AE97679A6A144C6EAC4D8E90152C.tplgfr44s\\_2?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006648602&dateTexte=20181007&categorieLien=id#LEGIARTI000006648602](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=0D24AE97679A6A144C6EAC4D8E90152C.tplgfr44s_2?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000006648602&dateTexte=20181007&categorieLien=id#LEGIARTI000006648602); [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=0D24AE97679A6A144C6EAC4D8E90152C.tplgfr44s\\_2?idArticle=LEGIARTI000036261863&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20181007](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=0D24AE97679A6A144C6EAC4D8E90152C.tplgfr44s_2?idArticle=LEGIARTI000036261863&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20181007), (19.09.2018).

3 Franck Héas, “Droit au reclassement et plan de sauvegarde de l’emploi”, Le Licenciement pour motif économique après la loi de modernisation sociale, Ed. Christophe Willmann/Jean-Yves Kerbouc’h, Litec, Paris, 2002, s. 276; Emmanuel Dockès, Droit du travail, Dalloz, Paris,

sız İş Kodunda işveren bakımından bu yönde bir zorunluluğa açıkça yer verilmeden önce, Fransız Yargıtayı işçinin işinin ortadan kalktığı, işin ya da iş sözleşmesinin değiştirildiği durumlarda, işçiye işletme içinde başka iş verilmesi yükümlülüğünün işverene ait bir sorumluluk olduğuna işaret etmiştir<sup>4</sup>. Nitekim, mahkeme içtihatlarında ortaya konulan çözüm yolları 17 Ocak 2002 tarihli ve 2002-73 sayılı Sosyal Modernizasyon Kanunu tarafından Fransız İş Koduna dâhil edilmiştir<sup>5</sup>.

Yukarıda ifade edildiği gibi, Fransız hukukunda işverenin başka iş verme yükümlülüğü, işçinin işverene karşı sahip olduğu bir hak olarak benimsenmektedir. Bu *bireysel ayrıcalıktan* ekonomik gerekçeli fesih riski ile karşı karşıya kalacak her bir işçinin yararlanması mümkündür ve bu hakkın tanınmasında işletmedeki işçi sayısı, öngörülen fesih sayısı ya da ilgili işçinin kıdemi gibi hususların bir önemi bulunmaz<sup>6</sup>. Keza, Fransız Anayasa Konseyinin 13.01.2005 tarihli kararında da sözleşmesi feshedilen işçilerin sahip oldukları bu hakkın iş edinme hakkının doğrudan bir sonucu olduğuna hükmedilmiş ve bu şekilde söz konusu hakkın işçiler açısından varlığı güçlü bir şekilde vurgulanmıştır<sup>7</sup>.

## 2. Fransız İş Kodu Madde L1233-4 Hükümünde Öngörülen Düzenlemeler

### a. Yükümlülük Kapsamında İşverenin Başka İş Arayacağı Yerler

Madde L1233-4 gereğince, iş sözleşmesinin

2007, s. 394.

4 Örneğin, "İfa edilen işin ortadan kalktığı bir durumda, ekonomik gerekçeli feshin gerçekleşebilmesi, ilgili işçinin işletme içinde bir başka işte çalıştırılmasının mümkün olmamasına bağlıdır.", Cass. Soc. 01.04.1992, RJS 5/92 no.598; "İş sözleşmesinin değişikliğine ilişkin bir durumda, söz konusu değişikliği reddeden işçiye yönelik olarak işveren başka işte çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.", Cass. Soc. 30.09.1997, RJS 11/97 no.1222, bkz. Jean Pélissier/Alain Supiot/Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2006, s. 594-595, dn. 3, dn.1; Ayrıca, bkz. Güzel, s. 77-78.

5 Pélissier/Supiot/Jeammaud, s. 596.

6 Héas, s. 276.

7 Décision no.2005-509 DC du 13 janvier 2005, bkz. Dockès, s. 394.

ekonomik gerekçe ile feshi, işçinin eğitimine ve işe uyumuna yönelik tüm çabanın gösterildiği ve ilgili işçinin işletme içindeki boş pozisyonlarda çalıştırılmasının mümkün olmadığı hâllerde uygulanabilir. İşçiye fesihden önce aranacak işler bakımından işletme kavramı dikkate alınmaktadır. İşverenin iş arama gerekliliği Fransa içinde kurulu işletmesiyle sınırlı tutulmuş olup, işverene ait Fransa dışındaki işletmeler yükümlülük kapsamına dâhil edilmemiştir<sup>8</sup>.

İşverene ait işletme aynı zamanda bir grup şirketinin parçası ise, işverenin işçiye başka iş verme yükümlülüğü söz konusu grubun içinde yer alan diğer işletmeleri de kapsar. Hükümde grup şirketlerinde iş bulma bakımından özellikle iki hususa işaret edilmiştir. Buna göre, ilk önce grup şirketlerindeki organizasyon, faaliyetler ve faaliyet yeri personelin tamamının ya da bir kısmının değişimini sağlayacak nitelikte olmalıdır<sup>9</sup>. Ayrıca, grup kavramının "*hâkim işletme*" (*entreprise dominante*) olarak adlandırılan bir işletme ile bu hâkim işletmenin Fransız Ticaret Kanununun ilgili maddelerinde belirtilen koşullarla kontrol altında bulundurduğu diğer işletmelerden oluşan yapıyı ifade ettiği görülmektedir (m. L1233-4-2). Gerek yükümlülüğü Fransa ile sınırlı tutan gerekse de hangi grup şirketlerinin bu zorunluluk kapsamına gireceğini belirten hükümler, m. L1233-4'ün önceki düzenleme olan m. L321-1-3'den ayrıldığı noktaların başında gelmektedir.

İşverenin işçiyi başka işte çalıştırması yönündeki yükümlülük etkilerini fesih kararından önce doğurur. Başka bir ifadeyle, fesih sebe-

8 Madde L1233-4'den önce, mevcut yerel hukukun yabancı işçi istihdamına izin vermesi koşuluyla, işverenin ilgili yabancı ülkelerde kurulu işletmelerinin de bu yükümlülük kapsamına girdiği kabul edilmekteydi. Bu yönde bkz. Cass. Soc. 30.03.1999, RJS 5/99 no.644; Cass. Soc. 07.10.1998, RJS 11/98 no.1352, Pélissier/Supiot/Jeammaud, s. 595, dn. 4.

9 Bu hükme önceleri yargı kararlarında değinilmiş, değişiklikten sonra madde metninde açıkça yer verilmiştir. Bkz. Cass. Soc. 07.04.2004, RJS 6/04 no.646; Cass. Soc. 27.10.1999, RJS 12/99 no.1449, Pélissier/Supiot/Jeammaud, s. 595, dn. 3; Ayrıca bkz. Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunda İşyeri ve İşletme*, Legal, İstanbul, 2007, s. 136.

binin ortaya çıkışından itibaren, işveren işten çıkarılma riski ile karşı karşıya kalacak işçileri için boş pozisyonları araştırmalı ve daha sonra teklif etmek üzere ayırmalıdır<sup>10</sup>. Yargı kararları uyarınca, işveren ekonomik gerekçeli fesih bildirimini yapacağı tarihe kadar bu yükümlülüğüne ilişkin araştırmayı gerçekleştirmelidir. Nitekim, fesih bildirim süresi içinde işçinin yeniden işe yerleştirilmesi için iş aranması ve bunun teklif edilmesi durumunda, işverenin gecikmiş olacağına karar verilmektedir<sup>11</sup>. Ekonomik gerekçeyle işten çıkarılacak işçiler, işletme içinde haklarında fesih işlemi planlanmayan çalışma arkadaşlarına ve hatta grubun diğer şirketlerinde çalışmakta olup da ekonomik gerekçeyle iş sözleşmesi feshedilecek işçilere nazaran bu işletmedeki boş pozisyonlara yerleştirilme konusunda önceliğe sahiptirler<sup>12</sup>.

### **b. Yükümlülük Gereğince Teklif Edilecek İşin Özellikleri ve Teklifte İzlenecek Yöntem**

İşçinin işletme içinde çalıştırılabileceği işin niteliği yönünden maddede belirlemeler yapılmıştır. Buna göre, işverenin fesihten önce başka işte çalıştırma yükümlülüğü işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan bir iş, yahut hâlihazırda işle aynı kategoride yer almamakla birlikte eşdeğer bir ücretin ödendiği benzer iş<sup>13</sup> bakımından gerçekleştirilmelidir. İşletmede bu niteliklerde bir iş mevcut değilse, işçinin açık kabul beyanı olması koşuluyla, daha alt bir kategorideki iş bakımından da söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesi mümkündür (m. L1233-4-3). Dikkate edilecek olursa, sözleşmesel ilişkinin devamını

sağlamak amacıyla Fransız yasa koyucu yükümlülük kapsamında teklif edilecek yeni işin işçinin önceden sahip olduğu işle örtüşmesinin gerekli olmadığı görüşündedir<sup>14</sup>. Çalışma süresi açısından da eski ve yeni işlerin muhakkak aynı olması gerekmediği, böylece tam zamanlı çalışan bir işçinin kabul etmesi şartıyla yarı zamanlı bir pozisyonda çalıştırılabileceği dile getirilmektedir<sup>15</sup>.

Yeni iş verme teklifi iki farklı şekilde işçiye sunulabilir. Şöyle ki, işveren teklifini kişiye özel olacak şekilde her bir işçiye yöneltebilir ya da işletmedeki boş pozisyonları gösteren bir listenin fesih kapsamına girecek işçilerin tümüne birden herhangi bir yöntemle dağıtımını sağlayabilir (m. L1233-4-4). İşçilere sunulacak teklifin mutlak surette yazılı olması ve kesin bir nitelik taşıması gerekmektedir (m. L1233-4-5). Madde L1322-4-4'de işverenin ekonomik gerekçe ile fesihten önce işçiye başka bir iş verme yükümlülüğünde izleyeceği prosedür hakkında daha sonra bir kararname ile düzenlemeye gidileceği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, 21 Aralık 2017 tarihli ve 2017-1725 sayılı Kararname<sup>16</sup> ile işverenin söz konusu yükümlülüğüne ilişkin bazı koşullar öngörülmüştür. Buna göre, işçiye yapılan yazılı teklifte önerilen pozisyonun unvanı ve pozisyona ilişkin açıklama, işverenin adı, iş sözleşmesinin türü, görev yeri, ücret seviyesi ve önerilen pozisyonun girdiği kategori hususları açıkça belirtilmelidir<sup>17</sup>. İşveren tarafından boş pozisyonlar bir liste hâlinde işçi-

14 Héas, s. 279; Péliissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595.

15 Bkz. <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

16 Anılan Kararnameye (Décret n° 2017-1725 du 21 décembre 2017 relatif à la procédure de reclassement interne sur le territoire national en cas de licenciements pour motif économique) ulaşmak için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/12/21/MTRD1728689D/jo/texte/fr>, (10.10.2018).

17 2017 tarihli Kararname ile gelen bu düzenlemeden önceki tarihlerde dahi işçinin bilinçli şekilde karar vermesini sağlamak üzere, işveren teklifinin en azından yeni pozisyonun yeri ve tanımı, eğitim ve ücret seviyeleri gibi hususları içermesi gerektiğine işaret edilmektedir. Bkz. Cass. Soc. 05.12.2006, no.05-44.032, <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

10 Dockès, s. 393.

11 Bu yöndeki yargı kararları için sırasıyla bkz. Cass. Soc. 26.05.1999, no.96-44.387; Cass. Soc. 27.10.1998, no.96-45.517, <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

12 <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

13 Bu seçenek m. L321-1'de "eşdeğer bir iş" şeklinde düzenlenmiştir.

lere dağıtıldığında, aynı pozisyona birden fazla başvurunun gelmesi ihtimali dikkate alınmalı ve işçiler arasında nasıl seçim yapılacağına ilişkin kriterlere bu listede ayrıca yer verilmelidir. Keza, işçinin yazılı başvurusunu işverene sunabileceği sürenin ne olduğu hakkında da bilgi verilmelidir. İşletme hakkında yargısal bir tasfiye (*liquidation judiciaire*) söz konusu değilse, bu başvuru süresi listenin yayımlandığı tarihten başlayarak en az on beş gün olmalıdır. Belirlenen süre içinde işçinin yazılı bir başvurusu olmazsa, bu durum işverence yapılan teklifin reddi anlamına gelecektir. Görüldüğü gibi, Fransız hukukundaki mevcut düzenlemede işverenin başka işte çalıştırmaya yönelik teklifinin kesin bir nitelik taşımasına önem verilmiş ve bu kapsamda teklifin içeriğine ve teklifte izlenecek yöntemle ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

İşveren, fesihden önce başka bir iş verme yükümlülüğüne ilişkin iş arayışında samimi olmalıdır. Örneğin, grup şirketleri içinde çalışılabilecek iş imkânlarının duyurulması yoluyla salt işçinin bilgilendirildiği ve işçiden konu hakkında ana şirketle bağlantıya geçmesinin talep edildiği durumlarda, işveren teklifinin ciddi bir nitelik taşımadığı kabul edilmektedir. Keza, grup şirketleri içinde etkili şekilde pozisyon arayışına geçilmeden, söz konusu şirketlere konuya ilişkin basit mektupların gönderilmesi de yeterli görülmektedir<sup>18</sup>. Yine, Fransız Yargıtayına göre, işverenin söz konusu yükümlülüğü fesih riski ile karşı karşıya olan işçinin önceden çalıştığı yerde bir pozisyonun mevcut olmasıyla sınırlı tutulamaz; diğer bölgelerde var olan aynı türdeki işlerin de bu kapsamda işçiye teklif edilmesi gereklidir<sup>19</sup>. Ekleyelim ki, ekonomik gerekçeyle işten çıkarılan işçilerin nitelikleri ile uyumlu işlerde fesihden önce ve sonra (kötüniyetli bir uygulama olmasa bile) sistematik şekilde *geçici işçi* kullanılması, o

işletmedeki boş pozisyonların varlığının bir göstergesi ve dolayısıyla işverenin fesihden önce işçiye başka iş verme yükümlülüğünün ihlali olarak görülmüştür<sup>20</sup>.

Fransız hukukunda da fesih son çare olarak benimsendiğinden, ilk önce iş ilişkisinin devamını sağlayacak önleyici adımların atılması beklenmektedir. Bu doğrultuda, Fransız Yargıtayı, işveren tarafından fesih öncesinde işçiye başka bir iş bulunması için gayret gösterilmesi koşuluyla fesih gerçek ve ciddi bir ekonomik gerekçeye sahip olabileceğine kanaat getirmektedir<sup>21</sup>. Burada, işçiye başka iş verme açısından işverenin içinde bulunduğu olanaksızlık ekonomik nedenli fesih işleminin gerekçesini haklılaştırabilir<sup>22</sup>. Bu bağlamda, örneğin küçük boyutlu işletmelerin bu özelliği somut olay bakımından dikkate alınmalı ve işletme içinde yahut bu işletmenin ait olduğu grupta fesih zamanında mevcut bir pozisyon bulunmadığı kanıtlandığında, işverenin söz konusu yükümlülüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmalıdır<sup>23</sup>.

### c. Fesihden Önce İşçiyi Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğünün “Gerekenin Yapılması Yükümlülüğü” Olarak Nitelendirilmesi ve Bunun Sonuçları

İşveren fesihden önce işçiyi başka bir işe yerleştirmeye zorlanamaz; fakat işveren işçinin başka bir işte çalıştırılabilmesi için gereken tüm çözüm

18 Bu yönde sırasıyla bkz. Cass. Soc. 12.03.2003, no.00-46700 FD; Cass. Soc. 17.10.2001, no.99-42464 FD, [https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605,\(26.10.2018\);](https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605,(26.10.2018);) Ayrıca bkz. Güzel, s. 79.

19 Cass. Soc. 22.01.1992, RJS 3/92, no.267, bkz. Pélissier/Supiot/Jemmaud, s. 594, dn. 3.

20 Cass. Soc. 01.03.2000, no.98-46.233, <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/obligation-rec-lassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

21 Cass. Soc. 19.02.1992, RJS 4/92 no.420; Cass. Soc. 04.04.1995, Dr. soc. 1995, 510, bkz. Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, Paris, 2004, s. 441, dn. 94.

22 Cass. Soc. 17.03.1999, Dr. soc. 1999, 503, bkz. Mazeaud, s. 442, dn. 95; Benzer *şekilde*, Dockès, s. 393.

23 Fransız Yargıtayına göre, derece mahkemesi hâkimleri tarafından somut olay incelenirken işletmenin küçük boyutta olması ve bağlı olduğu grup şirketinin yalnızca üç işçiden oluşması yönündeki olgular dikkate alınmalıydı. Bkz. Cass. Soc. 15.04.2015, 13-28.005; Benzer yönde, Cass. Soc. 10.05.2012, no. 10-26.809, [https://ecitydoc.com/download/mise-en-oeuvre-de-lobligation-de-rec-lassement-la-taille-du-groupe\\_pdf](https://ecitydoc.com/download/mise-en-oeuvre-de-lobligation-de-rec-lassement-la-taille-du-groupe_pdf), (20.10.2018).

yöntemlerini kullanmakla yükümlüdür<sup>24</sup>. Nitekim, ekonomik gerekçeli feshin gerçek ve ciddi olup olmadığının incelendiği bir kararda, Yüksek Mahkemeye göre, ekonomik gerekçeye dayalı olarak işten çıkarılan işçi için işletmede boş bir pozisyon yoksa, işveren artık başka iş verme yükümlülüğüne aykırı davranmış olmaz. Kararın devamında, Yüksek Mahkeme işverenin bu yükümlülüğünü "gerekenin yapılması yükümlülüğü" (*obligation de moyens*) içinde gördüğünü belirtmiştir<sup>25</sup>. Borçlu bu yükümlülükte, sonucu garanti etmeksizin, söz verdiği işi gerçekleştirmek için sahip olduğu tüm olanakları harekete geçirmeyi taahhüt etmektedir. Diğer bir ifadeyle, gerekenin yapılması yükümlülüğünde, borçlu belirlenmiş olan sonuca ulaşmak için gereken tüm çabayı göstermeyi vadedmektedir. Belirlenmiş olan sonuca ulaşılması, borçlunun söz konusu yükümlülüğünden doğan sorumluluğunu kendiliğinden doğurmaz. Nitekim, borçlunun sonuca ulaşmak için sahip olduğu tüm imkânları kullanmadığını kanıtlama yükü alacaklı üzerine düşmektedir. Gerekenin yapılması yükümlülüğünün tersi niteliğindeki sonuç yükümlülüğünde (*obligation de résultat*) ise, borçlu belirlenmiş olan sonuca ulaşma mecburiyetindedir<sup>26</sup>.

Fransız Yargıtayı, işverenin fesihten önce işçiyi başka işte çalıştırma yükümlülüğünü gerekenin yapılması yükümlülüğü olarak nitelendirdiğinden, işverenin işçiyi başka işte çalıştırmayı garanti etmesi söz konusu değildir. Burada işverenden beklenen, istenen sonuca varabilmek (başka bir ifadeyle, taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamını sağlamak amacıyla işçiyi fesihten önce başka iş verilebilmesi) için gereken tüm çabanın işveren tarafından gösterilmesidir.

24 Cass. Soc. 16.12.1998, no.96-41989, BC V no.560, bkz. <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018).

25 Cass. Soc. 10.05.2012, no.10-26.809, bkz. [www.clients.nmcg.fr/fr/news\\_categories/3/publications-commentaires-juridiques?full\\_site=1&page=88](http://www.clients.nmcg.fr/fr/news_categories/3/publications-commentaires-juridiques?full_site=1&page=88), (28.09.2018).

26 Bu yönde bkz. bkz. <https://aurelienbamde.com/2016/07/01/obligation-de-moyen-et-obligation-de-resultat/>; <https://droit-finances.commentcamarche.com/faq/23882-obligation-de-moyen-definition>, (17.10.2018).

#### d. İşverenin Eğitim Verme ve Yeni İşe Adaptasyonu Sağlama Yükümlülükleri

İşveren, fesihten önce işçiyi başka işte çalıştırma yönünde gayret gösterirken işçiyi eğitime (*formation*) ve işçiyi yeni işiyle uyumlu hâle getirme (*adaptation*) yükümlülüklerini ayrıca dikkate almalıdır. Daha önce belirtildiği üzere, Fransız İş Kodu m. L1233-4-1'de ekonomik gerekçeli feshin gerçekleştirilebilmesi için işçinin işletme içindeki boş pozisyonlarda çalıştırılmasına olanak olmaması yanında, işçinin eğitime ve işe uymuna yönelik tüm çabanın gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Benzer şekilde, öğretide işverenin başka iş verme yükümlülüğünün işçinin teklif edilen işe adaptasyonunu da beraberinde getireceğine işaret edilmektedir<sup>27</sup>. Bu aynı zamanda verilen yeni görevleri işçinin doğru şekilde yerine getirilebilmesini sağlayacak imkânların, örneğin eğitim alma olanağının işçiyi sunulması şeklinde yorumlanmalıdır. Nitekim, Fransız Anayasa Konseyi, bir kararında işverenin adaptasyon yükümlülüğü ile eğitim verme yükümlülüğü arasındaki bağlantıyı vurgulamış ve başka iş verilmesi çerçevesinde işçiyi teklif edilen işlerin yapılabilmesi için gerekli eğitimin adaptasyon yükümlülüğü doğrultusunda işçiyi sunulması gerektiğini ortaya koymuştur<sup>28</sup>.

Uygulama bakımından önemle vurgulamak gerekir ki, teklif edilecek iş fesih riskiyle karşı karşıya olan işçinin kapasitesi ile uyumlu olduğu müddetçe, işverenin eğitim verme yükümlülüğünün var olacağı kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Zira, yargı

27 Héas, s. 279; Adaptasyon ve başka işte çalıştırma yükümlülüğünün ikili bir yükümlülük olduğu yönünde bkz. Mazeaud, s. 441.

28 Cons. Constit., 12.01.2002, préc., bkz. Héas, s. 279, dn. 54; Öğretide, eğitim verme yükümlülüğü, işçilerin ifa ettikleri işlerindeki değişime adapte edilmelerine yönelik işveren yükümlülüğünün bir ifadesi olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595; Benzer yönde, Ali Güzel, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2005/1 (4), s. 180, (Karar İncelemesi).

29 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595; Öğretideki bir görüşe göre de, kısa bir eğitime rağmen işçi yeni tekniklere uyum gösteremiyorsa işçinin kapasitesi ile ona teklif edilen yeni pozisyonun gerçek anlamda uyumsuz

kararlarında işverenin eğitim verme zorunluluğunun sınırlı olduğuna vurgu yapmak üzere, işçinin önceden kazandığı yeterlilikleri tamamlamaya izin verecek ölçüde makul bir eğitim verme yükümlülüğünden söz edilmiştir<sup>30</sup>. Dolayısıyla, işçinin mevcut niteliklerinin çok daha üst bir seviyeye çıkmasını sağlayacak tam bir eğitim sunması işverenden beklenemez<sup>31</sup>. Misal olarak, bilgisayar ürünleri satan bir işçi işverenin bilgisayar programcısı olabilmek için gereken eğitimin kendisine verilmesini talep edemez<sup>32</sup>. Bu yönüyle, işverenin ek bir eğitim vermesi yeterli görülmemeli, örneğin eksik olan başlangıç eğitiminin işçiyi sunulması yönünde bir zorunluluk getirilmemelidir<sup>33</sup>.

### e. Yükümlülüğe Aykırı Davranılması ve Doğuracağı Muhtemel Sonuçlar

İşçi kendisine yapılan teklifi kabul etmek zorunda değildir. Zira, işverenin fesihden önce işçiyi başka bir iş verme yükümlülüğü işçinin bunu istemesi kaydıyla fesih işlemine bir alternatif oluşturabilir<sup>34</sup>. İşçinin teklifi reddetmesi ise onun sorumluluğuna yol açmaz<sup>35</sup>. Ancak, işçi bu aşamadan sonra iş sözleşmesinin feshedilmesi riskini göze almalıdır<sup>36</sup>.

Ekonomik gerekçeli feshin bireysel ya da kolektif nitelik taşıması ya da işletmenin işçi sayısı önem arz etmeksizin, işveren sözleşmesi feshedilecek işçiler için diğer pozisyonları araştırmalıdır. Aksi takdirde, bu fesih işleminin gerçekleştirilmesi hukuka uygun olmaz<sup>37</sup>. Fransız Yargıtayı ekonomik gerekçeli feshin gerçek ve ciddi olup olmadığını incelerken, işverenin başka iş verme yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığını özellikle dikkate almaktadır<sup>38</sup>. Gerçekten de, işveren bu sorumluluğunu göz ardı ederek iş sözleşmesini feshettiği zaman, gerçek ve ciddi nedenden yoksun bir fesih işleminin sonuçları ile karşı karşıya kalır<sup>39</sup>. Hatta, somut olayda ekonomik gerekçe kanıtlanmış olsa bile, işveren söz konusu yükümlülüğüne uymadığında ilgili fesih işleminin gerçek ve ciddi nedenden yoksun kalacağı kabul edilmektedir<sup>40</sup>.

## II. Fesihden Önce İşverenin İşçiyi Başka İşte Çalıştırması Bakımından Türk Hukukunun Değerlendirilmesi

### 1. Genel Olarak

Son çare ilkesi, iş ilişkisinin devamını sağlamak amacıyla feshe kıyasla daha hafif önlemlerin araştırılmasını ve uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Somut olay bakımından başvurulacak önlemlerin feshi önleyemeyeceği anlaşıldığında, artık fesih işlemine son çare olarak gidilebilecektir<sup>41</sup>. Feshe

olduğu anlaşılır, böylece fesih işlemi haklı görülebilir. Bkz. Mazeaud, s. 441.

30 Cass. Soc. 17.02.1998, RJS 4/98, no.434, bkz. Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595, dn. 6; Benzer yönde, Güzel, s. 80.

31 Cass. Soc. 04.02.1998, RJS 4/98, no.434, bkz. Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 596, dn. 1; Benzer şekilde, işveren daha yüksek kategoride yer alan mevcut bir işe ulaşmasını sağlayacak yeni bir nitelik elde etmesi için işçiyi eğitim vermekle yükümlü değildir. Bkz. Cass. Soc. 17.05.2006, no.04-43022 FD, <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018).

32 Güzel, s. 80.

33 Söz konusu karar için bkz. Cass. Soc. 03.04.2001, no.99-42188, [https://www.legavox.fr/blog/maitre-jon-drax/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm](https://www.legifrance.gouv.fr/affich-JuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007044174&date-Texte=, 29.10.2018; Eğitimin basit, kısa süreli ve ilgili işçiyi hızlı şekilde hazır hâle getirecek nitelikte olması yönünde bkz. <a href=), (18.09.2018).

34 Mazeaud, s. 443

35 Cass. Soc. 29.01.2003, no.00-46322, BC V n.28, bkz. <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018).

36 François Gaudu, Droit du Travail, Dalloz, 2004, Paris, s.

209.

37 Cass. Soc. 27.01.1999, no.97-43951 D; Cass. Soc. 09.01.2002, no.00-40437 FD, <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018).

38 Güzel, s. 80.

39 Pélissier/Supiot/Jeamnaud, s. 595; Gaudu, s. 208; Ayrıca, bkz. yuk. I, 2, b, dn. 21'deki kararlar.

40 Cass. Soc. 21.02.2006, no.03-45383 FD, <https://www.juritravail.com/Actualite/licencier-seul-salarie-pour-motif-economique/ld/8605>, (26.10.2018); Bu yönde ayrıca bkz. Güzel, s. 80-81.

41 Süzek, s. 593; Feshin son çare olması ilkesi hakkında ayrıca bkz. Savaş Taşkent, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararla-

son çare olarak gidilmesi kuralı yalnızca işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde değil, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bazı durumlar ile davranışından kaynaklanan durumlar için de gözetilen temel bir ilkedir<sup>42</sup>.

İşletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle yapılacak fesihlerden önce son çare ilkesi kapsamında atılacak önleyici adımlardan biri, işçinin işyerinde/işletmede başka bir işte çalıştırılmak suretiyle iş ilişkisinin devam ettirilmesidir. İşverenin işletme gerekleriyle fesihden önce işçiye başka işte çalıştırmasına yönelik önleme 4773 sayılı Kanununun madde gerekçelerinde değinilmiştir. Geçerli sebep kavramının açıklandığı hükümde, feshe son çare olarak bakılması çerçevesinde işverenden beklenenler sayılmış ve burada *işverenin işçileri başka işlerde çalıştırma yollarını arayarak ve işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşabileceğine* yer verilmiştir<sup>43</sup>. Ne var ki, 4857 sayılı İş Kanunumuza konu hakkında bir hüküm eklenmemiştir. Öğretime bakıldığında, işverenin fesihden önce işçiye başka iş verme yükümlülüğüne son çare ilkesi çerçevesinde sıklıkla yer verildiği görülmektedir<sup>44</sup>. Aynı şekilde, Yargıtay da işletme

gerekleriyle yapılan feshin geçerliliğini denetleyen son çare ilkesini somut olaya uygulamakta ve bu doğrultuda fesihden önce işçinin başka şekilde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığını sorgulamaktadır<sup>45</sup>. Nitekim, Yüksek Mahkememiz kararlarında yaptığı değerlendirmeler ile işverenin söz konusu yükümlülüğünün şekillenmesine uzun yıllardır katkı sağlamaktadır. Fakat, Fransız hukukundaki ayrıntılı hükümlerin aksine, Türk hukukunda fesihden önce işçiye başka iş verilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı göz önüne alınırsa, bu yükümlülük hakkında tereddütlerin yaşanması doğaldır. Bu sebeple, çalışmamızın bu bölümünde işçinin fesihden önce başka işte çalıştırılmasına yönelik olarak uygulamada karşılaşılabilecek sorunlar ele alınmıştır.

## 2. İşverenin İşçiyi Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğünün Genel Özellikleri

Hukukumuz bakımından işletme gerekleriyle fesihden önce işverenden işçiyi başka bir işte çalıştırmak üzere işyeri/işletme bünyesinde gerekli araştırmayı yapması, boş ve uygun pozisyonları işçiye teklif etmesi beklenmektedir. Söz konusu yükümlülük işverene mutlaka yeni bir iş bularak işçiyi istihdam etmeye devam etmesi gibi bir zorunluluk getirmez. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bazı işyerlerinin kapanması, bazı işyerlerinde

rının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2009, Kamu-İş, Ankara, 2011, s. 178-185; Devrim Ulucan, İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2003, s. 43-44; Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta, İstanbul, 2003, s. 90 vd.; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2017, s. 209-211; Tankut Centel, İş Güvencesi, Legal, İstanbul, 2013, s. 113-114; Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen-Kaplan, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 191-192; Birben, s. 84-87.

42 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 518; Süzek, s. 594.

43 Madde gerekçesine ulaşmak için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss893m.htm>, (10.11.2018).

44 Bu yönde bkz. Güzel, Karar İncelemesi, s. 179-182; Güzel, s. 77-83; Birben, s. 174 vd.; Polat Soyer, “Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları”, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal, İstanbul, 2005, 52-54; Mustafa Alp, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kidem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, TİSK Yayın, Ankara, 2009, s. 159-160, (2006 Yılı Değerlendirme); Talat Canbolat, “Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför

Olarak Çalıştırılması”, Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:9, Mart 2008, s. 72-73; Süzek, s. 595-596; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 209-210; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2018, s. 518; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih”, Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 28-30 Nisan 2016, Seçkin, Ankara, 2017, s. 321.

45 “...iş ve işyeri ile ilgili alınan kararlar, varılmak istenen hedefe fesihden başka bir yolla ulaşmak mümkün ise fesih için geçerli bir nedenden söz edilemez. İşçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, başka işte çalıştırarak amaca ulaşma olanağı var iken feshe başvurulmaması gerekir. Kısaca, fesih son çare olmalıdır ilkesi gözetilmelidir.”, Yargıtay 9. HD, 16.05.2005, 2005/3899 E. – 2005/16747 K.; Yargıtay 9. HD, 15.05.2006, 2006/11741 E. – 2006/14066 K.; Yargıtay 9. HD, 22.03.2007, 2006/36997 E. – 2007/8174 K., [www.calismatoplum.org](http://www.calismatoplum.org); Yargıtay 22. HD, 12.12.2016, 2016/28882 E. – 2016/26780 K.; Yargıtay 22. HD, 16.01.2017, 2016/27478 E. – 2017/42 K., [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), (11.11.2018).



sezonluk faaliyete geçilmesi nedeni ile işyerinde istihdam fazlasının oluştuğu somut olayda, bazı işçilere nakil işlemi uygulanmakla birlikte işten çıkarılan işçi bakımından nakledilecek bir kadro veya iş yoksa bu işçiye bir teklifte bulunulmamasının feshi geçersiz kılmayacağına işaret etmiştir<sup>46</sup>. Dolayısıyla, Fransız hukukuna benzer şekilde, Türk hukukunda da işverenin işçiye yeni bir iş bulma yönündeki ciddi gayreti yeterli olup, bu çaba neticesinde işçiye yeni bir iş bulunamaması işverenin söz konusu yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmeyecektir.

### a. Yükümlülük Gereğince İşçiye Aynı ya da Benzer İşin Teklif Edilmesi

Daha önce ifade edildiği gibi, Fransız İş Kodunda işverenin işçiye teklif edebileceği işin nitelikleri açıkça düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise böyle bir belirleme yapılmadığından, işverenin yükümlülük kapsamında hangi nitelikteki işleri önerebileceği sorusu akla gelebilir. Konu hakkında işveren tarafından ilk olarak işçinin çalıştığı işle aynı veya benzer konumda bir işin var olup olmadığı araştırılabilir. İşçinin çalıştırılacağı aynı ya da benzer nitelikte iş belirlenirken, işçinin *kişisel durumu, mesleki yetenekleri, iş sözleşmesinin içeriği, işyerinin/işletmenin organizasyon şeması, görev tanımları* gibi hususları dikkate alınmalıdır<sup>47</sup>. Bu nedenle örneğin, bir yüksek montaj teknisyeninin işyerinde boş olan satış sorumlusu kadrosunda çalıştırılması söz konusu olamayacaktır<sup>48</sup>. Benzer konumda bir işin mevcudiyeti hâlinde, çalışma koşullarının ağırlaşmaması için ücret seviyesinin eşdeğer olması ayrıca dikkate alınmalıdır.

İşyerinde yüksek konumda bulunan ve işçinin o pozisyona getirilmesi hâlinde terfi niteliği taşıyacak işler bakımından ise altı çizilmesi gereken nokta, işverenin bu pozisyonlara kendi seçimiyle işçi almakta serbest olduğu ve bu konumdaki işlerin fesihden önce işçiye teklif edilmesi yönünde işverene bir zorunluluk getirilemeyeceğidir<sup>49</sup>.

İşyerinde aynı veya benzer niteliklerde bir iş mevcut değilse, (Fransız İş Kodundaki düzenlemenin aksine) işverenin daha düşük konumda bir iş için araştırma yapma zorunluluğu kanımızca bulunmamaktadır. Aksinin kabul edilmesi, işçinin objektif olarak kendisinden beklenemeyecek derecede düşük konum ve ücretteki bir işin<sup>50</sup> araştırılarak teklif edilmesi yönünde bir işveren yükümlülüğünün tesis edilmesi anlamına gelir ki, bu sonuç ne işçinin ne de işverenin menfaatine hizmet eder. Ayrıca, öğretide *Birben*'in ifade ettiği gibi, somut olayda işçi için son derece düşük konumda kalan bir iş olmasına rağmen salt feshin geçersizliğini sağlamak amacıyla bu işin kendisine teklif edilmediği işçi tarafından ileri sürülebilir. Bu yöndeki kötünietli iddiaları önleyebilmek için, işçinin çalıştırılabileceği boş pozisyonlar belirlenirken *dürüstlük kuralı* çerçevesinde bir belirleme ve sınırlandırma yapılmalıdır<sup>51</sup>.

Yargıtay da işçinin başka bir birimde veya başka bir görevde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği somut şekilde araştırılırken *işçinin eğitimi ve görev tanımı gibi niteliklerinin dikkate alınacağına* vurgu yapmaktadır. Örneğin, bir uyuşmazlıkta tahsildar-şoför pozisyonunda çalışan işçinin sözleşmesi işveren şirketin bir başka banka ile birleşmesi ve evrak toplama-dağıtım işini dava dışı firmalara vermesi sonucu feshedilmiştir. Yargıtay,

46 Yargıtay 9. HD, 04.10.2010, 2010/33069 E. – 2010/27474 K., www.calismatoplum.org, (11.11.2018).

47 Bu yönde bkz. Soyer, s. 53; Birben, s. 194-195; Centel, s. 114; "...işletmede veya işyerinde çalışan tüm işçilerin görev tanımları, işletme, işyeri organizasyon şeması, işten çıkarılacak işçilerin işyeri şahsi sicil dosyası, görev tanımları ve çalıştıkları bölümleri gösteren kayıtlar ... getirilmeli, gerekirse işyerinde keşif yapılarak, ... feshin yukarıda belirtilen ilkelere göre geçerli sebebe dayanıp dayanmadığı net olarak belirlenmelidir"; Yargıtay 22. HD, 26.05.2014, 2014/12746 E. – 2014/14274 K.; Yargıtay 9. HD, 23.03.2009, 2008/34202 E. – 2009/7718 K., www.calismatoplum.org, (26.11.2018).

48 Birben, s. 196.

49 Birben, s. 193.

50 Canbolat'a göre, iş sözleşmesinin feshinden önce işçiye önerilmesi gereken başka bir iş bakımından işçinin çalıştırılabileceği nitelikte işler dikkate alınmalı, bu doğrultuda işçinin eğitim durumu, kıdemi, liyakatı ve çalışmakta olduğu mevcut iş gibi unsurlara önem verilmelidir. Bkz. Canbolat, s. 73; Örneğin, işçinin son olarak yaptığı işe göre çok daha az bir bilgi ve yetenek gerektiren yahut çok daha düşük ücret ödenen bir işin işçiye teklif edilebilecek boş bir çalışma yeri olarak görülmesi mümkün değildir. Bkz. Birben, s. 197.

51 Birben, s. 196.

işçinin eğitim durumu ve görev tanımı gereğince kurye şoförlüğü, tahsildar-şoförlük kadrosunda yahut buna uygun görevlerde istihdam edilemeyeceğinin sorgulanmasını talep etmiştir<sup>52</sup>. Davalı bankanın birleşmeden sonra organizasyon değişikliğine gittiği ve davacı işçinin görev yaptığı nöbetçi kadrosunun kaldırıldığı bir başka olayda, işçi çalıştırmaya zorlanacak şekilde işe iade kararı verilmesinin doğru olmayacağı Yargıtay tarafından ifade edilmiş, bununla birlikte kararın devamında davacının eğitimi ve görev tanımı gibi nitelikleri dikkate alınarak davalı bankanın başka birimlerinde değerlendirilme olanağının araştırılması gerektiğine işaret edilmiştir<sup>53</sup>.

İşverenin kapsamlı bir eğitim vererek işçiyi daha üst bir pozisyonda ya da mevcut mesleğinden farklı bir meslekte çalıştırması da beklenemez. Zira, Fransız hukukunda olduğu gibi, hukukumuzda da yeni bir işe uyum kapsamında verilecek eğitimin makul ve kısa süreli olması, aşırı masrafa yol açmaması ve amaca ulaşmaya elverişli olması gerektiği belirtilmektedir<sup>54</sup>. Şu hâlde, Türk hukukunda işçinin yeni bir meslek edinmesini sağlayacak nitelikte bir eğitim vermesi kural olarak işverenden istenemez. Öte yandan, meslek içi eğitim kavramının dikkate alınması mümkündür. Çünkü, *meslek içi* eğitim işçinin çalışmakta olduğu alandaki mesleki bilgisini muhafaza etmesine, arttırmasına yahut teknolojik gelişmelerle uyumlu hâle getirmesine yöneliktir<sup>55</sup>. Açıklanan sebeplerle, işverenin meslek içi eğitim olarak adlandırılan ek bir eğitim vermesi yeterli görülmelidir<sup>56</sup>.

52 Yargıtay 9. HD, 14.04.2008, 2007/31229 E. – 2008/8687 K., www.kazanci.com.tr, (11.11.2018).

53 Bkz. Yargıtay 9. HD, 15.10.2007, 2007/16151 E. – 2007/30228 K.; Yargıtay 9. HD, 04.10.2010, 2010/33069 E. – 2010/27474 K., www.calismatoplum.org, (11.11.2018); Yargıtay 9. HD, 23.01.2006, 2005/39106 E. – 2006/933 K. ve Alp'in kararı yerinde bulan değerlendirmesi için bkz. Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 159-160.

54 Süzek, s. 596-597; Güzel, s. 83; Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 160; Engin, s. 93-94; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 321; "...davacıya uygun veya davacının makul süreli bir eğitimle kazanabileceği özellikleri itibarıyla istihdam edilebileceği pozisyona işçi alınıp alınmadığı tespit edilmelidir.", Yargıtay 9. HD, 27.03.2014, 2013/15701 E. – 2014/10451 K., www.kazanci.com.tr, (11.11.2018).

55 Birben, s. 208.

56 Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 161; Meslek içi eğitim ile

## b. Fesih Tarihindeki Boş Pozisyonların Mevcudiyeti

Yükümlülük kapsamında boş pozisyonlar tespit edilirken hangi zamandaki boşluğun dikkate alınacağı önem taşımaktadır. Öğretide *kural olarak* fesih anı (feshin işçiye ulaştığı an) itibarıyla boş pozisyonların mevcudiyetinin araştırılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>57</sup>. Bu yorum işverenin fesihten önce başka işte çalıştırma yükümlülüğünü ayrıntılı şekilde düzenleyen Alman ve Fransız hukuklarında varılan sonuçla örtüşmektedir<sup>58</sup>. Yargıtayımız da davacı işçinin çalıştırılabileceği başka işyerlerinin olup olmadığı araştırılırken fesih tarihinin dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir<sup>59</sup>.

Fesih bildirim süreleri işlerken boşalacak çalışma yerleri bakımından ise bir ayrıma gidilmesi ve süreler işlerken boşalacağı objektif olarak tespit edilebilir hâle gelen pozisyonların yükümlülük kapsamında yapılacak araştırmada dikkate alınması önerilmektedir. Bildirim sürelerinin geçmesinin hemen sonrasında boşalacak pozisyonlar da aynı kapsamda kabul edilebilir. Zira, bu ihtimalde de pozisyonun boşalacağı önceden öngörülebilmektedir<sup>60</sup>.

yeni bir meslek kazandıracak eğitim arasındaki farklar için bkz. Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 160-161; Birben, s. 208-209.

57 Birben, s. 185-186; Soyer, s. 52.

58 Alman hukukunda bu yönde ileri sürülen görüşler ve yargı kararları için bkz. Birben, s. 185-186; Fransız hukukunda da işin mevcut olup olmaması fesih tarihine göre değerlendirilmektedir. Bkz. Cass. Soc. 15.11.2006, no.05-43.507, <https://www.legavox.fr/blog/maitre-johan-dray/obligation-reclassement-licenciement-economique-17082.htm>, (18.09.2018).

59 "Yapılacak iş, davalı alt işveren şirketin fesih tarihinde davacıyı çalıştırabileceği başka işyerlerinin olup olmadığı, bu işyerlerine fesih tarihinden kısa bir süre önce ve sonra davacı ile aynı vasıflarda yeni işçi alımı yapıp yapılmadığı araştırılarak, davacıyı çalıştırabileceği başka işyeri ve yeni işçi alımı yok ise davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinin sona ermesine dair bu durumun geçerli fesih sebebi oluşturacağı kabul edilerek davanın reddine, var ise feshin son çare olma ilkesine uyulmadan yapılan feshin geçersizliğine karar vermenin ibarettir.", Yargıtay 22. HD, 26.04.2018, 2018/1548 E. – 2018/9850 K.; Yargıtay 22. HD, 20.06.2018, 2018/8060 E. – 2018/15357 K. www.kazanci.com.tr, (26.11.2018).

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. Birben, s. 187-190; Ayrıca bkz. Soyer, s. 52-53.

### c. İşverenin Başka İş Arayacağı Yerler

#### aa. İşverene Ait İşyeri/İşletme

Fesihden önce işçiye başka iş verme yükümlülüğüne ilişkin yapılacak araştırma bakımından işverenin sahip olduğu tüm işyerleri dikkate alınmalıdır. Tek bir işyerine sahip olunması durumunda araştırma doğal olarak bu işyeri ile sınırlı olacak; diğer ihtimalde araştırmanın kapsamı diğer işyerlerini içine alacak şekilde genişleyecektir<sup>61</sup>. Yargıtay tarafından işaret edildiği üzere, işverene ait birden fazla işyeri bulunması hâlinde, diğer işyerlerindeki işlerin teklif edilebilmesi için bu işyerinin işçinin çalışmakta olduğu işyeri ile aynı işletme içinde yer alması, aynı iş kolunda olması ya da aynı ilde bulunması gerekli değildir. Burada Yargıtayın dikkate aldığı husus, söz konusu işyerlerinin aynı gerçek ya da tüzel kişi işverene ait olmasıdır<sup>62</sup>. Bir sınırlamaya tâbi olmaksızın işverene ait tüm işyerlerinin yükümlülük kapsamında kabul edilmesine yönelik Yargıtay uygulaması, Fransız İş Kodu m. L1233-4'deki hükümlerle benzerlik gösterir. Çünkü, Fransız hukukunda da işverenin Fransa sınırları içinde kurulu tüm işletmeleri bu yükümlülük kapsamında görülmektedir.

#### bb. Holding Bünyesindeki Şirketler

İşçinin çalışmakta olduğu işyeri şirketler topluluğu veya holding<sup>63</sup> bünyesinde bir şirket ise,

işverenin işten çıkaracağı işçilerine fesihden önce şirketler topluluğu/holding çatısı altındaki diğer şirketlerde yeni iş arama zorunluluğu bulunup bulunmadığı hususu incelenmelidir.

İlk önce Yargıtay kararları üzerinden bir değerlendirme yapacak olursak, Yüksek Mahkemenin konu hakkında farklı yönde sonuçlara vardığı söylenmelidir. Örneğin, eski tarihli bazı kararlarda holding bünyesindeki şirketlerin ayrı işverenler olması sebebiyle iş akdi feshedilen işçinin diğer şirketlerde değerlendirilmesi yönünde işverene bir yükümlülük getirilemeyeceğine karar verilmiştir<sup>64</sup>. Bununla birlikte, 2009 yılındaki bir kararda holdinge bağlı şirketlerin ayrı tüzel kişiliklere sahip olduğuna ve işçinin diğer bağlı şirketlerde çalıştırılması için işverenin araştırma yapma zorunluluğu olmadığına ilk önce vurgu yapılmış; fakat kararın devamında *yönetim şeklinin*, şirketler arası *organik bağ*<sup>65</sup> ve *bunlar arasında yaşanan işçi nakillerinin* istisnai olarak dikkate alınabileceğine ve bu yönüyle diğer şirketlerde istihdam olanağı olup olmadığının araştırılabileceğine hükmedilmiştir<sup>66</sup>. Aynı şekilde, bir başka kararda holding bünyesindeki şirketleri ilgilendiren *ortak*

olarak, başka şirketlere sermaye yatırımı yaparak pay senetlerine sahip olan ve bu suretle o şirketlerde yönetim gücü kullanabilen bir işletmedir; Münir Ekonomi, "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s. 427; Şirketler topluluğu ve holding kavramlarının tanımları için ayrıca bkz. Ali Cengiz Köseoğlu, "İşyerinin Kapanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:4, Aralık 2006, s. 46, dn. 22; Binnur Tulukçu, "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklere İle İş Sözleşmesinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:18, Haziran 2010, s. 138.

61 Süzek, s. 596; Alp, s. 104-105; Birben, s. 177-178.

62 "...Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre işverenin birden fazla işyeri varsa, son çare olarak işçinin diğer işyerlerinde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalı, işçinin çalıştırılacağı diğer işyerlerinin aynı işletme içinde yer alması veya aynı iş kolunda olması hatta aynı ilde bulunması dahi zorunlu olmayıp, işyerinin aynı gerçek veya tüzel kişi işverene ait olması yeterli olduğundan ve dosya içerisinde davalı işletmenin aynı iş kolunda başka işyerlerinin de olduğu anlaşıldığından, fesih geçerli kabul edilemez", Yargıtay 9. HD, 21.12.2017, 2017/19125 E. – 2017/22073 K.; Yargıtay 9. HD, 15.02.2018, 2018/949 E. – 2018/2916 K.; "...davalı işverenin Türkiye çapında farklı yerlerden aldığı ihaleler varsa bu ihaleler kapsamında davacıyı çalıştırmasının mümkün olup olmadığı yani feshin son çare olması ilkesine uyulup uyulmadığı belirlenmeden karar verilmesi hatalıdır", Yargıtay 22. HD, 16.01.2017, 2016/27478 E. – 2017/42 K., www.kazanci.com.tr, (11.11.2018); Yargıtayın bu yöndeki kararlarını olumlu bulan görüş için bkz. Doğan Yenisey, s. 133-134.

63 "Şirket toplulukları ve onlardan biri olarak holdigler, sermayenin daha çok yoğunlaştığı işletmeye göre daha geniş bir organizasyon bütünlüğüdür. Holding, genel

64 Yargıtay 9. HD, 24.03.2008, 2008/7977 E. – 2008/6091 K.; Aynı yönde, "...Feshin son çare olması ilkesi, işverene başka bir işverene ait işyerinde istihdam etme kulfetini kapsamaz", Yargıtay 9. HD, 22.12.2008, 2008/39933 E. – 2008/34838 K., www.calismatoplum.org, (18.11.2018).

65 Caniklioğlu tarafından "organik bağ" kavramı, iki bağımsız hukuk süjesinin ekonomik, yönetsel ya da hukuki açıdan sıkı bir bağ içinde olması, bir bütünlük içinde yönetilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Nurşen Caniklioğlu, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın 2017 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Kadir Has Üniversitesi, 23-24 Kasım 2018.

66 Yargıtay 9. HD, 02.11.2009, 2009/1917 E. – 2009/29704 K. ve Tulukçu'nun kararı yerinde bulan değerlendirmesi için bkz. s. 129-141.

*bir istihdam politikası mevcutsa, şirketler arasında çeşitli tarihlerde işçi transferleri gerçekleştirildiyse ya da birlikte istihdamda<sup>67</sup> uygun bir yapı varsa artık son çare ilkesi çerçevesinde işten çıkarılacak işçiye diğer şirketlerde yeni iş verme imkânının mutlaka araştırılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>68</sup>.*

Gerçekten, somut olayda Yüksek Mahkemenin işaret ettiği hususların araştırılması ve ortaya konulması şartıyla işverenin bağlı şirketlerde iş arama yükümlülüğünün varlığı kabul edilmedi, böylece holding bünyesindeki şirketlerin salt ayrı tüzel kişilikleri olması gerekçe gösterilerek işverenlerin söz konusu yükümlülükten muaf tutulmalarına yol açan olumsuzluklar bertaraf edilmelidir<sup>69</sup>. Nitekim, Fransız hukukunda da iş-

verenin grup şirketlerinde yapacağı araştırma bakımından grup şirketlerinin taşıdığı özellikler önem arz etmekte ve şirketlerin organizasyonu, faaliyetleri ve faaliyet yeri göz önüne alınarak şirketler arasında işçilerin tamamının ya da bir kısmının geçişi mümkün olduğunda, ilgili işverenin diğer grup şirketlerinde iş aramakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir (bkz. Fransız İş Kodu m. L1233-4-1). Ayrıca, holding bünyesindeki diğer şirketlerin işten çıkarılacak işçiyi çalıştırmaya hazır olduklarını açık şekilde bildirdikleri yahut işçinin en başından holding düzeyinde çalıştırılmak üzere işe alındığı durumlarda, bu bünyedeki tüm şirketler başka işte çalıştırma yükümlülüğü kapsamında görülmelidir<sup>70</sup>. Buraya eklenebilecek diğer bir istisna, sözleşmenin başında tüm holding bünyesinde işe alınmamış olmasına karşın işçinin çalışma süresinin büyük çoğunluğunda holdinge bağlı değişik şirketlerde çalıştırılması ve böylece fesihden önce diğer şirketlerde yeni bir iş verilebileceği yönünde işçide güven oluşturulmuş olması ihtimalidir<sup>71</sup>.

Boş pozisyon bulunan holding bünyesindeki diğer şirkette çalışmaya yönelik işçinin vereceği rızanın iş sözleşmesi imzalanırken alınıp alınmayacağı konusu ayrıca incelenebilir. En başta belirtmek gerekir ki, burada esasen olması gereken, işverenin araştırma sonucunda bulunduğu boş pozisyonun önerilmesinden sonra işçiden rıza alınmasıdır. Ancak, uygulamada holding çatısı altındaki şirketlerde çalışmaya başlayacak işçilerin sözleşmelerine diğer bir şirkete nakil işlemini önceden kabul ettiğine dair kayıtlar konulmaktadır. Söz konusu kayıtlar iş sözleşmesinin devri sonucunu doğuracağından, Türk Borçlar Kanunu m. 205 ve m. 429 hükümleri dikkate alınmalıdır. Öncelikle TBK m. 205/2'deki sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya

67 "...işçinin aynı gruba ait şirketlerin bir kısmına ya da tamamına birlikte hizmet vermiş olması ve bu çalışmaların kısmi çalışma şeklinde ayrıştırılmasının mümkün olmaması halinde birlikte istihdam olgusundan söz edilir", Yargıtay 9. HD, 12.02.2008, 2007/33247 E. – 2008/114 K.; "...özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir.", Yargıtay 9. HD, 22.12.2008, 2008/44175 E. – 2008/34718 K.; Yargıtay 22. HD, 13.09.2013, 2013/18800 E. – 2013/ 18737 K., www.calismatoplum.org, (16.11.2018).

68 Yargıtay 22. HD, 20.01.2012, 2011/18465 E. – 2012/336 K.; "...aynı gruba bağlı ve aynı faaliyet alanı madencilikle iştigal eden diğer şirket ile davalı şirket arasındaki bağ açıklığa kavuşturulmuş değildir. İki şirkete ait işyerlerindeki çalışmaların birlikte istihdam olgusu taşıyıp taşımadığı, çalışanların her iki işverene hizmet verip vermediği, şirketler arasında adi ortaklık bulunup bulunmadığı, işçi nakilleri olup olmadığı araştırılmalı...". Yargıtay 9. HD, 22.12.2008, 2008/44175 E. – 2008/34718 K., www.calismatoplum.org; "...davacının daha önce çalıştığı, davalı şirket ile organik bağ içerisinde olan dava dışı ... Helva Sanayi ve Ticaret A.Ş.'de istihdam imkanı olup olmadığının tayini yönünden araştırma yapılarak, feshin son çare olma ilkesinin tutarlı şekilde uygulandığının denetime uygun şekilde ortaya konması gerekmektedir.", Yargıtay 9. HD, 09.11.2017, 2016/28967 E. – 2017/17887 K., www.kazanci.com.tr, (18.11.2018).

69 İşverenin holding bünyesindeki diğer şirketlerde de yeni işe yönelik araştırma yapmasını gerekli gören doktrin görüşleri için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1003-1004; Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir, 2018, s. 344; Bu yönde yapılacak araştırmada holdingi bir işletme olarak kabul etmenin adil bir çözüm getireceği yönünde bkz. Köseoğlu, s. 46-47;

Tulukçu, s. 139; İşverenin başka işte çalıştırma yükümlülüğünün işverene ait işyeri/işletme ile sınırlı görülmesi yönünde bkz. Ekonomi, s. 428; Soyer, s. 52; Süzek, s. 596; Centel, s. 114; Birben, s. 179-180.

70 Soyer, s. 52; Birben, s. 180.

71 Bu yönde bkz. Birben, s. 181.

sonradan onaylanan anlaşmanın da, sözleşmenin devri hükümlerine tâbi olacağı yönündeki hüküm sözleşmenin devrine önceden izin verilebileceği kanısı uyandırmaktadır. Anılan maddeye ek olarak, TBK m. 429'da işçinin iş sözleşmesinin devrine yazılı rızasını ne zaman vereceğinin düzenlenmemiş olması bu yöndeki kanıyı güçlendirmektedir<sup>72</sup>. Ancak, bu yöndeki bir kabul, işçinin önceden öngöremeyeceği işverenler yanında çalışması sonucunu doğuracaktır. Doktrinde isabetli şekilde vurgulandığı üzere, işçinin önceden verdiği rıza sonucunda iş güvencesi hükümlerinin dışında kalan bir işyerinde çalışmaya başlaması yahut mali yönden güçsüz bir işverenle karşı karşıya kalması gibi olumsuz sonuçlar doğabilir. Keza, geçici iş ilişkisinde devir anında rıza aranırken (İş Kanunu m. 7) sözleşmenin işveren tarafını kalıcı şekilde değiştiren iş sözleşmesinin devri işlemine önceden rıza verilemeyeceği evleviyetle kabul edilmelidir<sup>73</sup>. Açıklanan sebeplerle, kanımızca da iş sözleşmesinin devrine önceden izin veren kayıtlara geçerlilik tanınmamalıdır.

Öte yandan, vardığımız bu sonuca holding şirketleri bakımından bazı istisnalar getirilebilir. Örneğin, sözleşme devrini saklı tutan kayıtlar sözleşmenin imzalandığı tarihte holding çatısı altında var olan şirketlerle sınırlandırılabilir. Böylece, devirden çok önce işverenin belirlenebilir

hâle gelmesi sağlanmış olur. Ayrıca, saklı tutma kaydının kabul edildiği tarihte holding bünyesindeki şirketlerin temel nitelikleri, maddi güçleri ve işyerleri ne ise bu özelliklerin devam ettirilmesi şartıyla söz konusu kaydın geçerli olacağı kabul edilebilir<sup>74</sup>. Ayrıca, öğretilde Alp tarafından haklı şekilde belirtildiği gibi, işçinin holding bünyesinde sözleşme devrine önceden izin verdiği kayıtlar bir anlamda fesihten önce işçinin başka işte çalıştırılmasına yönelik işveren yükümlülüğünün alanını tüm holding şirketlerine yaymaktadır. Böylece, fesihten önce boş ve uygun pozisyonların aranacağı yerler işçinin lehine artış gösterir. Holding bünyesindeki diğer şirketleri de kapsayacak şekilde söz konusu yükümlülüğü genişleterek uygulamak koşuluyla, devri saklı tutan kayıtlara geçerlilik tanınabilir<sup>75</sup>. Dolayısıyla burada sözü edilen koşulların sağlanması hâlinde, işletme gereğiyle sözleşmesi feshedilecek bir işçinin sözleşme devrine önceden verdiği rıza doğrultusunda işvereni tarafından holding bünyesindeki diğer şirketlerde özellikle aynı nitelikteki bir işe doğrudan yerleştirilebileceği kanısındayız.

### d. Başka İş Teklifinde İşverenin Takip Edeceği Usul

İşveren tarafından fesihten önce başka işte çalıştırma yönünde yapılacak teklif, *kural olarak* onayı alınmak üzere işçiye sunulmalıdır. Yukarıda ifade edildiği gibi, işçinin çalışmakta olduğu işle aynı nitelikte bir işin mevcut olmaması hâlinde benzer bir işin teklif edilmesi somut duruma göre işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelebilir. Zira, işçinin çalışmakta olduğu işyerinde benzer nitelikteki bir iş teklif edilse dahi yeni işinde işçinin yaşayabileceği kariyer ve prestij kaygısı nedeniyle<sup>76</sup> esaslı değişiklik ihtimali gözden uzak tutulmamalıdır. İşverenin teklifi işçinin mevcut işyerinden işverene ait başka bir işyerinde görevlendirilmesini gerektirdiğinde, ça-

72 İş sözleşmesinin devrine önceden onay verilebileceği yönünde bkz. Münir Ekonomi/Öner Eyrenci, "Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul, 2001, s. 1219-1220; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 384; İstar Cengiz, İş Sözleşmesinin İradi Devri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 72.

73 Süzek, s. 340; Polat Soyer, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Türk-İş, Ankara, 2010, s. 40, (2008 Yılı Kararları); Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 2008, s. 124; Mustafa Alp, "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, 04.04.2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2009, s. 315-316, (İş Sözleşmesinin Devri); Gülsevil Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:31, 2011, s. 923-924.

74 İstisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 316-317; Aynı yönde, Soyer, 2008 Yılı Kararları, s. 40.

75 Alp, İş Sözleşmesinin Devri, s. 316-317.

76 Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin, Ankara, 2005, s. 115.

İşma yerinin değiştirilmesi sebebiyle yine esaslı değişiklik gündeme gelebilecektir. Örneğin, işverenin bir başka ildeki işyerinde çalıştırılmak üzere işçiye teklifte bulunulması, (ifa edilecek iş aynı olsa bile) esaslı değişikliği meydana getirir. İşin niteliğinin değişmesiyle ücrette oluşacak azalmalar bakımından da esaslı değişiklik sonucuna ulaşılmalıdır<sup>77</sup>. O hâlde, söz konusu durumlarda İK m. 22'deki usul işletilmeli ve işverenin yapacağı yazılı teklife işçinin altı işgünü içinde yazılı kabul beyanını açıklaması beklenmelidir.

İşçinin çalışmakta olduğu işyerinde aynı türdeki bir işin teklif edilmesi ihtimalinde ise, işçinin bu şekilde çalıştırılmaya devam edilmesi esasen işverenin *yönetim hakkı* çerçevesinde görülebileceğinden<sup>78</sup>, İK m. 22'deki usulün takip edilmesi kanımızca gerekli değildir. Ne var ki, ispat kolaylığı sağlaması açısından bu ihtimalde dahi işverenin başka işte çalıştırma yükümlülüğüne ilişkin teklifini yazılı sunması yararlı olacaktır.

### e. İşverenin Başka İşte Çalıştırma Yükümlülüğünün İhlali

İşverenin fesihden önce işçiyi başka işte çalıştırma yükümlülüğüne uymadan iş sözleşmesini feshetmesi Fransız hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da geçersiz bir fesih olarak nitelendirilmektedir<sup>79</sup>. İşverenin yükümlülük çerçevesinde önereceği yeni işin işçi tarafından kabul edilmesi yahut yapılan araştırmaya rağmen işyerinde/işletmede işçiye uygun boş bir pozisyonun bulunmaması<sup>80</sup> ve son çare ilkesi gereğince baş-

kaca bir adım atılmasının (örneğin ücretsiz izne çıkarmanın) olumlu bir sonuç vermeyeceğinin anlaşılması durumunda, işveren tarafından iş sözleşmesi işletme gerekleri ile feshedilebilir.

Uyuşmazlık hâlinde, işverenin somut olayda işçiye uygun bir pozisyon teklifinde bulunduğu yahut tüm araştırmalara rağmen bu nitelikteki bir işin mevcut olmadığını ispatlaması gerekli olacaktır. Bu itibarla, en başından işyerindeki/işletmedeki iş kategorilerinin ve görev tanımlarının ayrıntılarıyla belirlenmesi, işyerinde boşalan - doldurulan pozisyonlar ve işten ayrılma/çıkarılma - işe alım tarihleri gibi istihdam kayıtlarının gerektiği gibi tutulması işverenlere bu yöndeki iddialarını kanıtlarken kolaylık sağlayacaktır.

Burada yalnızca araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin feshi geçersiz kılıp kılmayacağı konusu tartışılabilir. Konu hakkındaki bir görüşe göre, somut olayda geçerli bir fesih nedeni var olsa dahi, işveren araştırma yükümlülüğüne uygun hareket etmediğinde son çare ilkesine uymaması sebebiyle geçersiz fesih sonucuyla karşılaşmalıdır<sup>81</sup>. Buna karşılık, öğretimizdeki diğer bir görüş, feshin geçerliliği açısından işçinin işyerinde başka işte çalıştırılma imkânının fiilen ve gerçekten mümkün olmasının önem taşıdığını, fesihden önce bu imkânın var olmadığı anlaşıldığında artık salt araştırmanın fesihden önce yapılmamış olmasının feshi geçersiz kılmayacağını savunmaktadır<sup>82</sup>.

77 Çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturan durumlar hakkında bkz. Süzek, s. 663-667; Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin, Ankara, 2011, s. 175-182; Gaye Burcu Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin, Ankara, 2014, s. 89-103.

78 Bu yönde bkz. Süzek, s. 665; Birben, s. 205.

79 "...davacı işçinin iş akdinin feshinden önce başka birimlerde çalıştırma imkânının değerlendirilmediği anlaşıldığından, mahkemece davanın kabulü yerine yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalıdır.", Yargıtay 9. HD, 02.10.2017, 2016/22679 E. - 2017/14619 K.; "Yapılacak iş ... davacıyı çalıştırabileceği başka işyeri ve yeni işçi alımı ..., var ise feshin son çare olma ilkesine uyulmadan yapılan feshin geçersizliğine karar vermekten ibarettir", Yargıtay 22. HD, 26.04.2018, 2018/1548 E. - 2018/9850 K., www.kazanci.com.tr, (26.11.2018).

80 "Davacının çalıştığı televizyon kanalının kapatılması

işverenin yönetim yetkisi kapsamında işletmesel bir karardır. Davalı işveren, davacının çalıştığı televizyon kanalı kapatıldıktan sonra davacıya grup bünyesinde yönetmen pozisyonu ve ayrıca 7 ayrı iş teklif etmiş olduğuna göre, fesihden önce son çare olma ilkesine de uygun davranmıştır. Fesih öncesi ve sonrasında davacının çalıştığı pozisyona veya benzerine başka bir işçi alınması da söz konusu değildir. Açıklanan nedenle davacının işletmesel kararı tutarlı uyguladığı kabul edilerek geçerli nedene dayanan fesih sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.", Yargıtay 9. HD, 30.05.2018, 2017/26565 E. - 2018/12115 K.; Yargıtay 9. HD, 08.11.2016, 2015/35336 E. - 2016/19570 K.; Yargıtay 22. HD, 15.02.2016, 2016/1314 E. - 2016/3794 K., www.kazanci.com.tr, (26.11.2018).

81 Güzel, Karar İncelemesi, s. 181; Fransız hukukunda aynı yönde varılan sonuç için bkz. yuk. I, 2, e, dn. 40.

82 Bektaş Kar, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynak-

Daha önce belirtildiği gibi, söz konusu yükümlülük kapsamında işverenden istenen fesihten önce mutlak surette işçiye önceki işiyle aynı ya da benzer bir iş verilmesi, böyle bir iş mevcut değilse işçiye yeni bir pozisyon yaratılması değildir<sup>83</sup>. İşverenin başka iş verme yükümlülüğüne uygun hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için bu ödevin önemli gereklerinden biri olan dürüstlük kuralına uygun şekilde yeni iş arama ve bunu işçiye önerme zorunluluğunun fesihten önce gerçekleştirilmesidir. O hâlde bize göre, fesihten önce yeni iş olasılıklarının var olup olmadığı hususu işverenin kendi iradesiyle gerçekleştireceği araştırma sonucunda netlik kazanmışsa, işveren yükümlülüğüne uygun hareket etmiş sayılabilir. Aksi takdirde, işverenin geçersiz bir fesihle karşı karşıya kalacağı kabul edilmelidir. Yargıtay da yeni tarihli bir kararında, çelik sektöründeki ekonomik kriz gerekçe gösterilerek gerçekleştirilen feshi değerlendirmiş, işverenin iş sözleşmesini geçersizlikle feshetmek istediği işçiyi başka bir işte çalıştırma olanağını araştırma ve işçiye bu yönde bir öneride bulunma yükümlülüğünün mevcut olduğunu vurgulamış, işverence somut olayda söz konusu yükümlülüğe uyulduğunu gösteren bir bilgi ve belge sunulmadığından son çare ilkesine uygun hareket edilmediğine ve sonuç olarak feshin geçersizliğine karar vermiştir<sup>84</sup>.

### III. Sonuç

Fesihten önce feshi önleyici adımların atılmasını hedefleyen son çare ilkesi gereğince, işletme

gereğiyle yapılacak fesihlerden önce işverenin işçiyi başka bir işte çalıştırma yükümlülüğü mevcuttur. Yabancı hukuk sistemlerinin aksine, Türk hukukunda başka işte çalıştırmaya yönelik somut bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, inceleme konumuz öğretinin ve yargının uzun yıllardan beri meşgul olduğu konulardan biridir.

İşverenin fesihten önce işçiyi başka işte çalıştırma yükümlülüğü Fransız İş Kodu m. L1233-4'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin, işçiye önerilecek boş pozisyonların niteliği, boş pozisyonların aranacağı yerler ve bu açıdan grup şirketlerinin durumu, işçiye yapılacak öneride takip edilecek usul, işverenin eğitim verme ve yeni işe uyum kazandırma zorunluluğu ve söz konusu kurallara uyulmadan ekonomik gerekçeli feshin gerçekleştirilemeyeceği gibi hususlarda hükümlerin öngörüldüğü söylenmelidir. Fransız Yargıtayının da işverene ait söz konusu yükümlülüğün uygulamada doğurduğu sorunları aydınlatıcı birçok kararı mevcuttur. Türk hukukunda fesihten önce başka işte çalıştırma yükümlülüğünün hüküm bazında düzenlenmemiş olması uygulama boşluklarını beraberinde getirmektedir. Burada gerek öğretim gerekse de Yargıtayımız tarafından ileri sürülen görüşler işverenlere yol gösterici olmaktadır. Ayrıca, yabancı hukuktaki ilgili düzenleme ve kararlar da yükümlülüğün uygulanmasıyla ilgili yaşadığımız problemlerin çözümüne katkı sağlayabilir.

İşletme gerekleriyle fesihten önce işçiye mutlaka yeni bir iş verme, işçiye uygun iş yoksa yeni bir iş yaratma zorunluluğu işverene yüklenemez. İşveren işyerinde/işletmede işçiye uygun ve boş pozisyonları araştırmak, bunları teklif etmek ve işçinin yeni işe uyumu bakımından gerek duyuyorsa makul bir eğitim vermekle sorumludur. Başka bir deyişle, söz konusu yükümlülükte işverenin edim sonucunu değil, *edim fiilini* üstlenmektedir<sup>85</sup>. Bu belirlemeden hareketle, işveren

lanın Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", Çalışma ve Toplum, Sayı:17, 2008/2, s. 124-125; Birben, s. 186.

83 Engin, s. 92; Soyer, s. 53; Alp, 2006 Yılı Değerlendirme, s. 160; Centel, s. 114.

84 Yargıtay 9. HD, 15.02.2018, 2018/949 E. – 2018/2916 K., www.kazanci.com.tr; Benzer yönde, "...işverence alınan işletmesel kararlar sonucu işyerinde kadro fazlalığı meydana geldiği gerekçesiyle davacının iş sözleşmesi feshedilmiş ise de, işçi çıkarma yoluna gitmeden önce diğer bölümlerde çalışma imkanının olup olmadığı araştırılmadığı, ... hizmet akdinin feshinin son çare olduğunun kanıtlanmadığı dosya içeriğinden anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü mümkün değildir.", Yargıtay 9. HD, 22.03.2007, 2006/36997 E. – 2007/8174 K., www.calismatoplum.org, (04.10.2018).

85 Edim sonucuna ulaşmak için gerekli olan bütün fiillerin yapılması ve engelleyici davranışlardan kaçınılması, "edim fiili" olarak tanımlanır. Alacaklının edimdeki menfaatinin gerçekleştirilmesi ise "edim sonucu" olarak kabul edilir. Bkz. Özer Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Söz-

az önce sözünü ettiğimiz yeni iş araştırma, teklif etme, eğitim verme gibi fiillerini özenli bir şekilde yerine getirmelidir. Aksi takdirde, başka iş verme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediğinden bahisle somut olayda feshin geçersizliği yaptırımını ile karşı karşıya kalabilir. Son olarak belirtmek gerekir ki, işverenin başka işte çalıştırma yükümlülüğüne yönelik bu zamana kadar yargı kararları ve öğretici görüşleriyle oluşan birikim dikkate alınarak yasa koyucumuz tarafından somut bir düzenlemeye gidilmesinin yararlı olacağı açıktır.

## KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.
- Alp, Mustafa: "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul, 17-18 Mayıs 2002, s. 91-128.
- Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin, Ankara, 2005.
- Alp, Mustafa: "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, TISK Yayın, Ankara, 2009, s. 135-177. (2006 Yılı Değerlendirme)
- Alp, Mustafa: "İş Sözleşmesinin Devri", İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, 04.04.2009, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2009, s. 302-329. (İş Sözleşmesinin Devri)
- Alpagut, Gülsevil: "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezaî Şart ve İbranameye İlişmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 6-7; Edim kavramının çift anlamlı olduğu ve bazı sözleşmelerde edimin "edim fiili", bazılarında ise "edim sonucu" olarak ortaya çıktığı yönünde bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, Beta, İstanbul, 1998, s. 93-94.
- kin Hükümleri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:8, Sayı:31, 2011, s. 913-959.
- Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin, Ankara, 2011.
- Birben, Erhan: "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshinde Ölçülülük İlkesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İzmir, 2006.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz: "İşletmenin, İşyerinin ve İşin Gerekleri ile Fesih", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 28-30 Nisan 2016, Seçkin, Ankara, 2017, s. 301-342.
- Canbolat, Talat: "Psiko-Teknik Muayenede Yetersiz Görülen İşçinin Şoför Olarak Çalıştırılması", Karar İncelemesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:9, Mart 2008, s. 62-76.
- Caniklioğlu, Nurşen: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtayın 2017 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Kadir Has Üniversitesi, 23-24 Kasım 2018.
- Cengiz (Urhanoglu), İhtar: "Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı Bağlamında Son Çare Olma İlkesi", TÜHİS, Cilt:22, Sayı:1-2-3, 2009, s. 89-99.
- Cengiz, İhtar: İş Sözleşmesinin İradi Devri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Centel, Tankut: İş Güvencesi, Legal, İstanbul, 2013.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2018.
- Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, İzmir, 2018.
- Dockès, Emmanuel: Droit du travail, Dalloz, Paris, 2007.
- Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Legal, İstanbul, 2007.
- Ekonomi, Münir: "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Mil-



- li Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara, 2006, s. 409-457.
- Ekonomi, Münir/Eyrenci, Öner: "Hizmet Akdinin Devri ile İşverenin Değişmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, Cilt II, Beta, İstanbul, 2001, s. 1199-1223.
  - Engin, Murat: İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, Beta, İstanbul, 2003.
  - Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, Beta, İstanbul, 1998.
  - Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2017.
  - Gaudu, François: Droit du Travail, Dalloz, Paris, 2004.
  - Güzel, Ali: "İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları", A. Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 57-90.
  - Güzel, Ali: "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2005/1 (4), s. 159-182. (Karar İncelemesi)
  - Héas, Franck: "Droit au reclassement et plan de sauvegarde de l'emploi", Le Licenciement pour motif économique après la loi de modernisation sociale, Ed. Christophe Willmann/Jean-Yves Kerbouc'h, Litec, Paris, 2002, s. 273-289.
  - Kar, Bektaş: "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", Çalışma ve Toplum, Sayı:17, 2008/2, s. 101-129.
  - Köseoğlu, Ali Cengiz: "İşyerinin Kapanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:4, Aralık 2006, s. 43-68.
  - Mazeaud, Antoine: Droit du travail, Montchrestien, Paris, 2004.
  - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
  - Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 2008.
  - Pélissier, Jean/Supiot, Alain/Jeammaud, Antoine: Droit du travail, Dalloz, Paris, 2006.
  - Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
  - Soyer, Polat: "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları", İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, Legal, İstanbul, 2005, s. 27-69.
  - Soyer, Polat: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Türk-İş, Ankara, 2010, s. 11-85. (2008 Yılı Kararları)
  - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2018.
  - Taşkent, Savaş: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2009, Kamu-İş, Ankara, 2011, s. 163-203.
  - Tulukçu, Binnur: "Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri İle İş Sözleşmesinin Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:18, Haziran 2010, s. 129-142.
  - Ulucan, Devrim: İş Güvencesi, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, İstanbul, 2003.
  - Yıldız, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin, Ankara, 2014.

## Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis KARAMAN\*

Makale Gönderim Tarihi: 12 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 21 Aralık 2018

### Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı

#### Öz

Türk İş Hukuku'nda, gemiadamlarının çalışma ilişkileri 854 s. Deniz İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun, diğer birçok konuda olduğu gibi bu konuda da, 4857 s İş Kanunundan farklı olarak, ayrıntılı düzenlemeler içermemektedir. Bu nedenle, yıllık ücretli izne hak kazanma, yıllık iznin fiilen kullanılması, yıllık izin ücreti, bir-

den fazla iş sözleşmesine dayalı olarak çalışma veya işyerinin devrinin yıllık izin hakkına etkisi, iş sözleşmesinin sona ermesinin kullandırılmayan yıllık ücretli izin haklarına etkisi ve zamanaşımı gibi konuların Deniz İş Kanunu yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda, bu çerçevede konu incelenmiştir.

#### Anahtar Sözcükler:

Deniz İş Kanunu, gemi adamı, yıllık izin, yıllık izin ücreti, çalışma süresi, zamanaşımı.

### Annual Paid Leave Rights of the Employees Who Work in the Scope of Maritime Labour Code

#### Abstract

In Turkish Labour Law, seamen's employment relations are regulated by Maritime Labour Code, No. 854. The Code, as in many other subjects, in contrast to Labour Code, No. 4857, does not include detailed provisions in this subject. Therefore, annual leave rights, exercise of annual leave rights, annual paid leave working on more than one em-

ployment contract or the effect of the business transfers to the annual leave rights, the effect of employment contract's termination on remaining annual leave with pay rights and statute of limitations need to be evaluated in respect of Maritime Labour Code. The subject is addressed within this framework below.

#### Keywords:

Maritime Labour Code, seaman, annual leave, annual paid leave, working time, statute of limitations.

\* Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı – mehmethaliskaraman@gmail.com

## I. Genel Olarak Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Niteliği

Yıllık ücretli izin hakkı, Anayasamızın “Temel Hak ve Ödevleri” düzenleyen İkinci Kısmında, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı altında Üçüncü Bölüm’de düzenlenmiştir. Buna göre, dinlenme, çalışanlar açısından bir haktır. Yine, ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakkı ve bu hakkı elde etme koşulları kanunla düzenlenecektir (m. 50).

Anayasamızın bu düzenlemesinden hareketle, dinlenme hakkının bir parçası olan yıllık ücretli izin hakkının, çalışanlar yönünden temel bir anayasal hak olduğu söylenebilecektir. Bu nedenle, yıllık ücretli izin hakkından vazgeçmek veya bu hakkı başkasına devretmek mümkün değildir (m. 12 / I).

Anayasamız, yukarıda bahsi geçen hükümlerden de anlaşılacağı üzere, yıllık ücretli izin hakkının kanunla düzenlenmesini öngörmüştür. Dolayısıyla, hem yıllık ücretli izin süreleri hem de bu hakkın elde edilmesi için aranan koşullar kanunla belirlenmiştir.

Çalışma hayatımızda, işçi işveren ilişkilerini düzenleyen yasal mevzuat incelendiğinde, yıllık ücretli izin hakkının, 4857 s. Kanun’un 53-61 maddelerinde, 854 s. Deniz İş Kanunu’nun 40. maddesinde, 5953 s. Basın İş Kanunu’nun 21. maddesinde ve 6098 s. Türk Borçlar Kanunu’nun 422-425. maddelerinde düzenlendiği görülmektedir. Bu yasal düzenlemelere ilave olarak, ILO’nun, “Gemiadamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin 146 Sayılı Sözleşmesi”<sup>1</sup> de Türkiye tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Anayasamızın 90. maddesi gereği söz konusu sözleşme iç hukukumuzun bir parçası olup kanun gibi uygulanacaktır. Hatta yürürlükteki kanunlarla çatışması durumunda Sözleşme hükümü tercih edilerek uygulanacaktır<sup>2</sup>. 4857 s. Kanun

kapsamındaki işçiler yönünden Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği de<sup>3</sup> çıkartılmıştır.

İşçilere tanınan yıllık ücretli izin hakkının en önemli amacı, işçinin geçim kaygısı olmaksızın dinlenmesini sağlamak ve böylece sağlığını korumaktır. Dolayısıyla, konunun kamu düzeni ile de yakından ilgisi bulunmaktadır<sup>4</sup>.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler incelendiğinde, Anayasal düzenlemeye ve yıllık ücretli izin hakkının amacına da uygun olarak, yıllık ücretli izin hakkından feragat etmenin veya izin kullanma yerine karşılığı ücreti almanın yasaklandığı, buna aykırı hareket etmenin cezai müeyyideye bağlandığı görülmektedir. Tüm bu yasal düzenlemelerin amacı, yıllık ücretli izin hakkının fiilen kullanılmasını sağlamaktır. Nitekim, bu amaca yönelik olarak, 4857 s. İş Kanunu’nda, yıllık ücretli izin döneminde işçinin başka bir işyerinde çalışması halinde, kendisine ödenen yıllık izin ücretinin işveren tarafından geri alınabileceği de ayrıca düzenlenmiştir (m. 58). Böylece, işçi, kendisine karşı da korunmuş olmaktadır.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, temel bir anayasal hak olan yıllık ücretli izin hakkının korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin tamamı kamu düzenine ilişkin görülmüş ve emredici hukuk kuralları marifetiyle düzenlenmiştir. Ancak, yıllık ücretli izin hakkına ilişkin yasal düzenlemelerin tamamı bu mahiyette değildir. İş Kanunlarının genel amacına uygun olarak, bu konuda da, yasal düzenlemelerin çoğunlukla nispi emredici nitelikte düzenlemeler içerdikleri söylenebilir. Dolayısıyla, toplu iş Sözleşmesi veya iş sözleşmesi yoluyla yıllık ücretli izin hakkı konusunda da yasal düzenlemelerdeki hakların üzerinde haklar elde edilmesi mümkündür<sup>5</sup>.

1 Söz konusu Sözleşme, 15.7.2003 tarih ve 4940 sayılı Kanunla onaylanarak yürürlüğe girmiştir. RG. 22.7.2003 / 25176.

2 Akyiğit, Ercan: Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin, TŪHİS, C. 24, S 1-2, Şubat-Mayıs 2012, 15.

3 RG. 03.03.2004, 25391; Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik R.G. 18.8.2017, 30158.

4 Ayrıca Bkz. Çöğenli, M. Taner: Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983, 17 vd.; Akyiğit, Ercan: Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, 34 vd.; Akyiğit, Deniz İş Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin, 1 vd.; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2008, 1790.

5 Ayrıca bkz. Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1804, 1805; Şakar,

Aşağıda, bu genel değerlendirme ve tespitler ışığında, Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler (gemiadamları) yönünden yıllık ücretli izin hakkı ve uygulaması incelenecektir.

## II. Gemiadamı Kavramı

Gemiadamı, 854 s. Deniz İş Kanunu'nda tanımlanmıştır. Buna göre, bir hizmet akdine<sup>6</sup> dayanarak gemi de çalışan zabıt, tayfalar ve diğer kimselere gemi adamı denilmektedir (m. 2/B).

Yine, bu tanıma paralel olarak, Gemiadamı ve Klavuz Kaptanlar Yönetmeliği<sup>7</sup>, gemiadamı kavramının, gemi kaptanını, zabıtlarını, yardımcı zabıtlarını, stajyerlerini, tayfalarını ve yardımcı hizmet personelinin kapsadığını ifade etmiştir (m. 3 / s).

Ancak, söz konusu düzenlemeden hareketle, gemiadamı olarak kabul edilen her çalışanın, 854 s. Deniz İş Kanunu kapsamında bir işçi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kanun, hangi gemi adamlarını kapsamına aldığı ayrıca düzenlemiştir. Buna göre, denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağı taşıyan yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamları Deniz İş Kanunu kapsamında olacaklardır (m. 1 / I). Yine, aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamının yüz veya daha fazla olması durumunda da, bu gemilerde çalışan gemi adamlarının tamamı Deniz İş Kanunu kapsamında olacaktır. Kanun, yukarıda belirtilen gemi tonajlarından bağımsız olarak, işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısının beş veya daha fazla olması durumunda da, söz konusu gemi adamlarının tamamının Deniz İş Kanunu kapsamında olacağını belirtmiştir (m. 1 / II).

854 s. Deniz İş Kanunu'nun uygulanmasında, sandal, mavna, şat, salapurya gibi olan deniz araçları da gemi olarak tanımlanmıştır (m. 1 / III).

Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul 2018, 141 vd.; Çelik / Caniklioğlu / Canpolat: İş Hukuku Dersleri, 31. Baskı, İstanbul 2018, 729 vd.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, 826 vd.; Kar, Bektaş: İcraatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Ankara 2011, 128.

6 Deniz İş Sözleşmesi konusunda bkz. Kar, Bektaş: Deniz İş Sözleşmesi, Sicil, S. 23, Eylül-2011, 46 vd.

7 R.G. 10.2.2018, 30328.

Kanun, kapsam dışında bırakılan gemi adamlarının kısmen veya tamamen kapsama alınması konusunda Cumhurbaşkanı'na<sup>8</sup> yetki de vermektedir<sup>9</sup> (m. 1 / IV).

## III. Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma Şartları

### 1. En az Altı Ay ve Bir Yıllık Asgari Çalışma Sürelerini Tamamlamış Olma

Gemiadamının yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için, aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir yıl içerisinde bir veya birden fazla hizmet akdi-ne dayanarak en az altı ay çalışmış olması gerekmektedir (m. 40 / I).

Yine, aynı yasal düzenleme içerisinde, gemi adamının, altı aydan bir yıla kadar hizmetinin olması durumunda 15 günden, bir yıl ve daha fazla hizmetinin olması durumunda ise yılda bir aydan az olmamak üzere yıllık ücretli izne hak kazanacağı düzenlenmiştir (m. 40 / II).

Bu yasal düzenleme karşısında, gemi adamının yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için sahip olması gereken kıdem süresini ikiye ayırmak gerekecektir. Buna göre, çalışma süresinin ilk altı aylık dönemi ayrı, altı aydan sonraki çalışma süresinin ise ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir.

Bir işveren emrinde hizmet akdine dayalı olarak çalışmaya başlayan gemi adamının, yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için tamamlaması gereken minimum çalışma süresi altı aydır. Bu süreyi tamamlayan gemi adamı yıllık ücretli izne hak kazanacaktır. Altı aylık çalışmadan sonra yine aynı işveren emrinde veya aynı gemide çalışmaya devam eden bir gemi adamının yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için ise, en az bir yıllık

8 2.7.2018 tarihli ve 698 sayılı KHK'nın 28. Maddesi ile bu düzenlemede yer alan "Bakanlar Kurulu" ibaresi, "Cumhurbaşkanı" olarak değiştirilmiştir.

9 Deniz İş Kanunu'nun kapsamı konusunda ayrıca bkz. Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 525 vd.; Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 8 vd.

çalışma süresini tamamlaması gerekecektir. Dolayısıyla, ilk 6 aylık çalışma döneminden sonra 6 aylık dönemlerle yıllık ücretli izne hak kazanmak mümkün değildir. Gemi adamının, ilk 6 aylık çalışmadan sonra yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için asgari bir yıllık çalışma süresini tamamlaması gerekecektir.

Bu noktada, üzerinde durulması gereken bir diğer konu, ilk altı aylık çalışmadan sonraki bir yıllık çalışma süresinin başlangıcının, işe ilk giriş tarihi olarak mı anlaşılacağı yoksa ilk altı aylık çalışma dönemi için yıllık ücretli izne hak kazanılan tarih olarak mı anlaşılacağıdır. Mevcut yasal düzenleme, bu konuda "altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan" ve "bir yıl ve daha fazla hizmeti olan" şeklinde bir ayırım yaparak tamamlanması gereken hizmet süresini belirlemiştir (m. 49 / II). Dolayısıyla, mevcut yasal düzenlemede, ilk altı aydan sonra tamamlanması gereken bir yıllık çalışma süresinin hesabında, ilk altı aylık çalışma süresinin dışlanması gerektiğini gösteren her hangi bir ibare bulunmamaktadır. Yine, 854 s. Kanun'un diğer hükümlerinde de bu sonuca ulaşmamızı sağlayacak her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki, aksi çözümün kabulü, gemi adamının daha az yıllık ücretli izne hak kazanması sonucunu doğuracaktır. Bu durumun ise işçi lehine olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bu nedenle, hem Kanunun lafzından hem de iş kanunlarının işçi lehine yorumlanacağı temel ilkesinden hareketle, yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için ilk altı aylık çalışma süresinden sonra tamamlanması gereken bir yıllık çalışma süresinin başlangıcının, gemi adamının ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilmesi gerekecektir. Bu durumda, bir yıllık çalışma süresini tamamlayan gemiadamı, toplam 45 gün yıllık ücretli izne hak kazanacaktır<sup>10</sup>.

854 s. Kanun, gerek ilk altı aylık çalışma süresini gerekse bir yıllık çalışma süresini yıllık ücretli izne hak kazanmak için şart koşturmuştur. Dolayısıyla,

mevcut yasal düzenleme, çalışma süresinin ilk altı ayı dolmadan veya sonraki dönemler için bir yıllık çalışma süresi dolmadan sona eren iş sözleşmeleri için çalışma süresiyle orantılı olarak yıllık ücretli izne hak kazanılmasına izin vermemektedir. Yine, aynı durumda, altı aydan veya bir yıldan artan çalışma süreleri için de çalışma süresi ile orantılı olarak yıllık ücretli izne hak kazanmak mümkün değildir. Ancak, ILO'nun 146 sayılı Sözleşmesi<sup>11</sup>, çalışma süresi ile orantılı olarak yıllık ücretli izne hak kazanılması esasını benimsemiştir (m. 4). Daha önce de belirttiğimiz üzere, Türkiye bu Sözleşmeye taraftır. Anayasamızın 90. maddesi gereği, mevcut yasal düzenlemeye aykırı bile olsa, Sözleşmenin tercihan uygulanması gerekir. Bu nedenle, Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemi adamlarının, sözleşmenin sona erdiği hallerde, asgari çalışma sürelerine bağlı olmaksızın, kıstelyevm esasına göre, çalışma süreleriyle orantılı olarak yıllık ücretli izne hak kazanacakları kabul edilmelidir<sup>12</sup>.

Kanunun, yıllık ücretli izne hak kazanma konusunda getirdiği düzenlemeden çıkan sonuç, gemiadamının, iş sözleşmesi devam ederken her yıl için hak kazandığı yıllık ücretli iznini, takip eden yıl içerisinde kullanacak olmasıdır. Bu noktada, açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer konu da, ilk bir yıllık çalışma süresinden sonra yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için geçirilmesi gereken bir yıllık çalışma süresinin başlangıcının, yıllık ücretli izne hak kazanılan tarih mi, yoksa yıllık ücretli iznin kullanıldığı tarih mi olacaktır. Yasal düzenlemeden, yıllık ücretli izne hak kazanılan tarihin esas alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Yine, aşağıda ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, yıllık ücretli iznin yıl içerisinde her hangi bir tarihte tek parça veya parçalı olarak kullanılabileceği dikkate alındığında varılan bu sonucun haklılığı daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır.

Yıllık ücretli izin konusunda tamamlanması gereken asgari çalışma süresine ilişkin olarak üye-

<sup>10</sup> Bu konuda aksi görüş için bkz. Çöğenli, 115-116; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 531, 532; Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 17; Kar, 129.

<sup>11</sup> 146 sayılı Sözleşme ile ilgili genel bir değerlendirme için bkz. Çöğenli, 32 vd.

<sup>12</sup> Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 15.

rinde durulması gereken bir diğer husus da, söz konusu sürelerin aynı işverene bağlı olarak veya aynı işyerinde geçirilmesinin şart olup olmadığıdır. 854 s. Kanun, bu konuda, gemi adamının, aynı işveren emrinde veya aynı gemide çalışmış olmasını yeterli görmüştür (m. 40 / I). Dolayısıyla, mevcut düzenleme karşısında, gemiadamı, tüm çalışma dönemini işverenin aynı gemisinde çalışarak geçirmiş olabileceği gibi, işverenin farklı farklı gemilerinde de çalışmış olabilecektir. Bu durumda, çalışma süreleri hesaplanırken, gemiadamının söz konusu gemilerdeki çalışma süreleri toplanarak değerlendirme yapılacaktır. Nitekim, gemiadamının, işverenin farklı farklı gemilerinde çalışması ihtimalinin olması halinde, bu hususun iş sözleşmesinde yazılması yasal zorunluluk haline getirilmiştir (m. 6 / 3). Dolayısıyla, yıllık ücretli izin konusundaki düzenleme, iş sözleşmesinin yapılmasına ilişkin bu düzenleme ile de uyumludur. Yine, aynı şekilde, kıdem tazminatı konusunda da, kıdem tazminatına esas çalışma sürelerinin belirlenmesinde, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen toplam çalışma sürelerinin dikkate alınacağı yasal düzenleme haline getirilmiştir (m. 20 / II).

Mevcut yasal düzenlemeden, yıllık ücretli izne hak kazanma konusunda çalışma sürelerinin bir bütün olarak değerlendirilebilmesi için, söz konusu sürelerin aynı gemide geçirilmiş olmasının da tek başına yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır (m. 40 / I). Dolayısıyla, gemiadamının çalıştığı geminin başka bir işverene devredilmesi durumunda, gemiadamının çalışma süresi bir bütün olarak değerlendirilecek ve yıllık ücretli izne hak kazanıp kazanmadığı veya yıllık ücretli izin süresi bu şekilde belirlenecektir. Bu noktada, geminin hangi hukuki işleme dayalı olarak devredildiğinin de bir önemi yoktur.

Yıllık ücretli izin konusunda çalışma süreleri ile ilgili olarak uygulamada karşılaşılabilecek bir diğer sorun da, gemiadamının, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde fasilalı olarak çalışmış olması halidir. 854 s. Kanun, "bir takvim yılı içerisinde bir veya birkaç hizmet akdine dayanarak en az altı ay çalışmış olma" halinde yıllık ücretli

izne hak kazanılacağını kararlaştırmıştır(m. 40 / I). Görüldüğü üzere, birden fazla iş sözleşmesine dayalı olarak çalışma halinde, toplam çalışma süresi dikkate alınacak ve altı aylık çalışma koşulunun sağlanıp sağlanmadığı bu şekilde belirlenecektir. Aynı maddenin II. fıkrasında ise, çalışma süresinin uzunluğuna göre hak kazanılacak yıllık ücretli izin süresi düzenlenmiştir. Kanun'un bu düzenlemesinden hareketle, gemi adamının, aynı işverenin aynı veya değişik işyerlerinde fasilalı olarak çalışması durumunda, toplam çalışma süresi dikkate alınarak hak kazanılan yıllık ücretli izin süresinin belirleneceği anlaşılmaktadır. Nitekim, aynı çözüm şekli, kıdem tazminatına esas çalışma süresinin belirlenmesinde de benimsenmiştir (m. 20 / II). Bu yönüyle, kıdeme bağlı haklar konusunda yasa koyucunun benimsediği çözüm şekli birbirine paralellik göstermektedir.

Ancak, fasilalı çalışmalara ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan tek sorun bu değildir. Bunun yanında, önceki iş sözleşmelerinin sona erme şekline bağlı olarak, önceki bazı çalışma sürelerinin toplam çalışma süresinin hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı konusu da tereddüt oluşturmaktadır. Nitekim, Yargıtay da, 4857 s. Kanun kapsamında yer alan işçiler yönünden bu konuya ilişkin olarak değişik tarihlerde verdiği kararlarında farklı sonuçlara ulaşmıştır<sup>13</sup>. Konuya 854 s. Deniz İş Kanunu yönünden yaklaşıldığında ise, gemiadamının önceki çalışma sürelerinin, iş sözleşmesinin sona erme şekline bağlı olarak, yıllık ücretli izne esas çalışma süresinin tespitinde dikkate alınmamasını haklı gösteren herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yine, yıllık ücretli iznin amacı, belli bir süre çalışan işçiye geçim kaygısı olmaksızın belli süre dinlenme, kendini yenileme ve sağlığını konuma imkanı sağlamaktadır. Yıllık ücretli izin hakkının söz konusu bu amacı yönünden konu değerlendirildiğinde de, önceki çalışma sürelerinin, sözleşmenin sona erme şekline bağlı olarak dikkate alınmamasının haklı bir durum olmayacağı anlaşılmaktadır.

<sup>13</sup> Bu konuya ilişkin kararlar ve eleştirisi için bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, 730 vd.; Süzek, 827 vd.; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1801, 1802.

854 s. Kanun m. 40 / son, "gemi adamının hak ettiği yıllık ücretli izni kullanmadan hizmet akdi 14 üncü maddenin II, III ve IV üncü bentlerine göre bozulursa, işveren veya işveren vekili izin süresine ait ücreti, gemi adamına ödemek zorundadır." hükmünü içermektedir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemeden, iş sözleşmesinin 854 s. Kanun m. 14 / I kapsamında sona ermesi (İşverenin haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirmesi) durumunda, işverenin, kullanılmayan yıllık ücretli izin ücretini gemi adamına ödemek zorunda olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, söz konusu bu düzenleme, yıllık ücretli izne hak kazanma ve bu iznin kullanılması ile ilgili değildir. 854 s. Kanun m. 40/son'daki düzenleme, sözleşmenin sona erdiği ve yıllık ücretli iznin fiilen kullanılmasının imkansız hale geldiği ve bu nedenle artık sıradan bir ücret alacağına dönüştüğü hallerde, bu alacağın ödenmesini sınırlayan bir düzenlemedir. Yine, her çalışma yılına ilişkin yıllık izin hakkının biriktirilmemesi esas olduğundan, söz konusu hükmün sadece son yıla ilişkin yıllık ücretli izin alacağına yönelik olduğu da kabul edilmelidir. Bu nedenle, Kanunun bu hükmü, yıllık ücretli izne hak kazanma konusunda, önceki çalışma sürelerinin dikkate alınmamasına gerekçe yapılabilecek bir düzenleme değildir.

Bu nedenle, yıllık ücretli izne esas çalışma sürelerinin belirlenmesinde, aynı işverene ait aynı veya birden fazla gemide geçen aralıklı veya aralıksız tüm çalışma süreleri dikkate alınacaktır<sup>14</sup>.

## 2. Altı Aylık ve Bir Yıllık Çalışma Sürelerinin Tamamlanmasında Çalışılmış Gibi Kabul Edilen Süreler

854 s. Deniz İş Kanunu, 4857 s. İş Kanunu'ndan farklı olarak, yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için tamamlanması gereken çalışma süreleri konusunda, fiilen çalışılmadan geçirilen hangi sürelerin çalışma süresinden sayılacağı konusunda özel bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Ancak, 854 s. Kanun, 42 maddesinde, hafta

tatiline hak kazanma bakımından, çalışılmadan geçirilen bazı sürelerin çalışılmış gibi değerlendirileceğini hükme bağlamıştır. Buna göre, 42. maddenin düzenlemesinden, evlenmelerde 3 güne kadar verilen mazeret izinlerinin; anne, baba, eş, kardeş ve çocukların ölümünde iki güne kadar verilen mazeret izinlerinin; bir haftalık süre içerisinde kalmak kaydıyla işveren tarafından verilen diğer izinlerin ve hekim raporuyla verilen dinlenme ve hastalık izinlerinin; zorlayıcı ve ekonomik bir sebep olmaksızın gemideki çalışmaların haftanın bir veya birkaç gününde tatil edilmesi durumunda çalışılmadan geçirilen sürelerin; zorlayıcı sebeplere bağlı olarak gemide çalışmanın bir haftadan fazla süreyle tatil edilmesi durumunda çalışılmadan geçen sürelerin çalışılmış gibi kabul edileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu bu süreler, yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından da çalışılmış gibi kabul edilecektir<sup>15</sup>.

Yine, 854 s. Kanun'un düzenlemesi ve genel hükümler dikkate alındığında, Kanun'da açıkça dile getirilmese de, ücretli hafta tatili günleri (m. 41, 42), ücretli ulusal bayram ve genel tatil günleri (m 43) ile yıllık ücretli izin süreleri de (m. 40) çalışılmış gibi kabul edilecektir<sup>16</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak bir diğer düzenleme de 4857 s. Kanun'un 74. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, kadın işçilerin, doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı hafta boyunca çalıştırılmamaları gerekmektedir. Çoğul gebelik durumunda ise bu süre onsekiz haftaya uzamaktadır. Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölmesi halinde, doğum sonrasında kullanılmayan söz konusu izin süreleri babaya kullanılacaktır. Yine üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene 8 hafta analık hali izni kullanılacaktır. Bu izinlere ilave olarak, doğan veya evlat edinilen çocuğun yetiştirilmesi amacıyla kadın işçiye, evlat edinme halinde kadın veya erkek işçiye, birinci doğumda 60 gün, ikinci doğumda 120 gün, sonraki doğumlarda ise 180

14 Tamamlanması gereken çalışma süresi yönünden Ayrıca bkz. Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 14 vd.

15 Kar, 129.

16 Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 15, 16.

gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verileceği düzenlenmiştir. Çoğul gebelik halinde bu süreler otuzar gün artırılarak uygulanacaktır. Çocuğun engelli olması durumunda ise, bu süre 360 gün olarak uygulanacaktır. Kanun, bu sürelerin tamamının, gerektiğinde hekim raporu ile artırılabilceğini de hükme bağlamıştır ( m. 74 / I,II).

4857 s. Kanun'un 74. maddesinde, hamilelik dönemine ilişkin olarak kadın işçiye, periyodik kontrolleri için ücretli izin verileceği de kararlaştırılmıştır. Yine, doğum öncesi ve sonrasındaki çalışılmayan 16 veya 18 haftalık izin süresinin sonunda, eğer isterse kadın işçinin 6 aya kadar ücretsiz izin kullanabileceği de öngörülmüştür. Aynı hakkın, 3 yaşını doldurmamış çocuğun evlat edinilmesi durumunda, eşlerden biri veya evlat edinen tarafından kullanılabilceği de belirtilmiştir. Aynı madde içerisinde son olarak kadın işçilere, 1 yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam 1.5 saat süt izni verileceği de belirtilmiştir.

4857 s. Kanun, doğum sonrasında kullanılabilcek olan 6 aya kadar ücretsiz iznin, yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli olan asgari çalışma süresinin hesaplanmasında dikkate alınmıyacağını hükme bağlamıştır (m. 74/VI). Kanunun 74. maddesinde düzenlenen ve yukarıda sayılan diğer izin süreleri konusunda ise böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine, aynı maddede, 74. madde hükümlerinin iş sözleşmesi ile çalışan ve bu kanun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanacağı da belirtilmiştir (m. 74/son).

Kanun'un bu düzenlemesinden hareketle, 4857 s. İş Kanunu m. 74 kapsamında düzenlenen tüm izinlerden, 854 s. Kanun kapsamında çalışan gemi adamlarının da yararlanacağı ve söz konusu izinlerin, doğum sonrasında kullanılabilcek olan 6 aylık ücretsiz izin dışında, yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından tamamlanması gereken asgari çalışma süresinin hesaplanmasında çalışılmış gibi kabul edileceği söylenebilecektir.

Ancak, 854 s. Kanun kapsamındaki işçiler yönünden, yıllık ücretli izne hak kazanma bakımın-

dan, çalışılmadığı halde çalışılmış gibi kabul edilecek sürelerin tamamının yukarıda sayılanlardan ibaret olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Nitekim, böyle bir çözümün kabulü, bu konuda en geniş kapsamlı yasal düzenlemeyi içeren 4857 s. Kanun m. 55 dikkate alındığında, adaletli bir sonuç doğurmayacaktır. Dolayısıyla, gemiadamının, yukarıda sayılan hallerin dışında, hastalık, kaza, yasal bir yükümlülük veya bir kamu görevinin yerine getirilmesine bağlı olarak çalışmadığı diğer zamanların da çalışılmış gibi kabul edilmesi gerekecektir.

Bu konuda, yukarıda da belirttiğimiz üzere, Deniz İş Kanunu'nda yasal boşluk bulunmaktadır. Bu boşluğun, İş Kanunları karşısında genel kanun olarak kabul edilmesi gereken Borçlar Kanunu hükümleri uygulanarak doldurulması gerekecektir<sup>17</sup>.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmelerini düzenleyen 6. Bölümü bu açıdan incelendiğinde, bu konunun Borçlar Kanunu'nda da açık bir düzenleme konusu yapılmadığı anlaşılmaktadır. Ancak, Borçlar Kanunu, 423. maddesinde, yıllık ücretli izin sürelerinin indirilmesi konusunu düzenlemiştir. Söz konusu düzenlemede, işçinin, bir yıllık bir çalışma dönemi içerisinde, toplam olarak bir aydan daha uzun bir süreyle kendi kusuruna dayalı olarak ortaya çıkan sebeplerle çalışmaması durumunda, çalışılmayan her bir aylık süre için yıllık ücretli izin süresinin bir gün indirileceği belirtilmiştir (m. 423 / I). İşçinin, bir yıllık çalışma süresi içerisinde kendi kusuru olmaksızın, hastalık, kaza, yasal bir yükümlülük veya kamu görevi nedeniyle çalışmaması durumunda ise, bu süreler toplamının üç ayı geçmemesi şartıyla yıllık ücretli izin alacağından her hangi bir indirim yapılamayacaktır (m. 423 / II). Borçlar Kanunu, bu düzenleme ile çalışılmadan geçirilen sürelerin yıllık ücretli izin hakkına etkisi bakımından İş Kanunlarından farklı bir çözüm şekli benimsemiştir<sup>18</sup>. Buna göre, işçinin, yıllık ücretli izne hak

17 İş Kanunları arasındaki genel kanun özel kanun tartışması için bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, 19-20; Süzek, 38-39; Şakar, 18.; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 55, 56.

18 Ayrıntı için bkz. Akyiğit, Ercan: Yıllık Ücretli İzin Konu-



kazanabilmesi için, çalışmadığı süreler kadar daha çalışması gerekemeyecektir. Tam tersine, bu süreler çalışılmış gibi kabul edilecek, ancak yıllık ücretli izin hakkında indirim yapılmasına sebebiyet verecektir. Dolayısıyla, Borçlar Kanunu'nda, çalışılmadan geçirilen ve yıllık ücretli izin hakkını etkilemeyen sürelerin, yıllık ücretli izin alacağına hak kazanma bakımından çalışılmış gibi kabul edildiği söylenebilecektir.

O halde, Borçlar Kanunu'nun bu düzenlemesi ve Deniz İş Kanunu'nun konuya ilişkin yukarıda belirtilen hükümleri dikkate alınarak, 854 s. Kanun kapsamındaki gemiadamının, kendi kusuru olmaksızın, hastalık veya kaza nedeniyle bir haftalık süreyi aşan rapor nedeniyle çalışmadan geçirdiği süreler, muvazzaf askerlik görevi dışında askeri bir görev veya başkaca bir kamu görevi nedeniyle çalışmadığı süreler, çalışma mevzuatına dayalı olarak işçi veya işveren temsilcisi sıfatıyla katıldığı toplantılar nedeniyle çalışmadığı süreler, bir yıllık bir çalışma döneminde 3 ayla sınırlı olmak üzere, çalışılmış gibi kabul edilecektir. Varılan bu sonuç, 146 sayılı Sözleşmenin konuya ilişkin 5. Maddesi ile de uyumludur.

## IV. Yıllık Ücretli İzin Süreleri ve Uygulanması

### 1. Yıllık Ücretli İzin Süreleri

854 s. Kanun, bir takvim yılı içerisinde en az altı ay çalışmış gemi adamının yıllık ücretli izne hak kazanacağını öngörmüştür. Buna göre, altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemi adamı en az 15 gün yıllık ücretli izne hak kazanacaktır. Bir yıl ve daha fazla çalışma süresi olan gemi adamları ise en az bir ay yıllık ücretli izne hak kazanacaktır (m. 40 / II).

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, altı aylık çalışma süresinden sonra yıllık

ücretli izne hak kazanabilmek için tamamlanması gereken bir yıllık çalışma süresi, ilk altı aylık sürenin sonundan itibaren değil, işe ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanacaktır. Dolayısıyla, işe ilk giriş tarihinden itibaren bir yıllık çalışma süresini dolduran gemi adamı, ilk altı aylık çalışma süresi için 15 gün, bir yılın doldurulduğu tarihte ise bir ay yıllık ücretli izne hak kazanacaktır. Böylece, ilk bir yıllık süre sonunda, hak kazanılacak olan toplam yıllık ücretli izin süresi 45 gün olacaktır. Bir yıllık süreden sonra ise, her tam yıl için bir ay yıllık ücretli izne hak kazanılacaktır.

Kanun, hak kazanılacak yıllık ücretli izin sürelerini, "15 gün..... ve bir aydan az olamaz" şeklinde düzenlemiştir. Dolayısıyla, Kanunda belirtilen süreler asgari sürelerdir. İş Sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri uygulaması yoluyla bu sürelerin işçi lehine olarak değiştirilmesi, daha açık bir ifadeyle artırılması mümkündür. Ancak, Kanunda belirtilen sürelerden daha az bir yıllık ücretli izin süresi kararlaştırılamaz. Bu durum, yıllık ücretli izin sürelerine ilişkin yasal düzenlemenin nispi emredici nitelikte olduğunu göstermektedir<sup>19</sup>.

Deniz İş Kanunu, 4857 s. İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, işçinin yaşını dikkate alarak hak kazanılacak yıllık ücretli izin konusunda ayrı bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle, gemi adamının yaşı ne olursa olsun, yukarıda belirttiğimiz kıdem süreleri esas alınarak yıllık ücretli izin hakkı belirlenecektir.

Yasal düzenlemeden, daha öncede belirttiğimiz üzere, yıllık ücretli izne hak kazanmak için kural olarak 6 aylık ve bir yıllık asgari çalışma sürelerinin doldurulması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak, ILO'nun 146 sayılı sözleşmesi dikkate alındığında, iş sözleşmenin sona ermesi durumunda, altı aydan veya bir yıldan artan süreler için de kısıtlayıcı esasına göre ayrıca yıllık ücretli izne hak kazanmak mümkün olacaktır<sup>20</sup>.

Yıllık ücretli izin süreleri konusunda açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus da, yıllık

sunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi), Çalışma ve Toplum, 30, 2011 / 3, 73-91.; Akyiğit, Ercan: Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Sicil, İHD, S. 21, Mart 2011, 29 vd.

19 Kar, 130.

20 Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 15.

ücretli izin süreleri içerisinde kalan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatiller, işveren tarafından verilen diğer izinler ile her hangi bir hastalık veya kaza nedeniyle alınan rapor sürelerinin yıllık ücretli izin süresinden sayılıp sayılmayacağıdır.

Bu konuda, 4857 s. Kanun'dan farklı olarak, Deniz İş Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine, aynı şekilde Borçlar Kanunu'nda da bu konu düzenlenmemiştir. Ancak, bu durumdan hareketle, yıllık ücretli izin müddeti içerisinde kalan söz konusu sürelerin yıllık ücretli izin süresine dahil olacağını kabul etmek hakkaniyete uygun bir çözüm olmayacaktır. Yıllık ücretli izin hakkının tanınmasındaki amaç, işçinin geçim sıkıntısı olmaksızın belli bir süre dinlenmesini sağlamaktır. Böylece, işçinin, kendisini yenileyebilmesi ve sağlığını koruyabilmesi amaçlanmıştır. Yıllık izin kullanımının bu sonuçları doğurabilmesi ise, sadece bu amaç doğrultusunda kullanılabilmesine bağlıdır<sup>21</sup>. Kaldı ki, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, Kanunda öngörülen yıllık ücretli izin süreleri asgaridir. Bunun sonucu olarak, işçiye, Kanunda öngörülen asgari yıllık izin sürelerinin altında yıllık izin kullanılması mümkün değildir. Ancak, yıllık izin sürelerinin artırılması mümkündür. O halde, yıllık izin hakkının kendisinden beklenen fonksiyonu icra edebilmesi için, en az Kanunda öngörülen süreler kadar kullanılması gerektiği söylenebilecektir. Yasa koyucunun da bunu amaçladığı anlaşılmaktadır. Nitekim, Deniz İş Kanunu, gemi adamına, istemesi halinde, yıllık ücretli izin hakkı için yedi güne kadar ücretsiz yol izni isteme hakkı tanımıştır. Böylece, gemi adamının, yıllık izninin bir kısmını amacı dışında yolda kullanması engellenmek istenmiştir.

Buradan hareketle, hem Kanunun lafzı hem de düzenlemenin amacı dikkate alınarak, yıllık ücretli izin süresi içerisinde kalan diğer izin sürelerinin ve raporlu olunan sürelerin yıllık ücretli izin süresinden sayılmaması gerektiği, bu süreler kadar yıllık ücretli izin süresinin uzaması gerekti-

21 Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, 738; Süzek, 835.

ği kabul edilmelidir<sup>22</sup>.

## 2. İzin Uygulanması

Deniz İş Kanunu, 4857 s. Kanun'da olduğu gibi, yıllık ücretli iznin kullanılacağı dönem bakımından açık bir yasal düzenlemeye yer vermemiştir. Bu konuya ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak, yukarıda yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, gemi adamı, hak kazandığı yıllık ücretli iznini, izne hak kazandığı tarihi takip eden 6 aylık veya bir yıllık süre içerisinde kullanacaktır. Yine, Kanunda, yıllık ücretli izin alacağından feragat edilemeyeceği de açık düzenleme haline getirilmiştir<sup>23</sup> (m. 40 / III). Bununla da yetinilmemiş, Kanunun 40. maddesi kapsamında yıllık ücretli izin verilmemesi, cezai müeyyideye de bağlanmıştır (m. 53). Tüm bu yasal düzenlemeler, yıllık ücretli izin hakkını, dinlenme hakkının bir parçası kapsamında anayasal bir hak kabul eden Anayasa m. 50'nin devamı niteliğindedir. Bu yönüyle, yıllık ücretli izin hakkı ve bunun kullanılmasının kamu düzenine ilişkin olduğu söylenebilecektir<sup>24</sup>.

Bu durumda, açıklığa kavuşturulması gereken ilk konu, gemi adamının, yıllık ücretli izin süresince çalışarak yıllık izin ücretini talep edemeyeceğidir. Bu durum, yıllık ücretli izin hakkını fiilen kullanma hakkından feragat edildiği anlamına gelecektir. Böyle bir durumun ise, yukarıdaki yasal düzenleme karşısında mümkün olmadığı açıktır.

Yine, uygulamada sıkça görüldüğü üzere, yıllık izin sürelerinin, zorunlu bir neden olmadıkça, birleştirilerek sonraki yıllarda kullanılması da mevcut yasal düzenlemeye aykırı olacaktır. Ancak, bu durumda, gemi adamı, yıllık izin hakkını

22 Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 19 vd.; Akyiğit, Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 38; Aksi görüş için bkz. Çöğenli, 166; Kar, 130.; Yarg. 9. H.D., 12.11.2012, 2010 / 27240 E., 2012 / 37340 K., Kazancı Hukuk Otomasyon İçtihat Bilgi Bankası.

23 Ayrıca bkz. Çöğenli, 74.

24 Ayrıca bkz.. Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 2 vd.

kaybetmeyecek, hak kazandığı yıllık izin sürelerini topluca kullanacaktır. Gemi adamının, iş sözleşmesinin sona ermediği bir dönemde, birikmiş izinlerini kullanmak yerine karşılığı ücretleri talep etmesi de, yıllık izin hakkının kullanılmasından feragat anlamına geleceğinden yine hukuken mümkün olmayacaktır<sup>25</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, gemi adamının, yıllık izin müddeti içerisinde başka bir işyerinde çalışmasıdır. 4857 s. İş Kanunu, böyle bir durumu açıkça yasaklanmış ve işçiye verilen yıllık izin ücretinin işveren tarafından geri alınabileceğini hükme bağlamıştır (m. 58). Ancak, benzer bir düzenlemeye, Deniz İş Kanunu'nda, Basın İş Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiştir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, yıllık izin hakkı anayasal bir haktır ve Deniz İş Kanunu'nun bu konuya ilişkin hükümleri de kamu düzenine ilişkin olup emredici niteliktedir. Bu düzenlemelerin temel amacı yıllık izin hakkının korunmasıdır. Bu koruma, sadece işverene karşı değil, aynı zamanda gemi adamının kendisine de karşıdır. Kaldı ki, doğrudan sonuç itibarıyla, gemi adamının, yıllık izin süresinde, kendi işyerinde veya üçüncü bir kişiye ait işyerinde çalışması arasında da bir farklılık bulunmamaktadır. Her iki durum da, yıllık izin hakkından feragat anlamına gelmektedir. Bu nedenle, böyle bir durumun hukuken mümkün olamayacağı kabul edilmelidir. Gemi adamının bu tür bir eylem içerisine girmesi ve bu durumun anlaşılması durumunda, 4857 s. Kanun'da olduğu gibi verilen ücretin geri alınacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almadığından, ücret iadesi söz konusu olmayacaktır. Ancak, gemi adamının bu eyleminin, sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği kabul edilerek haklı nedenle iş sözleşmesi feshedilebilecektir<sup>26</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, gemi adamı, yıllık iznini, takip eden altı aylık veya bir yıllık süre içerisinde kullanacaktır. Ancak, bu konuya ilişkin

olarak, sadece yıllık ücretli iznin kullanılacağı dönemi belirlemek tek başına yeterli olmayacaktır. Yıllık ücretli iznin yıl içerisinde hangi tarihler arasında kullanılacağını belirlemek de önemlidir. Bu konuda hakim anlayış, izne çıkılacak tarihin işveren tarafından belirlenecek olmasıdır. Gerçekten de, işin planlanması ve yönetim hakkı işverendir. Bu konuda gerekli planlamayı yapacak emir ve talimat verecek olan işverendir. Bu nedenle, işçinin hangi tarihler arasında izne çıkacağına da nihai olarak işveren karar verecektir<sup>27</sup>. Nitekim, aynı anlayışın 854 s. Deniz İş Kanunu tarafından da benimsendiği görülmektedir. Kanun, "İzin işverenin uygun göreceği bir zamanda kullanılır" (m. 40 /III) demek suretiyle bu konuda düzenleme yapma ve nihai karar verme yetkisinin işverende olduğunu açık yasal düzenleme haline getirmiştir. Bu nedenle, gemiadamının, yıllık ücretli izne hak kazanması ve hak kazandığı izni kullanmak için yazılı talepte bulunması iznin fiilen kullanılabilmesi için yeterli değildir. İşverenin, bu talep kapsamında işçiye yıllık ücretli izni kullanma yönünde izin vermesi ve izne çıkacağı tarihi belirlemesi de gerekecektir<sup>28</sup>. Ancak, yukarıda değinilen yasal düzenlemeden hareketle, işverenin bu konuda tamamen serbest olduğunu ve istediği gibi bu konuda hareket edebileceğini kabul etmek de mümkün değildir. İşveren, genel hükümler çerçevesinde, bu hakkını kötüye kullanmayacaktır. İşyerindeki çalışma düzeni izin verdiği ölçüde işçinin izne çıkış tarihi konusundaki taleplerini karşılamaya çalışmalıdır. İşçiler arasında bu konuda ayrımcılık yapılmamalıdır. Bir önceki yıl kimin ne zaman izne çıktığı, yapılan iş, kıdem süresi, yaş, ailevi mazeretler vb. durumlar dikkate alınmalıdır<sup>29</sup>. Bu hususlara aykırı hareket edilmesi, gemi adamı yönünden haklı fesih nedeni yapılabileceği gibi, yine genel hükümler uyarınca zarar şartına bağlı olarak tazminat sorumluluğunu da gündeme getirebilecektir. Nitekim, Borçlar Kanu-

25 Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 23.

26 Ayrıca bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, 737; Süzek, 836.

27 Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, 739; Süzek, 834; Şakar, 145.; Akyiğit, Ercan: Yıllık İzin Ücreti Mirasçıya Geçmez mi?, TÜHİS, C. 16, S. 6-1, Kasım 1999 - Şubat 2000, 13.

28 Kar, 130.

29 Çöğenli, 151, 152; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 538; Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 24.

nu da, işverenin, yıllık ücretli izin taleplerini, işyerinin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini göz önünde tutarak belirlemesi gerektiğini öngörmüştür (m. 424/II).

Yıllık ücretli iznin kullanılacağı dönemle ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, iş sözleşmesinin, Deniz İş Kanunu m. 16 kapsamında önelli fesih yoluyla sona erdirilmesi durumunda, ihbar önelli müddeti içerisinde yıllık ücretli iznin kullandırılıp kullandırılmayacağıdır. Bu konuya ilişkin olarak Kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 854 s. Kanun bu tür bir uygulamayı yasaklamamıştır. Buradan hareketle, ilk bakışta, gemiadamına feshi ihbar süresi içerisinde yıllık ücretli izin kullandırılabilirliği söylenebilecektir. Ancak, iş kanunlarının genel amacı dikkate alındığında, bu tür bir uygulamanın her durumda hukuka uygun olacağını kabul etmek mümkün değildir. Nitekim, iş sözleşmesinin işveren tarafından 854 s. Kanun m. 16 kapsamında önelli olarak feshedilmesi durumunda, feshi ihbar süresi içerisinde gemiadamının yıllık ücretli izne çıkarılması, işverenin, feshi ihbar süresi boyunca gemiadamını çalıştırma veya bu süreye ilişkin ücreti peşin ödeme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtaracaktır. Bu nedenle, konunun, gemiadamının ve işverenin önelli feshi yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Deniz İş Kanunu'nda ve Borçlar Kanunu'nda, 4857 s. Kanun m. 59/II'de olduğu gibi açık bir düzenleme olmamasına karşın, Medeni Kanun m. 2'deki hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan genel düzenlemeden hareketle, sözleşmenin işveren tarafından önelli feshi yoluyla sona erdirildiği durumda, feshi ihbar süresi içerisinde yıllık ücretli izin kullandırılmayacağına kabul edilmesi gerekecektir. İş sözleşmesinin gemiadamı tarafından önelli fesih yoluyla sona erdirilmesi durumunda ise feshi ihbar süresi içerisinde yıllık ücretli izin kullandırılabilirliği<sup>30</sup>.

Yıllık ücretli iznin bir seferde mi kullanılacağı,

30 Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 537; Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 22.; Bu konuya ilişkin olarak 4857 s. İş Kanunu kapsamında yapılan tartışmalar için bkz. Çelik / Caniklioğlu / Canpolat, 744; Süzek, 838, 839.

yoksa yıl içerisinde farklı tarihlerde bölünerek kullandırılıp kullandırılmayacağı da aydınlatılması gereken önemli bir konudur. Deniz İş Kanunu, bu konuda, "Bir aylık izin, tarafların rızasıyla aynı yıl içerisinde kullanılmak suretiyle ikiye bölünebilir." hükmünü içermektedir (m.40/IV). Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, gemi adamının, ilk 6 aylık çalışması sonucunda hak kazanacağı ücretli izin dışında, her bir yıllık çalışması karşılığında hak kazanacağı yıllık ücretli izni, aynı yıl içerisinde olmak şartıyla, bir bütün olarak kullanılabilirliği gibi ikiye bölünmek suretiyle iki parça halinde kullanması da mümkündür. Ancak, yıllık ücretli iznin ikiye bölünmesi konusunda tarafların tek başına karar vermesi mümkün değildir. Kural, yıllık ücretli iznin tek parça olarak bir bütün halinde kullanılmasıdır. İkiye bölünecekse, gemi adamının ve işverenin bu konuda anlaşması gerekecektir. Dolayısıyla, bu tür bir talep kimden gelirse gelsin, iş sözleşmesinin diğer tarafının bu isteği kabul etmesi gerekecektir<sup>31</sup>. 854 s. Kanun, 5. maddesinde, Deniz İş Kanunu kapsamında yapılacak bir iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını şart koşmuştur<sup>32</sup> (m. 5). O halde, yıllık ücretli iznin iki parça olarak kullanılmasını içeren anlaşmanın da yazılı olarak yapılması gerekecektir<sup>33</sup>.

Yıllık ücretli iznin iki parça halinde kullanılması söz konusu olduğunda, her bir parçanın hak kazanılan yıllık ücretli iznin ne kadarlık bir bölümünü ihtiva edeceği konusunda Kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu konuda bir kanun boşluğu olduğunu söyleyebilmek de mümkün değildir. Nitekim, bu konuda Borçlar Kanunu'nda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, taraflar, bu konuda serbestçe belirleme yapabileceklerdir. Yıllık ücretli iznin ikiden fazla parçaya ayrılması ise yasal olarak mümkün değildir<sup>34</sup>. Ancak, bu hükme aykırı hareket edilmesinin, kullanılan yıllık ücretli iznin geçersiz olması sonucunu

31 Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 26, 27.

32 Ayrıntı için Bkz. Kar, Deniz İş Sözleşmesi, 48.

33 Aksi görüş için bkz. Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 542; Ayrıca bkz. Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 27.; Borçlar Kanunu yönünden bkz. Akyiğit, Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 36.

34 Aksi görüş için bkz. Kar, 130.

doğurmayacağı<sup>35</sup>, ancak işveren yönünden idari para cezası uygulanmasına sebebiyet vereceği kabul edilmelidir (m. 53 / c).

854 s. Kanun, ilk 6 aylık çalışma sonrasında hak kazanılan yıllık ücretli iznin bölünmesi konusunda ise her hangi bir düzenleme öngörmemiştir. Bu nedenle, Kanunun bu düzenlemesi ve yıllık ücretli iznin bölünmeden kullanılmasının esas kural olduğu göz önünde bulundurularak, ilk 6 aylık dönem için hak kazanılan yıllık ücretli iznin bölünemeyeceği kabul edilmelidir. Aksine hareketin, yine işveren yönünden idari para cezası uygulanmasına sebebiyet vereceği kabul edilmelidir (m. 53 / c).

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yıllık ücretli izin konusundaki yasal düzenlemeler, tekil bir işçi esas alınarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla, işyerinde çalışan işçilerin bir kısmı ya da tamamı yönünden yıllık ücretli izin kullanımı konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. 4857 s. Kanun kapsamında yer alan işçiler için çıkarılan "Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği"nde olduğu gibi bir yönetmelik düzenlemesi de 854 s. Kanun kapsamındaki işçiler yönünden bulunmamaktadır. Ancak, bu durum, Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler yönünden toplu izin uygulaması yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Deniz İş Kanunu böyle bir uygulamayı yasaklamamıştır. Bu nedenle, işveren, gemiadamıyla anlaşarak veya yönetim hakkı çerçevesinde yıllık ücretli izne hak kazanan işçileri toplu halde izne çıkarabilecektir<sup>36</sup>.

Gemiadamı, yıllık ücretli izin kullanma kapsamında, işverenden, yedi güne kadar ücretsiz yol izni de isteyebilecektir (m. 40/VI). Gemi adamının, iş sözleşmesinin yapıldığı yerden başka bir yerde yıllık iznini geçirmek istemesi ve bu durumu da kanıtlaması durumunda söz konusu izni almaya hakkı olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir durumda, işverenin, ücretsiz izin vermek zorunda oldu-

ğu kabul edilmelidir.

Deniz İş Kanunu'nda, gemi adamının, yıllık ücretli iznini yabancı bir memleket limanında veya hizmet akdinin yapılmış olduğu yerden başka bir yerde kullanmaya zorlanamayacağı hükme bağlanmıştır (m. 40/V). Bu düzenlemeden hareketle, gemi adamının, yabancı bir ülkede iken yıllık ücretli izne çıkmak istemesi ve yıllık ücretli izne çıkması halinde, yurda dönmek için de ücretsiz izin talep edebilecektir. Bu durumda da, işverenin, gemi adamına, ücretsiz izin vermek zorunda olduğu kabul edilmelidir.

Deniz İş Kanunu'nun, yıllık ücretli iznin kullanımına bağlı olarak alınabileceğini öngördüğü 7 güne kadar ücretsiz yol izninin her yıl için hak kazanılan yıllık ücretli iznin tamamı için olduğu kabul edilmelidir. Aksi çözümün kabulü, yıllık ücretli iznin iki parça olarak kullanılması durumunda, yılda toplam 14 güne kadar ücretsiz izin kullanılabilmesi sonucunu doğuracaktır. Böyle bir çözümün ise, hem yasal düzenlemenin lafzına hem de konuluş amacına aykırı olacaktır. Nitekim, yıllık ücretli iznin bir bütün olarak kullanılmasının asıl olduğu dikkate alındığında varılan bu sonucun haklılığı daha iyi anlaşılacaktır. Ancak, gemi adamının, yıllık ücretli iznini iki parça olarak kullanması durumunda, toplam 7 günü geçmemek şartıyla her iki izin kullanımında da ücretsiz yol izni talep edebilecektir.

## V. Yıllık İzin Ücreti

### 1. Yıllık Ücretli İznin Fiilen Kullanılması Durumunda İzin Ücreti

Bu konuya ilişkin olarak üzerinde durulması ve açıklığa kavuşturulması gereken ilk husus, yıllık izin ücretinin ne zaman ödeneceği konusudur. 4857 s. İş Kanunu'nda bu konu açıkça düzenlenmiş ve işçiye, yıllık izne ilişkin ücretinin izne çıkmadan önce verileceği açıkça belirtilmiştir (m. 57). Ancak, Deniz İş Kanunu incelendiğinde, bu konuya ilişkin olarak açık bir düzenlemenin Kanunda yer almadığı görülmektedir.

Ancak, daha önce değindiğimiz üzere, Borç-

35 Aksi görüş için bkz. Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 28.; Borçlar Kanunu yönünden ayrıca bkz. Akyiğit, Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 35.

36 Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 539; Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 24, 25.

lar Kanunu, İş Kanunları karşısında genel kanun olma özelliğine sahiptir. Dolayısıyla, Deniz İş Kanunu'nda boşluk olması durumunda, Borçlar Kanunu'ndaki konuya ilişkin düzenleme uygulama alanı bulacaktır. Borçlar Kanunu, bu konuda, işçinin yıllık ücretli izne çıkmasından önce izin ücretinin peşin olarak kendisine verilmesini öngörmüştür (m. 425/1). Bu nedenle, Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçiler yönünden de, yıllık ücretli izne çıkmadan önce izin ücretinin peşin olarak ödenmesi yasal bir zorunluluktur. ILO'nun 146 sayılı Sözleşmesinde de aynı esas benimsenmiştir.

Kaldı ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi, yıllık ücretli iznin amacı, işçiye geçim kaygısı olmasızın yılın bir döneminde dinlenme ve kendini yenileme fırsatının sağlanmasıdır. Bu amaca ulaşılabilmesi, işçiye yıllık izin ücretinin izne çıkmadan önce peşin olarak verilmesini gerektirir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'ndaki bu düzenleme olmasaydı bile, gemi adamının yıllık izin ücretinin, izne çıkmadan önce peşin olarak verileceğini kabul etmek gerekecekti<sup>37</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus da, yıllık izin ücretinin nasıl hesaplanacağıdır. Bu konu da Deniz İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş değildir. Yine, aynı şekilde, Borçlar Kanunu da bu konuya ilişkin olarak açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ancak, Deniz İş Kanunu'nun "Tatil Ücretine Girmeyen Kısımlar" başlığını taşıyan 44. maddesi, fazla çalışma ücreti, primler ve sosyal yardımların, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmayacağını kabul etmiştir.

Hukuki nitelikleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapıldığında, yıllık ücretli izin, hafta tatili, resmi tatil ve genel tatil günlerinin tamamının yasal ücretli izin günleri olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu süreye ilişkin ücretlerin hesaplanmasında farklı farklı esasların benimsenmesini haklı kılacak herhangi bir neden bulunmamaktadır. Yasal düzenleme, şekli olarak incelendiğinde de, önce yıllık ücretli iznin (m. 40),

daha sonra hafta tatili ve ücretinin (m. 41, 42), son olarak ise genel tatil ücretinin (m. 43) düzenlendiği, bunların hemen arkasından ise yukarıda değindiğimiz tatil ücretlerinin hesaplanmasına ilişkin temel kuralların yer aldığı (m. 44) görülmektedir. Bu yönüyle, 44. maddede belirtilen esasların, yıllık izin ücretini de kapsayacak şekilde yazıldığı söylenebilecektir.

Yine, kanundan ya da sözleşmeden kaynaklı bir işçilik alacağının hesaplanmasında temel kural, aksi belirtilmedikçe, hesaplamanın çıplak ücret üzerinden yapılması yönündedir. Nitekim, İş Kanunlarında tanımlı tazminat ve ücret alacakları dikkate alındığında bunun bir çok örneğinin olduğu görülecektir. O halde, yıllık izin ücretinin hesaplanması konusunun Deniz İş Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiş olması da yasal bir boşluk olarak görülmemeli ve bu konuda genel kuralın geçerli olduğu yönünde değerlendirme yapılmalıdır.

Buradan hareketle, Deniz İş Kanunu kapsamında yıllık izin ücretinin hesaplanmasında, Kanunun 44. maddesine uygun olarak, fazla çalışma ücretleri ile ek ücret ve sosyal yardımların hesaplamada dikkate alınmayacağı, hesaplamanın temel ücret esas alınarak yapılacağı kabul edilmelidir<sup>38</sup>.

Bu durumda, "temel ücretten" ne anlaşılması gerektiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Deniz İş Kanunu, günlük çalışma süresini 8 saat, haftalık çalışma süresini ise 48 saat olarak belirlemiştir (m. 26 / 1). Yine, Kanun, hafta tatili gününden önce sürekli olarak çalışmış gemi adamlarına, çalışılmayan hafta tatili günü için bir gündelik tutarında ücret ödeneceğini belirlemiştir (m. 42 / 1). Aynı esas, ulusal bayram ve genel tatiller yönünden de benimsenmiştir. Buradan hareketle, temel ücretin, ek ücret ve sosyal yardımlar dışında, günlük 8 saat çalışma karşılığında gemi adamına verilen ücret olduğu söylenebilecektir<sup>39</sup>.

Yıllık izin ücretinin hesaplanmasında da, günlük 8 saatlik ücret esas alınacaktır. Hak kazanılan

37 Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 35.

38 Çöğenli, 166; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 545; Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 30.

39 Şakar, 357 vd.

yıllık ücretli izin süresi ile günlük 8 saat çalışma karşılığında alınacak ücretin çarpılması hak kazanılan yıllık izin ücretini verecektir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, yıllık ücretli izin sürelerine hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri dahil değildir. Söz konusu günlerin, yıllık ücretli izin müddeti içerisinde kalması durumunda, bu süreler kadar yıllık ücretli izin süresi uzayacaktır. Bu nedenle, yıllık ücretli izin süresi içerisinde kalan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerine ilişkin ücretler, günlük 8 saat karşılığı verilecek temel ücret esas alınarak ayrıca ödenecektir.

Yıllık izin ücretinin nerede ödeneceği konusunda da Deniz İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Deniz İş Kanunu, genel anlamda ücretin ödenme yeri ve zamanını düzenlemiştir (m. 29). Geniş anlamda "ücret" kavramı yıllık izin ücretini de kapsamaktadır. Nitekim, Deniz İş Kanunu'nda, "Ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak gemiadamına işi karşılığında işveren veya işveren vekili tarafından ödenen bir meblağdır." (m. 29 / I) düzenlemesi yer almaktadır. Bu tanım içerisinde yıllık izin ücretinin de girdiği kabul edilmelidir. Bu nedenle, yıllık izin ücretinin ödenme yeri konusunda da, 854 s. Kanun m. 29 çerçevesinde, genel olarak ücretin ödenmesi konusundaki kurallar geçerli olacaktır<sup>40</sup>.

## 2. İş Sözleşmesinin Sona Ermesi Durumunda Yıllık İzin Ücreti

Yıllık ücretli izin hakkı, iş sözleşmesi devam ettiği müddetçe gecikmeli de olsa fiilen kullanılması gereken bir haktır. Yıllık ücretli izni fiilen kullanmak yerine karşılığı ücreti almak veya yıllık ücretli izin hakkından feragat anlamına gelecek başkaca bir hukuki tasarrufta bulunmak mümkün değildir. Ancak, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, artık hak kazanılan ve sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar kullanılmayan yıllık ücretli izin sürelerinin kullanılması fiilen mümkün değildir. Bu

nedenle, iş sözleşmesi devam ederken, feragat edilemeyen, devredilemeyen ve bu yönleriyle işçinin şahsına bağlı bir hak olarak kabul edilen yıllık ücretli izin hakkı, sözleşmenin sona ermesi ile birlikte sıradan bir ücret alacağına dönüşmüş olmaktadır<sup>41</sup>. Bu durum, sadece 4857 s. Kanun kapsamında çalışan işçiler için değil, hangi kanun kapsamında yer alırsa alsın, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan tüm işçiler yönünden geçerli bir sonuçtur. Dolayısıyla, Deniz İş Kanunu kapsamındaki bir işçi yönünden de aynı durum söz konusudur<sup>42</sup>.

Bu noktada, açıklığa kavuşturulması gereken ilk husus, sözleşmenin her türlü sona erme halinin aynı sonucu doğurup doğurmayacağıdır. Diğer kanunlarda olduğu gibi yıllık ücretli izin konusunda da en ayrıntılı düzenlemeleri içeren 4857 s. Kanun açısından konu değerlendirildiğinde, iş sözleşmesi ne şekilde sona ererse ersin, hak kazanılan ve kullanılmayan yıllık ücretli izin süresine ait ücretin, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden işçiye veya hak sahiplerine ödeneceğinin kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır (m. 59). Dolayısıyla, 4857 s. Kanun, bu konuda, sözleşmenin sona erme şekline bağlı bir ayırım yapmamıştır.

854 s. Deniz İş Kanunu yönünden ise aynı şeyi söyleyebilmek mümkün değildir. Deniz İş Kanunu, bu konuyu düzenleyen 40. maddesinde, gemi adamının, hak kazandığı yıllık ücretli izni kullanmadan iş sözleşmesinin 14. maddenin II, III ve IV. Bentlerine göre sona ermesi halinde, izin süresine ait ücretin gemi adamına ödenmek zorunda olduğunu düzenlemiştir<sup>43</sup> (m. 40/son). Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesi, iş sözleşmesinin önelsiz feshi ve kendiliğinden sona ermesi hallerini düzenlemektedir. Buna göre, iş sözleşmesinin, işveren veya işveren vekili tarafından Deniz İş Kanunu'nun 14/I. maddesi kapsamında gemi adamının her hangi bir limanda geminin hareketinden

41 Süzek, 837.; Bu konudaki tartışmalar için bkz. Akyiğit, Ercan: Kullanılmayan Yıllık İzin Ücretinde Gecikme Faizi, TÜHİS, C. 20, S. 3, Ağustos-2006, 6 vd.

42 Kar, 130.

43 Bkz. Şakar, 364.

40 Bkz. Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 36, 37.

önce gemiye dönerek hizmete girmemesi veya gemiye hiç dönmemesi, gemi adamının gemide çalışmasının tutukluluk veya hapis veya gemide çalışmaktan men edilme gibi nedenlerle imkansız hale gelmesi, gemi adamının kanuna veya hizmet sözleşmesine veya diğer çalışma koşullarına aykırı hareket etmesi, gemi adamının denizcilik kural ve teamüllerine veya ahlak ve adaba aykırı hareket etmesi nedeniyle feshedilmesi durumunda, gemi adamı, kullanmadığı yıllık ücretli izin süresine ait ücretlerini alamayacaktır<sup>44</sup>. Bu noktada unutulmaması gereken husus, daha önce de ifade edildiği gibi, 854 s. Kanun m. 14/I kapsamında fesih nedeniyle ödenmeyecek olan yıllık izin ücretinin, son yıla ilişkin yıllık izin ücreti olduğudur. Daha önceki yıllarda hak kazanılan ancak fesih tarihine kadar kullanılmayan yıllık izin haklarına ilişkin ücretler ödenecektir.

İş sözleşmesinin, m. 14/II kapsamında gemiadamı tarafından, ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak ödenmemesi, iş şartlarına aykırı hareket edilmesi, denizcilik kural ve teamülleri veya ahlak ve adaba aykırı hareket edilmesi nedeniyle feshedilmesi; m. 14/III kapsamında işveren, işveren vekili veya gemi adamı tarafından, geminin her hangi bir sebeple 30 günden daha fazla süreyle seferden kaldırılması, gemi adamının her hangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesi nedeniyle feshedilmesi; m. 14/IV kapsamında geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya Türk bayrağından ayrılması nedeniyle iş sözleşmesinin kendiliğinden son bulması durumunda gemi adamı kullanmadığı yıllık izin süresine ait ücreti alabilecektir.

Ancak, Ülkemizin de taraf olduğu 146 sayılı Sözleşme, hak kazanılan yıllık ücretli izin kullanılmadan işten ayrılan veya işten çıkartılan gemi adamının, hak kazandığı yıllık izin sürelerine ilişkin ücretini alacağını düzenlemiştir (m. 7/III). Sözleşmenin bu düzenlemesi karşısında, Deniz

İş Kanunu'nda yapılan bu ayrımın uygulanabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, 854 s. Kanun m. 14/I kapsamında yapılan fesihlerde de gemiadamına, kullanmadığı yıllık izin sürelerine ilişkin ücret alacaklarının ödeneceği kabul edilmelidir.

İş sözleşmesinin sona erme şekilleri sadece 854 s. Kanun'un 14. maddesinde sayılanlardan ibaret değildir. İş Sözleşmesinin gemi adamı veya işveren tarafından 854 s. Kanun m. 16 kapsamında önelli fesih yoluyla sona erdirilmesi, belirli süre veya sefer için yapılan iş sözleşmelerinin kendiliğinden sona ermesi, ölüm nedeniyle iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi veya tarafların anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirmeleri durumlarında kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret alacaklarının talep edilip edilemeyeceğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu konuya ilişkin olarak Deniz İş Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tüm bu hallerde, işveren tarafından iş sözleşmesinin m. 14 / I kapsamında haklı nedenle feshi halinde olduğu gibi, yıllık izin sürelerine ilişkin ücretin talep edilmesini yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine yorum ilkesinden hareketle, sözleşmenin yukarıda sayılan hallerden birisine dayalı olarak sona ermesi halinde de, gemi adamı veya ölmesi halinde mirasçıları, genel hükümler çerçevesinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret alacaklarını talep edebileceklerdir.

Kaldı ki, daha öncede ifade edildiği üzere, 854 s. Deniz İş Kanunu ve diğer İş Kanunları karşısında genel kanun olma özelliğine sahip kanun Borçlar Kanunu'dur. Borçlar Kanunu, bu konuya ilişkin olarak "Hizmet Sözleşmesinin her hangi bir sebeple sona ermesi halinde, işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir." (m. 425) düzenlemesini içermektedir. Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu, bu konuya ilişkin olarak sözleşmenin sona erme şekline bağlı her hangi bir ayırım yapmamış, iş sözleşmesi hangi sebeple sona ererse ersin kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretin talep edilebileceğini öngörmüştür. 146 sayılı Sözleşme de aynı hususu içermektedir. O

<sup>44</sup> Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 39; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 553, 554.



halde, 854 s. Kanun açısından, iş sözleşmesinin tüm sona erme hallerinde, kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretler gemiadamları veya mirasçıları tarafından talep edilebilecektir<sup>45</sup>.

Bu konuya ilişkin olarak açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus da, kullanılmayan yıllık ücretli izin sürelerinin belirlenmesidir. Bu noktada yapılması gereken ilk iş, gemi adamının yıllar itibariyle hak kazandığı yıllık izin sürelerini Deniz İş Kanunu m. m. 40 / II ve ILO'nun 146 sayılı Sözleşmesi kapsamında belirlemek olacaktır. Yıllar itibariyle hak kazanılan toplam yıllık ücretli izin süresi, yıldan artan çalışma süresi de dikkate alınarak, belirlendikten sonra kullanılan toplam yıllık ücretli izin süresinden çıkarılacaktır. Böylece, gemi adamının, fesih tarihi itibariyle hak kazandığı ama kullanmadığı yıllık ücretli izin süresine ulaşılmış olacaktır.

854 s. Kanun, iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını öngörmüştür (m. 5). Yine, gemi adamına yapılacak her türlü ödemenin "Ücret Ödeme Defteri"ne kaydedilmesini ve söz konusu kayıtların imza veya makbuzla belgelenmesi şart koşulmuştur. Yine, belgeye dayanmayan ödeme iddialarının da geçerli olmayacağı belirtilmiştir (m. 31). Bunlara ilave olarak, gemi adamına yapılacak bildirimlerin yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması da yasal düzenleme haline getirilmiştir (m. 47). Tüm bu düzenlemeler karşısında, gerek yıllık izne çıkarıldığı için gerekse yıllık izin ücretinin ödendiği hususunun işveren tarafından yazılı delil ile ispat edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır<sup>46</sup>.

854 s. Deniz İş Kanunu'nda, hak kazanılan fakat iş sözleşmesinin sona erme tarihi itibariyle kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin ödenmesinde, hangi dönem ücretinin esas alınacağı konusunda da her hangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, daha öncede değindiğimiz üzere, devredilmez ve vazgeçilmez bir hak olarak tanımlanan yıllık ücretli izin hakkı, iş sözleş-

mesinin sona ermesi ile birlikte sıradan bir ücret alacağına dönüşmektedir<sup>47</sup>. Bu nedenle, kullanılmayan yıllık izin sürelerine ilişkin ücret alacağının da, bu hakkın normal bir ücret alacağına dönüştüğü sona erme tarihindeki ücret üzerinden hesaplanması ve ödenmesi gerekecektir. Nitekim, iş kanunları karşısında genel kanun olma özelliğine sahip Borçlar Kanunu uyarınca da, kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin, işçinin son aylık ücreti üzerinden ödenmesi öngörülmüştür (m. 425). Bu nedenle, gemi adamının, iş sözleşmesinin sona erdiği tarih itibariyle kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki son ücreti üzerinden hesaplanarak ödenecektir<sup>48</sup>.

Bu konu ile bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, zamanaşımı meselesidir. Buraya kadarki açıklamalarımızda da bir çok defa değindiğimiz üzere, yıllık ücretli izin hakkı, vazgeçilmez, devredilmez, işçinin şahsına bağlı bir haktır. Dolayısıyla, sözleşme devam ettiği müddetçe zamanaşımına uğraması mümkün değildir. Ancak, iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte bu hak normal bir ücret alacağına dönüşmektedir. Bu durumda, yine aynı iddiada bulunabilmek mümkün değildir. Yıllık izin hakkının ücret alacağına dönüşmesi ile birlikte, diğer ücret alacakları için söz konusu olacak olan zamanaşımı süresi, yıllık izin süresine bağlı ücret alacağı için de söz konusu olacaktır<sup>49</sup>. Deniz İş Kanunu'nda, zamanaşımı süresine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 7036 s. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 15. maddesi ile 4857 s. Kanun'a eklenen ek m. 3'de, iş sözleşmesinden kaynaklanmak koşuluyla, hangi kanuna tabi olursa olsun yıllık ücretli izin hakkına ilişkin ücret alacakları yönünden zamanaşımı süresi 5 yıl olarak belirlenmiştir. Bu nedenle, Deniz İş Kanunu yönünden de, yıllık izin ücret alacağı açısından

45 Kar, 131-132.; Ayrıca bkz. Akyiğit, Yıllık İzin Ücreti Mirasçıya Geçmez mi?, 14 vd.; Akyiğit, Kullanılmayan Yıllık İzin Ücretinde Gecikme Faizi, 3.

46 Yarg. 9. H.D., 31.10.2011, 2009 / 26605 E., 2011 / 41599 K., Kazancı Hukuk Otomasyon İçtihat Bilgi Bankası.

47 Süzek, 837-838: Kar, 130.

48 Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 545; Akyiğit, Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, 31, 35.

49 Süzek, 840.; Ayrıca bkz. Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 552; Akyiğit, Kullanılmayan Yıllık İzin Ücretinde Gecikme Faizi, 14 vd.

zamanaşımı süresi, sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren 5 yıldır.

Kullanılmayan ve iş sözleşmesinin sona erme tarihi itibarıyla normal bir ücret alacağına dönüşen yıllık ücretli izin hakkına ilişkin ücretlerin kim tarafından ödeneceği de, ayrıca üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu konu, Deniz İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, Deniz İş Kanunu yönünden bu konuda genel kurallar uygulama alanı bulacaktır.

İşçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarihten itibaren hep aynı işverene bağlı olarak çalışması durumunda, bu konuya ilişkin olarak her hangi bir tartışma çıkmayacaktır. Bu durumda, işçiyi çalıştıran işveren, sözleşmenin sona erme tarihi itibarıyla kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ilişkin ücret alacağından da sorumlu olacaktır. Ancak, iş sözleşmesi devam ederken işyerinin bir başka işverene devredilmesi durumunda, daha öncede değindiğimiz üzere, işçinin toplam çalışma süresi esas alınarak yıllık ücretli izin hakkı belirlenecektir. Yine, iş sözleşmesi devam ettiği sürece, yıllık ücretli izin hakkı ücret alacağına dönüşmeyecek ve yeni işveren, kullanılmayanlar da dahil olmak üzere hak kazanılan tüm yıllık ücretli izin sürelerini fiilen işçiye kullandırmak zorunda kalacaktır. İş sözleşmesinin sona ermesi durumunda ise, bu hak normal bir ücret alacağına dönüşeceğinden, bu durum hangi işveren döneminde gerçekleşti ise o işveren tarafından ödenmesi gereken bir borç olacaktır. Dolayısıyla, kullanılmayan yıllık izin sürelerine ilişkin ücret alacağının ödenmesinden son işverenin sorumlu olacağı kabul edilmelidir.

## Sonuç

Dinlenme hakkı, Anayasamızın 50. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yıllık ücretli izin hakkı, anayasal bir hak olan dinlenme hakkının bir parçasıdır. Bu haktan vazgeçmek veya bu hakkı bir başkasına devretmek mümkün değildir. Bu hükümler, 854 s. Deniz İş Kanunu kapsamında düzenlenen yıllık ücretli izin hakkı için de aynen geçerlidir.

854 s. Kanun'un yıllık ücretli izin sürelerine ilişkin düzenlemeleri, iş kanunlarının genel amacına da uygun olarak, nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle yasal düzenlemelerde tanınan hakların üzerinde haklar elde edilmesi mümkündür.

Deniz İş Kanunu, yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için, diğer iş kanunlarında olduğu gibi, asgari çalışma süresi öngörmüştür. Buna göre, bir işveren yanında çalışmaya başlayan gemi adamı altı aylık çalışma süresini tamamladığında yıllık ücretli izne hak kazanacaktır. Sonrasında ise, her bir yıllık çalışma süresini tamamlaması karşılığında yıllık ücretli izne hak kazanacaktır. Sözleşmenin sona ermesi durumunda ise, gemi adamının çalışma süresi dikkate alınarak kıstelyevm esasına göre hak kazanılan yıllık ücretli izin süresi belirlenecektir. Hak kazanılan yıllık ücretli izin süreleri takip eden yıl içerisinde kullanılacaktır. Yıllık ücretli izin hakkının kazanılmasına esas çalışma süresinin belirlenmesinde, aynı işverene ait aynı veya birden fazla gemide geçen aralıklı veya aralıksız tüm çalışma süreleri dikkate alınacaktır.

Deniz İş Kanunu'na göre, altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemi adamı en az 15 gün yıllık ücretli izne hak kazanacaktır. Bir yıl ve daha fazla çalışma süresi olan gemi adamı ise her yıl için en az bir ay yıllık ücretli izne hak kazanacaktır. Yıllık izin süresi içerisinde kalan diğer izin süreleri ile raporlu olunan süreler ise yıllık izin süresinden sayılmayacak ve bu süreler kadar yıllık izin süresi uzayacaktır. Yıllık ücretli iznin kullanılacağı tarihi belirleme konusunda nihai olarak karar verme yetkisi işverenedir. Her bir yıllık çalışma karşılığında hak kazanılacak olan yıllık ücretli iznin yıl içerisinde karşılıklı anlaşma ile ikiye bölünerek kullanılması da mümkündür.

Yıllık izin ücreti, izne çıkmadan önce gemi adamına peşin olarak verilecektir. Hesaplama, günlük 8 saatlik ücret esas alınarak yapılacaktır.

İş sözleşmesinin sona ermesi durumunda, gemi adamının hak kazanıp da fesih tarihi itibarıyla kullanmadığı yıllık izin hakkı ücret alacağına dönüşecektir. Bu durumda, işveren, gemi adamı

nın son ücreti üzerinden kullanılmayan yıllık izin sürelerine ilişkin olarak ücret ödemesi yapacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akyiğit, E., 2000, Yıllık İzin Ücreti Mirasçıya Geçmez mi?, TÜHİS, C. 15-16, S. 6-1, Kasım 1999 – Şubat 2000, 12-23.
- Akyiğit, E., 2000, 1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Türk-Alman-İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı, Ankara, Seçkin Yayınevi. (Yıllık Ücretli İzin).
- Akyiğit, E., 2006, Kullanılmayan Yıllık İzin Ücretinde Gecikme Faizi, TÜHİS, C. 20, S. 3, Ağustos-2006, 1-16.
- Akyiğit, E., 2008, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi. (İş Kanunu Şerhi).
- Akyiğit, E., 2011, Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Sicil, İHD, S. 21, Mart-2011, 25-39.
- Akyiğit, E., 2011, Yıllık Ücretli İzin Konusunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı, Çalışma ve Toplum, Sayı 30, 2011 / 3, 73-91.
- Akyiğit, E., Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, TÜHİS, C. 24, S. 1-2, Şubat-Mayıs 2012, 1-41.
- Çelik, N. / Caniklioğlu, N. / Canpolat, T., 2018, İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Çöğenli, M. Taner, 1983, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul, Üçdal Neşriyat.
- Kar, B., 2011, İçtihatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Kar, B., Deniz İş Sözleşmesi, Sicil, İHD, S. 23, Eylül-2011, 46-53.
- Süzek, S., 2018, İş Hukuku, 16. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Şakar, M., 2018, İş Hukuku Uygulaması, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.

## Dr. Öğr. Üyesi Sedef KOÇ TANGÜN\*

Makale Gönderim Tarihi: 7 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 13 Aralık 2018

### Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı

#### Öz

Stajyer olarak adlandırılan çalışan grubunun çalışma ilişkileri ve sigortalılık durumları ile ilgili olarak son yıllarda birçok düzenleme yapılarak konuya ilişkin çeşitli hukuki sorunlar çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu çalışmada, öncelikle stajyer kavramının ortaya konulması, ardından stajyerlerin hukuki statüsü ve sigortalılığına ilişkin hukuki düzenlemeler

ile mevcut uygulamaların değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Çalışmanın sonucunda, staj ve stajyer kavramlarına ilişkin düzenlemelerin, bu kavramları tüm yönleriyle net bir şekilde ortaya koyamadığı tespit edilmiştir. Stajyerlerin işçi olmadıkları ve sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından sigortalı sayıldıkları

#### Anahtar Sözcükler:

Staj, stajyer, 3308 s. Kanun, ücret, sosyal güvenlik, kısmi sigortalı, sigortalılık süresi

### The Concept of Trainee and Trainees' Social Security

#### Abstract

In recent years, many regulations have been made regarding the working relations and insurance status of the worker group called trainee in an attempt to solve various legal problems about this subject matter. The main purpose of this study is firstly to define the concept of the trainee, then to evaluate the legal regulations concerning the legal status and social security of the trainees and the cur-

rent practices. As a result of the study, it has been determined that the regulations related to the internship and trainee concepts cannot clearly reveal these concepts in all aspects. It has been emphasized that the trainees are not employees and the internship does not initiate the long term insurance period since they are only insured against occupational accidents and diseases.

#### Keywords:

Internship, trainee, the Law no: 3308, wage, social security, partial insurance, insurance period

\*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı – kocsedef@gmail.com

## Giriş

Okulda aldığı teorik bilgiyi işyeri ortamında geliştiren kişi olarak tanımlanan stajyerin yaptığı iş, kendini yetiştirmek için yapılan gönüllü çalışmaya mı yoksa işverene verilen bir hizmet olarak mı değerlendirilmelidir? Bu soruya verilecek cevap, işverenlerin staj yapmak için kendilerine başvuran öğrencilere karşı sorumluluklarının tespit edilmesi açısından önem taşımaktadır. Stajdaki mesleki gelişim amacı açıktır. Bununla beraber, bu amaçla işveren yanında ve onun yararına yapılan çalışma da göz ardı edilmemelidir. Kötüye kullanmaların engellenmesi için, işverenlerin, stajyerlerin çalışma şartlarına ilişkin bazı kurallara tabi olmaları gerekir. Buna karşılık, stajyerlerin de staj yaptıkları işyerinin kurallarına uymaları beklenir.

Türk hukukunda, stajyerlerin çalışma ilişkileri ve sigortalılık durumları hakkında son yıllara kadar kanuni düzenleme bulunmamaktaydı. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile birlikte ilk defa kısmen sigortalı sayılan stajyerlerin yaptıkları iş de, çeşitli yönetmeliklerde ve son olarak 2 Aralık 2016 tarihli Kanun ile değiştirilen 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda tanımlanmıştır.

Bu çalışma kapsamında incelenen stajyer kavramı, teknik ve hukuki olarak, işyeri ortamında mesleki bilgisini geliştiren öğrenciyi ifade etmektedir. Kişinin stajyer olarak nitelendirilebilmesi için mesleki ve teknik eğitim yapan bir ortaöğretim ya da yükseköğretim kurumunda öğrenci olması ve zorunlu olarak veya okulun onayı dahilinde bir işveren yanında mesleki bilgisini geliştirmek amacıyla çalışması gerekmektedir. Bunun dışında, staj ve stajyer kavramlarının çeşitli meslek gruplarıyla ilgili düzenlemelerde, öğrenim sonrası o mesleğin mensubu olabilmenin şartı olarak yer aldığı da görülmektedir. Hukuk fakültesi mezunlarının Avukatlık Kanunu hükümleri çerçevesinde yapmak zorunda oldukları staj böyledir. Stajyer avukat”, öğrencilik dönemini bitirmiş olup mesleğin icrası için zorunlu olan

stajını yapmaktadır<sup>1</sup>. Bu şekilde öğrencilik sonrası yapılan meslek stajları, bu incelemenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

## I. Staj ve Stajyer Kavramları

### A- İlgili Hukuki Düzenlemeler

Stajyer, belirli bir meslek alanında aldığı teorik bilgiyi, bir işyeri ortamında geliştiren kişi olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>. Doktrinde bu şekilde ifade edilen ve önceden beri uygulaması olan staj ve stajyerlik, yakın zamana kadar hukuki düzenlemelerde yer almış değildi. Staj kavramı ile ilgili hukuki düzenlemeler geriye doğru incelendiğinde, konunun önce ortaöğretim öğrencilerinin okul dışında yaptıkları çalışmalar kapsamında ele alındığı ve yönetmelik düzeyinde düzenlendiği görülmektedir. Mevcut durumda, staj ve stajyerlikle ilgili en kapsamlı hükümlerin yer aldığı Mesleki Eğitim Kanunu düzenlemelerinden önce, Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliği ile Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde staj tanımına yer verilmiştir.

Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik<sup>3</sup> ile staj, “teorik ve uygulamalı eğitimlerinin tamamını kurumda yapan öğrencilerin; mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmelerini, iş hayatına uyumlarını, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişmelerini sağlamak amacıyla yükümlü olduk-

1 Stajyer avukatların, öğrencilere tanınan ekonomik hak ve kolaylıklardan yararlanmalarını sağlamak amacıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, Eylül 2018’de TBMM Başkanlığına sunulmuştur; <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1078.pdf>

2 EKONOMİ M., İş Hukuku, Cilt I Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 48; ÇELİK N. /CANIKLIOĞLU N. /CANBOLAT T., İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018, s. 92; SÜZEK S., İş Hukuku, İstanbul 2018, s. 149; MOLLAMAHMUTOĞLU H. / ASTARLI M. /BAYSAL U., İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017, s. 60; GÜVEN E. /AYDIN U., Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2017, s. 36-37; AKYİĞİT E., Toplu İş Hukuku, Ankara 2015, s.117 vd.; GÜZEL A. / OKUR A. R. /CANIKLIOĞLU N., Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2016, s. 123; ARICI K., Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s. 232

3 RG, 20.09.2008, S. 27003

ları çalışma” olarak tanımlanmıştır.

Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 126. maddesine göre de, “Teorik ve uygulamalı eğitimlerinin tamamını okulda yapan öğrenciler, öğretim programlarıyla kazandırılması öngörülen mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmelerini, sektörü tanımalarını, iş hayatına uyumlarını, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişmelerini sağlamak amacıyla staj çalışması yapar.”<sup>4</sup>

Amacı çırak, kalfa ve ustaların eğitimi ile okullarda, yükseköğretim kurumlarında ve işletmelerde yapılacak mesleki eğitime ilişkin esasları düzenlemek olan 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nda 2016 yılında 6764 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılmış ve Kanunun tanımlar maddesine staj tanımı da eklenmiştir. 3. maddenin 1. fıkrasının r bendine göre, staj, “Yükseköğretim Kurulunca, yükseköğretim kurumlarında verilmekte olan her düzeydeki alana özgü olarak belirlenen teorik ve uygulamalı dersler dışında, öğrencilerin öğretim programlarıyla kazandırılması öngörülen mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmeleri, sektörü tanımaları, iş hayatına uyumları, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişmeleri amacıyla işletmede yaptıkları mesleki çalışma”dır. Her ne kadar tanımında sadece yükseköğretim kurumları öğrencilerinin dersleri dışında yaptıkları mesleki çalışmadan bahsedilmiş ise de, Kanunun aşağıda incelenecek olan 18. maddesinde mesleki ve teknik eğitim yapan ortaöğretim ve yükseköğretim kurumları öğrencilerine yaptırılacak staj konu edilmektedir.

4 07.09.2013 tarih ve 28758 sayılı RG'de yayınlanmış olan yönetmeliğin ilk halinde, bu hüküm, “Teorik ve uygulamalı eğitimlerinin tamamını okulda yapan öğrenciler, mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmelerini, iş hayatına uyumlarını, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişmelerini ve okulda olmayan tesis, araç-gereci tanımalarını sağlamak amacıyla staj veya yaz uygulamaları çerçeve öğretim programında belirtilen esaslara göre yapar.” şeklindedir. Anılan yönetmelik, 26.03.2017 tarih ve 30019 sayılı RG'de yayınlanan Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değiştirilmiştir.

## B- Stajyer Kavramının Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi

Yasal düzenlemelere bakıldığında, stajyerlerin genelde çıraklarla birlikte anıldığı görülmektedir. Stajyerler de, işçi ve çıraklar gibi işyerinde işveren yanında faaliyette bulunmakla birlikte, stajyerlik ilişkisi, ne iş ilişkisi ne de çıraklık ilişkisi olarak nitelendirilebilir<sup>5</sup>.

İşçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de ücret ödemeyi üstlendiği iş sözleşmesinin unsurları, iş görme, ücret ve bağımlılıktır (İş Kanunu m. 8). Staj çalışmasında ise, iş sözleşmesindeki iş görme ve ücret unsurları değil, stajyerin mesleği öğrenerek iş hayatına hazırlanması ön plandadır<sup>6</sup>.

Aslında, iş görme ve ücret unsurları ile belirli bir ölçüde bağımlılık unsurunun staj ilişkisinde de görülmesi mümkündür. İş görme ediminin konusu olan iş, ekonomik bakımdan iş olarak değerlendirilebilen her türlü çalışmadır. Staja bu açıdan bakıldığında, stajyerin de işyerinde bir çalışma yaptığı, mesleki bilgi ve becerisini geliştirirken aynı zamanda bulunduğu işletmeye bir hizmet sunduğu görülmektedir. Birazdan ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, stajyer bu çalışmayı ücret karşılığında yapmaktadır. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde, sigorta girişi yapılmış olan stajyere ücret ödeme zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca, stajyerin de belirli bir ölçüde bağımlılık ilişkisi

5 “Mahkemece aradaki ilişkinin hizmet akdine dayandığı kabul edilerek istek doğrultusunda hüküm kurulmuş ise de, somut olayda bir stajyerlik ilişkisinin mevcut olduğu konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Taraflarca düzenlenmiş bulunan 06.07.1998 tarihli ve “İş Mukavelesi” başlıklı belgede de davacının stajyer öğrenci olarak faaliyette bulunacağı açıkça belirtilmiş olup, bir hizmet akdi söz konusu olmadığına göre, bu dava İş Mahkemesinde görülemez.” Yarg. 9. HD., 11.06.2001, E. 2001/9175, K. 2001/9903, Çimento İşveren, Eylül 2001, C. 15, S. 5, s. 39; “3308 Sayılı Meslek Eğitimi Kanunu'na göre, işletmelerde meslek eğitimi gören öğrenciler ile eğitim gördüğü yerin işyeri sahibi arasındaki sözleşme, 4857 sayılı İş Kanunu anlamında bir iş sözleşmesi niteliğinde değildir. Dolayısıyla, davacının talebi hakkında görevli mahkeme iş mahkemesi değil, genel görevli mahkeme yani Asliye Hukuk Mahkemesidir.”, Yarg. 22. HD., 04.03.2014, 2013/6970, 2014/4726, www.kazanci.com

6 DOĞAN YENİSEY K. /KABAKCI M., Gönüllü Emeği ve İş Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017, s. 101

içinde olduğu söylenebilir<sup>7</sup>. Bir organizasyona dahil olmaktan kaynaklanan fonksiyonel bağımlılık<sup>8</sup>, staj ilişkisinde de görülmektedir. 3308 s. Kanun, işletmelerde staj yapan öğrencilerin, işyerlerinin şartlarına ve çalışma düzenine uymak zorunda olduklarını belirtmiştir (m. 21).

Bununla birlikte, çalışmanın özüne ve amacına bakıldığında staj ilişkisinin iş sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği görülür. Teorik eğitimlerini mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında alan öğrenciler, mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmek, iş hayatına hazırlanmak, gerçek hizmet ve üretim ortamında yetişmek amacıyla işletmelerde mesleki eğitim yapmakla yükümlü tutulmuşlardır. Stajın amacı, bu öğrencilerin okulda aldıkları teorik bilgiyi işyeri ortamında geliştirmeleridir. Stajyerin bu şekilde bir işveren yanında kendini geliştirmesi, iş sözleşmesine dayalı bir çalışma teşkil etmemektedir.

Stajyer işçi olmadığı için staj ilişkisine ve stajyerlere İş Kanunu hükümleri uygulanmaz, stajyerler işyerindeki işçi sayısına dahil edilmezler ve işyerinde stajyer olarak geçirilen süre kıdeme bağlı haklar açısından dikkate alınmaz.

Buna karşılık, "staj" adı altında yapılan ancak gerçekte staj tanımına uymayan ve iş sözleşmesinin unsurlarını taşıyan bir çalışma mevcutsa elbette iş ilişkisi söz konusu olacaktır<sup>9</sup>. Öğrencilerin boş zamanlarında işçi olarak çalışmalarına bir engel yoktur. Tanımı verilen staj kapsamı dışında, iş sözleşmesine dayanarak çalışan bir öğrenci tüm sigorta kollarına tabi olacaktır<sup>10</sup>. İşyerine stajyer olarak alınan öğrencinin staj süresinden sonra iş-

yerinde çalışmaya devam ettirilmesi durumunda da, kural olarak iş sözleşmesinin kurulmuş olduğu kabul edilecektir<sup>11</sup>.

Stajyer, çıraktan da farklı bir kavramdır. İşyerlerinde ihtiyaç duyulan nitelikli işgücü ihtiyacının karşılanması için işçilerin işyerinde yetiştirilmesi amacıyla hizmet ettiği görülen çıraklığın konusu bir meslek ya da sanatın öğrenilmesidir<sup>12</sup>. Mesleki Eğitim Kanununa göre, çırak, "çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişiyi" ifade eder. Stajyer ise, yeni bir mesleği öğrenme amacıyla değil, var olan teorik bilgisini geliştirme amacıyla çalışmakta olup bu yönüyle çıraktan ayrılır<sup>13</sup>.

Çırak ve stajyerlerin ortak yönü, yaptıkları çalışmanın mesleki eğitim başlığı altında ele alınmasıdır. Nitekim, her iki kavramın tanımı da Mesleki Eğitim Kanununda yapılmış ve ilgili düzenlemeler bu kanunda yer almıştır. Kanunun amacı, ilk maddede "çırak, kalfa ve ustaların eğitimi ile okullarda, yükseköğretim kurumlarında ve işletmelerde yapılacak mesleki eğitime ilişkin esasları düzenlemek" olarak ifade edilmiştir.

Mesleki eğitimin, öğrencilere mesleğe yönelik becerilerin kazandırılmasının eğitim süreci içerisinde ele alınması ile ortaya çıkmış bir alan olduğu ifade edilmektedir<sup>14</sup>. Özellikle son dönemlerde, ekonominin güçlenmesi ve genç işsizliğin azalması için mesleki eğitimin önemini altı çizilmektedir. Nitelikli iş gücü ihtiyacının karşılanması ve bu yolla yerli üretimin arttırılmasının mesleki eğitimden geçtiği vurgulanmaktadır<sup>15</sup>.

7 DOĞAN YENİSEY/KABAKCI, s. 30, 37

8 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SUPLOT A., Les nouveaux visages de subordination, Droit Social, Février 2000, s. 131-145

9 Yargıtay, altı aylık kıdemin hesabı ile ilgili kararda şu şekilde ifade etmiştir: "Çıraklık ilişkisi, İş Kanunu'nun 4'üncü maddesindeki istisnalar arasında sayıldığından, altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz. Buna karşılık stajyer olarak geçirilen süre, stajyerliğin İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 1'nci fıkrasında anlamında iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirilmiş olması hâlinde sürenin hesabında dikkate alınacaktır.", Yarg. 7. HD., 21.4.2016, 2016/153, 2016/8918, www.kazanci.com

10 SÖZER A. N., Öğrencilerin Sosyal Güvenliği, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011, s. 2197

11 EKONOMİ, s. 49

12 ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 88; çıraklık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. UŞAN F., Çıraklık Sözleşmesi, Konuya 1994

13 GÜVEN/AYDIN, s. 36

14 Türkiye'de Mesleki ve Teknik Eğitimin Görünümü, TC Milli Eğitim Bakanlığı, Eğitim Analiz Değerlendirme Raporları Serisi, No:1 Kasım 2018, s. 15

15 Fransa'da da, benzer gerekçelerle, 1 Ağustos 2018'de kabul edilen "Mesleki geleceğini seçme özgürlüğü"ne ilişkin kanun ile çıraklık ve mesleki eğitim yeniden düzenlenmiştir. Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. <https://travail-emploi.gouv.fr/formation-professionnelle/>, E.T. 12.11.2018

3308 s. Kanun'da, çırak ve stajyer dışında, "işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenci" kavramından da bahsedilmektedir. Anılan kanunun stajyerleri kapsamadığı dönemde, işletmelerde mesleki öğretim gören öğrencilerin stajyer olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu akla gelmiştir. Başka hukuki metinlerde stajyer kavramından bahsediliyor olması ve kanunkoyucunun burada bu kavrama yer vermemesi gerekçesiyle stajyer ve işletmede mesleki eğitim gören öğrenci kavramlarının birbirinden farklı olduğu ifade edilmiştir<sup>16</sup>. Kanunda değişiklik yapıp staj ve stajyer kavramlarına yer verildikten sonra da her iki kavramın aynı madde metninde (m. 25) birlikte yer alması, "stajyer" in "işletmede mesleki eğitim gören öğrenci"den farklı bir kavram olduğunu göstermektedir.

## II. Stajyerlerin Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar

Yukarıda açıklandığı üzere, öğrencilerin öğretim programlarıyla kazandırılması öngörülen mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmeleri, sektörü tanımaları, iş hayatına uyumları, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişmeleri amacıyla işletmede yaptıkları mesleki çalışmayı ifade eden staj, ya eğitimin tamamlanması için okul tarafından zorunlu tutulmuş ya da öğrencinin isteği üzerine okul tarafından onaylanmış olmalıdır.

Mesleki ve Teknik Eğitim Yönetmeliği ile Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde yer alan staj tanımlarında, öğrencilerin bu çalışmayı yapma yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Yükseköğretim kurumları öğrencileri açısından da, eğitim-öğretim programının özelliğine göre staj zorunluluğu getirilebildiği görülmektedir. Üniversitelerin stajla ilgili düzenlemeleri incelendiğinde, genel olarak staj çalışmalarının bir fakülte staj komisyonu tarafından yürütüldü-

ğü, tarihi, süresi ve diğer şartlarının yine üniversite tarafından belirlendiği, üniversiteye gelen staj yerlerinden uygun olanların öğrencilere duyurulduğu ve öğrenci başvurularına göre yerleştirme yapıldığı, öğrencilerin kendi buldukları ve üniversitenin uygun gördüğü yerlerde de staj yapma imkanlarının olduğu görülmektedir.

Stajyer öğrencilerin durumu ile ilgili olarak, 6764 s. Kanun<sup>17</sup> ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin uygulanmasına ilişkin olarak da 23 Aralık 2016 tarihli Milli Eğitim Bakanlığı yazısı yayınlanmıştır<sup>18</sup>.

3308 s. Kanun'un 18. maddesinin 6764 s. Kanun ile değişik 1. fıkrasına göre, "On ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, çalıştırdıkları personel sayısının yüzde beşinden az olmamak üzere mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumu öğrencilerine beceri eğitimi, mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumu öğrencilerine staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırır. Öğrenci sayısının tespitinde kesirler tam sayıya tamamlanır. Bu işletmeler mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumu öğrencilerine staj yaptırabilir."<sup>19</sup> Aynı maddenin 3. fıkrası, ondan az personel çalıştıran işletmelerin de mesleki ve teknik okul ve kurumları öğrencilerine beceri eğitimi, staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırabileceğini belirtmiştir.

Madde metninde bahsi geçen "personel", aynı kanunun 3. maddesinin k bendinde "kamu ve özel kurum, kuruluş ve işyerlerinde maaş ya da ücret karşılığında çalışan kadrolu veya sözleşmeli elemanlar ile işçiler" olarak tanımlanmıştır. "İşletme" ise, yine 3. maddede "mal ve hizmet üreten kamu ve özel kurum, kuruluş ve işyerleri" olarak ifade edilmiştir<sup>20</sup>. O halde, en az on çalışmanı bulunan

17 Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 09.12.2016, S. 29913

18 [http://mtegm.meb.gov.tr/meb\\_jys\\_dosyalar/2016\\_12/23012341\\_6764\\_sayili\\_kanunun\\_uygulanmasi.pdf](http://mtegm.meb.gov.tr/meb_jys_dosyalar/2016_12/23012341_6764_sayili_kanunun_uygulanmasi.pdf)

19 Anılan hükmün ilk hali şu şekildedir: "50 ve daha fazla işçi çalıştıran işletmeler, çalıştırdıkları işçi sayısının yüzde beşinden az, yüzde onundan fazla olmamak üzere, meslek lisesi öğrencilerine beceri eğitimi yaptırırlar."

20 "Davacının staj eğitimi gördüğü Patnos Devlet Hastanesi'nin, 3308 Sayılı Yasa'nın 3/1 maddesi uyarınca "(Ek:

16 AKYİĞİT, s. 120



kamu veya özel sektör işletmeleri, beceri eğitimi, staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırmak zorundadır. Bu Kanun kapsamında on ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerince her yıl şubat ayı içerisinde il millî eğitim müdürlüklerine ve o ildeki yükseköğretim kurumlarına bildirilir (m. 18/5).

Kanuni düzenleme çerçevesinde, en az 10 personeli bulunan işletme, personel sayısının % 5'inden az olmamak üzere, mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumu öğrencilerine *beceri eğitimi*, mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumu öğrencilerine *staj ve tamamlayıcı eğitim* yaptırmak zorundadır; mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumu öğrencilerine de *staj* yaptırabilir. Buna göre, mesleki ve teknik eğitim yapan ortaöğretim kurumları ile yükseköğretim kurumları öğrencileri stajyer olarak çalıştırılabilmektedir. 18. maddede, en az 10 personeli bulunan işletmeler için, "mesleki ve teknik eğitim yapan ortaöğretim kurumları öğrencilerine staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırır" ve "yükseköğretim kurumu öğrencilerine staj yaptırabilir" ifadeleri kullanılmıştır. Bu ifadeden, en az 10 personeli bulunan ve personel sayısının en az % 5'i kadar öğrenciye bünyesinde beceri eğitimi, staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırmak zorunda olan işletmelerin, mesleki ve teknik eğitim yapan okul ve ortaöğretim okulu öğrencilerini kabul etmek durumunda olup, bunun dışında staj için başvuran yükseköğretim kurumu öğrencilerini ihtiyari olarak çalıştırabilecekleri anlaşılmaktadır.

Yüksek öğrenimleri sırasında okul tarafından zorunlu staja tabi tutulan öğrencilerin yanında, staj zorunluluğu bulunmadığı halde kendi istekleri ile bir işveren yanında staj yapan öğrenciler de bulunmaktadır. Aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, 5510 s. Kanun'un ilk halinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından "meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenim-

leri sırasında zorunlu staja tâbi tutulan öğrenciler" kapsama alınmıştı. 6111 s. Kanun ile yapılan değişiklikle "zorunlu" ibaresi kaldırılmıştır. Artık staj zorunluluğu bulunmayan öğrencilerin kendi istekleri ile yaptıkları staj süresince de sigortalı sayılacaklarını söylemek mümkünse de, bu stajın da okulun bilgisi ve onayı dahilinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Öğrencinin eğitim/öğrenim gördüğü okul, gerekli staj işlemlerini yürütecek ve sigorta primlerini ödeyecektir.

Konuya ilişkin kanuni düzenlemeler birlikte incelendiğinde, okul tarafından -iş kazası ve meslek hastalığı bakımından- sigortalı girişi yapılmış olan öğrencilerin stajyer statüsünde olduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında staj yapmak amacıyla çalışmak isteyen ancak okul tarafından sigortalı olarak gösterilmemiş öğrenciler işveren tarafından ancak iş sözleşmesine dayalı olarak ve sigortaları başlatılarak çalıştırılabirler.

Bu durumda, öğrenim gördüğü okul tarafından staj yapması zorunlu tutulmamış ve de kendi isteği ve imkanlarıyla bulduğu staj için gerekli işlemler okul tarafından yapılmamış öğrencilerin bir işletmede "stajyer" konumunda çalışmalarını mümkün değildir<sup>21</sup>. Örnek olarak, boş zamanlarında veya yaz aylarında bir işletmenin hukuk bölümünde ya da bir avukatlık bürosunda mesleki bilgisini geliştirmek isteyen bir hukuk fakültesi öğrencisi, stajyer sayılmayacaktır.

Bu kanun kapsamında, 18. maddedeki yükümlülüğünü yerine getirmeyen işletmeler için "mesleki eğitime katılma payı" adı altında bir yaptırım öngörülmüştür. 24. maddeye göre, "On ve daha fazla personel çalıştıran ve Bakanlıkça işletmelerde mesleki eğitim kapsamına alınan, ancak beceri eğitimi yaptırmayan işletmeler, beceri eğitimi yaptırmaması gereken her öğrenci için eğitim süresince her ay 18 yaşını bitirenlere ödenen asgari ücretin net tutarının 1/3'ü nispetinde, yirmi ve daha fazla personel çalıştırılması halinde 2/3'ü nispetinde Saymanlık hesabına para yatırmakla yükümlüdürler."

29/6/2001 - 4702/6 md.) "işletme", mal ve hizmet üreten kamu ve özel kurum, kuruluş ve işyerlerini;" ifade ettiği yönündeki düzenleme dikkate alındığında işletme vasfını taşıdığı da anlaşılmaktadır." Erzurum BAM 1. HD., 29.03.2017, E. 2017/155, K. 2017/124, www.kazanci.com

21 TUNCAY C. /EKMEKÇİ Ö., Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017, s. 320

Yine 6764 s. Kanun ile getirilen değişikliklerden biri de, işletmelerde iş pedagojisi eğitimi almış eğitici personel görevlendirilmesi konusunda olmuştur. 18. maddenin 8. fıkrasına göre, "Bu madde kapsamında on ve daha fazla öğrenciye beceri eğitimi, staj ve tamamlayıcı eğitim yaptıracak işletmeler bu amaçla bir eğitim birimi kurar. Bu birimde, yapılan eğitim için alanında ustalık yeterliğine sahip ve iş pedagojisi eğitimi almış usta öğretici veya eğitici personel görevlendirilir."

Stajyerlerin işletmede çalıştırılmasına ilişkin olarak altı çizilecek bir diğer husus, iş sağlığı ve güvenliği alanındadır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır."

### III. Stajyerlere Ücret Ödenmesi

Stajyerlerin çalışmalarına ilişkin kanuni düzenlemeler yapılmadan önce, öğrencinin staj için işyerine kabulünün eğitiminin bir parçasını teşkil ettiği ve uygulama niteliğinde yaptığı çalışmaların iktisadi değeri olmadığı gerekçesiyle işverenin ücret ödeme borcunun bulunmadığı ifade edilmekteydi<sup>22</sup>. İşverenin stajyere bir ödeme yapması durumunda, bunun kanun ya da sözleşmeden doğan bir ücret değil, kendi isteğiyle verdiği bir meblağ olduğu belirtilmiştir<sup>23</sup>.

3308 s. Kanunun ilk halinde, ücrete ilişkin 25. madde düzenlemesi şu şekildeydi: "Aday çırak, çırak ve işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücret ve bu ücretlerdeki artışlar; aday çırak veya çırağın velisi veya vasisi veya kişi reşit ise kendisi; öğrenciler için okul müdürlüğü ile işyeri sahibi arasında Bakanlıkça belirlenen esaslara göre düzenlenecek sözleşme ile tespit edilir. Ancak, işletmelerde meslek eğitimi gören

öğrenci, aday çırak ve çırağa yaşına uygun asgari ücretin % 30'undan aşağı ücret ödenemez." O sırada kanun kapsamında olmadıkları için, hükmün ilk halinde stajyerlerden bahsedilmemektedir.

6111 sayılı "Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmündeki Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun"un 61. maddesi ile, 3308 s. Meslekî Eğitim Kanununun 3. maddesinin "mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları"nın tanımlandığı j bendine "orta öğretim kurumları" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumları" ibaresi eklenmiştir. Böylece, mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumları da Mesleki Eğitim Kanununa tabi olmuştur.

Stajyerlere ücret ödeme zorunluluğu, ilk olarak, YÖK tarafından duyurulan listede yer alan okul ve bölümler için getirilmiştir. 3308 s. Kanun kapsamında kabul edilen mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumlarının listesi YÖK tarafından yayınlanmıştır<sup>24</sup>. Daha sonra, liste uygulamasının kaldırılmasıyla, -okulu, bölümü, stajının zorunlu ya da gönüllü olması fark etmeksizin- okulu tarafından sigortalı girişi yapılmış tüm stajyerlere ücret ödemek zorunlu hale gelmiştir.

3308 s. Kanun'un 25. maddesine göre, staja devam eden öğrencilere işletmeler tarafından ödenecek ücret ve bu ücretlerdeki artışlar, düzenlenecek sözleşme ile tespit edilir. Ancak ödenecek ücret, asgari ücretin net tutarının, yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde yüzde otuzundan, yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde onbeşinden az olamaz. Bu ücretler her türlü vergiden müstesnadır.

25. madde hükmünde ödenecek ücret miktarı işletmede çalışan sayısına göre belirlenmekle birlikte, Kanuna 6764 s. Kanun ile eklenen geçici 12. maddeye göre, "2016-2017 eğitim ve öğretim

22 EKONOMİ, s. 48  
23 EKONOMİ, s. 48

24 <https://www.memurlar.net/haber/316386/mesleki-ve-teknik-egitim-yapan-programlarin-yeni-listesi.html>, E.T. 27.11.2018

yılı sonuna kadar uygulanmak üzere aday çırak ve çıraklar ile 18 inci madde hükümleri uyarınca işletmelerde mesleki eğitim gören, staj veya tamamlayıcı eğitime devam eden öğrencilere, 25 inci maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılacak ödemeler asgari ücretin net tutarının yüzde otuzundan az olamaz." Buna göre, 2016-2017 öğretim yılından itibaren staj yapılan işyerindeki çalışan sayısı fark etmeksizin bütün stajyerlere en az asgari ücretin yüzde 30'u kadar ücret ödenmesi gerekmektedir.

Geçici m. 12'ye göre, "Ödenebilecek en az ücretin, yirmiden az personel çalıştıran işletmeler için üçte ikisi, yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işletmeler için üçte biri, 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (B) bendinin (h) alt bendi için ayrılan tutardan Devlet katkısı olarak ödenir. Bu kapsamda yapılacak ödemeleri beş eğitim ve öğretim yılına kadar uzatmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir. Staj yapacak işletme bulunmaması nedeniyle stajını okulda yapan ortaöğretim öğrencileri ile öğretim programı gereği staj yapmak zorunda olmayan yükseköğretim öğrencilerinin yaptıkları stajlar bu fıkra hükmü kapsamı dışındadır. Kamu kurum ve kuruluşlarına Devlet katkısı ödenmez."

Stajyerlerin ücretlerinin bir kısmının devlet tarafından ödenmesine ilişkin uygulama, önce 11.09.2017 tarihli ve 2017/10834 sayılı Kararname<sup>25</sup> ile 2017-2018 eğitim öğretim yılı sonuna kadar uzatılmış, ardından 15.08.2018 tarihli ve 42 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı<sup>26</sup> ile 2018-2019 eğitim öğretim yılından itibaren üç eğitim ve öğretim yılı daha uzatılmıştır.

Stajyerlerin ücretlerine ilişkin uyuşmazlıklar, Asliye Hukuk Mahkemelerinin görev alanına girmektedir<sup>27</sup>. Yargıtay, kamu kurum ve kuruluşların-

da yapılan stajlarda da ücret alacağına ilişkin davaların idari yargıda değil adli yargıda görülmesi gerektiğini kabul etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, 3308 sayılı Kanuna dayanarak özel hukuk hükümleri çerçevesinde hizmet karşılığı ve yasada belirtilen esaslara göre hesaplanacak staj ücreti alacağına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde adli yargı yeri görevlidir<sup>28</sup>.

25. maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde, *staj yapacak işletme bulunmaması nedeniyle stajını okulda yapan ortaöğretim öğrencileri ile yükseköğretim kurumları ve birimlerinde yapan yükseköğretim öğrencilerinin yaptıkları stajların bu fıkra hükmü kapsamı dışında olduğu* ifade edilmiştir. Buna göre, staj yapacak yer bulamadığı için stajını okulunda yapan öğrencilere ücret ödenmeyecektir. İşletme bulunmaması nedeniyle stajını öğrenim gördüğü okulda yapan ortaöğretim öğrencisinin staj ücretinin ödenmesi talebiyle açtığı davada, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. AYM, 25.09.2018 tarihinde hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir<sup>29</sup>.

AYM, öncelikle itiraz yoluna başvuran Mahkemede görülmekte olan davanın ortaöğretim öğrencisinin staj ücreti talebine ilişkin olması itibarıyla esas incelemenin "...ortaöğretim öğrencileri..." ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Başvuru, kuralın Anayasa'nın

dir. Dolayısıyla, davacının talebi hakkında görevli mahkeme iş mahkemesi değil, genel görevli mahkeme yani Asliye Hukuk Mahkemesidir." Yarg. 22. HD., 04.03.2014, E. 2013/6970, K. 2014/4726, www.kazanci.com

- 28 "Somut olayda; davacı, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 25. maddesine dayanarak özel hukuk hükümleri çerçevesinde hizmet karşılığı ve yasada belirtilen esaslara göre hesaplanacak staj ücreti alacağını talep etmektedir. Bu durumda, uyuşmazlığın çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu kabul edilerek, işin esasına girilip esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, davanın yargı yolu bakımından usulden reddedilmiş olması yasaya uygun düşmediğinden, kararın bozulması gerekmiştir." Yarg. 4. HD., 05.01.2016, E. 2016/9863, K. 2016/10224. Aynı yönde, Erzurum BAM 1. HD., 29.03.2017, E. 2017/155, K. 2017/124, www.kazanci.com
- 29 AYM, 25.09.2018, E. 2018/28, K. 2018/93; RG, 28.11.2018, S. 30609

25 RG, 20.10.2017, S. 30216

26 RG, 09.01.2018, S. 30296

27 "Somut uyuşmazlıkta, davacı 3308 sayılı Kanun'un 25. maddesi gereğince ücret alacağı talebinde bulunmuş ise de, 3308 Sayılı Meslek Eğitimi Kanunu'na göre, işletmelerde mesleki eğitimi gören öğrenciler ile eğitim gördüğü yerin işyeri sahibi arasındaki sözleşme, 4857 sayılı İş Kanunu anlamında bir iş sözleşmesi niteliğinde değil-

Başlangıç kısmı ile 18. maddesi (zorla çalıştırma yasağı) ve 55. maddesine (ücrette adalet sağlanması) aykırı olduğu iddiası ile yapılmıştır. AYM, incelemesini Anayasa'nın 10. ve 18. maddeleri çerçevesinde yapmış, kuralın başlangıç kısmı ve 55. Madde ile ilgisinin görülemediğini belirtmiştir.

AYM, bu çerçevede yaptığı incelemede, *teorik eğitimlerini mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında veya işletme ya da kurumlarca tesis edilen eğitim birimlerinde yapan mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerinin, mesleki bilgi beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmek, iş hayatına uyum sağlamak, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetiştirmek amacıyla işletmelerde mesleki eğitim yapmakla yükümlü olduklarını*, 3308 s. Kanun'da mesleki eğitim vermesi öngörülen işletmelerin bu öğrencileri bu kapsamda çalıştırmasının zorunlu kılındığını, işletmelerde staj yapan öğrencilerin bu kapsamda işletmeye sundukları hizmetlerin karşılığı olarak ücret aldıklarını, işletme bulunamaması nedeniyle stajını okulda yapan öğrencilerin bir işletmeye hizmet sunmasının söz konusu olmadığını, staj kapsamında değerlendirilen bu çalışmaların mesleki eğitimin tamamlanması amacıyla gerçekleştirildiğini, bu nedenle bu öğrencilere ölçsüz külfet yüklenmesinden bahsedilemeyeceğini ve bu çalışmanın zorla çalıştırma veya angarya olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Kanun önünde eşitlik ilkesi bakımından da, bu ilkenin hukuki durumları aynı olan kişiler için söz konusu olduğunu, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmediğini, işletme bulunamaması nedeniyle stajını okulda yapan ortaöğretim öğrencileri için herhangi bir işletme ile sözleşme imzalanmadığı gibi bu öğrenciler tarafından işletmeye bir hizmet sunulması da söz konusu olmadığı için stajını işletmede yapan öğrenciler ile okulda yapan öğrencilerin hukuksal durumlarının aynı olmadığını belirtmiş, bu sebeple kuralda eşitlik ilkesine de aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.

AYM'nin belirttiği gibi staj yapacak işletme bulunamaması nedeniyle stajını okulda yapan öğrencilerin yaptıkları çalışma, kanuni bir yük-

kümlülük olarak, mesleki eğitimin tamamlanması amacıyla gerçekleştirilmektedir. 3308 s. Kanun'da yapılan değişiklikten sonra, bu çalışmayı bir işletmede yapan öğrencilere ücret ödeme zorunluluğu bulunmaktadır. İtiraz konusu hüküm, aynı amaçla yapılan aynı çalışmanın yapıldığı yere göre farklı sonuçlar doğurmasına yol açan bir düzenleme getirmiştir. Stajını işletmede yapan öğrenci ile okulda yapan öğrencinin hukuki statüleri aynıdır. Stajın yapıldığı yer olarak işletme ve okulun imkan ve şartlarının aynı olmadığı doğru olmakla birlikte, staj çalışmasını yapan öğrencilerin statüleri ile işletme ya da okulda yapılan çalışmaların içeriğinde bir farklılık bulunmamaktadır.

İşletmede yapılan staj ile okulda yapılan stajın içeriği ve değeri farklı ise, aynı sonucu doğurmaması yani okulda yapılan stajın geçerli kabul edilmemesi gerekirdi. Eğer her iki yerde yapılan staj da, kanuni yükümlülüğü yerine getirmeyi ve mesleki eğitimi tamamlamayı sağlıyor ise iki duruma bağlanan sonuçların da aynı olması gerekir. Burada, öğrenciye tanınmış bir seçim hakkı da bulunmamaktadır. Bu haliyle eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği düşünülen hükmün, iki farklı yerde staja hiç imkan tanımayacak şekilde düzenlenmesi yerinde olurdu.

## IV. Stajyerlerin Sigortalılığı

Daha önce sosyal sigortaların kapsamına girmeyen stajyerler, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile birlikte iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından sigortalı sayılmışlardır (m. 5/b).

### A- Kısmi Sigortalılık

5510 s. Kanun'un 6111 s. Kanun ile değişik 5/b maddesine göre, "5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46 ncı maddesine tabi olarak kısmi

zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82 nci maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır. Bu bentte sayılanlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlardan bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.”

Anılan hükmün ilk halinde, “meslek liselerinde okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında zorunlu staja tâbi tutulan öğrenciler” ifadesi yer almaktaydı. 6111 s. Kanun ile yapılan değişiklikle “zorunlu” ibaresi kaldırılmış olup öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan tüm öğrenciler kapsama alınmıştır. Buna göre, zorunlu stajını yapan veya staj yapması okul tarafından uygun görülen öğrenciler için SGK’ya staj süresi boyunca iş kazası ve meslek hastalığı ve hastalık sigortası kolu için prim ödenmesi gerekmektedir.

Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2013/11 sayılı Genelgede (22/2/2013) değişiklik yapan 2016/20 sayılı Genelgesinde<sup>30</sup>, 6663 sayılı Kanun ve 6676 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanunun değiştirilen ve ilave yapılan maddelerine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Buna göre, “Kanunun 5 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tabi sigortalıların 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında yapılacak tescillerinde, “Meslek liselerinde okumakta iken veya yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler” için “19- Stajyer” sigortalılık kodu kullanılacaktır. Bakmakla yükümlü olmayan çırak ve stajyer sigortalılar için 1/3/2011 tarihinden itibaren işverenlerden ayrıca sigortalı işe giriş bildirgesi düzenlemeleri istenmeyecek, bakmakla yükümlü olunanların tespiti işverenlerce yapılacaktır.”<sup>31</sup>

Stajyerlerin sigorta hak ve yükümlülükleri, staja başladıkları tarihten itibaren başlar (5510 s. Kanun m. 7) ve stajın bittiği tarihte sona erer (5510 s. Kanun m. 9).

5510 s. Kanun’un 87. maddesine göre, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından, *meslek liselerinde staja tâbi tutulan öğrenciler için Milli Eğitim Bakanlığı veya bu öğrencilerin eğitim gördükleri okullar, yüksek öğrenim sırasında staja tâbi tutulan öğrenciler için öğrenim gördükleri yüksek öğretim kurumu prim ödeme yükümlüsüdür.*

3308 s. Kanun’un 25. maddesinin 6764 s. Kanun ile değişik son fıkrasına göre, “Aday çırak, çıraklar, işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler ile mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumlarında okumakta iken staja, tamamlayıcı eğitime veya alan eğitimine tabi tutulan öğrencilerin sigorta primleri asgari ücretin yüzde ellisi üzerinden, Bakanlık ile mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumlarının bağlı olduğu üniversitelerin bütçesine konulan ödenekten karşılanır.”

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından sigortalı sayılan stajyerlerin 5510 s. Kanun kapsamında uğradıkları kaza, iş kazası sayılacaktır. Stajyerlerin iş kazası geçirmeleri halinde, bu kazayı SGK’ya bildirme yükümlülüğü işverene aittir. İş sağlığı ve güvenliğini sağlama yönünden de sorumluluk stajyerleri çalıştıran işverenlerin üzerindedir. İş kazasının, işveren tarafından, kazayı takip eden 3 işgünü içinde SGK’ya bildirilmesi gerekmektedir (5510 s. Kanun m. 13/2, 6331 s. Kanun m. 14/2). Bu bildirim süresinde yapıl-

okumakta iken veya yüksek öğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrencilerden bakmakla yükümlü kişi olunan sigortalılar için işverenlerce “22” numaralı, bakmakla yükümlü kişi olmayanlar için “43” numaralı, bursiyer sigortalılar için 1/3/2016 tarihinden itibaren “22” numaralı, bakmakla yükümlü kişi olmayanlar için “43” numaralı belge türleri kullanılacaktır. Çırak ve stajyer olanların genel sağlık sigortası prim oranı, Kanunun 81 inci maddesi gereğince, 1/3/2011 tarihinden itibaren prime esas kazancın % 6’sıdır. Bu oranın % 1’i kısa vadeli sigorta kolları, % 5’i genel sağlık sigortası primi-dir. Bunların prim ödeme yükümlüsü önceden olduğu gibi Milli Eğitim Bakanlığı veya bu öğrencilerin eğitim gördükleri okullar ile öğrenim gördükleri yükseköğretim kurumlarıdır.

30 <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/75695>

31 Çırak ve stajyerler sigortalıların 1/3/2011 tarihinden sonra aylık prim ve hizmet belgesiyle yapılacak bildirimlerinde; 3308 sayılı Kanuna tabi aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrencilerden bakmakla yükümlü kişi olunan sigortalılar için işverenlerce “7” numaralı, bakmakla yükümlü kişi olmayanlar için “42” numaralı, meslek liselerinde

maması halinde, 6331 s. Kanun'un 26/1-e hükmü uyarınca işverene idari para cezası uygulanır.

Yargıtay, stajyerlerin iş kazasına dayalı maddi ve manevi tazminat taleplerinin de İş Mahkemelerinde görüleceğine hükmetmektedir<sup>32</sup>.

## B- Stajyer Olarak Geçirilen Sürenin Sigortalılık Süresine Etkisi

Sigortalılık süresi, uzun dönemli sigorta kolları açısından önem taşımakta olup sigortalı ya da hak sahiplerinin bu sigorta kollarından yapılan yardımlardan yararlanabilmeleri için gerekli olan şartlardan birini ifade eder<sup>33</sup>. 5510 s. Kanun'un 38. maddesi, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bakımından sigortalılık süresinin nasıl hesaplanacağını düzenlemektedir. Buna göre, "Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı; sigortalının, mülga ...5417..., mülga...6900..., 506..., 1479..., 2925..., mülga 2926..., 5434 sayılı Kanuna, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edilir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır.

Bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edilir."

32 "4857 sayılı Yasa'nın 77/son maddesinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümlerin, işyerindeki çıraklara ve stajyerlere de uygulanacağı bildirilmiştir. Somut olayda, davacının işletmede mesleki eğitim görmekte iken geçirdiği trafik-iş kazasına dayalı maddi ve manevi tazminat isteminin hukuki dayanağı İş Kanununda yer alan iş sağlığı ve iş güvenliği hükümleri olup eldeki uyumsuzluğun İş Mahkemesinde görülmesi gerektiğinden mahkemece işin esasına girilerek toplanacak deliller çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." Yarg. 21. HD., 26.05.2016, E. 2016/8571, K. 2016/9086, www.kazanci.com

33 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 160 vd.

Uzun vadeli sigorta kolları kapsamında, aylık bağlama işlemlerinde dikkate alınan sigortalılık süresi, sigortalılığın başlangıç tarihi ile sigortalının aylık bağlanması için yazılı istekte bulunduğu tarih arasında geçen süredir<sup>34</sup>. 38. maddede de ifade edildiği gibi, bu sürenin başlangıcı, sigortalının malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak çalışmaya başladığı tarihtir. Sadece kısa vadeli sigorta kollarına tabi olanların bu kapsamdaki sigortalılıkları, sigortalılık süresini başlatmaz. Zira bu kişiler için MYÖ sigortaları primi ödenmez<sup>35</sup>.

Son dönemde, sosyal güvenlik alanında dile getirilen sorunlar ve değişiklik önerileri kapsamında, çırak ve stajyerlerin sigortalılık başlangıçları ile ilgili bazı tartışmalar da gündeme gelmiştir. Staj sürelerinin emeklilikte dikkate alınacağına dair bazı haberler basına yansımıştır. Hemen yukarıda belirtildiği gibi, sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından sigortalı olan stajyerlerin staj çalışması ile birlikte sigortalılık süreleri başlamaz. Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalı olarak geçirilmemiş sürelerin, sigortalılık süresine dahil edilmesi ancak hizmet borçlanması yoluyla mümkün olabilir.

Hizmet borçlanması, prim ödenmeden geçirilmiş çalışma sürelerinin daha sonra uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin primleri ödenmek suretiyle sigortalı hizmetten saydırılması işlemidir<sup>36</sup>. Sigortalıların borçlanabilecekleri süreler kanunda belirtilmiştir. Kanunda sınırlı olarak belirtilen haller dışında hizmet borçlanması yapılamaz. Staj çalışmasında geçen süreler de ancak açık düzenleme olması halinde borçlanmaya konu olabilir. Nitekim, çırak ve stajyer olarak çalışılan sürelerin de borçlanması ve bu şekilde uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında sigortalılık başlangıç tarihinin çıraklık ya da stajın başlama tarihi olarak kabul edilmesi yönünde değişiklik içeren kanun teklifi TBMM'ye sunulmuştur<sup>37</sup>.

34 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 162

35 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 164

36 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 160 vd.; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 700

37 <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1076.pdf>

Sigortalılık başlangıç tarihinden önceki sürelerin borçlanması halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Stajyerler için de, kanun değişikliği ile staj sürelerinin borçlanması imkanı getirilmesi durumunda, ilk kez uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalı olarak çalışmaya başlamadan önceki staj döneminin sigortalılık süresine eklenmesi sonucu doğacaktır. Yani burada söz konusu olan, sigortalılığın başlangıcının staj yapılan gün sayısı kadar geriye çekilmesidir, yoksa kanun teklifinde ifade edildiği şekliyle “uzun vadeli sigorta kolları uygulamasında sigortalılık başlangıç tarihinin stajın başlama tarihi olarak kabul edilmesi” değildir.

Şu anda yürürlükte bulunan mevzuat çerçevesinde, sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından kısmen sigortalı olan stajyerlerin stajda geçen süreleri MYÖ sigortaları bakımından sigortalılık süresinden sayılmaz. Bu bakımdan, işverene ait işyerinde geçen çalışmaların (sigortalı hizmetlerin) tespitinde, çalışmaların staj niteliğinde olup olmadığı araştırılarak, staj çalışmalarının sigortalılık süresine dahil edilmemesi yönünde kararlar verilmektedir. Yargıtay, tespiti istenen hizmetler yönünden *hizmet akdiyle ve üretime yönelik, işçi sıfatıyla çalışmanın olup olmadığının araştırılması* ve çalışma olgusu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde ortaya konulduktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>38</sup>.

38 “Somut olayda, davacının askerden döndüğü tarihten sonrasına, (12.09.2007 ile 06.03.2008) dair çalışmalarının tespitine dair Mahkemece verilen karar isabetli ise de, askere gitmeden önceki dönem yönünden davacının işyerindeki çalışmasının staj niteliğinde olup olmadığı, çıraklık eğitimi kapsamında kalıp kalmadığı konusu yeterince araştırılmadan karar verildiği anlaşılmaktadır. Yapılacak iş, ihtilafı döneme dair dönem bordrolarında kayıtlı ve tarafsız tanıklar saptanarak bunların bilgilerine başvurmak, Sosyal Güvenlik Kurumu, zabıta, ve muhtarlık marifetiyle işyerine o tarihte komşu olan diğer işyerlerinde uyumsuzluk konusu dönemde çalıştığı tespit edilen kayıtlı komşu işyeri çalışanları; yoksa işyeri sahipleri araştırılıp tespit edilerek davacının askere gitmeden önceki dönemde hizmet akdiyle ve üretime yönelik, işçi sıfatıyla çalışmasının olup olmadığı yönünde yönetince beyanlarını almak ve çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde ortaya koy-

## Sonuç

Türk hukukunda, stajyer kavramına, mesleki ve teknik eğitime ilişkin çeşitli hukuki düzenlemelerde yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemeler incelendiğinde, kavramın, önce ortaöğretim öğrencileri ile sınırlı olarak, daha sonra yükseköğretim öğrencilerini de kapsayacak şekilde tanımlandığı tespit edilmektedir. Mevcut durumda, konuyu en kapsamlı şekilde ele alan kanun, 3308 s. Mesleki Eğitim Kanunu’dur. Anılan kanun da, staj tanımının ve stajyerlerin çalıştırılmasına ilişkin bazı hususların sonraki değişikliklerle eklenmiş olmasının etkisiyle, bazı anlam karışıklıkları ve tutarsızlıklar içermektedir. Bu bakımdan, özellikle öğrencilere beceri eğitimi, staj ve tamamlayıcı eğitim adı altında yaptırılan çalışmaların daha net bir ayrımla ortaya konulması yararlı olacaktır. Kanuna sonradan eklenen “staj” tanımında sadece yükseköğretim öğrencilerinden söz edilmiş iken “işletmelerde meslek eğitimi” başlığı altında, stajyer olarak çalıştırılabilen iki ayrı öğrenci grubunun -ortaöğretim öğrencileri ile yükseköğretim öğrencilerinin- çalıştırılma esaslarının düzenlenmiş olması ve bu arada ortaöğretim öğrencilerinin işletmelerde gördükleri mesleki eğitim esas-

duktan sonra sonucuna göre karar vermekten ibarettir.” Yarg. 21. HD., 12.06.2017, E. 2016/2786, K. 2017/5189, www.kazanci.com; “Somut olayda; davacıya, yurtdışı borçlanması gereğince ve daha önce Türkiye’de çalışması bulunmadığı kabul edilerek 01.06.2007 tarihinden itibaren aylıklık aylığı bağlandığı, ancak 2013 yılında yapılan Sayıştay denetimi sonucu davacının... Vakfı’nda 09.06.1972 – 30.11.1972 tarihleri arasında çalışmasının bulunduğu, bu itibarla da söz konusu Sandığa borçlanma yapması gerektiğinden bahisle aylıklık aylığının iptal edildiği ve ödenen aylıkların yersiz ödeme olarak bildirildiği anlaşılmaktadır. Ne var ki; ... Vakfı tarafından düzenlenen belgede davacının stajyer olduğu belirtilmektedir. Bu itibarla; mahkemece bu husus araştırılmadan, Sayıştay denetimine göre davacının çalışmalarının kabulüyle sonuca gidilmesi isabetsiz olmuştur. Mahkemece yapılacak iş; davacının... Vakfı’ndaki staj dönemi ve çalışmaları ile ilgili tüm belgeleri dosya arasına almak, davacının öğrenci olarak mı yoksa başka bir sebeple mi staj yaptığını araştırmak, davacının staj döneminde ilgili sandığa prim ödenip ödenmediğini, ödenmişse mahiyetini araştırmak ve böylece toplanan deliller değerlendirilmek sureti ile varılacak sonuca göre hüküm kurmaktan ibarettir.”, Yarg. 21. HD., 10.04.2017, E. 2016/20159, K. 2017/2932, www.kazanci.com

alınarak yükseköğretim öğrencilerinin stajlarının bazı eklemelerle ikinci planda ele alınması, staj çalışmasının tüm yönleriyle açıklığa kavuşmasını engellemiştir.

Stajyerlerin çalışmaları ve sigortalılıkları ile ilgili olarak altı çizilecek hususlar, bu çalışmanın iş sözleşmesinin konusu olmaması ve uzun vadeli sigortaların kapsamına girmemesidir. Çalışmanın özüne ve amacına bakıldığında, staj ilişkisinin iş sözleşmesi hükümlerine tabi olmaması ve sigortalılık süresini başlatmaması tutarlıdır. Dikkat edilmesi gereken husus, staj ilişkisinin doğru tespit edilmesidir. Okul tarafından staj yapması zorunlu tutulmuş veya uygun görülmemiş olmayan öğrencilerin bir işletmede "stajyer" konumunda çalışmaları mümkün olmamaktadır. Okulu tarafından "stajyer" kodu ile sigortalı olarak bildirilmemiş öğrenciler, işveren tarafından ancak iş sözleşmesine dayanarak ve tüm sigorta kolları açısından sigortalı gösterilerek çalıştırılabilirler.

Son dönemde emeklilikle ilgili yeniden gündeme gelen konular arasında, stajyerlerin sigortalılık başlangıçları da sıkça konuşulur olmuştur. Stajyerler, 5510 s. Kanun kapsamında kısmen sigortalıdır. İş kazası ve meslek hastalığı bakımından sigortalı sayılan stajyerlerin staj ile sigortalılık süreleri başlamaz. Kanun değişikliği ile staj çalışmasında geçirilen süreler için borçlanma imkanı getirilse bile, staj başlangıç tarihi sigortalılık süresinin başlangıcı olarak kabul edilemez. Staj sürelerinin borçlanması sonucunda, sigortalılık başlangıç tarihinin borçlanılan süre kadar geriye götürülmesi söz konusu olur.

## KAYNAKÇA

- AKYİĞİT E., Toplu İş Hukuku, Ankara 2015
- ARICI K., Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015
- ÇELİK N. /CANIKLIOĞLU N. /CANBOLAT T., İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2018
- DOĞAN YENİSEY K. /KABAKCI M., Gönüllü Emeği ve İş Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017

- EKONOMİ M., İş Hukuku, Cilt I Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984
- GÜVEN E. /AYDIN U., Bireysel İş Hukuku, Eskişehir 2017
- GÜZEL A. /OKUR A. R. /CANIKLIOĞLU N., Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2016
- MOLLAMAHMUTOĞLU H. /ASTARLI M. /BAYSAL U., İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017
- SÖZER A. N., Öğrencilerin Sosyal Güvenliği, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011
- SUPIOT A., Les nouveaux visages de subordination, Droit Social, Février 2000, s. 131-145
- SÜZEK S., İş Hukuku, İstanbul 2018
- TUNCAY C. /EKMEKÇİ Ö., Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017
- Türkiye'de Meslekî ve Teknik Eğitimin Görünümü, TC Millî Eğitim Bakanlığı, Eğitim Analiz Değerlendirme Raporları Serisi, No:1 Kasım 2018
- UŞAN F., Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994



## Dr. Öğretim Üyesi Efe YAMAKOĞLU\*

Makale Gönderim Tarihi: 11 Kasım 2018

Makale Kabul Tarihi: 17 Kasım 2018

### Emekliliğe Hak Kazanmanın İş İlişkisine Etkisi

#### Öz

Kişiden kişiye değişiklik göstermekle birlikte, yaş alındıkça kişinin çalışma gücü kaybı söz konusu olmakta ve bu durum yaşlanan bireyin gelirinde azalmaya, sağlık giderlerinde ise bir artışa neden olmaktadır. Modern sosyal güvenlik sistemlerinde yaşlanan kişilere emeklilik hakkı tanınarak geride kalan ömrünü insan onuruna yaraşır bir şekilde geçirmesi amaçlanır. Emekliliğin bir sosyal güvenlik hakkı olması bir yana bunun iş ilişkisine etkisi de

incelenmesi gereken bir konudur. Bu çerçevede makalede emeklilik hakkı kazanılmasının ve/veya belirli bir yaşa ulaşmanın iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir neden sayılıp sayılmayacağı, emekliliğin kıdem tazminatına hak kazandırması ve nihayet aynı işveren yanında tekrar çalışılması halinde işçinin kıdeme ilişkin haklarına etkisi gibi konular güncel yargıtay kararları ve öğreti görüşleri dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

#### Anahtar Sözcükler:

Emeklilik, Yaşlılık, Yaş Ayrımcılığı, Geçersiz Fesih, Kıdem Tazminatı.

### The Effect of Retirement on Employment Relationship

#### Abstract

Although it varies from person to person, old age causes loss of working power. As a result of this, the income of the old people decreases and medical expenses increase. In modern social security systems, it is aimed to give the old people the right to retirement and spend their remaining life in a way that is worthy of human dignity. Retirement is a social security right. In addition, it

should also be examined in terms of its effects on employment relationship. In this framework, first of all, the effect of retirement age on termination of employment contract is examined. Then, the right to severance pay and other seniority rights of the employee are evaluated by taking into consideration the current Supreme Court decisions and doctrine.

#### Keywords:

Retirement, Old Age, Age Discrimination, Termination Without A Valid Reason, Severance Pay.

\*T.C. İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı –  
efeyamakoglu@gmail.com

## I. Giriş

Ülkemizde 65 yaş üstünün genel nüfusa oranı 2018 yılı verilerine göre ülkenin %8,7'sini oluşturmaktadır. Bu oran, 2017 yılında %8,5 iken 2016 yılında %8,3'tür<sup>1</sup>. Görüldüğü gibi, yaşlı nüfusun toplam nüfus içindeki oranı ülkemizde giderek yükselmekte, diğer bir ifadeyle nüfusumuz yaşlanmaktadır.

Kişiden kişiye değişiklik göstermekle birlikte, yaş alındıkça kişinin beden ve mental gücünün zaman içinde artan bir şekilde azalması sonucu sürekli bir gelir kaybı ve gider artışı meydana gelmektedir. Bu bakımdan yaşlılık, bireyin çalışma hayatından uzaklaşmasına yol açan, kendisi ve ailesi açısından geçinme olanaklarını azaltan kaçınılmaz bir fizyolojik risk olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>.

Modern sosyal sigorta sistemlerinde, yaşlılık riskiyle karşılaşan sigortalı için geçmişte ödediği primlerin karşılığı olarak gelirin devamlılığını sağlayacak sürekli bir yaşlılık aylığına hak kazanılması söz konusudur<sup>3</sup>. Bu bağlamda yaşlılığın bir durum, emekliliğin ise bu durumun olması gereken bir sonucu olduğu söylenebilecektir<sup>4</sup>. Esasen yaşlılık, *kronolojik* ve *biyolojik* yaşlılık olarak ikiye ayrılabilir. Birincisi yaşanan yılların sayısına, ikincisi ise vücudun yıpranmasına göre belirlenir<sup>5</sup>. Genellikle de pratik sebeplerle belli bir *kronolojik* yaş, yaşlılık sigortası yardımlarının

başlamasında esas alınmaktadır ki, buna "emeklilik yaşı" denilmektedir<sup>6</sup>. Kamuda belirli bir yaşa gelmek re'sen emeklilik sebebi sayılmaktadır. Kanunda zorunlu emeklilik yaşı genel olarak 65 olarak gösterilmiş olup bazı meslek türleri için bu yaşın altında veya üstünde yaşlar da belirlenmiştir (5434 sy. K m. 40). İşçileri ise re'sen emekliliğe sevk eden bir yasal düzenleme bulunmaması ve bunların belirli bir yaşa ulaşması yaşlılık sigortasından yararlanmak açısından önem arz etmektedir<sup>7</sup>.

Sigortalının, sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığına (emekliliğe) hak kazanabilmesi için kanunda öngörülen yaş, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı gibi koşulları yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak önemle ifade edelim ki, yaşlılık hali ile emekliliğe hak kazanma durumu her zaman örtüşmeyebilmektedir. Diğer bir ifade ile yaşlanan biri kanunda aranılan diğer koşulların sağlanamaması halinde emekliliğe hak kazanamayacağı gibi, henüz yaşlı olarak nitelendirilemeyecek kişilere yürürlükteki sosyal güvenlik sisteminin olanak tanınması halinde yaşlılık aylığı bağlanabileceğine dikkat çekilmelidir.

Geçmişte siyasi iktidarın oy kaygısıyla çalışanlara genç yaşta emekli olma hakkını tanıması<sup>8</sup>

- 1 TÜİK, Demografik göstergeler 2000-2025 (Nüfus Projeksiyonları ve Tahminleri), [http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt\\_id=1027](http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1027).
- 2 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku. 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, 473; Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, 463; Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku. Güncellenmiş 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, 373.
- 3 Oral, A. İlhan: "Emeklilerin Yeniden Çalışmaya Başlaması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Üzerine Düşünceler". Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/4, 135.
- 4 Tuncay/Ekmekçi, 462.
- 5 Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması. Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayınları, 2014, 237; Tuncay/Ekmekçi, 466.

6 Şakar, 237.

7 Kamuda çalışan işçiler için de re'sen emeklilik olmamakla birlikte geçmişte özelleştirme kapsamında alınan kurumlarda çalışanları emekliliğe özendirilen düzenlemeler getirildiği bilinmektedir. Bu da zamlı kıdem tazminatı ödenmesi yoluyla gerçekleştirilmiştir. Bkz. Sözer, Ali Nazım: "AB'nin İstihdama İlişkin 200/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler". SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:2, Haziran, 2006, 199.

8 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce kadınlarda 20, erkeklerde ise 25 yıl sigortalılık süresi ve 5000 gün MYÖ primi ödenmesi yaşlılık aylığına hak kazanmak açısından yeterliydi (506 sayılı Kanun m. 60/A-c). Uzun vadeli sigorta kolları bakımından sürenin 18 yaşında başladığı dikkate alındığında Kanunda öngörülen sigortalılık süresini dolduran bir kadın 38, erkek ise 43 yaşında emekliliğe hak kazanabilmekteydi. Yaş sınırı indirilirken ileri sürülen gerekçelerden biri Türkiye'nin genel sağlık şartları dolayısıyla ortalama ömrün uzun

bu kavramların neden her zaman örtüşmeyebileceğine verilecek en güzel örnektir. Her ne kadar 4447 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile emeklilik yaşı kadınlarda 58 erkeklerde 60 olarak belirlenmişse de Kanunun yürürlük tarihinden önce sigortalı olanlar bakımından emeklilik için gerekli prim ödeme gün sayısı ve yaş sınırı kademeli olarak artırılabilmiştir. Bir başka ifadeyle beklenen hak bir yere kadar korunmuş ve sigortalılık başlangıcı 1999 yılından uzaklaştıkça<sup>9</sup> daha erken yaşlarda emekli olunabilen bir geçiş süreci öngörülmüştür<sup>10</sup>. Buna göre sigortalılık başlangıcı ve sigortalılık süresine göre günümüzde hala kırklı yaşlarda yaşlılık aylığına hak kazananları görmek mümkündür.

Sosyal güvenlik mevzuatımız kural olarak, iki risk faktörünün gerçekleşmesi ile kişinin emekli olabilmesinin yolunu açmıştır. Bunlardan ilki yaşlanma, diğeri ise maluliyet durumudur. Her iki kurumun ortak özelliği ise çalışma hayatında belirli bir süre bulunmuş olan kişiye uzun vadeli sigorta kollarında düzenlenen söz konusu risklerin gerçekleşmesi halinde (diğer bazı koşulların da sağlanması ile) bir gelir güvencesi sağlanmasıdır. Bununla beraber, konunun kapsamını çok genişletmemek adına çalışmamızda malulen emeklilik kavramına ve bunun iş ilişkisine etkisine değinilmeyecek, yalnızca belirli bir yaşa ulaşma, yaşlılık hali, yaşlılık aylığına hak kazanma gibi birbiriyle yakından bağlantılı hallerin iş ilişkisine nasıl etki edeceği incelenecektir.

olmadığı, bir diğeri de geriden gelen genç işsizlere iş imkanı sağlanmasıydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Üçışık, Fehim: Sosyal Güvenlik Hukuku. Ötügen Yayınları, İstanbul, 2015, 44, 209-210; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 477; Tuncay/Ekmekçi, 474-475; Şakar, 243; Sözer, 376 vd.

9 Sosyal güvenlik sisteminde önemli değişiklikler öngören ve sigortalıların yaşlılık aylığına hak kazanmasını zorlaştıran hükümlerin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve bu hükümlerin bazıları iptal edilmiştir. Bunun üzerine 506 sayılı Kanun geç. 81. maddesi 23.05.2002 tarih 4759 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiş ve son halini almıştır.

10 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 484 vd.; Tuncay/Ekmekçi, 477 vd.; Sözer, 380-381.

## II. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Sözleşmesinin Emeklilik Yaşına Gelme ve/veya Emekliliğe Hak Kazanılması Sebebiyle Feshi

### 1. Emekliliğe Hak Kazanmanın Geçerli Bir Fesih Sebebi Teşkil Edip Etmediği Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

Zorunlu emeklilik yaşına ilişkin düzenlemeler, batı hukukunda uzun bir süredir tartışılmaktadır. Ulusal istihdam politikası çerçevesinde genç işçilere istihdam imkanı yaratılması ve istihdamı jenerasyonlar arasında adaletli şekilde dağıtma amaçlarıyla bu tip yasal düzenlemelerin haklılaştırılabilmesi ileri sürülebilmektedir<sup>11</sup>. Ülkemiz bakımından ise işçileri devlet memurlarında olduğu gibi zorunlu emekliliğe sevk eden bir düzenleme yasalarımızda yer almamaktadır. Emekliliğe hak kazanmış olmak veya emeklilik yaşına ulaşmak işveren açısından haklı fesih sebebi olamayacağı gibi sözleşmelerde emekliliğin haklı fesih sebebi olduğuna ilişkin konulacak bir kayıt da geçersiz olacaktır. Benzer şekilde sözleşmelere konulacak bir kayıtle emekliliğin iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren bir hal olarak düzenlemesi de mümkün değildir<sup>12,13</sup>. Bununla birlikte özellikle iş

11 Tartışma ve değerlendirmeler için bkz. Sarıbay Öztürk, Gizem: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş Ayrımcılığı". SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:37, Temmuz, 2017, 118 vd.; Ünal, Canan, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı. Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2018, 231 vd.

12 Ünal, 331-333.

13 Belirtmek gerekir ki, bu durumun aksi olarak işçiyi koruyucu olsa da işverenlerin haklı fesih hakkını tamamen ortadan kaldırır biçimde emekliliğe hak kazananları veya kazanacakları koruyucu hükümler getirilmesi de aynı şekilde geçersizdir. Örneğin "...emekliliğine üç

güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğu bakımından konunun değerlendirilmesi gerekir.

Emekliliğe hak kazanmanın geçerli bir fesih sebebi olup olmadığını incelemeyen önce iş güvencesi kapsamına kimlerin girdiğini belirtmekte yarar vardır. 4857 sayılı İş K. m. 18'e göre, "otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz". Bunun gibi, İş K. m. 18/f.son'a göre "İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz". Görüldüğü gibi, iş güvencesi kapsamına girmek için ilk olarak 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi olmak gerekmektedir. Bunun gibi, Basın İş Kanunu kapsamındaki gazetecilere de iş güvencesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hükme bağlanmıştır (Basın İş K. m. 6/f. son). Ayrıca Kanunda belirli büyüklükte bir işyeri olması ve -yer altı işleri istisnası bir kenara bırakılacak olursa- o işyerinde belirli bir kıdem şartı da aranmaktadır. Nihayet m. 18/f.son'da yer verildiği şekliyle üst düzey işveren vekili olmamak gerekir. Belirtelim ki, iş güvencesinin kapsamına ilişkin kapsam hükmü nisbi emredici olup işçi lehine sözleşmelerle kapsam dışında kalanlara da aynı normun uygulanması mümkündür<sup>14</sup>. Böylece iş

güvencesi kapsamındaki bir işçi açısından işverenin fesih hakkı sınırlandırılmış olup ancak işçiden veya işletmeden kaynaklanan nedenlerle ve son çare olarak yapılan fesih geçerli sayılmaktadır.

Belirtilmelidir ki, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nun 166 sayılı Tavsiye Kararında kural olarak emekliliğe hak kazanmanın fesih için geçerli bir sebep sayılmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bunun istisnasını ise bir ülkenin iç mevzuatının veya ülke uygulamasının emekliliğe hak kazanmayı fesih nedeni olarak öngörmesi oluşturur<sup>15</sup>. Konumuz bakımından, emeklilik hakkını kazanmanın ve/veya emeklilik yaşına gelmenin geçerli bir fesih nedeni olup olmadığının İş K. m. 18'de yer alan geçerli fesih sebepleri; "işçinin yetersizliği" ve "işletme gerekleri" çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Kanunun madde gerekçesinde işçinin yetersizliğinin ne olduğuna ilişkin örnekler yer verilmiştir. Gerekçede ifade edildiği üzere geçerli sebepler, haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte, işçinin iş görme borcunu ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açıyorsa geçerli fesih sebebi teşkil edebilir. Madde gerekçesinde, "ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleri" işçinin yetersizliğinden

yıl ve daha az süresi kalan işçiler işten çıkarılamazlar. Çıkarıldığı takdirde hesaplanan kıdem tazminatının iki katı kadar ödenir" şeklindeki bir toplu iş sözleşmesi hükmü de geçersizdir. Yarg. 9. HD. 19.06.1996, E. 1996/1783, K. 1996/14013, Ünal, 384-385.

14 Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı. Beta Yayınları, İstanbul, 2014, 132-133; Süzek, Sarper: İş Hukuku. Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, 660; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Ta-

lat: İş Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 31. Baskı. Beta Yayınları, İstanbul, 2018, 487-488; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku. 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, 201, 203; Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku. Yirmibirinci Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, 99-100; Yarg. 9. HD. 06.05.2010, 2008/22787, K. 2008/12440, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:27, 2010/4, 77 vd.; Yarg. 22. HD. 07.05.2013, E. 2012/14774, K. 2013/10011, Legal İSGHD, S. 39, 2013/10, 342-344.

15 Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan),213.

kaynaklanan sebepler olarak sayılmıştır. Görüldüğü gibi, bizce isabetsiz olarak, işçinin yetersizliğine ilişkin örnekler verilirken işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma da bir geçerli fesih sebebi olarak sayılmıştır. Kanunların madde gerekçeleri uygulamaya ışık tutması bakımından değerli olmakla birlikte bağlayıcı değildir. Şu halde işçinin ve işyerinin durumu da dikkate alınarak emeklilik yaşına gelmenin ve emekliliğe hak kazanmanın geçerli bir fesih nedeni teşkil edip etmediği incelenmelidir<sup>16</sup>.

Şüphesiz; bireyin yaşı artarken, sağlığı, fiziksel kapasitesi, bilişsel yetenekleri ve performansında değişimler meydana gelmektedir<sup>17</sup>. Ancak yaş almanın her birey üzerindeki etkisi de aynı değildir. Aynı kronolojik yaşta insanlar aynı sağlık ve verimlilik düzeyinde olmayabilirler<sup>18</sup>. Ayrıca bakış açısına göre yaşlı çalışanların tecrübe ve bilgi düzeylerinin yapılan işin niteliğine göre tercih sebebi olması da mümkündür<sup>19</sup>. Demek ki, işçinin bireysel durumu kadar yapılan işin niteliği ve gereklilikleri de sözleşmenin geçerli sebeple feshinde dikkat edilecek bir olgu olarak dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla belirli bir yaşa gelmenin

ve/veya emekliliğe hak kazanmanın doğrudan fesih için geçerli bir sebep sayılamayacağı kabul edilmelidir<sup>20,21</sup>. Yaşlılık hali, ancak işçinin performans ve verim düşüklüğüne neden olması ve bunun iş akışını olumsuz etkilemesi halinde işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih sebebi teşkil edebilir<sup>22</sup>. Bu da her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu noktada önemle belirtmeliyiz ki, yaşlı işçinin performans ve veriminde düşüklüğün saptanması halinde fesihte “yaş dışında haklılaştırılabilir sebepler” bulunduğu için yaş ayrımcılığı yapıldığından da söz edilemez<sup>23</sup>. Yaşlı işçiye eğitim verilerek yeni çalışma koşullarına adapte edilmesi, esnek çalışma saatlerinin uygulanması, başka bir işte değerlendirilmesi gibi seçeneklerin de düşünülmesi gerekir<sup>24</sup>.

- 16 Aynı yönde bkz. Şahlanan, Fevzi: “Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol İle Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi-Geçerli Neden-Karar İncelemesi”. *Tekstil İşveren Dergisi*, S:394, Ekim, 2013, 3; Baysal, Ulaş: “Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetiminde Değişiklik”. *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, S:28, Aralık, 2012, 148; Sarıbay Öztürk, 121, 124; Ünal, 335.
- 17 Özen, Serap/Özbek, Çağlar: “Çalışma Yaşamında Yaşlılık: Yaşlı Çalışanlar ve İnsan Kaynakları Uygulamaları”. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017/2, 552-553.
- 18 Lipnic, Victoria A.: “The State of Age Discrimination and Older Workers in the U.S. 50 Years After the Age Discrimination in Employment Act (ADEA)”. U.S. Equal Employment Opportunity Commission, June 2018, 23-24 ([www.eeoc.gov/eeoc/history/adea50th/report.cfm](http://www.eeoc.gov/eeoc/history/adea50th/report.cfm)); Şahlanan, Geçerli Neden, 4; Ünal, 336.
- 19 Lipnic, 24; Wainwright, David/Crawford, Joanne/Loretto, Wendy/Philipson, Christopher/Robinson, Mark/Sherherd, Sue/Vickerstaff, Sarah/Weyman, Andrew: “Extending Working Life and the Management of Change. Is the Workplace Ready for the Ageing Worker?”. *Ageing & Society Journal*, Cambridge University Press, 2018, 9-11.

- 20 Yarg. 22. HD. 23.01.2017, E. 2017/699, K. 2017/719, [www.hukukmedeniyeti.org](http://www.hukukmedeniyeti.org); Yarg. 9. HD. 19.01.2004, E. 2003/22196, K. 2004/261, [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net); Yarg. 9. HD. 27.03.2006, E. 2006/5584, K. 2006/7867, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S. 10, 2006, 220-223.
- 21 Şüphesiz kural bu şekilde olmakla birlikte olayın özelliğine göre, söz gelimi özel bir kanunda bu yönde bir düzenleme yapılmışsa emekliliğe hak kazanma ve belirli bir yaşa gelme hali fesih nedeni olabilir. Bkz. Şahlanan, Geçerli Neden, 3; Aynı yazar bkz. “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012. Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını*, Ankara, 2014, 104; Kar, Bektaş: “Feshin Geçersizliği ve İşe İadeye İlişkin Yargıtay İlke Kararları”. *İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları*, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 146, 2009, 43; Baysal, 149.
- 22 Süzek, 588; Akı, Erol: “İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik”. *DEÜHFD*, C. 9, Özel Sayı, 2007, 6-8; Şahlanan, Geçerli Neden, 4; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 213; Yıldız, Gaye Burcu: *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*. Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, 157; Ünal, 337.
- 23 Hunter, Richard J./Shannon, John H./Amoroso, Henry J.: “A Fresh Look at an Old Problem-Age Discrimination in Employment: Is There A Demographic and Political Trap?”. *Journal of Public Administration and Governance*, Vol: 8, No:1, 2018, 74; Rothenberg, Jessica Z./Gardner, Daniel S.: “Protecting Older Workers: The Failure of the Age Discrimination in Employment Act of 1967”. *Journal of Sociology & Social Welfare*, Vol:38, Num:1, 2011, 18-19.
- 24 Yarg. 9. HD. 11.12.2003, E. 2003/20222, K. 2003/20604, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

Aksi halde yapılan fesih geçersiz olacaktır.

Uygulamada toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliklerinde yer verildiği görülen emekliliğe hak kazanmış ve belirli bir yaşa gelmiş işçilerin iş sözleşmesinin feshedilebileceğine ilişkin hükümlerin de geçerliliği tartışılmalıdır. Yargıtay, bu tip düzenlemelere dayanılarak yapılan fesihleri objektif ve genel bir şekilde uygulandığı takdirde geçerli kabul etmektedir<sup>25</sup>. Buna karşın bizim de katıldığımız görüşe göre emeklilik hakkını kazanmış olmak ve/veya belirli bir yaşa ulaşmak toplu iş sözleşmesinde veya iç yönetmeliklerde bu yönde bir hüküm yer alsa dahi geçerli bir fesih nedeni

25 Yarg. 22. HD. 05.06.2012, E. 2011/12567; K. 2012/12533 sayılı karar ve Baysal'ın incelemesi 146 vd.; Aynı yönde bkz. Yarg. 22. HD. 09.03.2012, E. 2011/17688, K. 2012/4786 ve Şahlanan'ın İncelemesi (Geçerli Neden) 2 vd.; Yarg. 9. HD. 15.05.2006, E. 2006/12635, K. 2006/14038 sayılı karar ve Fevzi Demir'in SİCİL İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007'de, 110 vd. da yer alan incelemesi. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, 'işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerin emekliliğe hak kazanmaları ve 55 yaşını doldurmuş bulunmaları halinde iş sözleşmelerinin feshedileceği' şeklindeki hükme dayanılarak işten çıkarılan işçi ile ilgili bir uyuşmazlıkta TİS hükmünün 55 yaşını dolduran işçilere istisnasız olarak uygulanmış olması halinde feshin geçerli kabul edileceğini belirtmiştir: Demir'e göre işyerinde çalışan sendika üyesi işçilerin emekliliğe hak kazanmaları ve 55 yaşını doldurmuş bulunmaları halinde iş sözleşmelerinin feshedileceği yolundaki TİS hükmü, mevzuata, işçinin kişilik haklarına, ahlaka ve adaba aykırı ve konusu imkansız bir hüküm niteliğinde değildir. Bu sebeple düzenlemeye geçerlilik tanıyan Yüksek Mahkeme kararı isabetlidir. Bununla birlikte yazar, kararda yer verilen uygulamanın istisnasız uygulanmasını aramanın Kanununun amacına aykırı olduğunu belirtmektedir; Öğretide Şahlanan da, işletmede personel planlaması gereği çalışan işçilerde rasyonel bir yaş düzeni kurulması, genç işçilere üst düzey görevlere yükselebilmek yolunun açık tutulması gibi amaçları gerçekleştirebilmek adına belirli bir yaşa gelmenin ve/veya emekliliğe hak kazanma kriterinin TİS veya işyeri iç yönetmeliği ile düzenlenmiş olmasının geçerli olduğuna işaret etmektedir. Ancak iç yönetmelik bakımından bu yönde bir hükmün geçerli sayılabilmesi için iş sözleşmesi yapılırken sözleşmede atfın olması gerektiği, sonradan iç yönetmelik düzenlemesi yapılacaksa da İş K. m. 22 çerçevesinde işçinin onayının alınması gerekmektedir, a.g.e, 4; aynı yazar bkz. 2012 Yılı Kararları, 104-105.

değildir. Zira İş Kanunu 18 vd. maddelerinde yer alan ve iş güvencesi kapsamındaki işçilerin sözleşmelerinin feshinde işverenin fesih hakkını sınırlayan hükümler (geçerli fesih halleri) emredici niteliktedir. Bir işçinin emeklilik hakkı elde etmesi onun sosyal güvenlik haklarına ilişkin olup önemli ve makul ölçüler içinde işçinin işine devamını engelleyen bir hal olarak kabul edilemez. Geçerli fesih işlemine yol açabilecek işletme içi sebepler ise genellikle maliyeti düşürmek, verimliliği artırmak ve rekabetin devamı gibi sebeplere dayalıdır. Yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin iptal edilmesi işletme içi sebeplere örnek gösterilebilir. Bu gibi hallerde alınan bir işletmesel karar ile işletmede belirli bir işçi fazlası ortaya çıkmakta ve bu işçilerin değerlendirilebileceği başka bir alan bulunmaması halinde işçilerin sözleşmeleri feshedilebilmektedir. Şu halde bir istihdam politikası çerçevesinde yasalarımızda konu düzenlenmedikçe işyeri/işletme bünyesinde belirli bir yaşa gelmiş olmak ve emekliliğe hak kazanmanın geçerli fesih nedeni olarak toplu iş sözleşmesinde veya işyeri iç yönetmeliğinde işletme gereği ile geçerli bir fesih nedeni olarak düzenlenmesinin geçerli olamayacağı düşünülür<sup>26</sup>.

Öte yandan mesleki bir gereklilik söz konusuysa toplu iş sözleşmesiyle veya işyeri iç yönetmeliği ile yaş haddi belirlenebilmesinin mümkün olup olmadığı da üzerinde durulması gereken bir diğer husustur. Pilotlar, modeller, cerrahlar, güvenlik görevlileri, hava kontrolörü ve otobüs şoförlüğü gibi mesleklerde çalışanlar veya müşteri beklentisi gereği belirli yaş gruplarıyla çalışılmasının gerektiği iş alanları için konu tartışmaya açılmıştır<sup>27</sup>. Konuyla ilgili Alman Federal İş Mahkemesi toplu iş sözleşmesi ile pilotlar için öngörülen 60 yaş

26 Aynı yönde bkz. Süzek, 589-591; Akı, 8-9; Baysal, 149-151; Sarıbay Öztürk, 125; Ünal, 353.

27 Bu tip işlerde yaş sınırlaması kayıtlarının getirilebileceği yönünde bkz. Süzek, 591; Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale)", 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayını, 2008, 24-25.

sınırını geçmişte hukuka uygun bulurken<sup>28</sup> daha sonra bu içtihadından dönmüş ve pilotlar, kabin memurları, uçak mühendisleri gibi mesleklerde yaş haddi öngören TİS hükümlerini geçersiz saymıştır<sup>29</sup>. Mesleki gereklilik çerçevesinde tartışılan bazı meslek gruplarının gördüğü işler kamu güvenliğini de yakından ilgilendirmektedir. Bu çerçevede polislik, itfaiyecilik gibi meslek grupları için "yasayla" yaş haddi getirilmesi yaş ayrımcılığı olarak değerlendirilmez<sup>30</sup>. Bunun gibi, kanımızca "işin gerekleri – (business necessity)" nedeniyle toplu iş sözleşmesi ile belirli bir yaş haddi getirilmesi gerekiyorsa ancak "başka bir yolun mümkün olmaması, o işin başka türlü görülememesi" durumunda bu kayıtlar geçerli kabul edilebilmelidir<sup>31</sup>. Bunun dışında toplu iş sözleşmeleri yasaların emredici hükümlerine aykırı olamayacağından (STİSK m. 35/f.5) iş güvencesi sistemimiz gereği işçiden kaynaklanan sebeplerde fiziki yetersizliğin her somut olayda ortaya konulmasıyla ve fesihle son çare olma ilkesine de uymak suretiyle sözleşmenin feshinin geçerli sayılabileceğini düşünürüz<sup>32</sup>.

Yukarıda açıkladığımız sebeplerle Yüksek Mahkeme'nin belirli bir yaşa gelmeyi ve emekliliğe hak kazanmanın toplu iş sözleşmesi veya işyeri iş yönetmeliği ile geçerli bir fesih nedeni olarak düzenlenebileceğine ilişkin içtihadına katılmıyoruz. Buna karşın, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde belirli bir yaşa gelmenin ve emekliliğe hak kazanmış olmanın bir seçim kriteri olarak dikkate alınıp alınmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir.

## 2. Emekliliğe Hak Kazanmanın Sözleşmesi Feshedilecek İşçilerin Seçiminde Objektif Bir Kriter Olarak Kabul Edilebilmesi

İşletmeden kaynaklanan nedenlerle işçi sayısı-

nın azaltılması zorunluluğu hasıl olduğunda sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçimi ve işverenin bu konudaki karar serbestisinin sınırları iş hukuku öğretisinde uzun zamandır tartışılan bir konudur. Bu hususta sosyal seçim, işletme gerekleriyle yapılan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla, işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Feshin geçerliliği bakımından işçilerin birbirleri karşısındaki konumları değerlendirilirken fesihle ilgili olarak en az zarar göreceği olanın işten çıkarılması amaçlanır<sup>33</sup>. Bir dönem, mevzuatımızda bir sınırlama olmamakla birlikte, Yargıtay "sosyal seçim kriterleri" olarak adlandırılan işbu kriterleri işletmeden kaynaklanan sebeplerle yapılan fesihlerde feshin geçerli olabilmesi için bir ön koşul olarak aramıştır. Bu kapsamda Yüksek Mahkeme 2005 ve 2006 yıllarında verdiği muhtelif kararlarında<sup>34</sup> işverence işten çıkarılacak işçi seçilirken işyerinde aynı işi üstlenen işçilerin karşılaştırılması ve işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelmeme, işgörmeye borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamaktaydı. Alman hukukundan farklı olarak<sup>35</sup> yasalarımızda bir sınırlama olmamasına karşın işverenlere bu yönde bir yükümlülük yüklenmesinin isabetli olmadığı açıktı. Yüksek Mahkeme de daha sonra bu içtihadından dönerek sosyal seçim ölçütlerini feshin geçerliliği için şart görmemiştir.

33 Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?". SİCİL İş Hukuku Dergisi. S: 4, Aralık 2006, 99-100.

34 Yarg. 9. HD. 03.04.2006, E. 2006/4878, K. 2006/8253 sayılı karar ve Alpagut'un incelemesi 95 vd.; Yarg. 9. HD. 13.03.2003, E. 2006/2894, K. 2006/6224, Kamu-İş, Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları (2005-2006-2007), 291-292.

35 Karşılaştırmalı hukukta sosyal seçim kriterleri yasayla düzenlenmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, Sosyal Seçim, 100 vd.; Birben, Erhan: "İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları". DEÜHFD, C: 8, S: 2, 2006, 8 vd.

28 BAG, 21.07.2004-7 AZR 589/03, para. 22.

29 BAG, 15.02.2012-7 AZR 946/07, para. 37-38; BAG, 23.06.2010- AZR 1021/08.

30 Lipnic, 33; Hunter/Shannon/Amoroso, 74.

31 Rothenberg/Gardner, 19.

32 Aynı yönde bkz. Ünal, 354 vd.

Bu noktada artık sorulması gereken soru şudur: Toplu iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliğine konulacak bir hükümlerle emekliliğe hak kazanmanın ve belirli bir yaşa (emeklilik yaşına) ulaşmanın işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kriter olarak belirtilmesi mümkün müdür? Konuyla ilgili Yargıtayın, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde ve sırasında bu yöndeki düzenlemelere geçerlilik tanıdığı görülmektedir<sup>36</sup>.

Emekliliğe hak kazanmanın işçinin mesleki veya fiziki yetersizliği için karine oluşturmadığına yukarıda değinmiştik. Esasen emekliliğe hak kazanılacak yaşa ulaşan bir kişinin çalışma gücünün bedensel ve mental olarak önemli ölçüde azalacağı (stereotip olarak) varsayılmaktadır<sup>37</sup>. Ancak günümüzde erken emeklilik uygulamaları da bir yana, ortalama insan ömrünün uzaması, tıp alanındaki ilerlemeler ve çalışma koşullarındaki dönüşüm ile birlikte emeklilik yaşına ulaşan bireyin verimli bir şekilde çalışmasını sürdürürebilme olanağının mevcudiyeti gözardı edilmemelidir<sup>38</sup>. Belirtilen gelişmeler ile daha uzun süre yaşam beklentisi içinde olan bireyler aktif ve üretken kalma arzusu ile çalışmaya devam etmektedirler. Hal böyle olunca çalışma hayatındaki yaşlanmanın görece artması ile yaş ayrımcılığı konusunun da ayrı bir önem kazandığı söylenmelidir<sup>39</sup>. Bu hususta yakın zamanda yürürlüğe giren Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik

Kurumu Kanunu<sup>40</sup>'nun "Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı" kenar başlıklı 3. maddesinde açıkça yaş temeline dayalı ayrımcılığın yasaklandığına dikkat çekilmiştir<sup>41</sup>. Şu halde belirli bir yaşa gelmek kural olarak geçerli fesih sebebi olamayacağı gibi toplu işçi çıkarılmasında işçilerin seçiminde tek başına objektif bir kriter olarak da kabul edilemez<sup>42</sup>. Aksi bir uygulama İş Kanunu'nun 5. maddesinde yer verilen ayrımcılık yasağına da aykırılık teşkil edecek ve işveren ayrımcı davranışı nedeniyle işçiye dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminatı ödemek durumunda kalabilecektir.

Öte yandan işten çıkarılacak işçilerin seçiminde emeklilik hakkını kazanma kriterinin getirilmesinin sosyal bakımdan zayıf tarafın korunması gayesiyle haklılaştırılabilirliği mümkündür<sup>43</sup>. Diğer bir ifadeyle emekliliğe hak kazanan işçilerin artık bir gelir güvencesi olduğundan ve bu gelire sahip olamayacak işçilere göre fesihten görece daha az etkilenecek olmasından dolayı işletme gerekleriyle yapılacak toplu işçi çıkarmalarında bir seçim ölçütü olarak 'emekliliğe hak kazanma kriteri' kabul edilebilecektir. Bunun gibi seçim ölçütü olarak emeklilik hakkını kazananlar bakımından ayrıca bir yaş haddi belirtilmesi de mümkün ve geçerlidir.

### 3. İş Sözleşmesinin İşverence Feshinin Ardından İşçinin Emeklilik Başvurusunda Bulunmasının İşe İade Davasına Etkisi

Emeklilik başvurusunun, işveren tarafından ya-

36 Yarg. 9. HD. 01.03.2010, E. 2010/6243, K. 2010/5349, www.legalbank.net; Bu işlemin genellik ve objektiflik esaslarına da uygun olması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 04.12.2006, E. 30340, K. 31894, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007, S:13, 224-225; Yarg. 9. HD. 24.03.2008, E. 2007/27596, K. 2008/5990, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008, S. 18, 305-306.

37 Literatürde yaşçılık (ageism) olarak isimlendirilen bu durum yaşlı kişilere yönelik ayrımcı inanış, tutum ve uygulamaları içermektedir, Bkz. Butler, R.N.: "Ageism: Another Form of Bigotry". Gerontologist, 9 (4), 1969, 243-246; Lipnic, 23; Rothenberg/Gardner, 11.

38 Oral, 138; Özen/Özbek, 548.

39 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Rothenberg/Gardner, 11; Hunter/Shannon/Amoroso, 72 vd.; Yıldız, 152 vd.; Ünal, 1 vd.; Özen/Özbek, 548; Baybora, Dilek: "Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine". Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, 37 vd.

40 RG. T. 20.04.2016, No: 29690.

41 Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Sarıbay Öztürk, 122-123.

42 Güzel, Ali/Ertan, Emre: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri". Legal İSGHD, S: 16, 2007, 1295; Yıldız, 156; Akı, 12-13; Ünal, 362.

43 Aynı yönde bkz. Alp, Mustafa: "Bireysel İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, TİSK Yayın No: 299, Ankara, 2009, 166; Süzek, 588-589; Güzel/Ertan, 1304; Kar, İlke Kararları, 43; Yıldız, 247-248; Baysal, 149, 152; Ünal, 357; Sarıbay Öztürk, 137.



pılan bir fesih sonrası işe iade davası açma hakkına veya dava açılmışsa bu davanın akıbetine etkisi de incelenmelidir. Daha önce açıklandığı üzere iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin sözleşmesi ancak işçiden veya işletmeden kaynaklanan geçerli nedenlerle ve fesihte son çare ilkesine uymak suretiyle feshedilebilir. Muhakkak yapılan bir feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespiti bir yargılama süreci sonunda ortaya çıkacaktır. Bu süreçte ücret gelirine hak kazanamayacak işçi ise Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) başvurarak kendisine yaşlılık aylığı bağlanmasını talep edebilmektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, işverence bildirim öneline uymak suretiyle iş sözleşmesi feshedildiğinde, işçinin bildirim süresi içinde SGK'ya emeklilik başvurusunda bulunması feshin işveren tarafından yapıldığı gerçeğini değiştirmez<sup>44,45</sup>. Benzer şekilde işe iade davası devam ederken de emekli olmanın davaya bir etkisi bulunmamaktadır. Yüksek Mahkemenin de konuya ilişkin içtihadı ve gerekçeleri isabetlidir. Buna göre, emeklilik işlemi tek taraflı bir irade beyanı olup iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilen işçinin emekliliğe hak kazanması ve kuruma başvurması işveren feshini ortadan kaldırmayacaktır. Bu bağlamda işçinin feshe karşı 4857 sayılı İş Kanununun 18 vd. maddeleri uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkündür. İşçinin bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumuna yaşlılık aylığı almak için başvurusu, ücret gelirinden yoksun kalan işçinin sosyal güvenliğini sağlamaya ilişkin bir hu-

kuki işlemidir. Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin hukuki bir işlemin sonucunun bireysel iş ilişkilerini doğrudan etkilemesinin kabulü uygun değildir<sup>46</sup>. Gerçekten emeklilik, kurucu yenilik doğuran bir sosyal güvenlik hakkıdır. İşe iade davalarında yargılamanın bitirilme süresinin uzunluğu nedeniyle bu süreçte ücret gelirinden yoksun kalacak işçinin koşulları taşıyorsa emeklilik başvurusunda bulunmasını "işçi feshi" olarak kabul etmek hukuki olmadığı gibi sosyal gerekçelere de uygun düşmezdi<sup>47</sup>.

### III. Emeklilik Sebebiyle Sözleşmenin Feshinin Kıdem Tazminatına Hak Kazandırması

#### 1. Genel Olarak

Kıdem tazminatı hakkı, iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte gündeme gelen, yasalarda belirtilen<sup>48</sup> sınırlı sayıdaki sona erme hallerinde belirli bir kıdeme sahip işçiler için söz konusudur. 1475 sayılı mülga İş Kanununun halen yürürlükteki 14. maddesine göre, işçilerin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için iki temel şart bulunmaktadır. Öncelikle işçinin işyerinde en az bir yıl çalışmış olması gerekmektedir (m.14/f.1). Kıdem koşulunun sağlanıp sağlanmadığının hesabın-

44 Yargıtay, geçmiş yıllarda verdiği bazı isabetsiz kararlarında ihbar tazminatı ödenmeden işverence gerçekleştirilen fesihlerde dahi uygulanmamış olan ihbar önel süresi sonuna kadar işçinin emeklilik talebinde bulunması halinde iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedildiği ve işe iade talep edemeyeceği sonucuna varmaktaydı, Yarg. 9. HD. 21.04.2005, E. 2005/10772, K. 2005/14042; Yarg. 9. HD. 13.02.2006, E. 2005/37555, K. 2006/3454 ve uygulamayı isabetsiz bulan inceleme için bkz. Alp, 2006 Yılı Kararları, 175-177.

45 Süzek, 639; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, 1051-1052.

46 Yarg. 9. HD. 18.01.2010, E. 2009/32276, K. 2010/216, www.legalbank.net; Yarg. 9. HD. 14.07.2008, E. 2007/24490, K.2008/2023, Tekstil İşveren Dergisi, S: 351, Haziran 2009.

47 Şahlanan, Fevzi: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008. Türk-İş Yayını, 2010, 131-132.

48 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükte olan 14. maddesi, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçilerin kıdem tazminatı hakkını düzenlemektedir. Buna karşın kıdem tazminatı hakkı, diğer iş kanunlarında da ayrıca düzenlenmektedir. Bu hususta işçinin tabi olduğu kanuna göre kıdem tazminatına hak kazanma koşullarının incelenmesi gerekir.

da işçinin fiilen işe başladığı tarihten başlamak üzere iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar ki süre dikkate alınacaktır. Bu şekilde her geçen tam yıl için işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenecek; bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılacaktır (m.14/f.2). Bunun gibi, işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanmaktadır (m. 14/f.2). Görüldüğü üzere bu çalışmanın aralıksız olması da şart değildir.

Kıdem tazminatına hak kazanabilmek için zamanda yer verilen sona erme hallerinin oluşması ikinci koşuldur. Sona erme hallerini sözleşmenin işverence feshi, işçi tarafından feshi ya da sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi olarak üç başlık altında toplamak mümkündür. İlk ihtimal bakımından, işverenin sözleşmeyi İş K. m 25/II (ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık ve benzerleri) dışında feshettiği tüm hallerde işçiye kıdem tazminatı ödenecektir. İşçinin sözleşmeyi feshi durumunda hak kazanma koşullarına bakıldığında ise İş K. m. 24'e göre sözleşmenin haklı nedenle feshedilmesi yahut yasalarda öngörülen sınırlı hallerde işçinin kendi isteği ile sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanılacaktır<sup>49</sup>. Buna göre işçinin, muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla; bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla; 506 Sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılması nedeniyle ve kadın iş-

49 Hüküm nisbi emredici nitelikte olup sözleşmelerle işçinin sözleşmeyi feshinde kıdem tazminatına hak kazanabileceği başka koşullar düzenlenebilir. Hatta işçinin sözleşmeyi kendi isteği ile sona erdirdiği bütün durumlarda kıdem tazminatı ödeneceği de kararlaştırılabilir.

çinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanılacaktır<sup>50</sup>. Nihayet, işçinin ölümü halinde de iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecek ve yasal mirasçılarında kıdem tazminatı ödenmesi gerekecektir.

Görüldüğü gibi işçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini kendi isteğiyle feshetmesi halinde kıdem tazminatı hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın ancak bir kere kullanılabilmesine ilişkin yasal bir sınırlama bulunmamasına karşın bir kere emeklilik hakkının kazanılmasıyla artık her bir çalışma döneminde istenildiği zaman kanunun ilgili maddesine dayanılarak sözleşmeyi sona erdirip kıdem tazminatı alınabileceğinin kabul edilmesi, maddenin kabul amacına (*ratio legis*) uygun düşmeyecektir<sup>51</sup>.

Yukarıda saydığımız kıdem tazminatına hak kazanma koşulları 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçilere yöneliktir. Ancak benzer şekilde Deniz İş Kanununa tabi gemi adamları da yaşlılık aylığı almak amacıyla sözleşmesini feshederek kıdem tazminatına hak kazanabilmektedir (Deniz İş K. m. 20/f.1-4). Buna karşın Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçilere veya Basın İş Kanununa

50 Ayrıca 6356 sayılı Kanunda işçi kuruluşu yöneticiliğine seçilen işçinin kıdem tazminatı hakkının özel olarak düzenlendiği belirtilmelidir (m. 23); Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Özkaraca, Ercüment: "Sendika Yöneticileri ve İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulama Sorunları". Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar- 4 Semineri, Ankara 2014.

51 Yarg. 22. HD. 15.02.2016, E. 2014/35303, K. 2016/3765, www.legalbank.net; Yaş haddi dışındaki prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi koşullarının tamamlanmasıyla işinden ayrılıp kıdem tazminatı alınmasının (m. 14/f.1-b.5) yalnızca bir kere kullanılabilen bir hak olduğu, aksi bir uygulamanın hakkın kötüye kullanılması olduğu yönünde bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1121-1122; Aksi görüş için bkz. Akyiğit, Ercan: İş Hukuku. 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, 240; Özkaraca, Ercüment: "Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebepile Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi". Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, 177-178; Keser, Hakan: "İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebepiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı". SİCİL İş Hukuku Dergisi, S: 21, Mart, 2011, 52.

tabi gazetecilere emeklilik nedeniyle iş sözleşmelerini feshederek kıdem tazminatı talep hakkı tanınmamıştır<sup>52</sup>.

Aşağıda işçinin emeklilik nedeniyle sözleşmesini feshetmesi halinde tarafların dikkat etmesi gereken ve uygulamada tereddüt yaratan durumlar Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamaları ile öğretici görüşleri dikkate alınarak incelenecektir.

## 2. İş Sözleşmesi Feshedilirken Emekliliğe Hak Kazanıldığının Belgelenmesi Gerekli Gerekmediği

1475 sayılı İş Kanunu m. 14/f.1-b.4'te emekliliğe hak kazanmanın kıdem tazminatına hak kazandıran bir hal olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus fesih tarihinde bu koşulların sağlanmış olmasıdır. Koşulların fesih tarihinden sonra tamamlanmış olması halinde ise işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır<sup>53</sup>. Bu çerçevede işçinin, işinden ayrılmadan önce SGK'ya başvurarak aylık bağlanması için gerekli koşulları tamamlayıp tamamlamadığını öğrenmesi kendi yararındır. Yanlış bilgilendirme nedeniyle sigortalının (işçinin) zarar görmesi halinde, Kurum bu zararı gidermek zorundadır<sup>54</sup>.

Kanuna göre, işçiye kıdem tazminatı ödenebilmesi için yalnızca emekliliğe hak kazanması yeterli olmayıp aynı zamanda bunun belgelenmesi de gerekmektedir. Buna göre, "işçinin birinci bendin 4 üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır" (m. 14/f.4). Genellikle işçinin fesihten önce emekliliğe hak kazandığına dair Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan bir belge alması ve ondan sonra

sözleşmeyi feshetmesi doğal ve sorunsuz yöntemdir. Fakat fesih tarihinde aranan koşulların sağlandığını sonradan belgelemek kaydıyla önce sözleşmenin feshi ardından Kuruma başvurmak da mümkündür<sup>55</sup>. Yargıtay'a göre de, işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü, kanunda bir süre öngörülmediği için, SGK'dan alınan belgenin ibrazı ile başlayacaktır<sup>56</sup>. Söz konusu belgenin işverene ibrazı tarihi yalnızca kıdem tazminatına uygulanacak faizin başlangıcı açısından dikkate alınmakta, kıdem tazminatına hak kazanma bakımından geçerlilik koşulu olarak değerlendirilmemektedir<sup>57</sup>. İşçinin kıdem tazminatı hakkının doğması için aylığın bağlanmış olması veya toptan ödemenin yapılmış olması ise şart değildir<sup>58</sup>.

Öte yandan Yüksek Mahkeme, dosya içeriğinden yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları sağlanmasa bile m. 14/f.1-b.5 hükmünü esas alarak yaş şartı hariç sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı koşullarının sağlanması halinde kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>59</sup>. Kanımızca da burada m. 14/f.1-b.4 ve b.5'i niteliği itibariyle birlikte değerlendirmek gerekir. Sözleş-

55 Akyiğit, 238-239.

56 Yarg. 9. HD. 21.05.2009, E. 2007/41095, K. 2009/13582, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/4, 258-261; Yarg. 9. HD. 01.03.1982, 13231/2126, Süzek, 767 dn. 40,41; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri. Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, 576.

57 Buna göre "işçinin, iş sözleşmesini yaşlılık aylığı almak amacıyla feshinde, kıdem tazminatı hakkının doğması için fesih tarihinde yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının gerçekleşmiş olması yeterlidir. Yasada öngörülen belgeleme koşuluna uyulmamış olması kıdem tazminatı hakkının doğmasını engellemez. Belgeleme koşuluna uyulmaması hali sadece kıdem tazminatının gecikme faizinin fesih tarihinden değil dava tarihinden başlatılması sonucunu meydana getirir. Başka bir anlatımla bu yön işverenin kıdem tazminatı borcu bakımından hangi tarihte temerrüde düştüğünün tespitinde belirleyici olur.." Yarg. 9. HD. 13.03.2008, E. 2007/13208, K. 2008/4801; Aynı yönde bkz. Yarg. 7. HD. 27.12.2013, E. 2013/17221, K. 2013/23670, www.legalbank.net.

58 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1116.

59 Yarg. HGK, 26.09.2007, E. 2007/9-615, K. 2007/627; Yarg. 9. HD. 07.03.2013, E. 2011/39644, K. 2013/8037, www.kazanci.com.

52 Yarg. 9. HD. 22.01.2015, E. 2013/8444, K. 2015/1828, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/1, 394-398.

53 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 633.

54 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 502.

menin feshi sırasında fesih iradesinin emeklilik yönünde beyan edilmesiyle emeklilik için yaş şartı sağlanmasa dahi sigortalılık süresi ile prim ödeme gün şartı yasada belirtildiği şekliyle fesih anında sağlandıysa işçiye m. 14/f.1-b.5'e göre kıdem tazminatı ödenmelidir. Bu yönüyle Yargıtay uygulaması "işçi lehine yorum ilkesi"nin güzel bir örneğini göstermesi açısından da isabetlidir. Benzer olarak burada da belgeleme koşulu işverenin temerrüdü açısından dikkate alınacaktır<sup>60</sup>.

### 3. İşçinin Fesih Bildirimi Süresine Uymasının Gerekip Gerekmediği

Fesih hakkı, sözleşmenin süreli (ihbar önelli) feshi ve haklı nedenle (derhal) feshi olmak üzere iki ayrı fesih türünü kapsar. Sözleşmenin ihbar önelli feshini düzenleyen İş Kanunu'nun 17. maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa belirli bir süre önce bildirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bildirim süreleri ise işçinin kıdem süresine paralel olarak uzamaktadır. Bildirim sürelerine uymadan sözleşmeyi sona erdiren taraf, bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarını tazminat olarak ödemek zorunda kalmaktadır (m. 17/f.3). İş Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde ise açıkça tarafların haklı sebeplerin mevcudiyeti halinde bildirim süresini beklemezsizin iş sözleşmesini feshedebileceği hükme bağlanmıştır. Şu halde m. 17/f.3'te sözü edilen ihbar tazminatını, belirsiz süreli iş sözleşmesini, haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun bildirim süresi tanımadan fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken götürü bir tazminat olarak tanımlamak mümkündür<sup>61</sup>.

Konu, emeklilik sebebiyle iş sözleşmesini fesheden bir işçinin bildirim sürelerine uymak zorunda olup olmadığı noktasında tartışılmıştır. Bu hususta bizim de katıldığımız öğretideki çoğunluk görüşü İş K. m. 14'e göre yapılacak fesihlerde, bu kapsamda emeklilik sebebiyle sözleşmenin feshinde işçinin ihbar önel sürelerine uyması ge-

rektiği yönündedir. Ancak işçinin bildirim süresine uymaması kıdem tazminatı hakkını ortadan kaldırmayacak olup yalnızca ihbar tazminatı ödemek durumunda kalacaktır<sup>62</sup>. Buna karşın Yüksek Mahkemenin istikrar kazanmış uygulamasına göre İş K. m. 24 dışında işçinin kendi iradesiyle sözleşmeyi feshettiği ve fakat kıdem tazminatına hak kazanılacağı İş K. m. 14'te belirtilen durumlarda bildirim süresine uymak zorunlu değildir<sup>63</sup>. Bu bağlamda emeklilik sebebiyle bildirim süresi tanımadan iş sözleşmesini fesheden işçiden ihbar tazminatı talep edilemeyecektir.

### 4. İşçinin Emeklilik Sebebiyle İşyerinden Ayrıldıktan Sonra Başka Bir İşveren Yanında Tekrar Çalışmaya Başlanması

Yargıtay tarafından verilen çelişkili kararlar sebebiyle uygulamada kafa karışıklığı yaratan bir diğer husus, işçinin işyerinden emeklilik aylığı almak amacıyla ayrılırken çalışma hayatından çekilme saikiyle hareket etmesinin gerekip gerekmediğidir<sup>64</sup>. Belirtelim ki, işçinin emekliliğe hak kazanma sebebiyle iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatını alması, onun bir süre sonra aynı veya başka bir işverene ait işyerinde çalışmasına bir engel oluşturmaz. Bu gibi bir durumda kıdem tazminatının iadesi de gerekmez. Zira işçinin sözleşmesini feshettikten sonra yeniden çalışmasını gerektireceği durumlar ortaya çıkabilecektir. Aksi

62 Süzek, 773-774; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), 263-264; Engin, Murat: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2016, 162; Özkaraca, Kıdem Tazminatı Hakkı, 173; Ocak, Saim: "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı". DEUHFD, C: 15, Özel Sayı, 2013, 600.

63 Yarg. 9. HD. 25.01.2012, E. 2009/36097, K. 2012/1761, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/3, 239-250; Yarg. 9. HD. 23.09.2010, E. 2008/34888, K. 2010/25335; Aynı yönde bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1112-1113; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 570; Akyiğit, 237.

64 Özkaraca, Kıdem Tazminatı Hakkı, 171.

60 Akyiğit, 239; Özkaraca, Kıdem Tazminatı Hakkı, 169-172.

61 Yarg. 9. HD. 10.10.2011, E. 2010/37145, K. 2011/36924, www.kazanci.com.

bir yorum, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen çalışma hakkının da ihlalini oluşturur<sup>65</sup>. Kaldı ki, yaşlılık aylığı almakta olan birinin aylığı kesilerek tekrar tüm sigorta kollarına tabi olacak şekilde çalışma hayatına dönmesi mümkündür. Bunun gibi, Türk Sosyal Güvenlik Sistemimizde yaşlılık aylığı almakta iken sosyal güvenlik destek primi ödeyerek yeniden çalışma imkanı da söz konusudur (506 sayılı Kanun m. 3/C/I, m. 63/B, 5510 sy K. geç. md. 14)<sup>66</sup>. Bununla birlikte Yargıtay, geçmişte verdiği bazı kararlarda işçinin yeni iş bulup sözleşme imzalaması üzerine sözleşmeyi sona erdirmiş olmasını, fesih hakkının kötüye kullanılması saymış ve işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağına hükmetmişti<sup>67</sup>. İşçinin iş sözleşmesini feshetmesinin ardından ne kadar süre sonra çalışma hayatına dönmeyen “kötü niyetli” sayılmayacağı konusunda herhangi bir ölçüt getirilmiş değildir<sup>68</sup>. Bu soyutluk karşısında fesih anında çalışmama yönünde irade ortaya konmasına karşın daha sonra bu iradenin çeşitli nedenlerle yeniden çalışma yönünde değişmesi pekala mümkündür<sup>69</sup>. Kanımızca iş sözleşmesi feshedilirken emekliliğin belgelenmesinin yalnızca işverenin temerrüdü açısından dikkate

alınmakla birlikte fesih gerekçesinin mutlaka – emeklilik nedeniyle- şeklinde belirtilmesi işçinin lehinedir. Aksi halde işçinin başka bir işyerinde çalışmak amacıyla sözleşmesini sona erdirdiği için kıdem tazminatı talebinin reddi söz konusu olabilecektir<sup>70</sup>. Açık bir şekilde emeklilik sebebiyle sözleşmesini fesheden işçinin işyerinden ayrıldıktan kısa bir süre sonra başka bir işveren yanında çalışması hakkın kötü niyetli kullanımı olarak görülmemelidir<sup>71</sup>.

## IV. Emekli Olan İşçinin Aynı İşverene Ait Bir İşyerinde Tekrar Çalışmaya Başlaması

### 1. Emekli Olunduktan Bir Süre Sonra Normal Statüde Çalışmaya Devam Edilmesi

Daha önce belirtildiği gibi, ülkemizdeki yaşlı nüfusun genel nüfusa oranının giderek yükselmesi gerçeği karşısında yakın zamanda yaşlı çalışanları iş piyasasında tutmanın yolları düşünülmeğe başlanmalıdır. Bu çerçevede gelişmiş ülkelerde olduğu gibi -aktif yaşlanma politika-

65 Yarg. 22. HD. 14.05.2014, E. 2013/11079, K. 2014/12903 ve bkz. Engin, 2014 Yılı Kararları, 160; Şahlanan, 2012 Yılı Kararları, 142; Süzek, 768.

66 Bkz. aşağıda IV, 1,2.

67 Yarg. 9. HD. 04.03.2015, E. 2013/11223, K.2015/9012, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/3, 316-318; Yarg. 9. HD. 04.04.2006, E. 2006/2716, K. 2006/8547; Yargıtay tarafından aranan ve iş sözleşmesini feshettiği anda çalışma hayatından çekilme iradesinin bulunması gerektiği görüşünün hiçbir kanuni zemine dayanmadığı ve işçinin çalışma hak ve özgürlüğünü kısıtladığı yönünde bkz. Güzel, Ali: “İş İlişisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010. Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 2012, 283; Keser, 51; Özkaraca, Kıdem Tazminatı Hakkı, 172 vd.

68 Özkaraca, Kıdem Tazminatı Hakkı, 173; Ocak, 589.

69 Öğretide isabetli olarak işçinin başka işyerinde çalışmayaacağı, aksi takdirde almış olduğu kıdem tazminatının iadesinin düzenlendiği taahhütnamelerin de hukuken geçersiz olduğuna dikkat çekilmiştir. Bkz. Keser, 51-52.

70 Emekliliği dayanak yapan ve kanunda öngörüldüğü şekilde aylık ya da toptan ödemeye hak kazandığını kanıtlayan işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Artık bundan böyle işverenin, işçisinin başka bir sebep ya da saikle hareket ettiğini ispat etme ve kıdem tazminatı borcundan kurtulma imkanı kalmayacaktır, Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 574; Sözleşmenin feshinden, feshin bu amaçla yapıldığının en azından baskın bir şekilde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Akyiğit, 238.

71 Yarg. 9. HD. 13.01.2014, E. 2011/51535, K. 2014/52 ve Fevzi Şahlanan’ın kararı isabetli bulan incelemesi için bkz. “Üçbin Altıyüz Gün ve Onbeş Yıl Sigortalılık Süresini Doldurarak Kıdem Tazminatı Alan İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması- Karar İncelemesi”. Tekstil İşveren Dergisi, S: 405, Ekim, 2014, 2-5; İşçinin kanunda tanınan bir hakkını kullanarak işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir firmada çalışmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. Yarg. 22. HD. 25.01.2013, E. 2012/10954, K. 2013/909; Yarg. 7. HD. 15.09.2014, E. 2014/11021, K. 2014/17167, www.legalbank.net.

sı- yaşlı çalışanların esnek çalışma saatleri içinde çalışabilmesi, yasal olarak kısmi süreli çalışmaya geçebilmesi gibi hakların yasayla düzenlenmesi isabetli olacaktır<sup>72</sup>. Buna karşın ülkemizde yaşlı çalışanları iş piyasasında tutmayı amaçlayan yasal alt yapı olmadığı için çalışanlar önce emekli olup daha sonra karar değiştirebilmektedirler. Emeklilerin yeniden çalışmaya başlaması sık görülen bir durumdur. Bunun sosyo-ekonomik ve psikolojik bir takım sebepleri mevcuttur. Yaşlılık aylığının aktif çalışılan dönemdeki ücrete oranla daha düşük olması, ülkemizdeki erken emeklilik uygulamaları, bireyin üretken olma isteği, emekli olduktan sonra boşta kalma hissiyatı gibi etkenler emeklilerin yeniden çalışmaya başlamasının başlıca nedenleridir<sup>73</sup>.

Şu halde kişi bir iş sözleşmesiyle başka bir işveren yanında çalışmaya başlayabileceği gibi, emekli olmadan önce çalıştığı son işyerinde de çalışmasını sürdürebilir. Kişinin emekli olduktan sonra tekrar çalışması halinde ise yaşlılık aylığı SGK tarafından kesilecektir. Aksine bir işlem için sigortalının talepte bulunması gerekmektedir<sup>74</sup>. İşçi (sigortalı), çalışmaya başlayınca prime esas kazançları üzerinden kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına ait primler tekrar kesilecektir. Şüphesiz, yaşlılık aylığı kesilen işçi, işten ayrılarak yeniden aylık bağlanması için yazılı istekte bulunursa, yazılı istek tarihini takip eden ödeme döneminden itibaren yeniden yaşlılık aylığı hesaplanarak sigortalıya bağlanacaktır (SSGSSK m. 30/f.3).

## 2. Sosyal Güvenlik Destek Primi ile Çalışmaya Devam Edilmesi İmkani

Ülkemizdeki emeklilik uygulamalarına bakıldığında, geçmiş dönemde hükümetlerin popülist bir yaklaşımla farklı zamanlarda emekliliğe hak kazanma koşulları bakımından yaş haddi uygula-

masına müdahale ederek oldukça genç yaşlarda sigortalılara emekli olabilme imkanı tanıdığına şahit olunmuştur<sup>75</sup>. Öyle ki, kanunda öngörülen sigortalılık süresini tamamlayan kadın sigortalıların 38, erkek sigortalıların ise 43 yaşında yaşlılık aylığına hak kazanabildiği bir sistemde kurumun aktüeryal dengesinin bozulması kaçınılmaz bir sonuç olmuştur. Bağlanan aylıklar geçinmeye yetmediğinden ve henüz çalışma güçlerini yitirmediklerinden, doğal olarak bu kişiler bir yandan yaşlılık aylığı alabilmek diğer yandan çalışmaya devam etme arzusu içinde olmuşlardır<sup>76</sup>. Hal böyle olunca kayıt dışı çalışmanın da önüne geçilemek adına ilk defa 506 sayılı Kanun ile çalışmasını sürdüren kişilere aynı zamanda sosyal güvenlik destek primi ödeyerek emekli aylığı almaya devam etmeleri imkanı tanınmıştır<sup>77</sup>.

Önemle ifade etmemiz gerekir ki, sosyal güvenlik mevzuatımızda sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edilmesi imkanı 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce çalışmaya başlamış olanlar ile ilk kez yürürlük tarihinden sonra çalışmaya başlayanlara ilişkin olarak farklı şekilde düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanunun geçici 14. maddesine göre, *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce iştirakçi veya sigortalı olanlar, vazife malûllüğü, malullük ve yaşlılık veya emekli aylığı bağlananlar ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya devam edenler hakkında; bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışmaya başlayanlar hariç olmak üzere sosyal güvenlik destek primine tabi olma bakımından bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir"* (m. 14/f.1). Görüldüğü gibi, önceki dönem bakımından hem kazanılmış hak sahipleri hem de beklenen hak sahiplerini kapsar şekilde

72 Wainwright ve diğerleri, 3, 14.

73 Rothenberg/Gardner, 9-10; Oral, 136-138; Keser, 43; Akı, 4.

74 Bkz. Aşağıda SGDP ödeyerek çalışmaya devam edilebilmesi.

75 Şakar, 243; Oral, 137.

76 Şakar, 243; Caniklioğlu, Nurşen: "5510 Sayılı Kanun ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları". SİCİL İş Hukuku Dergisi, S: 10, Haziran, 2008, 164,175.

77 Caniklioğlu, 165.

bir düzenleme getirilmiştir<sup>78</sup>. Diğer bir ifadeyle Kanunun yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden önce sigortalı girişi yapılmış olanlar, emekli olduktan sonra tekrar çalışmaya başladıklarında Kurumdan talepte bulunmaları koşuluyla yaşlılık aylığı almayı sürdürebilmektedirler. Öte yandan yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için işten ayrılıp yazılı talepte bulunmak gerektiğinden, sigortalı çalışmasını aynı işveren yanında sürdüreceği olsa dahi işten çıkışı ve işe girişi ayrı ayrı yapılmalıdır<sup>79</sup>.

Emeklilerin çalışmaya devam ederken yapmış oldukları tercihleri değiştirme imkanı da bulunmaktadır. Şöyle ki, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmasını sürdüren sigortalı, daha sonra fikir değiştirirse yaşlılık aylığının kesilmesini talep ederek tüm sigorta kollarına prim ödemeyi de talep edebilecektir<sup>80</sup>. Bunun aksi durum da mümkündür. Sosyal güvenlik destek primi oranı yalnızca işverenin ödemesi gereken %2'lik hisseye ilaveten dörtte biri sigortalı, dörtte üçü ise işveren hissesi olmak üzere %30 olarak belirlenmiştir. Bu oran sigortalının 5510 sayılı Kanun m. 80'e göre tespit edilen prime esas kazançları üzerinden hesap edilir. Bu kapsamda sayılan kişilerden sosyal güvenlik destek primine tabi olanların prim ödeme yükümlüsü ise bunların işverenleridir. Bunlar hakkında sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanmaktadır (5510 sy. K. geç. m. 14). Belirtelim ki, sosyal güvenlik destek primi ödenmiş veya bildirilmiş süreler uzun vadeli sigorta kolları prim ödeme gün sayısına ilave edilmemektedir.

İlk defa 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra sigortalı olanlar bakımından ise SGDP ödenerek çalışılması imkanı isabetli bir şekilde kısıtlanmıştır. Zira 5510 sayılı Kanunda emekliliğe hak kazanma yaşı OECD ülkelerinin çoğunda olduğu gibi –kademeli olarak artacak olsa da- 65 olarak belirlenmiştir. Teorik olarak, yaşlanma nedeniyle önemli ölçüde çalışma gücü ve gelir kaybına uğrayan bireylere de ancak çalışmasına son ve-

rilmesi halinde yaşlılık aylığı verilmesi de amaca uygun düşmektedir<sup>81</sup>. Bu bağlamda 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra ilk defa sigortalı olarak çalışmaya başlayan bir kişinin emekli olmasından sonra işçi statüsünde tekrar çalışma hayatına dönmek istediğinde yaşlılık aylığı kesilecektir. Kişi, kuruma haber vermeden çalışmaya başlarsa kendisine ödenen aylıklar geri istenecektir<sup>82</sup>.

### 3. Emekliliğin İşçinin Kıdeme İlişkin Haklarına Etkisi

İş hukuku mevzuatımızda kıdeme bağlı haklar incelendiğinde genel olarak işverenin aynı veya değişik işyerlerinde geçen sürelerin birleştirilerek tespitinin bu birleştirilmiş kıdem süresine göre yapılacağı kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle işverenin aynı veya değişik işyerlerinde aralıklı (fasıllı) veya devamlı çalışması halinde kural olarak kıdem bir bütün olarak tespit edilecektir. Bu çerçevede iş güvencesi kapsamına dahil olmak için gereken altı aylık kıdem hesabı m. 18/f.4'te; kıdem tazminatı hakkı ve miktarı açısından açısından kıdem süresinin hesabı m. 14/f.2'de, yıllık ücretli izne hak kazanmak ve yıllık izin süresinin uzunluğuna etki eden kıdem hesabının nasıl yapılacağı ise m. 54/f.1'de gösterilmiştir.

Konumuz bakımından işçinin emekli olmasından sonra işverenin aynı veya farklı bir işyerinde tekrar çalışmaya başlaması halinde yukarıda bahsi geçen hususlarda kıdem süresinin hesabında emeklilik öncesi dönemin dikkate alınıp alınmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu hususta kıdem tazminatı ile kıdemle bağlantılı diğer haklar bakımından bir ayırım yapılması gerektiği söylenebilecektir.

Kıdem tazminatı konusunda Yüksek Mahkemenin uygulaması istikrar kazanmıştır. Buna göre işçinin önceki çalışmaları sebebiyle kendisine

78 Sözer, 419.

79 Yarg. 9. HD. 21.03.2005, E. 13234, K. 2896, Güzel/Okur/Caniklioğlu, 566, dn. 268.

80 Caniklioğlu, 167; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 565.

81 Ücret geliri elde etmekten aynı zamanda emekli olmuşçasına sosyal güvenlik kuruluşlarından aylık almanın isabetsiz ve sosyal güvenlik ilkelerine aykırı olduğu yönünde ayrıca bkz. Üçışık, 218.

82 Sözer, 424.

kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenmesi mümkün olmayacağı için (1475 sy. K. m. 14/f.3) tasfiye edilen dönem, kıdem tazminatı hesabına esas alınmayacaktır<sup>83</sup>. Bu kapsamda emekli olmak amacıyla sözleşmesini feshedip kıdem tazminatını alan bir işçi, aynı işverenin yanında tekrar çalışmaya başladığında kıdem tazminatı hakkı ve miktarı bakımından kıdem süresi yeni iş sözleşmesiyle birlikte yeniden başlayacaktır. Bununla birlikte kıdem tazminatına hak kazanır bir durumda sözleşmesi sona eren işçiye kıdem tazminatı ödenmemişse bu sefer ilk dönem çalışma süresi, işçinin sonraki kıdem süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır<sup>84</sup>. İşçinin ikinci dönem çalışmasındaki son brüt ücretinin ilk döneme göre genellikle daha yüksek olması ve aynı işveren yanında çalışmasını sürdüren işçinin ilk dönem için kıdem tazminatı talebinde bulunmasının zor olabileceği düşünüldüğünden Yüksek Mahkemenin bu uygulamasının pratik anlamda işçinin korunmasına hizmet ettiği söylenebilir<sup>85</sup>.

83 YHGK, 18.01.2017, E. 2015/9-726, K. 2017/24, www.kazanci.com; Yarg. 9. HD. 16.01.2012 E. 2009/31730, K. 2012/141, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/3, 390-394; Yarg., 22. HD., 27.02.2017, E. 2017/5621, K., 2017/3914, www.kazanci.com; Aynı yönde bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1151; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 648; Taşkent (Eyrenci/Taşkent/Ulucan),255; Sümer, 125; Akyiğit, 248; Çil, Şahin: "Kıdem Tazminatıyla İlgili Yargıtay İlke Kararları". İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 146, 2009, 92-93; Özkaraca, Ercüment: "Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı". SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:39, 2018, 91; Öğretideki aksi görüşe göre ise İş K. m. 14/f.2'de aynı işverene ait bir veya değişik işyerlerinde aralıklı çalışma halinde işçinin kıdeminin tüm kıdem süresi üzerinden hesaplanacağı belirtildiğinden ilk döneme ilişkin kıdem tazminatını alan işçiye aynı işverenin yanındaki sonraki çalışması nedeniyle kıdem tazminatı ödenirken önceki ve sonraki tüm kıdem süreleri son ücret üzerinden hesaplanmalı ve bulunan tutardan daha önce ödenen miktar düşülmelidir. Bkz. Süzek, 781; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 594-595.

84 Bkz. 71. dn'de belirtilen Yargıtay kararları.

85 Öğretide, önceki döneme ait kıdem tazminatının ödenmediği durumlarda, işçi eğer her bir dönem için ayrı ayrı kıdem tazminatı istiyorsa, bu talebinin de mümkün

Buna karşın bu uygulamayı hukuk tekniği bakımından isabetli bulma olanağı bulunmamaktadır. Kanımızca kötü niyetli bir uygulama (girdi-çıkı) olmadıktan sonra, emeklilik sebebiyle sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatı muaccel olmuştur ve SGK'dan alınan belgenin işverene tevdi edilmesiyle kıdem tazminatının faizi de işlemeye başlayacaktır. Bu çerçevede ilk dönem muaccel olmuş kıdem tazminatı alacağı ile yeni bir iş sözleşmesi kurulmasıyla doğabilecek kıdem tazminatı hakkı ve miktarını birbirinden ayrı değerlendirmek isabetli olandır.

Kıdem tazminatı ödenerek ilk dönemin "kıdem tazminatı bakımından" tasfiye edilmiş olmasının kıdeme bağlı diğer haklar bakımından etkisi de belirlenmelidir. Bu çerçevede iş sözleşmesinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermiş olması ve daha sonra aynı işveren yanında tekrar çalışmaya başlanmasının kıdeme bağlı diğer haklara etkisi bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle emeklilik nedeniyle sözleşmesini sona erdiren ve kendisine kıdem tazminatı ödenen bir işçi, aynı işveren yanında tekrar çalışmaya başladığında iş güvencesi kapsamına dahil olma veya yıllık izin süresi gibi kıdeme bağlı diğer haklar bakımından önceki dönem kıdem süresi de dikkate alınmalıdır<sup>86</sup>. Yargıtay'ın farklı daireleri arasında bu konuda görüş ayrılığı olduğu dikkat çekmek-

görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Zira işçinin ilk dönem sözleşmesinin sona erdiği tarihteki brüt ücreti daha yüksek olabileceği gibi, ilk dönem için işleyecek faiz ile birlikte talebini bu şekilde ileri sürmesi de daha lehine olabilecektir., Çil, Şahin: İş Kanunu Şerhi, C. 3, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, 3352. Aynı yazara göre, emeklilik sonrası dönemin kıdem tazminatına hak kazandırmadan sona ermiş olması halinde daha önce gerçekleşen emeklilik sebebiyle feshe bağlı olarak kıdem tazminatı hakkı doğacaktır, Çil, İlke Kararları, 93.

86 Süzek, 579; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 731; Özkaraca, Aralıklı Çalışma, 92, 99; Doğan Yenisey, Kübra: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013. MESS Yayını, İstanbul, 2015, 139-140.



tedir. Konuyla ilgili Yargıtay 9. Hukuk Dairesi istikrarlı ve isabetli bir şekilde kıdem hesaplanmasında aralıklı çalışmaların birleştirilmesi yönünde görüş beyan etmektedir<sup>87,88</sup>.

## V. Sonuç

Emeklilik hakkı, yaşlılık nedeniyle çalışma gücünün kaçınılmaz olarak belirli oranda azalması sebebiyle gelir kaybına uğrayan kişilerin aktif çalışma hayatlarındaki emeklerinin bir karşılığı olarak geri kalan ömürlerinde dinlenebilmeleri ve aktif dönemlerindeki kadar olmasa bile gelirlerinin devamlılığını temin eden bir sosyal güvenlik hakkıdır. Buna karşın ülkemizdeki popülist emeklilik uygulamaları sebebiyle yaşlı denilemeyecek kişilere emeklilik hakkının tanındığı da bir gerçektir. İşçileri zorunlu emekliliğe sevk eden bir düzenlemeye yasalarımızda yer verilmemekte olup emeklilik hakkını elde etmenin iş ilişkisine etkisi bu çerçevede geniş bir çalışan kitlesini yakından ilgilendirmektedir.

Her ne kadar belirli bir yaşa gelmek ve/veya emeklilik hakkını elde etmek iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkını işverene tanımasına bile iş güvencesi kapsamındaki bir işçi için belirli bir yaşa gelmek ve emeklilik hakkını elde etmenin geçerli bir fesih nedeni olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu çerçevede Yargıtay ve öğreti bakımından emeklilik hakkını kazanma-

nın tek başına geçerli fesih nedeni de olmadığı konusunda herhangi bir tartışma yoktur. Öte yandan Yüksek Mahkeme, toplu iş sözleşmesi ve işyeri iç yönetmeliklerinde yer verilen belirli bir yaşa gelmenin ve emeklilik hakkı elde etmenin iş sözleşmesinin feshinde geçerli neden sayılacağı hususunu objektif ve genel bir uygulama olduğu müddetçe geçerli kabul etmektedir. Bize göre ise İş Kanununun 18. vd. maddelerine aykırı bir biçimde toplu iş sözleşmesiyle veya iç yönetmelik ile geçerli neden tesis edilmesi mümkün değildir. İşletme politikası gereği işçilerde rasyonel bir yaş düzeni kurulması, genç işçilere üst düzey görevlere yükselebilmek yolunun açık tutulması gibi amaçları gerçekleştirebilmek adına belirli yaşa ulaşmış işçilerin *gönüllülük esası* ile işten ayrılmaları halinde bazı menfaatler sağlanması yolu ise açıktır<sup>89</sup>. Bunun gibi işletme gerekleriyle işten çıkarılacak işçilerin seçiminde emeklilik hakkını kazanma kriterinin getirilmesinin sosyal bakımdan zayıf tarafın korunması gayesiyle haklılaştırılabilmesinin mümkün olduğu öğretide genel kabul görmektedir.

Emeklilik hakkının elde edilmesi, işçi tarafından sözleşmenin feshedilmesi suretiyle kıdem tazminatına hak kazandırması bakımından da önemlidir. Şu halde fesih tarihinde emeklilik hakkının elde edilmiş olması şartıyla SGK'dan alınacak belgenin işverene ibrazı neticesinde işçiye kıdem tazminatının ödenmesi gerekecektir. Söz konusu belgenin işverene ibrazı tarihi yalnızca kıdem tazminatına uygulanacak faizin başlangıcı açısından dikkate alınmakta, kıdem tazminatı hakkı bakımından geçerlilik koşulu olarak değerlendirilmemektedir. Bunun gibi Yargıtay, emeklilik nedeniyle yapılacak fesihlerde ihbar önel sürelerine uyma zorunluluğunun olmadığını da istikrarlı bir şekilde kararlarına yansıtılmaktadır.

İşçinin emeklilik nedeniyle sözleşmeyi sona erdirerek kıdem tazminatına hak kazanmasının ardından tekrar çalışma hayatına dönüp dönemeyeceği ise kafalarda soru işareti bırakan bir husustur. Açık bir şekilde emeklilik sebebiyle söz-

87 Yarg. 9. HD. 21.02.2017, E. 2016/5422, K. 2017/2300; Yarg. 9. HD. 23.01.2013, E. 2010/38537, K. 2013/2673, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/2, S. 37, 306 vd.

88 Önceki dönem alacak ve tazminatların ödendiği ve daha sonra yeni iş sözleşmesi imzalandığı durumda işçinin kıdeme bağlı haklarında yalnızca yeni dönem süresinin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 22. HD., 20.10.2011, E. 2011/1014, K. 2011/3133 ve Serkan Odaman'ın kararı isabetli bulan görüşü için bkz. "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011. Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 2013, 141-142; Ayrıca bkz. Yarg. 7. HD., 14.10.2014, E. 2014/12921, K. 2014/18766, www.legalbank.net.

89 Hunter/Shannon/Amoroso, 75.

leşmesini fesheden işçinin işyerinden ayrıldıktan kısa bir süre sonra olsa da başka bir işveren yanında çalışması hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülemez. Aksi bir yorum, Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma hakkına aykırı olacaktır. Emekli olan işçinin aynı işveren yanında tekrar çalışması seçeneği de bulunmaktadır.

Kişinin emekli olduktan sonra tekrar çalışması halinde yaşlılık aylığı SGK tarafından kesilecektir. Aksine bir işlem için sigortalının talepte bulunması gerekmektedir. Bu da ancak 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce sigortalı olanlar bakımından geçerli bir uygulamadır. Diğer bir ifadeyle Kanunun yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden önce sigortalı girişi yapılmış olanlar, emekli olduktan sonra tekrar çalışmaya başladıklarında Kurumdan talepte bulunmaları koşuluyla -sosyal güvenlik destek primi- ödeyerek yaşlılık aylığı almayı sürdürebilmektedirler.

Nihayet emeklilikten sonra aynı işverenin aynı veya değişik bir işyerinde çalışmaya başlayan işçinin emeklilik öncesi ve sonrası kıdem sürelerinin birleştirilip birleştirilmeyeceği de değerlendirilmelidir. Bu hususta kıdem tazminatı ile kıdemle bağlantılı diğer haklar bakımından bir ayırım yapılması gerektiği söylenebilecektir. Öncelikle işçinin önceki çalışmaları sebebiyle kendisine kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenmesi mümkün olmayacağı için (1475 sy. K. m. 14/f.3) tasfiye edilen dönem, kıdem tazminatı hesabına esas alınamayacaktır. Öte yandan Yargıtay uygulamasına göre, emeklilik sebebiyle sözleşmesini sona erdiren işçiye kıdem tazminatı ödenmemişse bu sefer ilk dönem çalışma süresi, işçinin sonraki kıdem süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmaktadır. Kanımızca kötü niyetli bir uygulama (girdi-çıktı) olmadıktan sonra, ilk dönem muaccel olmuş kıdem tazminatı alacağı ile yeni bir iş sözleşmesi kurulmasıyla doğabilecek kıdem tazminatı hakkı ve miktarını birbirinden ayrı değerlendirmek gerekir. Kıdem tazminatı ödenerek ilk dönemin "kıdem tazminatı bakımından" tasfiye edilmiş olmasının diğer kıdem bağlı haklara ise etkisi bulunmamaktadır. Daha açık olarak,

emeklilik nedeniyle sözleşmesini sona erdiren ve kendisine kıdem tazminatı ödenen bir işçi, aynı işveren yanında tekrar çalışmaya başladığında iş güvencesi kapsamına dahil olma veya yıllık izin süresi gibi kıdeme bağlı diğer haklar bakımından önceki dönem kıdemi ile yeni dönem kıdem süresi bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Akı, Erol: "İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Olarak Emeklilik". DEÜHFD, C: 9, Özel Sayı, 2007, 3-16.
- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku. 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Alp, Mustafa: "Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, TISK Yayın No: 299, Ankara, 2009.
- Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?". SİCİL İş Hukuku Dergisi. S: 4, Aralık 2006, 95-105.
- Alpagut, Gülsevil: "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi (İkale)", 11. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu Yayını, 2008, 19-52.
- Baybora, Dilek: "Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı ve Amerika Birleşik Devletleri'nde Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesi Üzerine". Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, 33-58.
- Baysal, Ulaş: "Emekliliğin Fesih İçin Geçerli Sebep Oluşturması ve Personel Yönetmeliğinde Değişiklik". SİCİL İş Hukuku Dergisi, S: 28, Aralık, 2012, 146-153.
- Birben, Erhan: "İşletme Gerekleri Nedeniyle İşten Çıkarılacak İşçilerin Belirlenmesinde İşverenin Seçim Serbestisi ve Sınırları". DEÜHFD, C: 8, S: 2, 2006, 7-25.

- Butler, R.N.: "Ageism: Another Form of Bigotry". *Gerontologist*, 9 (4), 1969, 243-246.
- Caniklioğlu, Nurşen: "5510 Sayılı Kanun ve İş Sözleşmesine Göre Çalışanların Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödeyerek Çalışmaları". *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, S: 10, Haziran, 2008, 164-177.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: *İş Hukuku Dersleri*. Yenilenmiş 31. Bası. Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Çil, Şahin: *İş Kanunu Şerhi*, C. 3, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007.
- Çil, Şahin: "Kıdem Tazminatıyla İlgili Yargıtay İlke Kararları". *İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları*, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 146, 2009, 81-123 (İlke Kararları).
- Demir, Fevzi: "Emekliliğe Hak Kazanmış ve 55 Yaşını Doldurmuş İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi Uyarınca İş Sözleşmelerinin Feshedilmesi". *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, S:8, Aralık, 2007, 110-125.
- Doğan Yenisey, Kübra: "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013*. MESS Yayını, İstanbul, 2015.
- Doğan Yenisey, Kübra: *İş Hukukunun Emredici Yapısı*. Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Engin, Murat: "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014*. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2016.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*. 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- Güzel, Ali/Ertan, Emre: "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Sosyal Seçim Ölçütleri". *Legal İSGHD*, S: 16, 2007, 1219-1305.
- Güzel, Ali: "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010*. Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 2012.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: *Sosyal Güvenlik Hukuku*. 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- Hunter, Richard J./Shannon, John H./Amoroso, Henry J.: "A Fresh Look at an Old Problem-Age Discrimination in Employment: Is There A Demographic and Political Trap?". *Journal of Public Administration and Governance*, Vol: 8, No:1, 2018, 68-85.
- Kar, Bektaş: "Feshin Geçersizliği ve İşe İadeye İlişkin Yargıtay İlke Kararları". *İş Hukuku Kavramları ve Yargıtay İlke Kararları*, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 146, 2009, 9-80 (İlke Kararları).
- Keser, Hakan: "İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı". *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, S: 21, Mart, 2011, 41-65.
- Lipnic, Victoria A.: "The State of Age Discrimination and Older Workers in the U.S. 50 Years After the Age Discrimination in Employment Act (ADEA)". U.S. Equal Employment Opportunity Commission, June 2018 ([www.eeoc.gov/eeoc/history/adea50th/report.cfm](http://www.eeoc.gov/eeoc/history/adea50th/report.cfm)) (Erişim tarihi: 05.11.2018).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: *İş Hukuku*. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Narmanlıoğlu, Ünal: *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri*. Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Ocağ, Saim: "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı". *DEUHFHD*, C: 15, Özel S, 2013, 573-608.
- Odaman, Serkan: "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2011

- Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011. Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 2013.
- Oral, A. İlhan: "Emeklilerin Yeniden Çalışmaya Başlaması ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Üzerine Düşünceler". Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/4, 135-186.
  - Özen, Serap/Özbek, Çağlar: "Çalışma Yaşamında Yaşlılık: Yaşlı Çalışanlar ve İnsan Kaynakları Uygulamaları". Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/2, 547-572.
  - Özkaraca, Ercüment: "Sendika Yöneticileri ve İşyeri Sendika Temsilcilerinin Güvencesi ve Uygulama Sorunları", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar-4 Semineri, Ankara 2014.
  - Özkaraca, Ercüment: "Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebep ile Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi". Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, 149-186 (Kıdem Tazminatı Hakkı).
  - Özkaraca, Ercüment: "Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı". SİCİL İş Hukuku Dergisi, S: 39, 2018, 90-104 (Aralıklı Çalışma).
  - Rothenberg, Jessica Z./Gardner, Daniel S.: "Protecting Older Workers: The Failure of the Age Discrimination in Employment Act of 1967". Journal of Sociology&Social Welfare, Vol:38, Num:1, 2011, 9-30.
  - Sarıbay Öztürk, Gizem: "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş Ayrımcılığı". SİCİL İş Hukuku Dergisi, S: 37, Temmuz, 2017, 114-141.
  - Sözer, Ali Nazım: "AB'nin İstihdama İlişkin 200/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler". SİCİL İş Hukuku Dergisi, S: 2, Haziran, 2006, 184-208.
  - Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku. Güncellenmiş 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
  - Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku. Yirmibirinci Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
  - Süzek, Sarper: İş Hukuku. Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
  - Şahlanan, Fevzi: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008. Türk-İş Yayını, 2010.
  - Şahlanan, Fevzi: "Toplu İş Sözleşmesine Eklenen Ek Protokol İle Emekliliğe Hak Kazananların İş Sözleşmelerinin Feshedilebilmesi-Geçerli Neden-Karar İncelemesi". Tekstil İşveren Dergisi, S: 394, Ekim, 2013, 2-5. (Geçerli Neden)
  - Şahlanan, Fevzi: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012. Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, Ankara, 2014.
  - Şahlanan, Fevzi: "Üçbin Altıyüz Gün ve Onbeş Yıl Sigortalılık Süresini Doldurarak Kıdem Tazminatı Alan İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması- Karar İncelemesi". Tekstil İşveren Dergisi, S: 405, Ekim, 2014, 2-5.
  - Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması. Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayınları, 2014.
  - Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
  - Üçışık, Fehim: Sosyal Güvenlik Hukuku. Ötügen Yayınları, İstanbul, 2015.
  - Ünal, Canan, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı. Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2018.
  - Wainwright, David/Crawford, Joanne/Loretto, Wendy/Philipson, Christopher/Robinson, Mark/Sherherd, Sue/Vickerstaff, Sarah/Weyman, Andrew: "Extending Working Life and

the Management of Change. Is the Workplace Ready for the Ageing Worker?". Ageing & Society Journal, Cambridge University Press, 2018, 1-23 ([www.cambridge.org/core](http://www.cambridge.org/core)) (Erişim tarihi: 25.10.2018).

- Yıldız, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu. Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Mahkeme Kararları İçin Bkz:
  - Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası: [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (çevrimiçi).
  - Legalbank Elektronik Hukuk Bankası: [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (çevrimiçi).
  - Çalışma ve Toplum Dergisi Yargıtay Kararları: [www.calismavetoplum.org](http://www.calismavetoplum.org).
  - Tekstil İşveren Dergisi: [www.tekstilisveren.org](http://www.tekstilisveren.org).
  - Hukuk Medeniyeti: [www.hukukmedeniyeti.org](http://www.hukukmedeniyeti.org).
  - Die Freie Juristische Datenbank: [openjur.de](http://openjur.de).

## Av. Uygur BOSTANCI\*

Makale Gönderim Tarihi: 3 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 13 Aralık 2018

### Muvazzaf Askerliğin İş Sözleşmesinin Sürekliliğine Etkisi

#### Öz

3008 sayılı İş Kanunu döneminden itibaren iş mevzuatımızda yer alan muvazzaf askerlik dışındaki askeri ödevler nedeniyle iş görme edimini yerine getiremeyen işçilere sağlanan koruma, 1475 sayılı Kanun dönemi itibariyle muvazzaf askerlik görevi nedeniyle iş sözleşmesi sona eren işçilere tanınan yeniden işe alınma hakkının sınırları ve söz konusu düzenlemelere aykırılıkların müeyyideleri

incelenmiştir. Uzun yıllardır çok değişikliğe uğramadan ve çok fazla uyuşmazlığa neden olmadan uygulanmakta olan söz konusu hükümlerin yeniden gündeme gelmesinin bir nedeni de 1111 sayılı Askerlik Kanunu'na eklenen geçici 55. maddedir. Bu çerçevede belirli askerlik nedeniyle işten ayrılan işçilerin de yeniden işe alınma hakkının olup olmadığı irdelenmiştir.

#### Anahtar Sözcükler:

Muvazzaf askerlik, fesih, askı hali, iş sözleşmesi yapma zorunluluğu.

### The Effect of Active Military Service on the Continuity of Labour Contract

#### Abstract

The protection provided to workers who cannot perform their business due to the military duties other than the active military duty in our labor legislation as of the Labour Law No. 3008, the limits of the right to re-employment for workers whose employment contract ended because of the military duty and the sanctions of violations of these regulations were examined as of the period of the Law No.

1475. One of the reasons for the re-enactment of these provisions, which have been implemented for many years without much change and without causing too many disputes, is the provisional Article 55 which has been added to the Military Service Law no. 1111. In this context, it is examined whether workers who quit their jobs due to the military service are entitled to be re-employed or not.

#### Keywords:

Active military service, termination, suspension of employment contract, obligation to make employment contract.

\* MESS Müşavir Avukatı – [uygur.bostanci@mess.org.tr](mailto:uygur.bostanci@mess.org.tr)

## I. Giriş

İş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin olduğu, sürekli bir ilişkidir<sup>1</sup>. İş ilişkisini sona erdiren nedenler olduğu gibi, sözleşmenin ayakta olduğu, ancak tarafların hak ve borçlarının askıya alındığı durumlar da vardır. İncelememizde, muvazzaf askerlik görevini, hem iş sözleşmesini sona erdiren bir neden olarak hem de askıya alan bir durum olarak irdeleneceğiz. Bu irdellememizin asıl amacı, İş Kanunu'nun "Askerlik kanunundan doğan çalışma" başlıklı 31. maddesinin son fıkrasında düzenlenen askerlik ödevi sonrası "işe alma zorunluluğu" nun kişi bakımından kapsamını belirlemektir. İnceleme konumuz ile yakından ilgili olduğunu düşündüğümüz, güncel ve hukuki uyumsuzluklara konu olabileceği aşikar olan 26.07.2018 tarih ve 7146 sayılı Kanun ile getirilen "bedelli askerlik" düzenlemesine ilişkin görüşlerimiz de inceleme konumuzla ilişkisi sınırında paylaşılacaktır.

## II. Muvazzaf Askerlik

"Muvazzaf" kelimesinin kökü, güncel Türkçe'de halen kullanılan "vazife"dir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde "muvazzaf" sıfat olarak "bir görev ve hizmetle yükümlü olan (kimse)"; isim olarak ise askeri bir terim olan "silahlı kuvvetlerde görev başında olan subay ve astsubaylarla askerlik hizmetini yapan erler" şeklinde tanımlanmıştır.<sup>2</sup>

Muvazzaf askerliğin (askerlik vazifesini/ödevinin) dayanağı Anayasa'nın 72. maddesidir. Madde metni şu şekildedir:

*"Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir."*

Bu anayasal yükümlüğün düzenlendiği Kanun ise 17.7.1927 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan şimdiki adı Askerlik Kanunu olan 1111 sayılı Askerlik Mükellefiyeti Kanunu'dur.

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 2. maddesine göre "Askerlik çağı her erkeğin nüfus kayıtlarında yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününden başlayarak kırk bir yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir yıl sürer. Bu süre, Cumhurbaşkanlığı kararıyla beş yıla kadar uzatılabilir veya kısaltılabilir." 3. maddesine göre ise askerlik çağı "yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır". Muvazzaf askerliğin ne olduğu, Kanunun bir tanım maddesi şeklinde olmayan 5. maddesinden anlaşılmaktadır.<sup>3</sup> Buna göre muvazzaf askerlik, askerlik şubesinden sevk tarihinden başlayan ve belirtilen süre boyunca devam eden hizmet süresidir. Muvazzaflık devrinin bitiminden askerlik çağının sonuna kadar olan kısım ise "yedek" devridir.<sup>4</sup> Yedek erbaş ve erler; olağanüstü haller veya savaş, seferberlik, asayiş ve eğitim ve manevra (tatbikat) için sınıf ihtiyacına göre tamamen veya kısmen çağırılabilirler.<sup>5</sup>

## III. İş Sözleşmesini Sona Erdiren Haller ve "Askı Hali"

İş sözleşmeleri temel olarak dört şekilde son erer:

- Tarafların anlaşması (ikale)
- Belirli süresinin sona ermesi

3 1111 sayılı Askerlik Kanunu Madde 5: Erbaş ve erler için muvazzaflık hizmeti süresi; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında on sekiz aydır. Bu sürenin, barışta, önce on beş aya ve bilahare on iki aya kadar indirilmesine, Silahlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Cumhurbaşkanınca karar verilebilir. 1076 sayılı Kanun hükmüne tabi yükümlülerden; bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayları olmadıkları için erbaş veya er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi aynı celbe tabi olup, yedek subay adayları olarak ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır. Bu hizmetler askerlik şubesinden sevk tarihinden başlar. Belirtilen sürelerden fazla askerlik yapanların fazla hizmetleri, askerlik çağının sonundan iki kat olarak düşülür. Bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazzaflık hizmetini yapmadıkça hiçbir fert askerlik çağından çıkarılamaz.

4 1111 sayılı Kanun Madde 6

5 1111 sayılı Kanun Madde 58

1 Süzek Sarper; İş Hukuku, 12. Bası, Ankara 2016, s. 256

2 www.tdk.gov.tr

- İşçinin (veya sözleşmenin kurulumu işverenin kişiliği ile doğrudan ilgiliyse işverenin<sup>6</sup>) ölümü.

- Fesih.<sup>7</sup>

Söz konusu sona erme hallerinden ilk üçü, inceleme konumuzla doğrudan ilgili değildir.

## 1. Fesih

Fesih, karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran bozucu, yenilik doğurucu bir irade beyanıdır. İşçi tarafından kullanılacak fesih hakları genel olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. ve 24. maddelerinde; işveren tarafından kullanılacak fesih hakları ise 17, 18 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde askerlikle ilgili bir hüküm yer almamaktadır.

İş Kanunu'nun "Askerlik kanunundan doğan çalışma" başlıklı 31. maddesinin ilk üç fıkrası<sup>8</sup> askerlik ve iş sözleşmesinin feshi konularını dü-

zenlemektedir. 31. maddenin birinci fıkrasının son cümlesindeki "işverence feshedilmiş sayılır" ifadesiyle esasında bir kendiliğinden sona erme halinin anlatılmadığını, işverene bir fesih hakkı tanındığını anlamak gerekir kanaatindeyiz. İkinci fıkrada "işçinin bu haktan faydalanabilmesi için" denilerek bunun işverene değil, işçiye tanınan bir hak olduğu izlenimi oluşturulmuştur. Esasen burada işçiye, feshi karşı korunma hakkı sağlanmaktadır. İşveren, işçinin en az bir yıl kıdemi varsa, muvazzaf askerlik dışında tatbikat vs. nedenle silah altına alınan işçinin en az iki ay en fazla 90 gün süreyle iş görme edimini yerine getirmemesine katlanmak zorunda olacak, bu sürelerde işçinin iş sözleşmesini feshedemeyecektir. İşçinin 1 yıldan az kıdemi varsa ya da kanunda belirtilen süreler geçmiş olsa da, işveren isterse işçinin bu durumuna katlanır ve iş sözleşmesini feshetmeyebilir, buna bir engel bulunmamaktadır.

Kanun metninde "feshin işveren tarafından yapılmış sayılacağı" belirtilerek, işçinin istifası ya da işverenin haklı feshi sayılmasının, böylelikle işçinin kıdem tazminatı hakkına hanel gelmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Nitekim kanunun başka bir yerinde de bu durum işveren açısından bir haklı fesih nedeni olarak düzenlenmemiştir.

Ne var ki, inceleme konumuz olan "muvazzaf askerlik" söz konusu hükümlerde özellikle dışlanarak<sup>9</sup>, bu fıkralarda yalnızca "manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan" işçiler için düzenleme yapılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda da Türk Borçlar Kanunu'nda da "muvazzaf askerlik görevi" sebebiyle iş sözleşmesi feshine ilişkin bir düzenleme yer al-

6 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 441/2

7 Bilinen bu dört durum dışında bir de İş Kanunu'nun 13. maddesine 29.01.2016 tarih ve 6663 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrada "Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer." şeklinde bir ifade yer almaktadır. Söz konusu düzenleme ile fesih dışında yeni bir "kendiliğinden sona erme" durumu yaratılmıştır. Söz konusu düzenleme öğreti tarafından da haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz: Çelik, Nuri/Canikliolu, Nurşen/Canpolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016 s. 156, Ocak, Saim; Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 37. Yıl 2007, Sayı 37 s.87

8 4857 sayılı Kanun madde 31: Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır.

İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir. Şu kadar ki bu sürenin tamamı doksan günü geçemez.

İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki hükümleri saklıdır. Bu süre içinde iş sözleşmesinin Kanundan doğan başka bir sebebe dayanarak işveren veya işçi tarafından feshedildiği öteki tarafa bildirilmiş olsa bile, fesih için Kanunun gösterdiği süre bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar. Ancak iş sözleşmesi belirli süreli olarak yapılmış ve sözleşme yukarıda yazılı süre içinde kendiliğinden sona eriyorsa bu madde hükümleri uygulanmaz.

9 4857 sayılı İş Kanunu 31. maddenin ilk yasal karşılığı olan 3008 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin ilk kaleme alınıp şeklinden, muvazzaf askerlik hizmeti ödevi nedeniyle işinden ayrılan işçinin de iş sözleşmesinin altmış gün sonra münfesihi sayılabileceği; ancak daha sonra yapılan bir tadille, maddedeki "muvazzaf askerlik hizmeti dışında" ifadesinin eklendiği anlaşılmaktadır. Bkz: Birecik, Mustafa; Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi Yüksek Lisans Tezi, s. 14 ve belirtilen dipnotlar



mamaktadır.<sup>10</sup>

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükteki 14. maddesinde "işçilerin hizmet akitlerinin ... işçi tarafından... muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla ... feshedilmesi" halinde kıdem tazminatı ödeneceği hükme bağlanmıştır.<sup>11</sup>

Görüldüğü üzere muvazzaf askerlik, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedebileceği haklı ya da geçerli bir sebep olarak düzenlenmiştir.<sup>12</sup> 1475 sayılı Kanun da muvazzaf askerlik ile iş sözleşmesinin feshi konularını düzenlemektedir. Sadece işçinin iş sözleşmesini muvazzaf askerlik sebebi ile feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanacağına dair bir sonucu belirtmektedir. Kıdem tazminatı hakkı olmayan, örneğin 1 yıldan az kıdemi olan bir işçinin muvazzaf askerlik nedeniyle işinden ayrılması halinde iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağına dair bir soruya, 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde cevap bulmak mümkün değildir.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, hak sahibi, sahibi olduğu hakkı kullanıp kullanmamakta özgürdür. Bu itibarla, işçinin 1475 sayılı Kanun'daki söz konusu haktan faydalanabilmesi için, bu hakkını kullanması, iş sözleşmesini belirtilen nedenle feshetmesi gerekir. İşçinin bu hakkı varken, bu hakkını kullanmayıp, iş sözleşmesini bir başka nedenle feshetmesi de pekala mümkündür. Fesih gerekçesi olarak bir başka nedeni bildiren işçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra muvazzaf

askerlik hizmetini yerine getirmeye başlasa bile (bildirdiği asıl fesih gerekçesi ayrıca kıdem tazminatı hakkı doğuran bir neden değilse) bu hüküm çerçevesinde kıdem tazminatı alacaklısı olamayacaktır.<sup>13,14</sup>

## 2. Askı Hali

Askı halinin tanımı mevzuatımızda yapılmamıştır. Mahiyeti itibarıyla güç tanımlanabilir bir kavram olması kadar iş hukukundaki kimi düzenlemeler nedeniyle de iş sözleşmesinin askıya alınmasında ortak tanıma varılamamış; kavram farklı tanımlamalara, yaklaşımlara konu olmuştur.<sup>15</sup> Yargıtay içtihatlarında da değinildiği üzere<sup>16</sup> askı halini kısaca sözleşmenin ayakta olduğu, ancak tarafların bazı edimlerinin bir süre ifa edilmediği bir süreç olarak tanımlamak mümkündür. İş yapma ve ücret gibi iki temel borç dışında, gözetme, sadakat gibi diğer borçlar askı halinde de devam eder.<sup>17</sup> Askı hali yasal nedenlerle olabileceği gibi<sup>18</sup>, tarafların iradeleri dışında zorunlu hallerde de<sup>19</sup> ortaya çıkabilir. Ancak, kanuna, ahlaka aykırı olmayan her konuda sözleşme özgürlüğü oldu-

10 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ise 16. maddesi ile muvazzaf askerlik ve iş sözleşmesinin feshi konularında ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır.

11 İşçinin 1475 sayılı Kanunun 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan feshlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez. Yargıtay 9. HD., 25.1.2012 T., E. 2009/36097 E., 2012/1761 K.

12 İş Kanunu 25/III muvazzaf askerlik nedeniyle işe gelmeyen bir işçi için kullanılabilir mi, tartışılabilir. Ancak bu halde de yapılacak işveren feshinin nedeni muvazzaf askerlik olmayacaktır. Mollamahmutoğlu'na göre de "Muvazzaf askerlik hizmeti gelen işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından da feshedilebilir." Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı Muhittin; İş Hukuku, 4. Basi, Ankara, 2011, s. 971

13 "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.1990 gün 1990/9-464 E. 1990/592 K. sayılı ilamında da iş sözleşmesini fesheden tarafın ileri sürdüğü fesih sebepleri ile bağlı olduğu ve bildirdiği fesih nedenini sonradan değiştirmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir." Yargıtay HGK 19.11.2014 T., 2013/9-1075 E., 2014/923 K.

14 Yargıtay kararlarına konu olan birçok uyumsuzlukta, işçi tarafından yapılan feshin askerlik nedeniyle yapılmış olup olmadığı açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu konuda Yargıtay işçinin işten ayrıldıktan makul bir süre sonra askere gitmiş olup olmadığını kriter olarak görmüştür. İşten ayrıldıktan 1 ay sonra askere giden işçi için süreyi makul bulurken 1 yıl sonra giden işçi için bunun askerlik nedeniyle bir fesih olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 08.03.2004 T., 2003/15708 E., 2004/4284 K., Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 01.03.1994 T., 1993/10594 E., 1994/3038 K.

15 Mollamahmutoğlu/Astarlı s. 677

16 "Hizmet aktinin askı hali mevsimlik işlerde, grev lokavt, kısa süreli askerlik gibi hallerde söz konusu olan istisnai bir durumdur. Askı halinde işçinin işgörme, işverenin ise ücret ödeme yükümlülükleri askıdadır." Yargıtay 9.HD. 9.6.1998 T., 1998/3326 E., 1998/10120 K.,

17 Süzek, s.524

18 Örneğin, grev süresinde iş görme edimini yerine getirmeyen işçi açısından yasal bir askı hali söz konusudur.

19 Örneğin işçinin sağlık nedenleri iş göremeyecek durumda olduğu hallerde taraf iradelerinden bağımsız bir askı hali oluşabilmektedir.

ğundan<sup>20</sup>, tarafların da kendi aralarında anlaşarak askı hali oluşturmalarına engel bulunmamaktadır.

İş Kanunu 31. madde 1. fıkrada “iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez” ifadesiyle yasal bir askı hali düzenlenmiştir. İşçi iş görme edimini yerine getirmeyecek, işveren de iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı zamana kadar ücret ödemeyecektir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere muvazzaf askerlik maddenin bu düzenlemesinin kapsamı dışında tutulmuştur.

Askı halinin daha yaygın olarak ortaya çıktığı durum ise “ücretsiz izin” uygulamalarıdır. Ücretsiz iznin mutlak surette her iki tarafın anlaşması ile kararlaştırılabileceği, işverenin tek taraflı olarak uyguladığı ücretsiz iznin fesih sayılacağı Türk iş hukuku uygulamasında genel kabul görmüştür.<sup>21</sup> İki tarafın anlaşması ile kararlaştırılabilecek olması, bunun bir sözleşme olduğunun göstergesidir.

Bir sözleşmesinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için, “tarafların hukuki ehliyeti”, “hukuka ahlaka adaba uygunluk”, “ifa imkansızlığının bulunmaması”, “irade ile beyan arasında uyum” ve geçerlilik şeklinin arandığı hallerde bu “şekle uygunluk” unsurlarının sözleşmede bulunması zorunludur.<sup>22</sup>

Ücretsiz iznin süresiyle ilgili bir zaman sınırlaması ve geçerliliği için şekil şartı bulunmamaktadır.<sup>23</sup>

Bu durumda, işçinin muvazzaf askerlik süresi boyunca ücretsiz izinli sayılması ve iş sözleşmesinin askıda kalması yönünde tarafların anlaşması-

na hukuken hiçbir engel bulunmamaktadır.<sup>24,25</sup> Bu halde işçi, muvazzaf askerliği süresince (ücretsiz izinli olduğu/iş sözleşmesinin askıda bulunduğu dönem boyunca) iş görme edimini ifa etmeyecek, işveren de ücret ödeme borcunu ifa etmeyecektir.<sup>26</sup> İş sözleşmesi devam ettiği için kıdem tazminatı alacağı/borcu da gündeme gelmeyecektir.

Nitekim mevzuatımızda muvazzaf askerlik süresi boyunca iş sözleşmelerinin askıda olabileceğinin izlerini bulmak mümkündür. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 7. maddesinin “a” fıkrasında yer alan “askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde” ifadeleriyle askerliğin de bir askı hali olabileceği açıkça belirtilmiştir.<sup>27</sup> Yine 55. maddesinin “c” fıkrasının<sup>28</sup> mefhum-u muhalifinden, muvazzaf askerlik hizmeti süresinin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılmayacağı anlamını çıkarmaktadır ki, burada da tarafların muvazzaf askerlik süresinde iş sözleşmelerini sona erdirmemiş olma ihtimallerinin yasa koyucu tarafından öngörülmüş olduğu anlamına gelmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 409. maddesinde de (muvazzaf askerlik de istisna tutulmaksızın) askerlik nedeniyle iş görme edimini ifa edemeyen işçiye, belirli şartlarda bir miktar ücret ödenmesi öngörülerek bir askı haline işaret edilmiştir.<sup>29</sup>

24 “Şüphesiz askerlik nedeniyle akdin feshi yerine taraflar anlaşarak askerlik süresince sözleşmenin askıda kalacağını da kararlaştırabilirler ve böyle bir durumda kıdem tazminatı da gündeme gelmez.” Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 11. Bası, Ankara 2016, s. 365

25 Şen, Murat “İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu”, Yargıtay Dergisi, C. 27, s. 3, Temmuz 2001, s. 572

26 Taraflar dilerlerse, askı halinde de tam ya da kısmi ücret ödenmesi yönünde de anlaşabilirler.

27 4857 sayılı İş Kanunu Geçici iş ilişkisi başlıklı 7. madde: “a) Bu Kanunun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74 üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde,..kurulabilir.”

28 4857 sayılı İş Kanunu 55. madde “c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz).”

29 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 409- “Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanun-

20 1982 Anayasası, Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48. madde: Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.

21 “Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden “işverenin feshi” olarak değerlendirilmektedir.” 22. HD. 25.4.2016 T., 2015/7107 E., 2016/12065 K.

22 Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku, 21. Bası, Ankara 2017 s. 126

23 İşverenden gelen ücretsiz izin teklifi, İş Kanunu 22. Madde kapsamında değerlendirilebilecek bir esaslı değişiklik olacaksa, elbette yazılı olarak yapılması gerekecektir.

Tarafların iradelerinin örtüşmesiyle belirlenen bu askı süresi sona erdiğinde ise, işçinin iş görme borcu, işverenin de ücret ödeme borcu yeninden muaccel olacaktır. Askı süresi bitmesine rağmen iş görme borcunu yerine getirmeyen işçi de işçiye iş vermeyen ve dolayısıyla ücret ödemeyen işveren de bu davranışlarının hukuki sonuçlarına katılmak durumunda olacaklardır. Bu davranışların sonucu bir fesih olacaktır ve bu fesih de muvazzaf askerlikle ilgili bir fesih olamayacaktır.<sup>30</sup>

İşçinin muvazzaf askerlik görevini yapmak ve fakat iş sözleşmesini de sonlandırmamak gibi bir isteği, iradesi de olabilir. Hemen belirtmek gerekir ki, işverenin bu talebi kabul etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>31</sup> İşçi bu talebini açıkça dile getirdiğinde, bu iradeyi hukuken nereye oturtabiliriz? Bunu bir işçi feshi (istifa) olarak düşünemeyiz. Çünkü şarta bağlanmış bir talep var ve hukukumuzda şarta bağlı istifaya geçerlilik tanınmamaktadır.<sup>32</sup>

Kanaatimizce işçinin iş sözleşmesini feshetmeksizin askerlik görevini yerine getirmek istemesi; işçinin askı hali yaratılması konusunda iş-

verene ilettiği bir icap olarak değerlendirilebilir. İşveren bu icabı kabul edebileceği gibi, reddedebilir de. İşveren tarafından icap kabul edildiğinde, bu yöndeki sözleşme kurulmuş olur ve belirtilen dönemler için askı hali oluşur. İşçinin talebi işveren tarafından reddedildiğinde ise işçinin önünde iki seçenek vardır: Ya talebinden vazgeçer ve (askerliğini tecil ettirerek belki de) işe devam eder ya da iş sözleşmesini askerlik nedeniyle fesheder.

### 3. İradelerin Sarih Olmaması

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, iş sözleşmesinin askerlik nedeniyle işveren tarafından feshi mümkün değildir. İşçinin iradesiyle iş sözleşmesi işçi tarafından askerlik nedeniyle feshedilebilir. Taraflar karşılıklı anlaşarak iş sözleşmesini askıya da alabilirler.<sup>33</sup>

Hukuk, tarafların sözleşmelere verdikleri isimlere değil, asıl iradelerine kıymet verir.<sup>34</sup> Tarafların iradelerinin sarih olarak ortaya konmadığı durumlarda asıl iradenin ortaya çıkarılması gerekir. Fesihte, feshedenin iradesinin, askı halinde ise, askı hali iki tarafın anlaşmasını gerektiren bir sözleşme olduğundan, her iki tarafın iradesinin de ortaya çıkarılması gerekecektir.

İş hukukunda genel olarak yazılılık geçerlilik değil, ispat koşuludur.<sup>35</sup> Bu yüzden de yazılı olmayan, sadece sözlü beyanlarla, hatta söz de içermeyen davranışlarla iş sözleşmeleri kurulabilmekte<sup>36</sup>, feshedilebilmektedir. Taraflardan birisi eylemli bir fesih yapabileceği gibi, her iki taraf da karşılıklı olarak yazılı (hatta belki de sözlü) bir beyanda bulunmaksızın askı hali oluşturma yönünde elbette anlaşma sağlayabilecektir.<sup>37</sup>

dan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmesini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.”

30 “Mahkemenin gerekçesinde belirttiği “iş akdinin işverence feshedilmediği” gerekçesi askı haline ilişkin olup, bu halde davacı işçinin yasanın 31 /son maddesindeki tazminattan yararlanması mümkün olmayıp, koşulları varsa işe iade davası açılabilir.” Yargıtay 9. HG, 3.05.2010 T., 2008/24783 E., 2010/12023 K.

31 Yargıtay 9HD 04.12.2006 T., 2006/23768 E., 2006/31653 sayılı karardaki “Somut uyuşmazlıkta, davacı askerlik için işyerinden ayrıldığında, Toplu İş sözleşmesinin anılan hükmünden yararlanmak istediğini içeren dilekçe ile davalı işverene başvurmuştur. Bu başvuru iş sözleşmesinin askıda olduğu anlamını taşımadığı gibi, davalı işveren askerlik dönüşü de iş sözleşmesinin askıda olduğu yönünde bir tasarrufta bulunmamıştır. “şeklindeki ifadelerden benzer bir uyuşmazlığın yaşandığı, işveren tarafından, işçinin askı hali oluşturma talebinin kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

32 “Şarta bağlı istifa kuralı olarak geçerli değildir. Uygulamada en sık karşılaşıldığı üzere işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, olsa olsa ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde icap biçiminde değerlendirilmelidir.” Yargıtay 22. HD. 13.10.2014 T., 2014/25145 E., 2014/27302 K.

33 Süzek, s. 535

34 TBK Md. 19: Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

35 Yazılılığın geçerlilik şartı olduğu süresi bir yıldan daha fazla belirli süreli iş sözleşmeleri ve takım sözleşmeleri için bkz: Mollamahmutoglu/Astarlı, S 460

36 Akyiğit, 138, 258

37 İş Kanunu 22. Madde kapsamındaki esaslı değişikliklerde yazılı kabul şartı aranmaktadır. Ayrıca Yargıtay tarafından örtülü kabule geçerlilik tanınan kararlara da rast-

Örneğin işçi muvazzaf askerlik durumunu veya başka bir (haklı) fesih nedenini (sarih ya da zımni olarak) bildirmeksizin işi bıraktığında, işçinin asıl iradesinin askerlik nedeniyle işten ayrılma olduğu ispatlanmadıkça, işverenin (devamsızlık nedeniyle) haklı olarak iş sözleşmesini feshetme hakkı doğabilecek ya da bu durum işçinin haksız feshi olarak değerlendirilebilecektir.

Elbette başka örnekler de verilebilir ve başka yorumlar da yapılabilir, ancak her halükârda varılan sonucun gerçek bir "taraf iradesi" ve bu iradenin ortaya çıkardığı "hukuksal sonuç" olması zorunludur. Ortaya çıkabilecek bu hukuksal sonuç (sözleşmenin kesintisiz devamı değilse) -iş sözleşmesi muvazzaf askerlik nedeniyle kendiliğinden sona ermeyeceğinden- ya fesih ya da askı hali yaratmak olacaktır.<sup>38</sup>

İşçi ve/veya işverenin iş sözleşmesinin feshi ve/veya askı hali oluşturma konusundaki iradelerinin sarih olmadığı hallerde, kıdem tazminatının ödenmiş olup olmaması tarafların asıl iradelerinin açığa çıkarılmasında yardımcı olabilir.

İşçinin muvazzaf askerlik görevini yapmak için işten (bir süre) ayrılmak ve fakat iş sözleşmesini de sonlandırmamak iradesinin sarih olmadığı bir örnekte örneğin, bunun işçi yönünden olsa olsa ücretsiz izin anlaşmasına yönelik bir icap olabileceğini belirtmiştik. İşveren açısından ise, işçinin bu talebine rağmen kıdem tazminatı ödemesi yapılmamış olması, işçinin devamsızlığı vs sebeplerle iş sözleşmesini sona erdirmemiş olması karşısında işveren tarafından işçinin icabının zımni olarak kabul edildiği ve muvazzaf askerlik süresi boyunca bir askı hali yaratılmış olduğu anlamına gelebilir.<sup>39</sup>

lanmaktadır: Yargıtay 9. HD. 30.03.2006 T. 2005/28789 E., 2006/8012 K.

38 Muvazzaf askerliğin iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren bir sebep olacağına dair görüşler için bkz: Şen, 565 vd. ve yapılan atıflar

39 Muvazzaf askerlik nedeniyle işçinin işinden ayrılan işçiyeye ödenen kıdem tazminatının bir fesih iradesi sonucu verilmiş olup olmaması, askerlik sonrası yeniden işe başlayan işçinin kıdem tazminatı hesabında da önem arz edecektir. 1475/14-3 gereğince "işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya

Türk Borçlar Kanunu'nun "Örtülü kabul" başlıklı 6. maddesi şu şekildedir:

"Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır."

Askerlik süresince iş sözleşmesinin askıda kalması yönünde yapılacak sözleşme için "Kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği" açık bir kabulü gerektirmediğinden, askı hali oluşturmak istemeyen işverenlerin bu yönde bir taleple karşılaşmalarında, uygun bir sürede ücretsiz izin talebini (öneriyi, icabı) reddetmeleri gerekir.

Unutmamak gerekir ki, iş yargısının önüne gelen uyuşmazlıkların büyük bir bölümü, kıdem tazminatı hakkı olduğu halde bunun ödenmediğini iddia eden işçilerin açtığı davalardır. Bir yanda da iş sözleşmesi kesintisiz devam ettiği halde avans niteliğinde kıdem tazminatı ödemesi yapılan örnekler bulunmaktadır. Bu sebeple, sadece kıdem tazminatının ödenmiş olup olmadığına bakmak, tarafların gerçek iradelerini ortaya çıkarmaya yetmeyebilir. Kıdem tazminatı ödemesi, iş sözleşmesini sona erdiren bir sebep değil, iş sözleşmesinin sona ermesinin bir sonucudur.

Aynı şekilde SGK'ya yapılan işten çıkış bildirimleri de iradelerin sarih olmadığı durumlarda asıl iradenin ortaya çıkarılmasında yardımcı unsurlar olabilecektir. Burada da tıpkı kıdem tazminatı örneğinde olduğu gibi, tek kıstasın SGK bildirimleri olması doğru sonuca ulaştırmayabilir. Fiili durumla kaydi durum arasında fark olduğunda da SGK kayıtlarına değil, fiili duruma göre hukuki işlemlerin tesisi gerekecektir.

Elbette işçilerin ve işverenlerin iradelerini açık, anlaşılır ve yazılı olarak ortaya koymaları bu yöndeki belirsizliklerin ve tüm tartışmaların önüne geçecektir.

değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır." Askerlik öncesi dönemin tasfiye edilmiş sayılması için kıdem tazminatının avans amacıyla ödenmemiş; fesih iradesi sonucu ödenmiş olması gerektirir. Ayrıca bkz: Yargıtay HGK. 10.04.2013 T., 2012/9-1372 E., 2013/500 K.

## IV. İş Kanunu Madde 31/Son

Hukukumuzda genel olarak sözleşme serbestisi vardır.<sup>40</sup> Bu sözleşme serbestisi, sözleşme yapıp yapmamayı, yapılacak sözleşmenin kiminle yapılacağını ve içeriğini serbestçe belirlemeyi de kapsar. Bu serbesti elbette sınırsız değildir. Kanun, ahlak, kamu yararı gibi nedenlerle sınırlanabilmektedir. İş Kanunu 31/son da bu anlamda sözleşme serbestisini sınırlayan yasal düzenlemelerden birisidir.

İş Kanunu'nun 31. maddesinin son fıkrası şu şekildedir:

*"Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder."*<sup>41</sup>

Kanunun bu hükmü ile işverenin hem sözleşme yapıp yapmama hem sözleşmeyi yapacağı kişiyi hem de sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne sınırlama getirilmekte; askerlik sebebiyle işten ayrılan eski işçiyle, o anki şartlarla iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmektedir.

Söz konusu düzenlemede "işinden ayrılan" ifadesine yer verilerek tartışmaya açık bir durum meydana getirilmiştir. "İşinden ayrılan" yerine "iş sözleşmesi sona eren" ya da "iş görme borcunu yerine getiremeyen" ifadeleri kullanılsaydı, hem daha hukuki bir terim olurdu, hem de daha az te-

reddüde meydan verilebilirdi kanaatindeyiz.

İş Kanunu madde 31/son gereği askerlik dönüğü işverence işe alınıp alınmaması yeni bir iş sözleşmesinin kurulup kurulmaması ile ilgilidir. Önceki iş sözleşmesinin devamıyla ilgili değildir. Madde metnindeki "iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü" ifadesi ve son cümledeki "eski işçiye" ifadesi de bunu doğrular niteliktedir. İş sözleşmesi sona ermiştir ki, böyle bir yükümlülüğe yer verilmiştir. Dolayısıyla son fıkrada yer alan "işinden ayrılan" ifadesi ile (1. fıkradakinden farklı olarak) sadece işten el çekmenin değil, iş sözleşmesinin sona ermiş olduğunun kast edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay kararlarında da bu husus istikrar kazanmış durumdadır.<sup>42</sup>

İşçinin muvazzaf askerlik görevine giderken işverenle anlaşarak ücretsiz izne ayrılması durumunda, iş sözleşmesi zaten devam ettiğinden, yeni bir iş sözleşmesinin kurulması da imkânsız olacaktır. Dolayısıyla söz konusu madde sadece askerlik nedeniyle iş sözleşmesi sona erenleri kapsamaktadır.

İşçi, iş sözleşmesini askerlik nedeniyle sona erdirmişse, askerlik görevini tamamladıktan sonra, 31. madde kapsamında işvereninden yeni bir iş sözleşmesi yapılmasını talep edebilir. Maddede aranan şartlar olmasına rağmen bu talebi reddeden işveren, maddede düzenlenen 3 aylık ücret tutarındaki tazminatı ödemek durumunda kalır.<sup>43</sup>

İşçi ile işveren anlaşarak iş sözleşmesini askıya aldıklarında, askı süresi sonunda iş ilişkisi tüm hak ve borçlarıyla devam eder. Askı süresi sona erdikten sonra işçinin ya da işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, artık bu feshin muvazzaf askerlikle ve dolayısıyla İş Kanunu'nun 31. maddesiyle de hiçbir ilgisi olamayacaktır. Askı süresi sona erdikten sonra işçinin işe başlamaması halinde, bu durum işçinin iş görme borcuyla ilgili

40 TBK Mad. 26

41 Benzer bir hüküm, cezai müeyyideye yer verilmeksizin daha kısa bir şekilde 1745 sayılı Mülga İş Kanunu'nda da yer almaktadır: Madde 27 Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçilerden bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek için başvuranları, işverenler boş yerlere öncelikle işe alma zorundadırlar. 3008 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesi de 4587 sayılı Kanunun 31. maddesi ile benzer içeriktedir ancak 31/son fıkrayla benzer bir hüküm yer almamaktadır.

42 Yargıtay 22.HD 05.05.2014 T., 2014/11565 E., 2014/11387 K, Yargıtay 22. HD. 13.10.2014 T., 2014/25145 E., 2014/27302 K.

43 "Yasal koşulları sağladığı halde yeniden işe alınmamak, mevcut bir sözleşmenin feshi sayılmaz" Akyiğit 148-149 Dolayısıyla ayrıca bir işe başlatmama tazminatı vs. hakkı doğmayacaktır.

olarak temerrüde düşmesi halidir ve başka bir haklı neden de yoksa, bu durum işçinin haksız feshi, istifa olarak nitelendirilir. İşçinin işe başlamak istemesine rağmen işverence işe başlatılması ise bir işveren feshi olur. İşverenin başka bir haklı ya da geçerli nedeni yoksa bu fesih haksız ve geçersiz bir fesih olacaktır. İşverenin, işçinin askerlik nedeniyle geçici olarak iş görme edimini yerine getirmemiş olmasının ise işveren tarafından bir fesih nedeni yapılamayacağı tartışmasıdır.

4857 sayılı Kanun 31/son fıkra, kişi bakımından kapsamı dışında da açıklığa kavuşturulmaya ihtiyaç duyulan hususlar içermektedir. Bunlardan birisi 2 aylık süredir.<sup>44</sup> Örneğin İş Kanunu'nun 21. maddesinde işçinin işverene işe başlatılmak için başvuru yapması için 10 işgünlük; işçinin işçiyi işe başlatması için de 1 aylık süreler öngörülmüştür. Bu sürelerin iradelerin açıklanması için öngörüldüğü, postadaki gecikmeler vs nedenlerin dikkate alınmayacağı Yargıtay kararları ile istikrar kazanmıştır.<sup>45</sup> 31/son fıkradaki iki aylık sürenin, hem işçinin muvazzaf askerlik görevinin bittiği günden itibaren başladığı ve tüm sonuçları ile 2 ayda sonlanacağı kanaatindeyiz.<sup>46</sup> Zira hükümdede yer alan, *"bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek"* ifadesiyle ileride boşalacak yerlerle ilgili de yükümlülük getirilmektedir. İşverenin ileride boşalacak işlere söz konusu eski işçileri işe alma yükümlülüğünün süresini belirleyen başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasa koyucunun sorumluluğun süresiyle ilgili belirsizliğe neden olacak bir düzenleme yapmış olabileceğini düşünmek mümkün değildir, bilakis sorumluluk süresi belirgin hale getirilmek istenmiştir. Dolayısıyla, örneğin işçi 2 aylık sürenin dolmasına yalnızca bir gün kala işverene yeni bir iş sözleşmesi

yapılması için başvuruda bulunduğu, işveren o gün için boş yer varsa işçiyi işe alacak, ancak 2 gün sonra açılan bir pozisyon için, eski işçisiyle iş sözleşmesi yapmaya İş Kanunu 31. madde kapsamında kural olarak zorlanamayacaktır.

Maddedeki "o andaki şartlarla işe almak" ifadesini de işçinin iş sözleşmesi devam etseydi hangi koşullarda çalışacaktıysa o şartlarda işe alınacaktır diye anlamamak gerekir. Zira böyle bir yorum maddenin amacına ve ruhuna uygun olmayacaktır. Söz konusu düzenleme ile daha önceki iş sözleşmesi askerlik nedeniyle "sona ermiş" olan "eski" işçiyi, "yeni" bir iş sözleşmesi yapılmaktadır. O (işçinin yeniden işe başladığı) andaki şartlar, daha öncesine göre işçinin lehine olabileceği gibi, aleyhine de olabilecektir.

"Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder." ifadesindeki üç aylık ücretin tespiti de tartışma konusu olabilecektir. Tazminata esas ücret, işçinin askerlik görevi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdiği andaki ücreti olup, bu bir tazminat olduğundan, son çıplak brüt ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekecektir.<sup>47</sup> Akyiğit'e göre<sup>48</sup> tazminata baz alınacak ücretin başvuru anındaki emsal işçilere ödenen ücret olması gerekmektedir. Yeniden işe başlatılmayan fesih olarak kabul edilmediği bir sistemde, bu görüşe tarafımızca katılmak mümkün görünmemektedir. Emsal işçi ücretinden kastın, işçi askere gitmeseydi kıdemi ne olacaktıysa o kıdemdeki işçinin ücreti olarak kabul edilmesi, farazi bir çalışma süresi kabul etmek olur ki, yasa koyucunun böyle bir iradesinin izine rastlamak mümkün değildir.<sup>49</sup>

Son olarak "işveren ... işe almak zorundadır" ifadesindeki "zorunluluğun" mutlak bir sözleşme

44 Akyiğit'e göre bu hak düşürücü süredir. Akyiğit, 148

45 Yargıtay 9. HD 16.6.2010 T., 2008/35175 E., 2010/19236 K. (Kazancı İçtihat Bankası)

46 "Doktrinde bu konuda, işverenin başvuruya dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilecek somut olayın koşulları dikkate alınarak saptanacak "makul bir sürede" cevap verme yükümü olduğu yerinde olarak ifade edilmektedir." Birecik, s.43 dn. 91

47 Tazminata baz alınacak ücretin taraflarca giydirilmiş ücret olarak belirlenmesi de mümkündür. Akyiğit, 149

48 Akyiğit, Ercan; Legal YKİ, 2007/3 s.36

49 Ancak asgari ücretle çalışan bir işçi için, işçinin son ücretini baz almak adına, ödeme tarihindeki asgari ücretin altında bir ücret üzerinden tazminat belirleniminin mümkün olamayacağı kanısındayız.

yapma zorunluluğunun olmadığını, bu “zorunluluğu” yerine getirmemenin müeyyidesinin maddede belirtilen tazminattan ibaret olduğunu; işverenin söz konusu yükümlülüğü yerine getirmemesinin fesih anlamına gelmeyeceğini belirtmek gerekir. Yasa koyucunun böyle bir müeyyideyi seçimlik bir hak tanımaksızın ihdas etmiş olması karşısında, işçinin işe başlatılması doğrultusunda işvereni aynen ifaya zorlamak mümkün değildir.

## V. Bedelli Askerlik

03.08.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 26.07.2018 tarih ve 7146 sayılı Askerlik Kanunu ile Diğer Bazı Kanunlarda ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 2. maddesiyle 1111 sayılı Askerlik Kanunu’na Geçici 55. madde eklenmiştir.

Söz konusu madde ile “henüz fiilî askerlik hizmetine başlamamış... yükümlülerin... 21 gün temel askerlik eğitimini yerine getirmeleri şartıyla askerlik hizmetini yerine getirmiş” sayılacakları hükmü getirilmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrası ise “Bu madde hükümlerinden yararlananlar temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar” şeklindedir.<sup>50</sup>

Söz konusu düzenlemeye göre bu haktan yararlananlar ücretsiz izinli sayılacaktır. Öte yandan 1475 sayılı İş Kanunu’nun halen yürürlükte olan 14. maddesine göre ise askerlik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatı alma hakkı bulunmaktadır. Burada birbiriyle çelişen iki hüküm söz konusudur. Bu durumda yorum tekniklerine başvurma zorunluluğu doğmaktadır.

Yorumlara başlamadan önce belirtmek gerekir ki, temel konu muvazzaf askerlik olup, muvazzaf askerlik süresi ve bedelli askerlik, silahlı kuvvetlerin ihtiyacına göre belirlenmektedir.<sup>51</sup> Dolayısıyla

konu salt iş hukukuna ilişkin değildir ve iş hukukundaki işçi lehine yorum ilkesinden müstesna tutulabilecektir.<sup>52</sup> Askerlik Kanunu’nda yapılan bu değişikliğin de iş hukukuna dair bir düzenleme olduğu düşünülse bile, iş hukuku normları da toplum yararını korumak veya iş ilişkisinde belirli dengeleri gözetmek ya da bazı alanlarda esneklik sağlamak için getirilmiş olabilirler.<sup>53</sup>

Bir kanun hükmünü yorumlama yöntemlerini üç ana grupta incelemek mümkündür<sup>54</sup>: Amaçsal (gai), lafzi (deyimsel) ve tarihsel.

Söz konusu düzenleme, konumuz çerçevesinde amaçsal olarak yorumlandığında, madde gerekçesinden<sup>55</sup> yasa koyucunun amacı hakkında fikir edinmek mümkün görünmemektedir. Getirilen düzenlemenin yasal bir askı hali ortadadır. Askı hali, işçilerin iş güvencesinin korunmasında iş hukukunun geliştirdiği hukuki kurumlardan biridir.<sup>56</sup> Yasa koyucunun işçilerin ücretsiz izinli sayılmalarını öngörerek iş güvencesi sağlamak dışında emek piyasasında bir hareketliliğe sebebiyet vermemeyi amaçlamış olabileceğini düşünmek mümkündür.<sup>57</sup>

Bir diğer yorum yöntemi olarak, lafzi yoruma başvurulduğunda ise maddenin “ücretsiz izinli sayılırlar” şeklinde emir kipinde kaleme alınmış olması, işçiye ya da işverene bir seçimlik hakkın tanınmadığı sonucuna ulaştırmaktadır.

Yasa koyucunun asıl iradesinin açığa çıkarılması için<sup>58</sup> başvurulabilecek bir başka yorum yöntemi de tarihsel yorumdur. Kanunun çıktığı döneme bakıldığında (diğer bedelli askerlik dü-

50 Söz konusu düzenleme sadece İş Kanunu’na bağlı çalışanları değil, tüm çalışanları kapsamaktadır. Ancak incelmemiz 4857 sayılı Kanuna tabi çalışanlar yönüyle sınırlıdır.

51 1111 sayılı Kanun Madde 5.

52 Kaldı ki iş hukukundaki işçi lehine yorum ilkesi de sınırsız değildir. İşçi aleyhine olsa da yasada netlik olması durumunda ve kamu yararı olan hallerde işçi lehine yorum yapılamayacaktır. Akyiğit, 46

53 Süzek, s. 23

54 Bilge, Necip; Hukuk Başlangıcı, 35. Bası, Ankara 2017, s. 204

55 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss2.pdf>

56 Süzek, 524

57 Nitekim, 7146 sayılı Kanunun birinci maddesi, yurt dışında çalışanlar için ne 21 günlük temel askerlik eğitimi ve ne de dördüncü fıkradaki gibi ücretsiz izinli sayılmayı öngörmüştür. Böylece, yurt dışında çalışanların da işlerini kaybetmelerinin önüne geçilmektedir.

58 Mollamahmutoğlu, s. 112

zenlerinin yapıldığı zamanlarda da olduğu gibi) asker ihtiyacının yanı sıra, ülkenin ekonomik durumu da belirleyici olmaktadır. Bedelli askerlik düzenlemesine ihtiyaç duyulan bir dönemde, çalışanların iş güvencesinin sağlanmasının öncelenmiş olması kadar, işverenlerin de toplu bir tazminat talebiyle karşılaşmasının önüne geçilmek istenmiş olması muhtemeldir.

Kanunlar hiyerarşisi açısından baktığımızda da önceki kanun sonraki kanun kıyasında, Askerlik Kanunu'ndaki düzenlemenin daha sonra olduğu, özel kanun genel kanun kıyaslamasında da yine ücretsiz izinli sayılma zorunluluğu getiren düzenlemenin 1475 sayılı Kanun 14. maddeye göre özel kanun olduğu ortadadır.

Tüm bunların birlikte değerlendirilmesinden, 7146 sayılı Kanun ile yeni bir askı halinin ihdas edilmiş olduğunu, bu askı halinin taraf iradelerinden bağımsız ve yasal zorunluluk olduğunu söylemek mümkündür. Elbette 7146 sayılı ile getirilmiş bedelli askerlik imkanından yararlanıp yararlanmama noktasında işçinin serbest bir iradesi söz konusudur. Dileyen işçiler bu dönemde de askerlik görevini 6 ya da 12 aylık süreyle yapabilirler ve bu tartışmaların dışında kalabilirler. Zorunluluk (yasa koyucunun taraf iradelerinin yerine geçtiği nokta), askı hali oluşturmak yönünde talepte bulunan (icapçı) işçiye, işverenin olumlu (kabul) cevabı vermesi noktasındadır.

Şen'in söz konusu düzenlemeden yıllar önce kaleme aldığı düşüncesine göre, 7146 sayılı Kanundaki ücretsiz izinli sayılmaya ilişkin hükümler olmasaydı da söz konusu 21 günlük temel askerlik eğitimi süresince iş sözleşmesinin yasal olarak askıda kalacağı sonucuna ulaşmak mümkündür<sup>59</sup>:

*"BK.m.344/II<sup>60</sup> ile İş K.m.27<sup>61</sup> arasında genel ve özel hüküm ilişkisi vardır ve muvazzaf askerliğin hizmet akdine etkisi bakımından her iki kanunda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Şu halde, muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle işten ayrılma halinde hizmet akdinin genel hükümlere göre*

*sona ereceği kabul edilmeli ve kanaatimce burada şu ayırım yapılmalıdır. Muvazzaf askerlik süresi, maddede öngörülen iki aylık (ve nihayet 90 günlük) süreden uzun ise hizmet akdinin hemen sona erdiği kabul edilmeli; bu sürelerden daha kısa ise bu fıkra kapsamında değerlendirilerek akit askıda kabul edilmelidir."*

7146 sayılı Kanunla getirilen haktan yararlanarak askerlik görevini bedelli olarak yerine getirecek kişilerin de iş sözleşmesini askerlik nedeniyle feshedebileceğini (kıdem tazminatı alabileceğini) savunanların bir argümanı da Yargıtay'ın 2015 tarihli bir kararının<sup>62</sup> karşı oyundaki "Davacının .... tarihinde bedelli askerlik başvurusunda bulunduğu ve askerliğini bedelli yaptığı, bir gün dahi silah altına alınmadığı da sabittir." ifadeleridir. Bu ifadenin mefhum-u muhalifinden işçinin bir gün dahi silah altına alındığı durumlarda sözleşmeyi fesih hakkı olduğu belirtilmektedir. Akyiğit de, "Yeter ki, ilgili kişi silah altına alınsın ve bu yüzden iş ilişkisinde bir süre kesinti yaşansın"<sup>63</sup> ifadeleriyle benzer bir görüşü dile getirmiştir. Oysa yasa koyucu mezkur düzenlemedeki "ücretsiz izinli sayılırlar" şeklindeki emir kipindeki hükmü ile iş sözleşmesinde bir kesintiye müsaade etmediği açıktır. İş sözleşmesindeki yükümlülüklerin yerine getirilememesi her zaman bir fesih nedeni olmayabilir. Örneğin İş Kanunu 74. Maddede de doğum yapan kadın işçinin (16 veya çoğul gebelik halinde 18 haftalık) doğum izni bittikten sonra 6 aya kadar iş görme edimini yerine getirmeyebileceği, ancak bunun iş sözleşmesi feshine değil sadece ücretsiz izne/askı haline sebebiyet verebileceği öngörülmüştür.

Bu halde 7146 sayılı Kanunla yapılan değişiklik kapsamında muvazzaf askerlik görevini yerine getiren işçiler için zorunlu bir askı hali öngörülmüş olduğundan, işçinin "temel askerlik eğitimi süresi" sona erince askı hali de sona erecek ve taraflar mevcut iş sözleşmesindeki yükümlüklerini yerine getirmeye devam edeceklerdir. Bu itibarla

59 Şen,574

60 Türk Borçlar Kanunundaki karşılığı madde 409

61 4857 sayılı İş Kanunundaki karşılığı madde 31

62 Yargıtay 9. HD 5.11.2015 T., 2014/15064 E., 2015/31360 K. (www.legalbank.net)

63 Akyiğit, 365



işçinin 4857 s. Kanun 31/son kapsamında başvuru yapmasına zaten yer olmayacaktır.

Öte yandan 7146 sayılı Kanunla getirilen bedelli askerlik düzenlemesi, taraflara bir seçim hakkı tanımadığından, muvazzaf askerlik görevini bu yasa kapsamındaki haktan faydalanarak yerine getirmeyi tercih eden işçinin, iş sözleşmesini askerlik nedeniyle feshedemeyeceği kanaatindeyiz.<sup>64</sup>

4857 sayılı Kanun madde 31/son'da düzenlenen yeniden işe alma zorunluluğundan faydalanabilecek iki grup işçi vardır:

- 31. maddenin ilk fıkrasında bahsedilen muvazzaf askerlik ödevi dışında bir sebeple silah altına alınarak işten ayrılıp da işten ayrılmalarının üzerinden (en az) iki ay geçtiği için iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilmiş sayılanlar,

- İş sözleşmelerini (1475 sayılı İş Kanunu 14. maddeye göre) muvazzaf askerlik nedeniyle sona erdirenlerdir.

7146 sayılı Kanunla getirilen bedelli askerlik hakkından yararlanan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilmiş olsa bile, iş sözleşmeleri 1475 sayılı Kanun madde 14 hükmü dolayısıyla feshedilmiş sayılamayacağından, bu işçiler söz konusu iki grubun birinde yer alamayacaklardır. 4857 sayılı Kanun 31/son maddeden faydalanma imkanları da bu nedenle olmayacaktır.

Söz konusu bedelli askerlik düzenlemesini şu şekilde yorumlamak da mümkün olabilir:

Mevzuatımıza göre şu anda muvazzaf askerlik hizmet süresi kısa dönem er ve erbaşlar için 6 ay, yedek subay ile uzun dönem er ve erbaşlar için ise 12 aydır. 7146 sayılı Kanunla askerlik hizmeti süreleriyle ilgili yeni bir düzenleme getirilmiş değildir. 6 ve 12 aylık dönemler dışında, 21 günlük bir askerlik üçüncü bir askerlik şekli ihdas edilmiş değildir. Askerlik hizmetini yerine getirmiş "sayılmak" için geçici bir süre için üç şart getirilmiştir:

1. Kanunda belirtilen yaş aralığında olup belir-

tilen dönem içinde başvuru yapmak,

2. Kanunda belirtilen bedeli ödemek,

3. Kanunda belirtilen 21 günlük eğitimini yerine getirmek.

Buradaki askerlik vazifesi olmayan ancak onun yerine geçen 21 günlük eğitimi, 31. maddenin 1. fıkrasında zikredilen "herhangi bir sebeple silah altına alınma" olarak değerlendirdiğimizde, eğitim süresi zaten iki aydan az olduğundan işçi ve işveren tarafı için bir fesih nedeni kalmayacaktır. Bu yoruma kıymet verilmesi halinde, 7146 sayılı Kanundaki düzenleme ile 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışanlara getirilen yenilik şundan ibaret olacaktır: 4857 sayılı Kanunun 31/2. maddesi gereğince sadece 1 yıldan fazla çalışanların 31/1'deki haktan yararlanması mümkünken; 7146 sayılı Kanun sayesinde kıdemi bir yıldan az olanlar da aynı haktan yararlanabileceklerdir.

## VI. Sonuç

4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme, askerlik nedeniyle iş sözleşmesi sona eren eski işçilerle yeniden iş sözleşmesi yapılması zorunluluğuna ilişkindir. İş sözleşmesinin sona ermiş olup olmadığı noktasında bir uyuşmazlık olduğunda tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkartılması gerekir. Askerlik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçiyle, kanundaki koşullar gerçekleşmiş olmasına rağmen askerlik sonrası yeni bir iş sözleşmesi kurmayan işveren, kanunda düzenlenmiş olan tazminatı işçiye vermek zorunda kalır. Taraflar askerliği bir fesih nedeni yapmayıp, askerlik süresince bir askı hali yaratabilirler ve bu durumda askı hali bitiminde işe başlamak yeni bir iş sözleşmesi değil, mevcut sözleşmedeki yükümlükleri yerine getirmektir. Askı hali olmasına rağmen askı süresi sonrasında işe başlamamak ya da başlatmamak ise bir fesihtir. 7146 sayılı Kanunla getirilen bedelli askerlik düzenlemesi sonucu iş sözleşmesinin askıda kalması yasal bir zorunluluk olduğundan, feshedilme, dolayısıyla da 31/son kapsamında yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna imkan olmayacaktır.

<sup>64</sup> Aksi yönde görüş için bkz: <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869>

## KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 11. Bası, Ankara 2016
- Akyiğit, Ercan; Legal YKİ, 2007/3 s.25-47
- Bilge, Necip; Hukuk Başlangıcı, 35. Bası, Ankara 2017
- Birecik, Mustafa; Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi Yüksek Lisans Tezi, (<http://www.acikarsiv.gazi.edu.tr/index.php?menu=2&se-cim=10&YayinBIK=1754#>)
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canpolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku, 21. Bası, Ankara 2017
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı Muhittin; İş Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2011
- Ocak, Saim; Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 37. Yıl 2007, Sayı 37 s.52-101
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, 12. Bası, Ankara 2016
- Şen, Murat "İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkarıldığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu", Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 3, Temmuz 2001, s. 557-596 ([http://www.muratsen.org/tr\\_TR/makaleler.html](http://www.muratsen.org/tr_TR/makaleler.html))
- Kazancı İçtihat Bankası
- [www.hurriyet.com.tr](http://www.hurriyet.com.tr)
- [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)
- [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)

## **İşçinin Ulusal Bayram ve Genel Tatillerde Yaptığı Çalışmaların Karşılığında İzin Kullandırılabilir mi?**

- Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15.01.2018 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi -

### **Öz**

Türk iş hukukunda ulusal bayram ve genel tatil günlerinin hangileri olduğu 2429 s. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Kural olarak işçinin belirtilen kanunda sayılmış olan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ücretinde herhangi bir kesinti yapılmaksızın çalışmaması esastır. Ancak toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde kararlaştırılmışsa veya işçinin onayı varsa belirtilen günlerde çalışabilecek ve bunun karşılığında

kanunen iki günlük ücrete hak kazanmaktadır. Uygulamada ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışan işçilere, bu çalışmaların karşılığında serbest zaman ya da sonraki iş günlerinde kullanmak üzere izin verildiği görülmektedir. Yargıtay'ın 9. HD'nin 15.01.2018 tarihli kararında belirtildiği gibi ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmanın karşılığının serbest zaman ya da izinle yerine getirilmesi mümkün değildir.

### **Anahtar Sözcükler:**

Ulusal bayram, genel tatiller, genel tatiller karşılığı ek ücret, serbest zaman verme, nispi emredici hüküm.

## **Can The Employer Give Free Time to Employee For Working on National and Public Holidays with Pay?**

-Analysis of the Supreme Court Verdict Division 9, Dated 15 January 2018-

### **Abstract**

At Turkish Labour Law national holiday and public holidays are in 2429 p. National Holiday and Public Holidays Code. As a rule, it is essential that the employee doesn't work without any deduction from his wages on national holidays and public holidays, which are listed in this Code. However, if the collective bargaining

agreement or the employment contract is agreed or if the employee has the approval, the employee will be able to work on the specified days and in return, is entitled to two-days pays.

In practice, it is seen that employees working on national holidays and public holidays are allowed to use free time on working days wit-

\* Manisa Celal Bayar Üniversitesi Salihli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi - sevilbuyuk@gmail.com

hout any payment. As it is indicated rightfully in the Supreme Court's verdict of 15 January 2018; it is not legally possible to compensate the work with free time on national holidays

and public holidays without any payment. The provision of this working can be paid only with additional daily wage as stated at the Turkish Labour Code.

**Keywords:**

National holiday, public holidays, public holiday with pay, free time, relative mandatory rules.

## Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı<sup>1</sup>

E. 2015/26859

K. 2018/84

T. 15.1.2018

**DAVA:** Davacı, kıdem tazminatı ile fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarının temyiz edilmiş, davalı avukatınca duruşma talep edilmiş ise de; HUMK.nun 438. maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**KARAR:** A- ) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işverene ait işyerinde 01/09/1995-20/09/2013 tarihleri arasındaki dönemde usta öğretici olarak, son olarak ise ölçme ve değerlendirme görevlisi olarak çalıştığını, en son 1570,00. TL ücretle çalıştığını, işveren tarafından kendisinden istifa dilekçesinin alınarak karşılığında 20.000,00. TL ödeme yapıldığını, bu ödemenin de taksitle ödendiğini ileri sürerek, bakiye kıdem tazminatı ile fazla mesai, yıllık izin,

ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacı işçinin istifa etmesinden dolayı kıdem tazminatı talebinde bulunamayacağını, davacı işçinin çalışma süresinin haftada 45 saati aşmadığını, bu sebeple fazla çalışma alacağını bulunmadığını, ulusal bayram ve tatil günlerinde yaptığı çalışmaların ücretlerinin kendisine ödendiğini ve yıllık izin ücreti alacağını bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak ve taraflar arasındaki iş sözleşmesinin ikale yolu ile sona erdirildiği teklifin davacıdan geldiği bu sebeple davacının kıdem tazminatına hak kazanmadığı, fazla mesai yaptığı, kullanmadığı izinleri bulunduğu, tatil iznini kullandığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne kıdem tazminatı ve ... ücret alacağının reddine fazla mesai ve izin ücret alacaklarının tahsiline karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

E ) Gerekçe:

1) Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre taraflar vekillerinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2) Taraflar arasında, iş ilişkisinin işçinin istifası ile sona erip ermediği konusunda uyuşmazlık bu-

<sup>1</sup> www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:18.10.2018.

lunmaktadır.

Genel olarak iş sözleşmesini fesih hakkı, karşı tarafa yöneltilmesi gereken tek taraflı bir irade beyanı ile iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldıracılabilecek yetkisi veren, bozucu yenilik doğuran bir haktır. İşçinin haklı sebeple iş sözleşmesini derhal feshi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 24'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin önelli fesih bildirimının normatif düzenlemesi ise aynı Kanun'un 17'nci maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında Yasada işçinin istifası özel olarak düzenlenmiş değildir.

İşçinin haklı bir nedene dayanmadan ve bildirim önelli tanımsızın iş sözleşmesini feshi, istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer. İstifanın işverence kabulü zorunlu değilse de işverence dilekçenin işleme konulmamış olması ve işçinin de işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde gerçek bir istifadan söz edilemez. Bununla birlikte istifaya rağmen tarafların belirli bir süre daha çalışma yönünde iradelerinin birleşmesi halinde, kararlaştırılan sürenin sonunda iş sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdiği kabul edilmez.

Şarta bağlı istifa ise kural olarak geçerli değildir. Uygulamada en çok karşılaşılan şekliyle, işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde bir icap olarak değerlendirilmelidir.

İşçinin istifa dilekçesindeki iradesinin fesada uğratılması da sıkça karşılaşılan bir durumdur. İşverenin tazminatların derhal ödeneceği sözünü vermek ve benzeri baskılarla işçiden yazılı istifa dilekçesi vermesini talep etmesi ve işçinin buna uyması halinde, gerçek bir istifa iradesinden söz edilemez. Bu halde feshin işverence gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

İşverenin baskı uygulaması sonucu düzenlenen istifa dilekçesine değer verilemez. Dairemizde bu gibi hallerde feshin işverence gerçekleştirildiği, bununla birlikte işveren feshinin haklı olup olmadığının değerlendirilmesi gerek-

tiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 3.7.2007 gün 2007/14407 E, 2007/21552 K.).

İşçinin haklı sebeple derhal fesih nedenleri mevcut olduğu ve buna uygun biçimde bir fesih yoluna gideceği sırada, iradesi fesada uğratılarak işverence istifa dilekçesi alınması durumunda da istifaya geçerlilik tanınması doğru olmaz. Bu durumda işçinin haklı olarak sözleşmeyi feshettiği sonucuna varılmalıdır.

İstifa belgesine dayanılmakla birlikte, işçiye ihbar ve kıdem tazminatlarının ödenmiş olması, ... yapılan bildirimde işveren feshinden söz edilmesi gibi çelişkili durumlarda, her bir somut olay yönünden bu çelişkinin istifanın geçerliliğine etkisinin değerlendirilmesi gerekir.

İstifa belgesindeki ifadenin genel bir içerik taşıması durumunda, işçinin dava dilekçesinde somut sebepleri belirtmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu halde de istifanın arındaki gerçek durum araştırılmalıdır.

İş sözleşmesinin istifa ile sona ermesi halinde, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanması mümkün olmadığı gibi, ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamaz. İstifa durumunda işçinin işverene ihbar tazminatı ödemesi yükümü ortaya çıkabileceğinden, istifa türündeki belgelerin titizlikle ele alınması gerekir. İmzaya itiraz ya da metin kısmına ilaveler yapıldığı itirazı mutlak olarak teknik yönden incelenmelidir.

İstifa halinde dahi işçiye kıdem tazminatı ödeneceğini öngören sözleşme hükümleri ile işyeri uygulamaları, 4857 Sayılı Yasaya göre geçerli olup, bu halde kıdem tazminatı 1475 Sayılı Kanun'un 14'üncü maddesine göre hesaplanmalı ve anılan maddedeki kıdem tazminatı tavanı gözetilmelidir. Belirtmek gerekir ki, sözü edilen Yasada düzenlenen kıdem tazminatı tavanı mutlak emredici niteliktedir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı neden belirterek şartlı istifa etmiştir. İstifa dilekçesinde sağlık nedenlerini ileri sürdüğü gibi fesih tarihinde yaş hariç emeklilik koşullarına sahiptir. Bu nedenle, fark kıdem tazminatının hüküm altına alınması gerekirken, kısmi ödeme ikale kabul edilerek red-

dedilmesi hatalıdır.

3) Davacı işçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki çalışmalarının karşılığı olarak ücrete hak kazanıp kazanmadığı hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nda serbest zaman, fazla mesai çalışması için öngörülmüştür. İşçi tatil günleri çalışmış ise bunun karşılığı ücretin ödenmesi gerekir. Bu çalışma sonrası karşılığında izin kullanılması, tatil ücretine hak kazanamayacağını göstermez. Zira tatil çalışmaları karşılığı serbest zaman veya izin verilmesi yasaya uygun değildir.

Hükme esas bilirkişi raporunda, davacı içinin tören olan resmi bayram günlerinde (23 Nisan, 19 Mayıs ve 29 Ekim) çalıştığı ancak davalı tarafından ibraz edilen izin belgelerinden davacı işçinin çalıştığı bayramlar için izin kullandığı gerekçesiyle davacının ulusal bayram ve genel tatil alacağına bulunmadığı beyan edilmiştir. Ancak davalı tarafından ibraz edilen ve davacı imzasını taşıyan belgeler 2008 ila 2009 yılların ait olup, davalı tarafından 2010 ila 2013 yıllarına ait ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarına karşılık izin kullandığına dair belge ibraz edilmediği gibi belge ibraz edilse dahi geçersiz olacağından, 2010 ila 2013 yılları için ulusal bayram ve genel tatil alacağı hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir. Belirtilen günlerde davacının çalıştığı davacı tanık anlatımları ile doğrulandığı halde çalışmanın ispat edilmediği gerekçesiyle reddi hatalıdır.

4) Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Hükme esas bilirkişi raporunda, davacının hafta içi çalışmalarının 45 saati aşmadığı ancak cumartesi günü yaptığı çalışma nedeni ile fazla çalışma ücretine hak kazandığı tespiti ile hesaplama yapılmıştır.

Dosya içerisinde, davacının cumartesi günü yapılan fazla çalışmalarının karşılığında serbest zaman kullandığına dair belgeler bulunmaktadır. Bu belgeler bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın eksik inceleme ve değerlendirme ile alacağın hüküm altına alınması hatalıdır.

**SONUÇ:** Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı

sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde ilgililere iadesine, 15.01.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

## Kararın Değerlendirilmesi

### I. Uyuşmazlığa Konu Olay

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararına konu olayda uyuşmazlık, işverenin işyerinde ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışan işçinin, bu çalışmalarının karşılığının serbest zaman olarak kullandırıp kullandıramayacağı noktasında toplanmaktadır.

Davacı işçi, işverene ait işyerinde 1995-2013 yılları arasında usta öğretici olarak iş gördüğü, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmış olmasına rağmen karşılığının ödenmemesi sebebiyle bu alacaklarının tahsilini istemiştir.

Yerel mahkeme, davayı kısmen kabul etmiş ve işçinin kullanmadığı izin ücretleri ve fazla çalışma alacağı bulunduğunu, ancak davalı işverence ulusal bayram ve genel tatil çalışmasının karşılığı olarak verilen izinleri kullandığı gerekçesiyle davanın kısmen reddine karar vermiştir.

Tarafların temyizi üzerine Yargıtay, ulusal bayram ve tatil çalışmaları karşılığı serbest zaman veya izin verilmesinin yasaya uygun olmadığını, Yerel mahkemenin hükmüne esas aldığı bilirkişi raporunda, davacı işçinin 23 Nisan, 19 Mayıs ve 29 Ekim gibi resmi bayramlarda çalıştığını ancak davalı tarafından ibraz edilen izin belgelerinden davacı işçinin çalıştığı bayramlar için izin kullandığı gerekçesiyle davacının ulusal bayram ve genel tatil alacağına bulunmadığı beyan edildiğini belirtmiş ve davalı tarafından ibraz edilen ve davacı imzasını taşıyan belgeler 2008 ila 2009 yıllarına ait olup, davalı tarafından 2010 ila 2013 yıllarına ait ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarına karşılık izin kullandığına dair belge ibraz edilmediği gibi belge ibraz edilse dahi geçersiz olacağından, 2010 ila 2013 yılları için ulusal bayram ve genel tatil alacağı hesaplanıp hüküm altına alınması gerektiği belirtilerek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

## II. Hukuki Sorun

Yargıtay 9. HD'nin 15.01.2018 tarihli bu kararında çözülmesi gereken birden fazla hukuki sorun mevcuttur. Öncelikle kararda davacı işçinin, kıdem tazminatının kendisine ödenmesi şartıyla istifa etmiş olması değerlendirilmişse de, işbu karar değerlendirmemizde bu husus ele alınmayacak, sadece ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin karşılığı bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

Söz konusu karar bakımından çözülmesi gereken ve bizim de ele alacağımız husus, işverenin işçiyi ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştırması halinde karşılığının izin olarak kullanılarak kullanılamayacağıdır. Uygulamada işverenlerin sıklıkla ulusal bayramlar ve genel tatil günlerinde çalışan işçilere karşılığını ücret olarak ödemek yerine izin veya serbest zaman kullandığı görülmektedir. Karar değerlendirmemizde öncelikle ulusal bayram ve genel tatil çalışmasının ne olduğu iş hukuku mevzuatı çerçevesinde ele alınacak ve mevcut düzenlemeler neticesinde uygulamadaki gibi izin kullandırmanın hukuken uygun olup olmadığı değerlendirilecektir.

## III. Değerlendirme

### 1. Genel Olarak

Anayasanın "Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı" kenar başlıklı 50. maddesinde, dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtilmiş ve ücretli hafta ve bayram tatili ile yıllık ücretli izin hakları ve şartlarının Kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Bu kapsamda ulusal bayram ve genel tatiller 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun<sup>2</sup> çıkarılmış; ulusal bayram ve genel tatil günlerinin neler olduğu belirtilen kanunda düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu ise işçilerin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmalarını halinde birtakım düzenlemeler getirmektedir.

### 2. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri

#### a. Türk Hukukunda

Ulusal bayram ve genel tatil günleri 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Kanun, ulusal bayram ve genel tatil günlerini ayırmış ve hangi günlerin genel tatil günü olduğunu tek tek saymıştır. Kanunun 1. maddesine göre, ulusal bayram, 29 Ekim günüdür. Bayram 28 Ekim günü saat 13.00'te başlar ve 29 Ekim günü devam eder.

Genel tatil günleri ise Kanunun 2. maddesinde öngörülmüştür. Genel tatil günleri, resmi bayram günleri olan 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı, 19 Mayıs Atatürk'ü Anma ve Gençlik Spor Bayramı ve 30 Ağustos Zafer Bayramı; dini bayram günleri ise Ramazan Bayramı ve Kurban Bayramı ve ayrıca 1 Ocak günü yılbaşı tatili, 1 Mayıs günü Emek ve Dayanışma Günü ve 15 Temmuz günü Demokrasi ve Milli Birlik Günü tatilidir. Ramazan Bayramı, arefe günü saat 13.00'ten itibaren 3.5 gün iken, Kurban Bayramında tatil, arefe günü saat 13.00'ten itibaren 4.5 gündür.

#### b. Alman Hukukunda

Alman hukukunda tatil günleri, yıl içerisinde işçinin çalışmadığı dini ve dini olmayan anma günlerini ifade etmektedir. Alman Çalışma Süreleri Kanununda (Arbeitszeitgesetz- ArbZG) ve Çalışılmayan Dönemlere İlişkin Ücretler Kanununda (Entgeltfortzahlungsgesetz- EntFG) tatil günlerine ilişkin birtakım esaslara yer verilmiştir.

Çalışma Süreleri Kanunu "Tatil Günü Dinlenmesi" başlığını taşıyan § 9'a göre, işçi, Pazar günleri ve kanuni tatil günlerinde saat 0'dan 24'e kadar çalıştırılmamalıdır. Genel kural bu yönde olmakla birlikte arkasından gelen hükümde hangi işlerde tatil günlerinde çalışılacağını tek tek sayarak düzenlemektedir. "Tatil Günü Çalışması" başlığını taşıyan § 10'a göre, acil durum ve kurtarma hizmetleri, hastaneler ve bakımevlerinde, müzik performansları, tiyatro ve sinema gösterimleri, diğer gösteri ve performans etkinliklerinde, halk festivalleri ve fuarlarda, spor, eğlence tesisleri,

2 19.03.1981 RG. No.17284.

turizm etkinlikleri, müzelerde, radyo, günlük ve spor basını, haber ajansları ve diğer basın ürünleri için günlük haber aktiviteleri, en yeni haber ve görüntülerin üretimi, kompozisyonu, filme alınması ve basılması, ses ve video ortamlarında günlük kayıtlar, ve resmi tatilden sonraki gün olan ürünlerin taşınması ve toplanması sırasında yapılacak işler bakımından tatil günlerinde işçilerin çalıştırılacağını düzenlemektedir.

Yine Almanya'da tatil günleri Çalışılmayan Dönemlere İlişkin Ücretler Kanununun § 2 dahilinde her eyalet bakımından ayrıca düzenlenmektedir. İlgili hükümde, kanunen tanınmış bu tatil günlerinde, işçinin çalışmadığı tatil günlerinde o günün ücretinin kendisine ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Almanya bakımından federal tatil günü 3 Ekim Federal Almanya'nın Birleşme Günüdür<sup>3</sup>. Ayrıca ülke çapında tatil günleri Yeni yıl, paskalya arefesi ve Paskalya, 1 Mayıs, Noel'in 1 ve 2. günü gibi günlerdir<sup>4</sup>.

Bu hükümde, yasal tatil günlerine denk gelen çalışma sürelerinde işveren, çalışmasını yapmadığı halde işçiye o günün ücretini ödeyeceği düzenlenmiş ve hükmün III. fıkrasında, tatil gününden önceki son iş günü veya tatil gününden sonraki ilk iş günü özürsüz olarak işe gelmezse, bu tatil günleri için ona ödeme yapılmasını isteme hakkına sahip olmayacağı ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

### 3. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Çalışması

#### a. Türk Hukukunda

Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, gerek resmi gerekse özel işyerleri bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Kanunun 2. maddesine göre, ulusal bayram, resmi ve dini bayramlar ile yukarıda belirtilen tatil günlerinde resmi daire ve kuruluşlar tatil edilerek buralarda

çalışma yapılmaz, çalışanlar dinlenir. Ancak "özel işyerleri" bakımından kanun sadece ulusal bayram olan 29 Ekim günü tatil edilmesi kanun gereği zorunlu tutulmuştur. Doktrinde her ne kadar bu yönde bir zorunluluk bulunsa da bu zorunluluğa aykırı davranışlar hakkında bir ceza yaptırımını öngörülmediğinden hükmü uygulamaya zorlamadığı ifade edilmektedir<sup>6</sup>.

İş Kanununun "Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde Çalışma" başlığını taşıyan 44. maddesi ile "Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir." hükmü getirilmiştir. İşçinin genel tatil ve ulusal bayram günlerinde çalışıp çalışmayacağını tarafların iradesine bırakan bu hüküm, yedek hukuk kuralı mahiyetindedir. Aksine anlaşma yoksa ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalışması ve sosyal ve dini görevlerini yerine getirerek ücretinde kesinti olmadan dinlenmesi esastır<sup>7</sup>.

Ancak iki durumda işçinin bu günlerde de çalışabilmesi belirtilen kanuni düzenleme ile mümkün hale gelmiştir. Bunlardan ilki, işçinin belirtilen günlerde çalışıp çalışmayacağını iş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilmesidir. İkinci durum ise böyle bir kararlaştırma olmaması ve fakat işçinin onayının olması durumunda bu günlerde de işçinin çalıştırılmasıdır. İşverenin tek taraflı talimatlarla veya işyeri uygulamaları, iç yönetmeliklerle bu yönde bir düzenleme yapabilmesi mümkün değildir. Onayı olması halinde ise işçinin 29 Ekim ulusal bayramda da çalışması mümkündür<sup>8</sup>. Yargıtay'ın

3 Junker, Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 9. Neu Bearbeitete Auflage, München 2010, Rn.267; Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank, Arbeitsrecht Band I, Individualarbeitsrecht, 5. Auflage, 2011, § 8 Rn. 102.  
4 Brox, Hans/ Rütters, Bernd/ Henssler, Martin, Arbeitsrecht, 18. neu Bearbeitete Auflage, Stuttgart 2011, Rn.417.  
5 Hromadka/Maschmann, § 8 Rn. 102.

6 Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 849; Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları İşçinde İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2018, s. 288.  
7 Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul 2013, s. 172.  
8 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul 2018, s. 724; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014, s. 1313. Ancak Demir, işçinin onayı olsa dahi 29 Ekimde çalışmayacağını belirtmektedir. Demir, s 288.



bir kararında, işçinin ulusal bayram ve genel tatillerde çalıştırılabilmesi için bir kere onay vermesinin yeterli olduğu; fazla çalışmada olduğu gibi her sene onay alınmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir<sup>9</sup>.

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde faaliyetine devam eden işyerinde, ulusal bayram ve genel tatil gününde çalışmaya onay vermeyen işçi, çalışmaya gelmezse devamsızlık etmiş sayılmayacağından bu durum iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturmaz.

#### b. Alman Hukukunda

Alman hukukunda genel tatil günlerinde işçinin çalışmaması esastır. İşçi, genel tatil günlerinde çalışmamakta ve çalışmadığı halde o günün ücretine hak kazanmaktadır. Bu anlamda Türk iş hukuku sistemi ile benzerlik göstermektedir. Ayrıca Çalışma Süreleri Kanununun (Arbeitszeitgesetz- ArbZG) "Tatil Günlerinde Çalışmanın Telafisi" başlıklı § 11'in 3. fıkrasında, tatil günlerinde çalışan işçiye, her tatil günü çalışmasına karşılık daha sonra iş günleri içerisinde kullanılmak üzere serbest zaman verileceğini öngörmektedir. Hükme

göre, bu dinlenme zamanı, tatil günü çalışması yapıldığı tarihten itibaren altı hafta içinde kullanılmalıdır.

Ancak işçinin tatil günlerinde çalışması durumunda ek ya da zamlı bir ücret ödenip ödenmeyeceği veya nasıl bir ödeme yapılacağı hususu Alman mevzuatında düzenlenmemiştir. İşçilerin tatil günlerinde yaptığı çalışmalar bakımından ödenecek ek veya zamlı ücretler toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılmaktadır<sup>10</sup>. Genellikle uygulamada tatil günlerinde çalışan işçilere toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmesi ile kararlaştırılmış zamlı ücret veya daha sonra iş gününde kullanmak üzere dinlenme günü, birbirinin alternatifi olarak verilmektedir<sup>11</sup>.

#### 4. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinde İşçinin Çalışmasının Karşılığı

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalışması halinde karşılığı İş Kanununun 47. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, "Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günleri olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir." İşçinin ulusal bayram ve genel tatillerde çalışması durumunda o gün için kanun gereği hak kazandığı bir günlük ücreti hem de çalışmasının karşılığı olan o güne ait ücreti alacak, böylelikle toplam iki günlük ücrete hak kazanacaktır. Burada ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmanın karşılığı bir günlük ücret olduğu için, kaç saat çalıştığına herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İşçi genel tatil gününde 1-2 saat çalışsa bile kanun gereği bir günlük ücrete hak kazanır.

İş Kanununun 49. maddesinde ayrıca ücret şekillerine göre genel tatil ücretinin nasıl hesaplanacağı düzenlenmiştir. Eğer işçinin ücreti parça

9 "...Mahkemece davacının iş sözleşmesinde genel tatillerde çalışmaya muvafakat verdiği anlaşılmış karşısında genel tatile dayanmasının yerinde olmadığı; ancak davacının devamsızlığının araştırılmadan, bu konuda mazereti varsa ileri sürme imkanı tanınmadan, doğrudan feshin yoluna gidilmesinin haklı feshin olarak değerlendirilmediği gerekçesiyle işverenin iş akdinin feshinin haksız olduğu sonucuna varılmış ise de, devamsızlığın nedeni bizzat davacı tarafından açıklanmış olup uyumsuzluk konusu değildir. Davacı işçinin R. Bayramının 2. ve 3. günü mesaiye dahil olduğu halde 2 gün üst üste işyerine gitmediği, buna gerekçe olarak da genel tatillerde çalışmak için onayının alınmamasını ve yapılan çalışmaların karşılığının mevzuata uygun şekilde ödenmemesini gösterdiği anlaşılmaktadır. Halbuki 25.4.2001 tarihli bireysel iş sözleşmesinin 3-b maddesinde resmi tatillerde çalışmayı kabul ve taahhüt ettiği sabit olup ayrıca fazla mesaide olduğu gibi her yıl yeniden onay alınmasının gerekmediği, ulusal bayram genel tatil çalışmalarının karşılığının işverence usulüne uygun olarak ödendiği dosya içeriğinden anlaşılmıştır. Buna göre davacının 2 gün üst üste işe gelmemesi sebebiyle davalı işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddi gerekirken yanılığın değerlendirilmeyle kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." 9. HD. T. 22.09.2014 E. 2012/33194 K. 2014/27518, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:20.11.2018.

10 Hanau, Peter/Adomeit, Klaus, Arbeitsrecht, 14. neu bearbeitete Auflage, 2007, Rn.810.

11 Brox/Rüthers/Henssler, Rn.417.

başına, akort, götürü veya yüzde usulü ile ödene-yorsa, ödeme döneminde kazandığı ücretin aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle hesaplanacaktır. İşçi saat ücreti ile çalışıyorsa genel tatil ücreti, saat ücretinin yedibuçuk katı olarak hesaplanacaktır. Ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışması karşılığı işçiye ödenecek ücret, hafta tatilinde olduğu gibi işçinin çıplak ücreti üzerinden hesaplanır<sup>12</sup>.

İncelenen Yargıtay kararına konu olan uyuşmazlıkta, genel tatil günleri olan 23 Nisan, 19 Mayıs ve ulusal bayram 29 ekimde işçiyi çalıştığı anlaşılmaktadır. İşveren işçinin bu çalışmalarına karşılık kanunda belirtilen ücreti ödemek yerine izin kullandırmış ve işçi belirtilen çalışmalarına karşılık gelen ücret alacağını talep ettiğinde izin kullandığını ve bu nedenle işçinin bir alacağı kalmadığını beyan etmiştir. İşçinin ulusal bayram ve genel tatillerde çalışmasının karşılığı olarak işverenin bu yönde bir tercih imkanı var mıdır? Bu çalışmalara karşılık izin veya serbest zaman kullanılabilir mi?

Bu soruya cevap verebilmek için İş Kanununun "Saklı Haklar" başlıklı 45. maddesini irdelemek gerekecektir. Hükme göre, "Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde işçilere tanınan haklara, ücretli izinlere ve yüzde usulü ile çalışan işçilerin bu Kanunla tanınan haklarına aykırı hükümler konulamaz./Bu hususlarda işçilere daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya gelenekten doğan kazanılmış haklar saklıdır." Doktrinde, işçilere tanınan ulusal bayram ve genel tatil ücreti haklarına ilişkin bu hükmün nispi emredici olduğu, işçinin aleyhine değişiklik yapılamayacağı, ancak lehine olmak kaydıyla değişiklik yapılabileceği ifade edilmektedir<sup>13</sup>.

Sosyal kamu düzeni hükümleri olarak da adlandırılan nispi emredici normlar, iş hukukunda sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran ve iş huku-

kunun esas gayesi olan işçinin korunması amacını güden normlardır<sup>14</sup>. İş mevzuatında hangi hükümlerin nispi emredici olduğu konusunda kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir hükmün nispi emredici hüküm olup olmadığı değerlendirilirken, hükmün kaleme alınış biçimi değil, hükmün izlediği doğrudan amaç önem taşımaktadır<sup>15</sup>. Bir hükmün asıl amacı, işçinin korunması ise nispi emredici hüküm olduğu kabul edilmelidir.

Ulusal bayram ve genel tatillerde çalışan işçiye ödenecek zamlı ücret konusunda işçi lehine olmak kaydıyla değişiklik yapabilmek mümkündür. İşçinin iş sözleşmesi veya işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesine işçi lehine olacağı için çalışma karşılığı iki yerine üç günlük ücret konması buna örnek gösterilebilir<sup>16</sup>. Bu kapsamda uygulamada görüldüğü gibi toplu iş sözleşmesine konmuş hükümlerle işçiye ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışması halinde yüzde elli, yüzde yüz veya daha farklı oranlarda artırılmış zamlı ücretin ödenmesi de mümkündür<sup>17</sup>.

47. maddenin II. fıkrasında açıkça işçiye bu yönde daha elverişli hak ve menfaat sağlayan iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi hükümlerine üstünlük tanınacağı da belirtilmektedir. Bu kapsamda işçiye ulusal bayram ve genel tatil günleri çalışması karşılığı daha fazla zamlı ücret sağla-

14 Esener, Turhan, İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 1978, s. 36-37; Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 1987, s. 16-17; Süzek, s. 35; Özdemir, Erdem, "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", Ankara Ün.v. Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2015 C. 54 S.3, s. 96; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 14 vd; Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Ankara 2014, s. 75 vd.

15 Süzek, s. 37; Özdemir, s. 103; Doğan Yenisey, s. 80.

16 Süzek, s. 851.

17 Şen, s. 9. "...Somut olayda davacı genel tatil ücretini istemiştir. TİS'in 66/1 maddesinde, işçinin genel tatil günlerinde çalıştırılması halinde bir iş karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken ücreti ile birlikte (1 + 2) üç yevmiye ücret ödeneceği öngörülmüştür. Bir yevmiyesi davacıya maaşı ile birlikte ödendiğinden davacıya çalışma karşılığı iki yevmiye üzerinden ücret hesaplanması gerekirken 3 yevmiye üzerinden genel tatil ücreti hesaplanması isabetsizdir..." 9. HD. T. 09.04.2012 E. 2011/44976 K. 2012/11811, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:20.11.2018.

12 Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 301.

13 Süzek, s. 851; Şen, Murat, "Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Fazla Çalışma", SİCİL, Haziran 2010, Y.5 S.18, s. 8.

manın işçiye daha elverişli olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak işçiye belirtilen çalışmanın karşılığı ücret yerine sonrasında bir izin imkanı sağlanması işçi bakımından herhangi bir elverişli durum yaratmamaktadır. Çünkü ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışan işçinin zamlı ücret almadığı düşünüldüğünde sadece o gün çalışmasaydı da alacağı ücreti alacak; sonrasında ulusal bayram ve genel tatil gününün karşılığı olan izin günündeki dinlenmesinde çalışsa idi ücrete hak kazandırıyor ona olacaktır. Bu husus, her durumda zamlı ücretten daha elverişli bir durum yaratmamaktadır.

İşçiye çalışmalarının karşılığında serbest zaman verilmesi, işçinin fazla çalışması bakımından İş Kanununda pozitif bir biçimde düzenlenmiştir. Kanununun 41/IV. maddesine göre, işçi olağan fazla çalışma yaptığında bunun karşılığı olan ücreti yerine, isterse fazla çalıştığı her saat karşılığı için bir saat otuz dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçi, bu serbest zamanı çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmaksızın kullanmaktadır. Burada fazla çalışma karşılığı ücret veya serbest zaman isteme konusunda tercih yetkisi işçiye aittir. İşveren tek taraflı olarak zamlı ücret yerine serbest zaman sağlama yolunu tercih edemez<sup>18</sup>. Benzer bir hüküm, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 402/II. maddesinde öngörülmüş ve işverenin işçinin rızasını alarak fazla çalışma ücreti yerine uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak serbest zaman verilebileceğini düzenlemektedir.

Fazla çalışma yapan işçiye çalışması karşılığında zamlı ücret ücret veya serbest zaman kullanma konusunda sahip olduğu bu seçimlik yetki kanunen tanınmışsa da benzer yönde bir düzenleme ulusal bayram ve genel tatillerde çalışan işçi bakımından getirilmemiştir. Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışan işçinin çalışmasının karşılığı yukarıda da değindiğimiz gibi ilgili hükümlerde sadece zamlı ücret olarak karşımıza

çıkılmaktadır. Fazla çalışmada bu yönde bir imkan tanıyan kanunkoyucunun ulusal bayram ve genel tatillerde bu imkanı tanımaması, belirtilen çalışmalar karşılığı bu yönde bir serbest zaman ya da başka bir gün izin kullandırma gibi bir iradesinin olmadığı; ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışan işçiye sadece zamlı ücret ödenmesi iradesinin olduğu sonucuna varılabilecektir. Kanunkoyucunun bu yönde bir iradesi olsaydı fazla çalışmada olduğu gibi burada da serbest zaman verilmesini öngörebilirdi.

Nitekim Yargıtay daha önce önüne gelen uyuşmazlıkta, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışan işçinin çalışmasının karşılığında ücret yerine izin verilmesini, Kanunda bu yönde açık bir düzenleme olmadığından bahisle bu çalışma karşılığı ek ücretin ödenmesi gerektiğine karar vermiştir: *"...Mahkemece somut olayda davacının dini-millî bayramlarda çalıştığı ancak karşılığında izin kullandırıldığı kabul edilerek buna ilişkin talep reddedilmişse de, 4857 sayılı Yasada çalışılan dini-millî bayram (genel tatil) günleri karşılığında izin verilebileceğine ilişkin bir düzenleme olmadığı gözetilmeden dini-millî bayram ücreti talebinin reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..."*<sup>19</sup>.

Yine benzer bir sonuca vardığı Yargıtay'ın bir kararında, uluslararası bir yük taşıma şirketinde çalışan tır şoförünün genel tatil ve ulusal bayramlarda da çalışması karşılığı işçiye ücretsiz izin kullandırıldığına dair çıkan uyuşmazlıkta şu esaslara yer vermiştir: *"Tır şoförünün yurt dışında olduğu sırada bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığı yazılı delil veya tanık beyanları ile ispatı mümkündür. Tanık beyanları ile kanıtlanan bu tür çalışmalarda pasaport ve benzeri yurda giriş çıkış kayıtları üzerinden inceleme yapılmalı ve işçinin yurt dışında olduğu süreye rastlayan bayram ve genel tatil günleri için hesaplamaya gidilmelidir. Somut olayda; davacı yurt dışında tır şoförlüğü yapmakta ve mesaisini kendisi belirlemektedir. Yurt dışı seferleri sırasında fazla mesai yaptığını ispat edemeyen davacının fazla çalışma ücreti alacağı talebinin reddi*

18 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1256; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 13; Çil, Şahin, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", Çalışma ve Toplum, 2007/3, s.73-74.

19 9. HD. T.03.05.2012 E. 2010/7965 K.2012/15599, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:20.11.2018.

*gerekirken kabulü isabetsiz olmuştur. Davacının genel tatillerde çalıştığı, işverenin de kabulündedir. Davacıya bu çalışmalarının karşılığında işveren ücretsiz izin vermiştir. Genel tatil günü çalışması karşılığı ücretsiz izin verilmesinin kabulü mümkün değildir...<sup>20</sup>*. İşçiye genel tatil ve ulusal bayramlarda yaptığı çalışmanın karşılığında ücretsiz izin kullanılmak, işçinin tamamen aleyhine bir sonuç yaratmaktadır. Belirtilen günlerde çalışan işçi, ücretsiz izin uygulaması ile çalışmasının karşılığını alamamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın verdiği karar, hukuken yerindedir.

Yukarıda değindiğimiz gibi genel tatil ve ulusal bayramlarda çalışan işçinin alacağı zamlı ücretlere ilişkin hükmün nispi emredici olması ve fazla çalışmanın karşılığı olarak açıkça seçimlik bir biçimde serbest zaman tanıyan kanunkoyucunun ulusal bayram ve genel tatillerde çalışmanın karşılığında sadece ek ücret öngörmesi karşısında işverenin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışan işçiye karşılığında izin imkanı tanıması hukuken mümkün görünmemektedir. Nitekim ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçinin dinlenmesi esas olup, çalıştırılan işçinin ise lehine olarak ek ücret öngörülmesi karşısında kanunkoyucunun bu yönde bir amacı olmadığından söz edilebilecektir. Bu nedenle Yargıtay'ın bu yönde verdiği karar hukuken yerindedir.

#### IV. Sonuç

Türk iş hukukunda ulusal bayram ve genel tatil günlerinin hangileri olduğu 2429 s. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Hakkında Kanunda düzenlenmiştir. Kural olarak işçinin belirtilen kanunda sayılmış olan ulusal bayram ve genel tatil günlerinde ücretinde herhangi bir kesinti yapılmaksızın çalışmaması esastır. Ancak İş Kanununun 47. maddesine göre, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinde kararlaştırılmışsa veya işçinin onayı varsa belirtilen günlerde çalışabilecek ve bunun karşılığında kanunen iki günlük ücretle

hak kazanabilecektir. İş Kanununun 47. maddesi, nispi emredici hüküm mahiyetinde olup işçi lehine olmak kaydıyla ulusal bayram ve genel tatil günü çalışmasının karşılığı değiştirilebilecektir. Örneğin, genel tatil günü çalışmasının karşılığı %100 zamlı ücret ya da üç günlük ücret gibi belirlenebilecektir.

Uygulamada ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışan işçilere, bu çalışmaların karşılığında serbest zaman ya da sonraki iş günlerinde kullanılmak üzere izin verildiği görülmektedir. Hatta çalışmamızda ele aldığımız Yargıtay kararında olduğu gibi ücretsiz izin olarak ulusal bayram ve genel tatil günlerinin karşılığı yerine getirilmektedir. Bu yönde açık bir hüküm kanunda yer almamaktadır. Öte yandan İş Kanununun 47. maddesinin nispi emredici olduğu düşünüldüğünde işçiye zamlı ücret yerine bu tür bir izin vermek, işçi bakımından lehe bir sonuç yaratmamaktadır. Ayrıca fazla çalışmanın karşılığında işçiye serbest zaman imkanı tanınmışsa da, burada o yönde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kanunkoyucunun ulusal bayram ve genel tatil günlerinin karşılığını izin veya serbest zaman uygulaması ile yerine getirilmesine yönelik bir amacı bulunmamaktadır.

İncelediğimiz kararda her ne kadar hükmün nispi emredici mahiyetine değinilmese de, verdiği sonuç itibarıyla hukuken yerindedir. Eğer ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışan işçiye karşılığında serbest zaman ya da günlük izin verilmesi durumunda işçi bu izinleri kullansa dahi bu çalışmalarının karşılığının ödenmesini işverenden isteyebilecektir.

#### KAYNAKÇA

- Brox, Hans/Rüthers, Bernd/Henssler, Martin, Arbeitsrecht, 18. neu Bearbeitete Auflage, Stuttgart 2011.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul 2018.
- Çil, Şahin, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla

20 7. HD. T. 12.05.2015 K. 2015/8540, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:21.11.2018.

Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum, 2007/3, s. 57-79.

- Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2018.
- Doğan Yenisey, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, Ankara 2014.
- Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 1987.
- Esener, Turhan, İş Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 1978.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Hanau, Peter/Adomeit, Klaus, Arbeitsrecht, 14. neu bearbeitete Auflage, Luchterhand 2007.
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank, Arbeitsrecht Band I, Individualarbeitsrecht, 5. Auflage, 2011.
- Junker, Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 9. Neu Bearbeitete Auflage, München 2010.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014.
- Özdemir, Erdem, “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2015 C. 54 S.3, s. 95-120.
- Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2018.
- Şen, Murat, “Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Fazla Çalışma”, SİCİL, Haziran 2010, Y.5 S.18, s. 5-18.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul 2013.

## 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 kelimedenden oluşacak ve araştırmanın kapsamı ve amacının belirtildiği, kullanılan yöntemin tanımlandığı ve ulaşılan sonuçların kısaca yer verildiği Türkçe ve İngilizce özet, en az üç Türkçe ve üç İngilizce anahtar sözcük ile birlikte, yazının Türkçe ve İngilizce yazılmış başlığı, yazar ismi, kurumu ve yazarların açık adresleri ile telefon numaraları ve e-posta adresinin bulunduğu üst kapak sayfası gönderilmelidir. Başlığının Türkçe ve İngilizce ayrıca yer aldığı yazının ilk sayfasında yazar ismi yer almamalıdır.
3. Kaynaklar yazının sonunda ayrı bir sayfada "Kaynakça" başlığı altında yazar soyadlarına göre alfabetik sıraya dizilmelidir.
4. Yararlanılan ve gönderme yapılan kaynaklar, aşağıda örnekleri sunulan APA (American Psychological Association) ölçütlerine göre yazılmalıdır.

### Metin İçinde Kaynak Gösterimi

- Metin içindeki atıflar, yazarın adı cümle içinde geçiyorsa;  
Oğuzman (1981, s.125)  
Yazarın adı cümle içinde geçmiyorsa;  
(Oğuzman, 1981, s.125) şeklinde yazılmalıdır.
- Metin içinde ikiden fazla yazarlı kitaplara atıfta bulunurken ilk seferinde bütün isimler kullanılmalı; aynı yayına daha sonra yapılan atıflarda sadece birinci isim yazılmalı, diğer yazarlar için "ve diğerleri" ibaresi kullanılmalı, a.g.e., a.g.m. gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.

Oğuzman ve diğerleri (1979)

Metin içinde yer alması uygun görülmeyen açıklamalar için sayfa altı dipnot yöntemi kullanılmalıdır. Bu not içinde yapılacak atıflarda da yukarıdaki yöntem uygulanmalıdır.

### Kaynakçaların Düzenlenmesi

- Kaynakça listesinde bütün yazarların isimleri soyadına göre alfabetik yer almalıdır. Atıf yapılan kaynaklar birden fazlaysa, atıflar noktalı virgülle ayrılmalıdır. Bir yazarın birden çok çalışması kaynakçada yer alacaksa yayın tarihine göre eskiden yeniye doğru bir sıralama yapılmalıdır. Aynı yılda yapılan çalışmalar için a, b, c ibareleri kullanılmalıdır ve bunlar metin içinde yapılan atıflarda da aynı olmalıdır.

Oğuzman 1981, 125; Elbir, 1980, 101

- Kitaplar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:  
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Başlık. Baskı. Basıldığı Yer: Basımevinin İsmi

Oğuzman, M.K. (1981). Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası

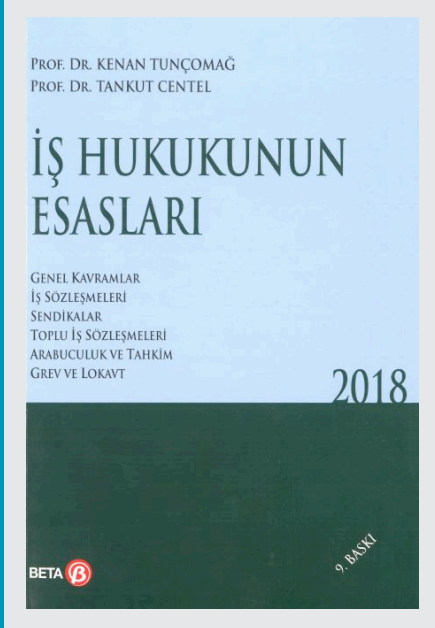
- Yazılar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:  
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Derginin İsmi. Cilt Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 10, 5-12

- İnternette bulunan 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.ilebaşlayaninternetadresi>

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri. 5-25. 15 Ocak 2014 tarihinde <http://www.mess.org.tr/ti.asp?eid=1000&i-cid=0> adresinden erişildi.

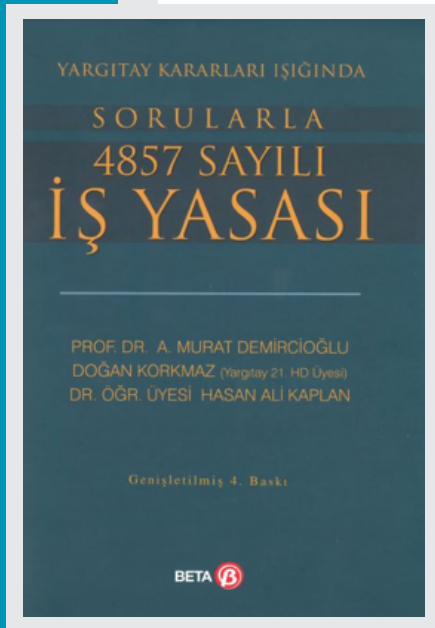
## Yeni Yayınlar



Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'ın 6 Haziran 2018 tarihinde sonsuzluğa uğurlanması ardından Prof. Dr. Tankut Centel tarafından hazırlanan **"İş Hukukunun Esasları"** isimli kitabın 9. Baskısı, Ekim 2018 tarihinde yayımlanmıştır.

2. Baskısından bu yana iki yazar tarafından ortak hazırlanan esere Prof. Dr. Tankut Centel tarafından devam edilmek istenmesinin nedeni, öncelikle kitabın Prof. Tunçomağ'ın 1970'li yıllardan gelen birikimi üzerine kurulu olması ve iş hukukunun temel kuramsal esaslarını Türk İş Hukuku uygulamasının ışığında aktarmakta olmasıdır.

Ders kitabı hacmini aşmamasına ve öğrenciler ile uygulamacılar için bir el kitabı niteliği taşımasına özen gösterilen eserde sırasıyla; "İş Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler", "Bireysel İş Hukuku" ve "Toplu İş Hukuku" bölümleri yer almaktadır.



Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Üyesi Doğan Korkmaz ve Dr. Öğr. Üyesi Hasan Ali Kaplan tarafından hazırlanan **"Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası"** adlı eserin genişletilmiş 4. Baskısı Kasım 2018 tarihinde yayımlanmıştır.

Özellikle 4857 sayılı Yasa'nın iş güvencesine ilişkin düzenlemeleri ile yargının uygulamayı yönlendirdiği, bu anlamda kimi kavram ve kurumlara açıklık getirdiği söylenebilse de, sosyal tarafların İş Yasası ile öngörülen kurum ve kavramlar ile ilgili bilimsel görüşler ve yargısal kararlar doğrultusundaki gelişmeleri yakından izlemesi gerekmektedir.

Eserin 4. Baskısında elden geldiğince akademik tartışmalardan uzak durulmuş, daha çok uygulamaya yön veren kararlara olabildiğince yer verilmiştir. Ancak, yine de bilimsel titizlikle, ön yargısız şekilde yeri geldiğinde bu yasa ve değişikliklerinde öngörülen kurum ve kavramların uygulamacılar için önemli olanları ile ilgili bilimsel görüşler de kalın çizgilerle değerlendirilmiştir.

Bu baskı ile yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yayınlanan "Sorularla Yeni İş Yasası" çalışması ile yine 2007, 2008 ve 2014 yıllarında yayınlanan "Yargıtay Kararları Işığında 4857 Sayılı İş Yasası" adlı kitaplar güncellenmiş ve büyük ölçüde genişletilmiş, kimi bölümler yeniden kaleme alınmıştır.

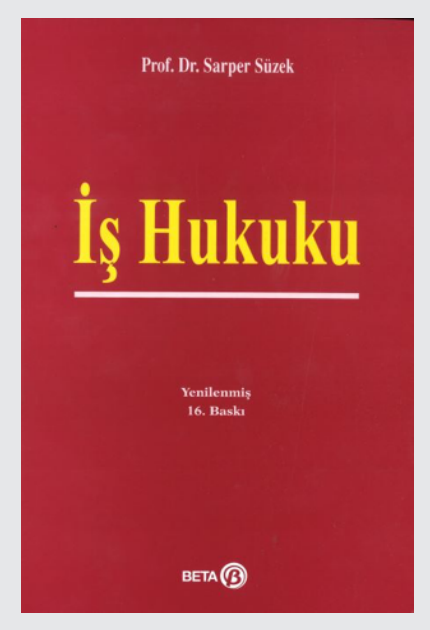


Prof. Dr. Sarper Süzek tarafından 15. Baskısının tükenmesi üzerine yenilenmiş 16. Baskısı hazırlanan “İş Hukuku” adlı eser, Eylül 2018 tarihinde yayımlanmıştır.

Eserin bu baskısında da iş mevzuatındaki en son düzenlemelere ve yüksek mahkemenin yeni kararlarına yer verilmeye ve yorumlanmaya çalışılmıştır. Ayrıca üretken iş hukuku öğretisi tarafından yapılan yeni yayınlarda ileri sürülen bilimsel görüşlerin okura aktarılmasına ve değerlendirilmesine çaba gösterilmiştir.

Eserden, uygulamacılar yanında öğrencilerin de yararlandığı düşünülerek, kapsamı daha geniş tutmamak amacıyla fazla ayrıntıya girmekten mümkün olduğu kadar kaçınılmıştır. Daha derin araştırmalara girmek isteyenler için başvurulacak kaynaklar ve metin içinde yer almayan kararlar dipnotlarda gösterilmiştir.

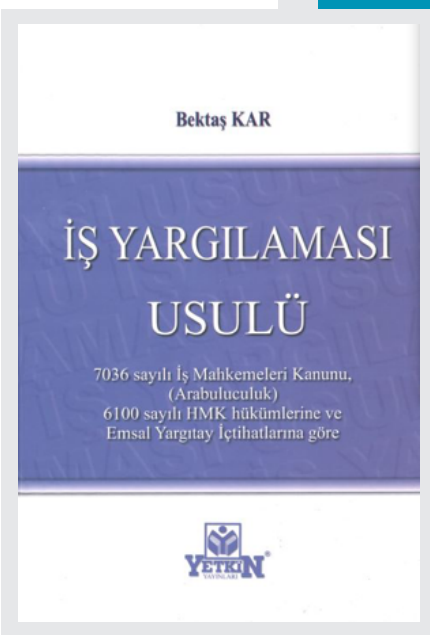
Ayrıca, eserin sonuna ayrıntılı bir Dizin konularak, bir hukuk kitabında okur için önemli bir güçlük olan, aranan bilginin yerini bulabilme güçlüğü giderilmeye çalışılmıştır.



Yargıtay Hukuk Genel Kurul Üyesi Bektaş Kar tarafından hazırlanan “İş Yargılaması Usulü” 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, (Arabuluculuk) 6100 sayılı HMK hükümlerine ve Emsal Yargıtay İçtihatlarına Göre” adlı eser 2018 yılında yayımlanmıştır.

Eserde mevzuat yanında temel iş yargılaması ilkelerine, organlara, öğreti görüşlerine ve yargı kararlarına yer verilmiştir. Yaklaşık 20 yıllık bir uygulamanın sonucu ortaya çıkan eser, daha önce iş yargılaması usulü konusunda yazılan eserlerden, gerek kapsam ve gerekse sistematik açıdan farklı şekilde kaleme alınmış, uygulamacıların yanında eğitimde bulunanların faydalanmasına sunulmuştur.

Eserde sırasıyla; “İlkeler, Kaynaklar, Organlar” başlıklı 1. bölüm, “İş Yargısının Alanı” başlıklı 2. bölüm, “İş Yargılamasının Tarafları” başlıklı 3. bölüm, “Dava Şartları, İlk İtirazlar ve Dava Türleri”, başlıklı 4. bölüm, davanın açılması ve cevap dilekçesi verilmesi konularını içeren 5. bölüm, “İspat Yükü ve Deliller” başlıklı 6. bölüm, “Yargılama Usulü” başlıklı 7. bölüm, “İş Mahkemeleri Kararlarına Karşı Kanun Yolları” başlıklı 8. bölüm, “Yargılamayı Etkileyen Taraf İşlemleri” başlıklı 9. bölüm, “Özel Durumlar” başlıklı 10. bölüm ve “Tazminat ve Alacak Tablosu” başlıklı 11. bölümler yer almaktadır.

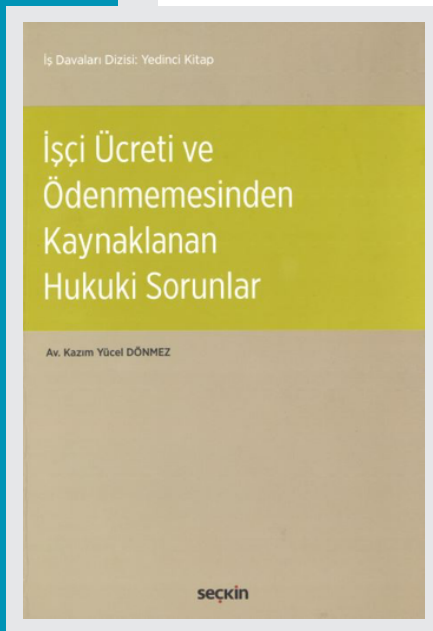




Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, Prof. Dr. Muhammet Özkes ve Prof. Dr. Murat Atalı tarafından hazırlanan **“Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk”** adlı eser Ekim 2018 tarihinde yayımlanmıştır.

2012’de hukuk uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yolları geliştirilmesi amacıyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu süreç içerisinde iş yargılamasında değişiklikler içeren bazı çalışmalar yapılmış ise de bunların kanunlaşması mümkün olmamıştır. Bu konuda son olarak hazırlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 2012’den bu yana tamamen isteğe bağlı olan arabulucuya başvuruyu belirli iş davaları için zorunlu hale getirmiş, dava şartına dönüştürmüştür. İş davalarında, arabulucuda anlaşmak zorunlu olmamakla birlikte, dava açmak için arabulucu sürecinin tamamlanması zorunluluğu, işçi ve işveren taraflarının daha fazla bir araya gelmesi ve bunun sonucu olarak da arabulucuda anlaşma sayısının görece artmasına sebebiyet vermiştir.

Eserde sırasıyla “Arabuluculuk hakkında temel bilgiler”, “İhtiyari arabuluculuk” ve “Zorunlu iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk” konularına yer verilmiştir.



Av. Kazım Yücel Dönmez tarafından hazırlanan ve yazarın İş Davaları Dizisi’nin yedinci kitabı olan, **“İşçi Ücreti ve Ödenmemesinden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar”** başlıklı kitap Eylül 2018’de yayımlanmıştır.

Bu kitap işçi ile işveren arasında ücret konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklar konusunda iş mevzuatı, Yargıtay kararları, öğretide yer alan görüşler ve yazarın bireysel bilgi ve deneyimleri ışığında uygulayıcılara yol göstermek amacıyla kaleme alınmıştır.

İki ana bölümden oluşan kitabın ilk bölümünde; ücret tanımlanarak, çeşitleri, türleri, ödenmesi, miktarı, faizi, zamanaşımı gibi çeşitli yönleriyle incelenmiş, ikinci bölümde de ücretin ödenmemesi veya zamanında ödenmemesinin ya da eksik ödenmesinin hukuki sonuçlarına ayrıntılı olarak değinilmiştir.

Prof. Dr. E. Tuncay Senyen-Kaplan tarafından hazırlanan **“Bireysel İş Hukuku”** adlı eserin yenilenmiş 9. Baskısı Eylül 2018 tarihinde yayımlanmıştır.

Çalışma hayatındaki gelişmeler, yeni kanuni düzenlemelerin yapılması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. 2017 yılı gibi 2018 yılında da değişimlere yönelik olarak mevzuatta yeni düzenlemelerin yapılması “Bireysel İş Hukuku” kitabının yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılmıştır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda çalışma hayatı açısından çok önemli düzenlemelere yer verilmiş, bazı uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Buna ilişkin olarak, İş Kanunu’nun 20 ve 21. maddelerinde değişiklikler yapılarak, kanuna yeni hükümler ilave edilmiştir. Bu çerçevede zamanaşımı süreleri de kısaltılmıştır.

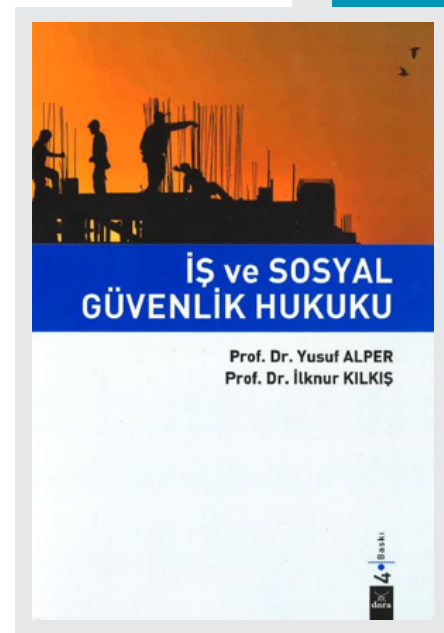
Kitapta yargı kararlarına, doktrindeki görüşlere ve yeni yayınlara da yer vermeye çalışılmıştır.

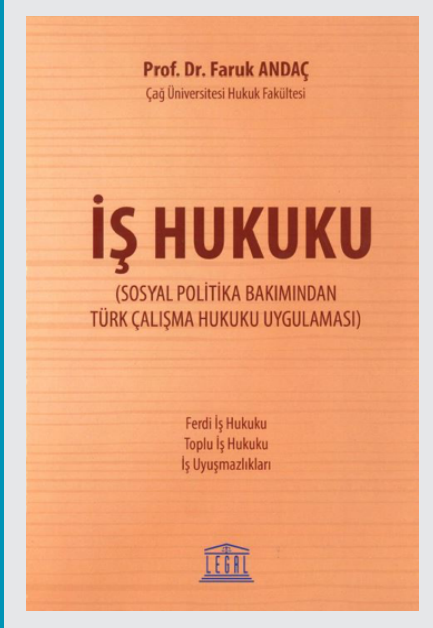


Prof. Dr. Yusuf Alper ve Prof. Dr. İlknur Kılıkş tarafından hazırlanan **“İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku”** adlı eserin 4. Baskısı Ekim 2018 tarihinde yayımlanmıştır.

İş hukuku ile ilgili kısmı Prof. Dr. İlknur Kılıkş, sosyal güvenlik ile ilgili kısmı Prof. Dr. Yusuf Alper tarafından hazırlanan kitabın öğrencilere ulaşmasından sonra, gerek dersi alan öğrenciler gerekse dersi yürüten öğretim üyelerinden alınan geri dönüşler doğrultusunda iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili bölümlerde yer alan açıklama notları ve örneklerin sayısı artırılmış, ilaveten bu baskıda işçiler, sigortalılar ve işverenlerin düzenlemek ve vermekle yükümlü olduğu belgeler kitabın ekler bölümüne görsel olarak ilave edilmiştir.

Kitabın ilk baskısından bugüne kadar geçen 3 yıllık sürede yürürlüğe giren sosyal güvenlik hukuku ile ilgili 26 ayrı yasal düzenlemeyle iş hukukuna yönelik olarak 2015 ve 2016 yıllarında İş Kanununda torba yasalarla yapılan ancak 2017 yılında ikincil mevzuat düzenlemeleri ile hayata geçirilen değişiklikler de kitaba ilave edilerek güncellenmiştir.

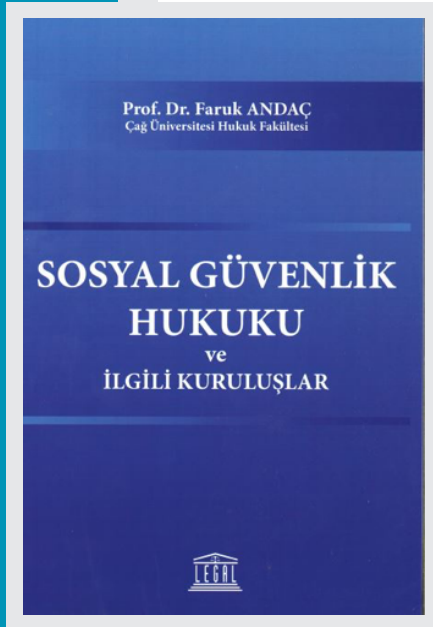




Prof. Dr. Faruk Andaç tarafından hazırlanan “**İş Hukuku (Sosyal Politika Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması)**” adlı eser Haziran 2018’de yayımlanmıştır.

Yazarın 1977 yılından bu yana birçok fakülte ve meslek yüksek okulları ile Türk-İş bünyesindeki sendikaların eğitim seminerlerinde anlattığı İş Hukuku-Sosyal Güvenlik ve Sosyal Politika ile ilgili çalışmaları, yoğun istek üzerine 1990 yıllarından bu yana geliştirilerek kitap haline getirilmiştir.

Kitapta sırasıyla “Çalışma hukuku kavramı”, “Çalışma hukuku ile ilgili iş hukuku kavramları”, “İş hukuku ile ilgili uyuşmazlıklar ve çözümlenmesi” bölümleri yer almaktadır.



Prof. Dr. Faruk Andaç tarafından hazırlanan “**Sosyal Güvenlik Hukuku ve İlgili Kuruluşlar**” adlı eser Nisan 2018’de yayımlanmıştır.

Daha önce yazarın İş Hukuku kitabının bir bölümünde yer alan Sosyal Güvenlik Hukuku, yazar tarafından ayrı bir kitap haline getirilmiştir. Sosyal Güvenlik Hukuku artık sadece sosyal sigortaları kapsamamakta, yeni bir bölüm olarak Primsiz Ödemeler adı altında Sosyal Yardım Hukuku kavramıyla yeni bir bilim dalı şeklinde gelişmektedir. Kitabın bir kısmı da Sosyal Yardım Hukuku ve sosyal yardım kuruluşlarına özellikle 633 sayılı KHK ile yeni kurulmuş Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’na ayrılmış, bir kısmı da Sosyal Sigorta Hukuku ve Sosyal Sigorta Kuruluşlarına özellikle 2006 yılında 5502 sayılı Yasa ile yeni kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile sosyal sigorta uygulamalarına ayrılmıştır.