

sicil

İŞ HUKUKU DERGİSİ

TOPLU İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

MALİ HUKUK KARAR İNCELEMELERİ **TOPLU İŞ HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

BİREYSEL İŞ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU **TOPLU İŞ HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

MALİ HUKUK **TOPLU İŞ**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

TOPLU İŞ HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK **TOPLU İŞ HUKUKU**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU *MALİ HUKUK*

BİREYSEL İŞ HUKUKU *AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU*

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU* KARAR İNCELEMELERİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK** *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU* **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ *AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU*

TOPLU İŞ HUKUKU *MALİ HUKUK*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU *MALİ HUKUK*

BİREYSEL İŞ HUKUKU *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU* KARAR İNCELEMELERİ

KARAR İNCELEMELERİ **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU** **TOPLU İŞ HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU *MALİ HUKUK* *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU *MALİ HUKUK*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU KARAR İNCELEMELERİ

BİREYSEL İŞ HUKUKU



MERKEZ

Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175
 Kat: 13-14 34394 Şişli/İSTANBUL
 Tel: (212) 371 63 00 Faks: (212) 371 63 01
 e-posta: mess@mess.org.tr

ANKARA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

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

BURSA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Odunluk Mahallesi Akpınar Caddesi
 No: 21 R Plaza K: 7 D: 13
 16110 Nilüfer/BURSA
 Tel: (224) 236 38 62 Faks: (224) 236 98 94
 e-posta: bursa@mess.org.tr

İZMİR BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Akdeniz Mahallesi Şehit Fethi Bey Caddesi
 Heris Tower No: 55/6 D: 61
 35210 Konak/İZMİR
 Tel: (232) 482 25 70 Faks: (232) 484 45 80
 e-posta: izmir@mess.org.tr

www.mess.org.tr

ISSN 1306-6153

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2020 Sayı/Issue: 43 ISSN 1306-6153

Hakemli Dergi/Peer Reviewed Journal

MESS adına Sahibi/Publisher On Behalf of MESS: Özgür Burak AKKOL
MESS Yönetim Kurulu Başkanı/Chairman of MESS Management Board

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Responsible Manager:

Özgür BARUT, MESS Genel Sekreteri/Secretary General of MESS

Yayın Yönetmeni/Editorial Director:

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

Yayın Kurulu/Editorial Board:

Av. Mesut ULUSOY, Av. Murat BATUR, Av. Şeyda AKTEKİN, Av. Nağme HOZAR,
Av. Uygur BOSTANCI, Av. Burak TÜRKMEN, Av. Selçuk ULUTAŞ, Av. Kadir GÜNAY,
Av. Emre BÜYÜKKARABOSTANOĞLU, Av. Oğuz Kağan BÜYÜKTOSUNOĞLU

Baskı/Published by:

Elma Basım Yayın ve İletişim Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti. 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:

Temmuz 2020/July 2020

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 Fakültesi

Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY - Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT - MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ufuk AYDIN - İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tankut CENTEL - Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fevzi DEMİR - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DEMİRCİOĞLU - Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Toker DERELİ - İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi -
Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Prof. Dr. Nüvit GEREK - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Prof. Dr. Metin KUTAL - İstanbul Gedik Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Prof. Dr. Ali Rıza OKUR - İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Polat SOYER - Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

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

Prof. Dr. Sarper SÜZEK - Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN - Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR - Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ - Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

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

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 (yılıda 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 değerlendirilmektedir.

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 analysis in SİCİL Labour Law Journal, which we believe is an important source of reference in the field of current and draft labour legislation, is being evaluated by at least two academics.

DEĞERLİ OKURLARIMIZ

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

SİCİL İş Hukuku dergimizin 43. sayısında 13 makale bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 43. sayısında; Prof. Dr. Tankut CENTEL'in "Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı", Prof. Dr. Hakan KESER'in "Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK-Dr. Öğr. Üyesi Emre ERTAN'ın "İşe İade İlâmlarının İcrasında Kesinleşme Şartı", Doç. Dr. Murteza AYDEMİR'in "Ücret Niteliğindeki İşçi Alacağı Davalarında Tanık Deliline Dayanılması", Doç. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK'ün "Gemi Adamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücretinin Güncel Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR'in "Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi", Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI'nın "İşçi Alacakları Bakımından İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı", Dr. Öğr. Üyesi İlke GÜR-

SEL'in "Performans Değerlendirme Sistemi ve Mesleki Yetersizlik", Dr. Öğr. Üyesi Namık HÜSEYİNLİ-Av. Dr. Evran KIRMIZI'nın "Bakım Hizmeti ve Çalışma Mevzuatı Açısından Bakım Hizmeti Çalışanlarının Hukuki Statüsü", Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis KARAMAN'ın "İş Hukukunda Ev Hizmetleri", Dr. Öğr. Üyesi Sezgi ÖKTEM SONGU-Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR'in "Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi Kapsamında Çalışan İşçiler", Dr. Öğr. Üyesi Pelin TUAÇ YILMAZ'ın "Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Evde Çalışma" ve Dr. Seracettin GÖKTAŞ'ın "Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi" başlıklı makaleleri yer almaktadır.

MESS olarak, ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören ve önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız SİCİL İş Hukuku dergisinin 43. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar, yazarlarımıza, makaleleri büyük bir titizlikle inceleyen hakemlerimize ve Danışma Kurulumuza teşekkür ederiz.

Dergimizin iş hukuku ve sosyal güvenlik 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 (yılıda 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** Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı
Prof. Dr. Tankut CENTEL
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 30** Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi
Prof. Dr. Hakan KESER
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü
- 53** İşe İade İlâmlarının İcrasında Kesinleşme Şartı
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK* - Dr. Öğr. Üyesi Emre ERTAN**
* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı
**Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 77** Ücret Niteliğindeki İşçi Alacağı Davalarında Tanık Deliline Dayanılması
Doç. Dr. Murteza AYDEMİR
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 105** Gemi Adamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücretinin Güncel Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi
Doç. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 126** Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi
Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR
Hâkim
- 158** İşçi Alacakları Bakımından İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı
Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

İçindekiler

- 172** Performans Değerlendirme Sistemi ve Mesleki Yetersizlik
Dr. Öğr. Üyesi İlke GÜRSEL
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 190** Bakım Hizmeti ve Çalışma Mevzuatı Açısından Bakım Hizmeti Çalışanlarının Hukuki Statüsü
Dr. Öğr. Üyesi Namık HÜSEYİNLİ* - Av. Dr. Evran KIRMIZI**
* Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İnsan Kaynakları Bölümü
** İzmir Barosu
- 213** İş Hukukunda Ev Hizmetleri
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis KARAMAN
Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 234** Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi Kapsamında Çalışan İşçiler
Dr. Öğr. Üyesi Sezgi ÖKTEM SONGU* - Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR**
* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
** İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 254** Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Evde Çalışma
Dr. Öğr. Üyesi Pelin TUAÇ YILMAZ
Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 274** Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi
Dr. Seracettin GÖKTAŞ
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı

Contents

Articles

- 11** Covid-19 Outbreak and Turkish Working Life
Prof. Dr. Tankut CENTEL
Koç University, Faculty of Law
- 30** Evaluation within the Scope of the Decision of the Supreme Court of Appeals Jurisdiction General Assembly Regarding the Validity of Penal Clauses in Fixed-Term Employment Contracts Which were Concluded without an Objective Reason
Prof. Dr. Hakan KESER
Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations Unit
- 53** Formal Res Judicata Condition in Enforcement of Reinstatement Judgments
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK* - Assist. Prof. Dr. Emre ERTAN**
*Social Sciences University of Ankara, Faculty of Law, Civil Procedure and Bankruptcy Enforcement Law
**Marmara University, Faculty of Economics, Labour Economics and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law
- 77** Basing on Witness Evidence in Cases of Employee Wage Claims
Assoc. Prof. Dr. Murteza AYDEMİR
Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations Unit, Labour and Social Security Law
- 105** Review of the Overtime Wages to be Paid to the Seafarers in Respect of the Actual Supreme Court Decisions
Assoc. Prof. Dr. Arzu ARSLAN ERTÜRK
Marmara University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 126** The Effect of Covid-19 Pandemic on Labour Contract in Terms of Types of Work and Right to Leave and Wages
Assoc. Prof. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR
Judge
- 158** The Action for Annulment of Objection and Execution Denial Compensation in Terms of Employee Receivables
Assoc. Prof. Dr. Ertuğrul YUVALI
Erciyes University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

Contents

- 172** Performance Evaluation System and Professional Insufficiency
Assist. Prof. Dr. İlke GÜRSEL
Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 190** Care Service and Legal Status of Care Service Employees in Terms of Labour Legislation
Assist. Prof. Dr. Namık HÜSEYİNLİ* - Dr. Evran KIRMIZI**
* Alanya Alaaddin Keykubat University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Human Resources Unit
**Attorney at Law, İzmir Bar
- 213** Domestic Services in Labour Law
Assist. Prof. Dr. Mehmet Halis KARAMAN
Marmara University, Faculty of Economics, Labour and Social Security Law
- 234** Employees Working within the Scope of Temporary Employment Relationship Established Through A Private Employment Office (Temporary Agency Work) in Social Security Law
Assist. Prof. Dr. Sezgi ÖKTEM SONGU* - Assist. Prof. Dr. Asiye ŞAHİN EMİR**
* Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
** İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 254** Working from Home As a Type of Remote Work
Assist. Prof. Dr. Pelin TUAÇ YILMAZ
Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations Unit, Labour and Social Security Law
- 274** The Effect of the Covid-19 Pandemic on Termination of the Employment Contract and Other Reasons Ending the Contract
Dr. Seracettin GÖKTAŞ
Chief Judge of the Civil Chamber No. 22 of the Court of Cassation

Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı

Öz

Covid-19 salgınının başlamasıyla birlikte, işyerlerinin ayakta tutulması ve işçilerin gelir kaybına uğramaları yüzünden mağdur edilmemeleri amaçlanmıştır. Bu bağlamda alınan hukuki önlemler çerçevesinde, 7226 ve 7244 sayılı Yasaların yürürlüğe konulduğu görülmüştür. Buna göre, ilkin, kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşulları hafifletilmiş ve böylece, kısa çalışmanın yaygınlaşması sağlanmıştır.

Sonra, Türk iş hukukunda ilk kez olmak üzere, yasayla işverene işçiyi ücretsiz izne çıkarma hak ve yetkisi tanınmıştır. Buna karşılık, işten çıkarmaları önlemek ve iş ilişkisinin devam etmesini sağlamak amacıyla, işvere-

ne fesih yasağı getirilmiştir. Ancak, işveren, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerine dayanmak suretiyle haklı nedenle fesih hakkını kullanabilecektir. Ücretsiz izin nedeniyle gelirden yoksun kalacak işçinin mağdur olmasını önlemek üzere ise, işçiye İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanacak olan nakdi ücret desteğinin ödenmesi kabul edilmiştir.

Covid-19 salgını yüzünden kabul edilen tüm bu önlemler, 17 Nisan 2020 tarihinden itibaren başlamak üzere, üç aylık bir geçici dönem için geçerli olacaktır. Ancak, Cumhurbaşkanı, duruma göre bu üç aylık dönemi uzatabilecektir.

Anahtar Sözcükler:

İşçiyi ücretsiz izne çıkarma hakkı, haklı nedenle fesih, nakdi ücret desteği, kısa çalışma, kısa çalışma ödeneği.

Covid-19 Outbreak and Turkish Working Life

Abstract

With the onset of the Covid-19 outbreak, it was aimed to keep the workplaces afloat and prevent victimization of workers due to loss of income. Within the framework of the legal measures taken in this context, it was ob-

served that the Acts numbered 7226 and 7244 were enacted. Accordingly, first of all, the conditions for benefiting from short-time work allowance have been alleviated and thus, short-working has become widespread.

*Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi-tcentel@ku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9434-5119

Then, for the first time in Turkish labor law, the right and authority to leave the worker for unpaid leave has been granted by law to the employer. In contrast, in order to prevent layoffs and ensure the continuity of the business relationship, a termination ban has been imposed on the employer. However, the employer will be able to use his right of termination with a just cause, based on the situations that do not comply with the rules of ethics and goodwill and other similar situations. In order

to prevent the worker from being victimized due to being deprived from income after unpaid leave, the payment of cash wage support which will be funded by the Unemployment Insurance Fund is approved.

All these measures adopted due to the Covid-19 outbreak will be valid for a three-month temporary period, starting on April 17, 2020. However, the President of the Republic may extend this quarter, depending on the situation.

Keywords:

Right to leave the employee on unpaid leave, termination with just cause, cash wage support, short-time work, short-time work allowance.

I. Giriş

Dünya Sağlık Örgütü, 11 Mart 2020 tarihinde covid-19 salgınının "pandemi" olduğunu açıklamış ve bu tarihten itibaren, pandemi önlemlerinin alınmaya başlandığı görülmüştür. Çünkü, pandemi önlemleri, pazarlar ve tedarik (mal ve hizmet üretimi) ile talep (tüketim ve yatırım) ve iş dünyası üzerinde doğrudan etkiye sahiptir¹. Nitekim, yeni koronavirüs (covid-19) salgını, tüm çalışma dünyasını etkileyen bir hastalık durumu olarak ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, söz konusu salgın, yol açtığı derin ekonomik ve sosyal kayıplar² yüzünden, çalışma yaşamını büyük ölçüde etkilemiş ve bazı hukuki önlemlerin alınmasını zorunlu kılmıştır. Böylece, daha önceki ekonomik krizler nedeniyle başvuru alan kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği düzenlemelerinin yeterince etkili olamayışı karşısında, salgın dönemi için esas olarak, 16/4/2020 tarihli ve 7244 sayılı "Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Ya-

pılmasına Dair Kanun"³ kabul edilmiştir.

Anılan yasa, çalışma yaşamını ilgilendiren düzenlemeler bakımından ve genel olarak, İş Kanunu'na bir ve İşsizlik Sigortası Kanunu'na da iki geçici maddenin eklenmesini içermektedir. Bu bağlamda, söz konusu salgın dönemiyle (ilk olarak üç aylık ve nihayetinde uzatılabilecek olan bir süreyle) sınırlı olmak üzere, mevcut iş ilişkilerinin sürdürülmesi ve daha önce sona ermiş olup da işsizlik ödeneğinden yararlanamayan kişilere de işsiz kaldıkları süre boyunca parasal destek sağlanması amaçlanmaktadır.

Buna göre, aşağıda ilkin, covid-19 salgınının iş ilişkileri üzerindeki etkisine değinilecek ve daha sonra, 4447 ile 7244 sayılı Yasalar bağlamında ücretsiz izin, kısa çalışma ve fesih yasağı uygulamaları üzerinde durulacaktır.

II. Covid-19 Salgınının Hukuki Önemi

1. Bireysel İş İlişkileri Açısından

Covid-19 salgınının bireysel iş ilişkileri üzerindeki etkisi, bu ilişkinin devam ettirilip ettirilmeyeceği

1 ILO, *In the face of a pandemic: ensuring Safety and Health at Work*, Cenevre 2020, 7-8

2 Yaşanan kayıplar konusunda bkz. ILO (yay.), "ILO Monitor: COVID-19 and the world of work", third edition, updated estimates and analysis 29 April 2020, 3-9, https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_743146/lang--en/index.htm

3 RG. 17.4.2020, No. 31102

noktasında görülmektedir. Şöyle ki, söz konusu salgının hukuken “zorlayıcı neden” oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda, hastalanma veya konulan sokağa çıkma yasağı ya da işyerinin idari işlemle geçici kapanması yüzünden işyerine devam edemeyen işçinin iş sözleşmesinin feshinde zorlayıcı nedenin varlığını dikkate almak gerekecektir. Ancak, bu bağlamda, değişik durumların (olasılıkların) ortaya çıkması söz konusudur.

a) İşçinin Korona Virüs Yüzünden Hastalanması

İşçinin korona virüs yüzünden hastalanıp işyerine devam edememesi; kendisine virüs nerede bulaşmış olursa olsun, işyerinde sağlık önlemlerine uyulması kaydıyla ve bildirim öneline eklenecek altı haftanın aşılması halinde, işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağını yaratır (İş K. m. 25/1 bent I f. son). Ancak, işverenin bu yöndeki haklı nedenle fesih hakkını kullanma olanağı, korona virüs nedeniyle öngörülen geçici, yani 17 Nisan 2020 tarihinden sonraki dönem için ortadan kalkmıştır (İş K. geç. m. 10/1).

Bunun gibi, işyerinde sağlık önlemlerine uyulmaması yüzünden işçinin korona virüs hastalığına yakalanması halinde de, işverenin haklı nedenle fesih olanağı ortadan kalkar. Çünkü, kimsenin kendi kusurundan yararlanamaması, hukuken esastır.

b) Korona Virüsün Bulaşma Olasılığı

aa) İşyerinde Korona Virüsün Varlığı

İşveren, işyerinde gerekli sağlık ve güvenlik önlemlerini⁵ almakla sorumludur⁶. Buna göre, sözelimi, işyerine girişlerde işçinin ateşinin ölçülüp koruyucu maske sağlanması ve işyerinde sosyal mesafenin korunmasının denetlenmesi, işverenin

sorumluluğundadır. Söz konusu sağlık önlemlerini almayacak işveren, işçiyi gözetme borcuna (TBK. m. 417/II) aykırı davranmış olur. Bunun sonucunda işçi, tazminat isteme hakkına kavuşur (TBK. m. 417/III).

Ancak, işverenin bu konudaki yükümlülüğünün, ülkede covid-19 virüs hastalığının resmi makamlarca kabul edildiği tarihten sonra başlaması düşünülmelidir. Çünkü, henüz böyle bir riskin varlığından haberdar değilken, işverenden covid-19 virüsüne karşı önlem alması beklenmemelidir⁷. Bu bağlamda, ilk korona virüs vakası ise, 11 Mart 2020 tarihinde açıklanmıştır⁸.

Diğer yandan, işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işverenin yahut başka bir işçinin covid-19 hastalığına tutulması, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisini kazandırır (İş K. m. 24/bent I f. a). Nitekim, covid-19 hastalığı, son derece bulaşıcı ve sağlık ile yaşam bakımından önemli bir hastalık niteliğindedir.

Ancak, işverenin veya işyerinde çalışan işçilerden bazılarının korona virüs hastalığına yakalanmış ya da testlerinin pozitif çıkmış olması, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisini kazandırmaz. Çünkü, İş K. m. 24/bent I f. a'nın uygulanması, işçinin bunlarla sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü ortamların varlığına bağlıdır.

Yine, işçi, salt korona virüs hastalığının pandemi halini aldığı ileri sürmek ve söz konusu hastalığın çevrede yaygın olduğunu belirtmek suretiyle, iş sözleşmesini zorlayıcı nedenle feshedemeyecektir. Nitekim, işçinin zorlayıcı nedenle feshi, korona virüs hastalığına yakalanan işçiler yüzünden bir haftadan fazla süreyle işyerinde işin durması halinde, işçinin zorlayıcı nedenle iş sözleşmesini haklı nedenle feshi akla gelecektir (İş K. m. 24/bent III). Ancak, İş K. geç. m. 10/II hükmünün ücretsiz izne çıkarmayı hukuken onayladığı geçici (üç aylık) ortamda, işçi bakımından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açacak bir zorlayıcı nedenin

4 Gaye Baycık, “Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri”, 1, <https://www.linkedin.com/in/av-doç-dr-gaye-baycık-7a682188/detail/recent-activity/documents/>; Ceren Kasm, “COVID-19 and Labour Law: Turkey”, Italian Labour Law e-Journal, Special Issue 1, Vol. 13 (2020), Covid-19 and Labour Law. A Global Review, Section: National Reports, 2, <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/10806>

5 Önlemlerin içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ILO, *age.*, 14-27

6 Ayrıntılı bilgi için bkz. Levent Akın, “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi 34, 3 (Mayıs 2020), 17-18

7 Baycık, “Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkisi”, 7

8 Bkz. <http://www.yarsuvat-law.com.tr/covid-19-nedniyle-alinan-guncel-tedbirler/>

varlığından söz etme olanağının ortadan kalktığı söylenmelidir.

Bu bağlamda, işçi, işyerindeki korona virüs hastası işçilerin varlığını gerekçe göstermek suretiyle, iş görme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkına sadece önlem alınmayan işyerlerinde sahip olur. Ancak, işçinin söz konusu hakkını doğrudan kullanması, hukuken düşünülmez⁹.

Gerçekten, ciddi ve yakın tehlikeyle karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, anılan kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak, durumun tespit edilip gerekli önlemlerin alınmasına karar verilmesini isteyebilir ve iş sağlığı ve güvenliği kurulu veya işveren işçinin talebi yönünde karar verdiği takdirde, gerekli önlemler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınıp ücretini almaya devam edebilir (İSG Kanunu m. 13/I-II). Korona virüs tehlikesiyle karşılaşan işçinin doğrudan işi bırakması, görüldüğü üzere, söz konusu olmayıp; yasa da öngörülmüş sürecin izlenmesi ve ancak onun nihayetinde gerekirse işi bırakması, hukuken mümkündür.

bb) İşçiye İşyerinin Dışında Korona Virüsün Bulaşması

Pandemi ortamında işçiye korona virüsün nerede (işyerinde veya işyerinin dışındaki bir yerde) bulaştığını tespit etmek, son derece güçtür. Bu konuda, temel alınacak nokta, işverenin işyerinde gerekli sağlık önlemlerini almış, bunları uygulamış ve de uygulanmasını denetlemiş bulunup bulunmadığı olmalıdır.

Buna göre, işverenin kamu makamlarının ve mevzuatın öngördüğü sağlık önlemlerini almış, uygulamış ve denetlemiş olmasına rağmen işçi korona virüs hastalığına yakalanmış bulunduğu takdirde, artık korona virüsün işçiye işyerinin dışında bulaşmış olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda, işçi, ancak işyerinde gerekli sağlık önlemlerinin alınmadığını kanıtlamak suretiyle, söz konusu var sayımı çürütme olanağına kavuşur.

c) İşçinin Sokağa Çıkma Yasağı Yüzünden İşe Devamsızlığı

Konulan sokağa çıkma yasağı yüzünden işyeri-

ne devam edemeyenler konusunda, risk gruplarına girenler ile hafta sonu sokağa çıkamayacak olanlar arasında ayırma gidilmesi gerekir. Bunlardan 65 yaş üstü grubunda bulunanlar ile kronik rahatsızlığı olanlar, bir haftadan fazla süreyle işyerine devam edemeyecek olduklarından, bunların durumu İş K. m. 25/I bent III hükmüne bağlı tutulacak; yani, işverenin zorlayıcı nedenle fesih hakkını kullanması ve ilk bir haftalık devamsızlık süresi içinse, işverenin yarım ücret ödemesi akla gelecektir (İş K. m. 40). Ancak, işveren, korona virüs nedeniyle öngörülen geçici, yani 17 Nisan 2020 tarihinden sonraki üç aylık dönem için fesih yasağına tabi bulunduğundan, söz konusu fesih hakkını kullanamayacaktır (İş K. geç. m 10/I). Buna göre, anılan işçi grubu için, bir haftalık yarım ücret uygulamasından (İş K. m. 25/I bent III, 40) sonra iş sözleşmesinin askıya alınması söz konusudur. Bu bağlamda, söz konusu grubun yoğun olduğu bir işyerinde ise, işveren kısa çalışmaya yönelmek durumundadır.

Hafta sonları (Cumartesi-Pazar) veya hafta sonlarının diğer günlerle birleştirildiği süreler için sokağa çıkma yasağının konulduğu durumlarda ise; işçinin çalışılan günlere rastlayan devamsızlığı, sokağa çıkma yasağı söz konusu olmayan ve tatil bulunmayan günlerde telafi çalışması (İş K. m. 64) yaptırılmak suretiyle, giderilmelidir. Buna göre, telafi çalışmasına gidilmeyen durumlarda ise, işçiye yarım ücret yerine tam ücreti ödenmelidir. Çünkü, İş K. m. 40 hükmü, bir haftadan fazla süreyle devam edecek zorlayıcı neden halleri için düşünülecek bir düzenlemedir.

Bu bağlamda, işçinin üst üste iki günlük devamsızlığı, sokağa çıkma yasağı nedeniyle ortaya çıkan devamsızlık haklı bir nedene dayandığı için, işverenin iş sözleşmesini devamsızlık nedeniyle feshine hak kazandırmamaktadır (İş K. m. 25/I bent II f. g).

d) İşyerinin Geçici Kapanması

İçişleri Bakanlığı'nın 16/3/2020 tarihli ek genelgesiyle tiyatro, sinema, gösteri merkezi, konser salonu, nişan/düğün salonu, çalgılı/müzikli lokanta/kafe, gazino, birahane, taverna, kahvehane, kiraathane, kafeterya, kır bahçesi, nargile salonu, nargile kafe, internet salonu, internet kafe, her türlü oyun salonları, her türlü kapalı çocuk oyun alanları (AVM

9 Akın, agm., 34-35

ve lokanta içindekiler dahil), çay bahçesi, dernek lokalleri, lunapark, yüzme havuzu, hamam, sauna, kaplıca, masaj salonu, SPA ve spor merkezlerinin faaliyetleri geçici bir süreliğine durdurulmuştur¹⁰. Buna göre, işyerleri geçici süreyle kapanan (faaliyeti duran) işçi grubu için, bir haftalık yarım ücret uygulamasından (İş K. m. 24/bent III, 40) sonra iş sözleşmesinin askıya alınması ve işçinin zorlayıcı nedenle fesih olanağının doğması söz konusudur.

Ancak, taraflarca iş ilişkisinin devam etmesi düşünülüyorsa, işçiden birikmiş izinlerini kullanmasının ya da ücretinin ödenmesine devam olunup çalışılmayan sürelerin ileride telafi çalışması (İş K. m. 64) yoluyla giderilmesinin istenmesi için, hukuken bir engel yoktur. Bunun gibi, işyeri geçici olarak kapanan işverenin kısa çalışmaya başvurması, akla gelecek bir diğer çözüm yoludur. Bu durumda ise, kısa çalışma ödeneğine hak kazanan işçiler bakımından, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı (İş K. m. 24/bent III veya 24/bent II f. e) ortadan kalkmaktadır¹¹.

2. Toplu İş İlişkileri Açısından

İçişleri Bakanlığı, Covid-19 salgınının yayılmasını engellemek amacıyla 16 Mart 2020 tarihinde, genel kurullar ile her türlü toplantı ve faaliyetleri geçici olarak ertelemiş ve kronik hastalığı olanlar ile 65 yaşından büyük kişilere sokağa çıkma yasağı getirmiştir. Söz konusu durum, toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ile grev oylaması gibi faaliyetlerin yapılmasını olanaksız duruma getirmiştir. Bu durum karşısında, işlemlerin yapılması 6356 sayılı Yasa'da hak düşürücü sürelerle bağlandığından, toplu iş sözleşmesi sürecinin işletilememesi tehlikesi ortaya çıkmıştır.

Bunu göz önünde bulunduran Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, 23 Mart 2020 tarihli yazısıyla, "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti İle Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik" ve "Toplu İş Sözleşmesinde Arabulucuya ve Hakeme Başvurma Yönetmeliği" uyarınca yürütü-

len idari iş ve işlemleri geçici süreyle durdurmuş; e-Devlet üzerinden yapılan üyelik işlemlerinin ise, devam etmesini kabul etmiştir.

Çalışma Genel Müdürlüğü'nün söz konusu yazısının hukuken geçerli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Nitekim, İdare'nin tek taraflı olarak kamu hizmeti görmekten kaçınmaya kalkışması, kamu hizmetlerinin kesintisiz, sürekli biçimde yerine getirilmesine (görülmesine) ilişkin idare hukukunun temel ilkesiyle bağdaşır nitelikte görünmemiştir.

Bu yüzden, daha sonra konunun yasayla düzenlenmesi gündeme gelmiştir. Nitekim, 7244 sayılı Yasa m. 2/1 bent (ı); toplu iş sözleşmesi yetki tespitlerinin verilmesi, toplu iş sözleşmelerinin yapılması, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü ile grev ve lokavta ilişkin süreleri, 17 Nisan 2020 tarihinden itibaren üç ay süreyle uzatmış ve Cumhurbaşkanı'nı söz konusu üç aylık süreyi bitiminden itibaren üç aya kadar uzatmaya yetkili kılmıştır. Cumhurbaşkanı'na tanınan bu uzatma yetkisinin ise, madde metninde açıkça yer almamakla birlikte, bir defaya mahsus olacağı madde metninin kaleme alınış biçiminden anlaşılmaktadır.

Tüm bu gelişmeler karşısında, sendikalara ilişkin üyelik işlemlerin sürdürülmesi yolunda hukuki bir engelin bulunmadığı; buna karşılık, 6356 sayılı Yasa'daki süreye bağlı iş ve işlemlerin şimdilik üç ay süreyle dondurulduğu söylenmelidir. Ancak, bu durum, mevcut olumsuzluklara rağmen, tarafların toplu iş sözleşmesi bağtılamalarını engellemektedir. Nitekim, daha önce toplu iş sözleşmesi yetki belgesini almış bulunan bir işçi sendikasının, işveren sendikası veya münferit işverenle yapacağı toplu görüşmeleri günümüz iletişim teknolojilerinin sağladığı olanaklarla sonuçlandırıp, toplu iş sözleşmesi metni imzalamasına bir engel görünmemekte; sorun, taraflar kendi aralarında anlaşamadıkları takdirde, ortaya çıkmaktadır.

3. Sosyal Güvenlik Açısından

Korona virüs hastalığına yakalanan sigortalı işçilere hangi sosyal sigorta dalından yardım yapılması gerektiği konusu, uygulamada tartışma yaratmıştır. Gerçekten, covid-19 hastalığı nedeniyle

10 Bkz. <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi>

11 Baycık, "Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri", 3

le ortaya çıkan sağlığı bozucu durumun, iş kazası veya meslek hastalığı ya da doğrudan hastalık olarak mı değerlendirilmesi gerektiği noktası, hukuk çevrelerinde değişik görüşlerin ortaya atılmasına yol açmıştır.

Sorun pratik sonuçları açısından değerlendirilecek olduğunda; parasal yardımlar (geçici iş göremezlik ödeneği), iş kazası ve meslek hastalığı sigortasında ilk günden, hastalık sigortasında ise üçüncü günden itibaren ödenmekte ve iş kazası ve meslek hastalığı sigortasında parasal yardımlar için bekleme süresi yokken, hastalık sigortasında en az 90 günlük bir kısa vadeli sigorta prim süresi gerekmektedir¹².

Bunun dışında, işverenin sorumluluğu, esas olarak, hastalık sigortasında sadece sağlık raporu alınmaksızın veya sağlık raporuna aykırı biçimde sigortalı işçinin çalıştırılması halinde ödenen geçici iş göremezlik ödeneği miktarıyla sınırlıyken (SSGSSK. m. 21/III); iş kazası ve meslek hastalığı sigortasında yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamıyla, daha geniş tutulmuştur (SSGSSK. m. 21/I).

Ayrıca, hastalık sigortası bakımından işveren için herhangi bir bildirim yükümü söz konusu değilken; iş kazası ile meslek hastalığının işveren tarafından kolluğa ve Kuruma bildirilmesi söz konusu olup, buna uyulmaması Kurumca ödenecek geçici iş göremezlik ödeneğinin işverene rücu edilmesi sonucunu yaratmakta (SSGSSK. m. 14/IV, 21/II)¹³ ve işveren hakkında yaralanma veya ölümle sonuçlanacak iş kazası nedeniyle cezai soruşturma başlatılmaktadır.

Ortaya çıkan değerlendirme sorunu, şimdilik Kurum genelgesiyle uygulama açısından çözülmüş görünmektedir. Nitekim, SGK Başkanlığı tarafından çıkartılan 7.5.2020 tarihli ve 2020/12 sayılı Genelge'de aynen, "...COVID-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müraca-

at eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerekmektedir.." denilmek suretiyle, hastalık sigortası hükümlerinin uygulanması esas kabul edilmiştir.

Ancak, söz konusu Kurum genelgesi uygulamanın yönlendirilmesi konusunda ortaya çıkan duraklamaları gidermişse de, hukuki tartışmaları sona erdirebilmiş değildir. Bu bağlamda, hastalığın özellikle sağlık çalışanları bakımından işyerinde ve yapılan iş (tedavi hizmeti) yüzünden ortaya çıkması, covid-19 virüs hastalığını salt "hastalık" biçiminde değerlendirilmesine ilişkin uygulamayı eleştiren görüşleri canlı tutabilmektedir.

Nitekim, anılan genelge, İstanbul Tabip Odası tarafından eleştirilmiş ve işverenin iş kazasını ve meslek hastalığını bildirme yükümlülüğünün kalkmadığı ileri sürülmüştür¹⁴. Bunun gibi, sosyal medyada, Fransa ve Belçika örneklerindeki gelişmeler aktarılacak suretiyle, özellikle sağlık çalışanları açısından, meslek hastalığından söz edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁵. Bu arada, bazı il sağlık müdürlükleri, hastanelere durumu "iş kazası" olarak değerlendirip bildirimde bulunmalarını yazıyla bildirmiştir¹⁶.

Bu konuda, ilkin, anılan Kurum genelgesinin, idari nitelik taşıması yüzünden yargı açısından bağlayıcılık taşımayacağı söylenmelidir¹⁷. Buna göre, ileride açılacak bir davada, söz konusu Kurum genelgesine rağmen, mahkemenin korona virüs hastalığıyla yaratılan durumun hukuki niteliğini tartışması, hukuken mümkündür. Nitekim, Ukrayna'ya yaptığı seferden dönen bir TIR şoförü-

14 Bkz. <https://www.istabip.org.tr/5823-sgk-nin-2020-12-sayili-genelgesi-is-kazasi-bildirim-yukumlulugunu-ortadan-kaldirmaz.html>

15 Bkz. [https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6666067732330528768/?commentUrn=urn%3Ali%3Acomment%3A\(activity%3A66664979626848251904%2C6666067615603060736\)](https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6666067732330528768/?commentUrn=urn%3Ali%3Acomment%3A(activity%3A66664979626848251904%2C6666067615603060736))

16 Bkz. Akın, agm., 26; <https://www.linkedin.com/in/talat-canbolat-2b926a49/detail/recent-activity/>

17 Ayrıca bkz. Sırma Pelin Ada, "COVID-19 Salgını Sağlık Çalışanları ve Enfekte Olan İşçiler Açısından Ne Anlama Geliyor", <http://www.forseti.com.tr/makale/covid-19-salgini-saglik-calisanlari-ve-enfekte-olan-isciler-acisindan-ne-anlama-geliyor/>; "Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2020 /12 Sayılı Genelgesi İle Covid-19'un İş Kazası Sayılma Riski Ortadan Kalktı mı?", 13 Mayıs 2020 tarihli Egemenoğlu Hukuk Bürosu Bilgi Bülteni, 1

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 18. Bası, İstanbul 2020, 390-391 ve 441-442

13 Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, *age.*, 379 ve 388

nün H1N1 virüsü (domuz gribi) teşhisiyle yaşamını yitirmesiyle ilgili olarak yakın geçmişte verilmiş bir Yargıtay kararında, söz konusu ölümün “iş kazası” sonucu ortaya çıktığı kabul edilmiştir¹⁸.

Ancak, anılan kararda sadece, işverenin iş kazası nedeniyle ortaya çıkan hukuki (tazminat) sorumluluğu değil, Kurum tarafından hak sahiplerine gelir bağlanmasını gerektiren bir iş kazasının (SSGSSK. m. 13) tespitinin söz konusu olduğu gözden kaçırılmamalıdır¹⁹. Ayrıca, H1N1 ile COVID-19 virüslerinde kuluçka süresinin farklı oluşu da, Yargıtay’ın daha önceki söz konusu kararını tekrarlayacağı anlamını taşımamaktadır²⁰.

Bu bağlamda, konuya 5510 sayılı Yasa açısından bakıldığında; iş kazasının, belli durumlarda meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olay, biçiminde tanımlandığı görülmektedir (m. 13/1). Buna göre, eğer sigortalı işçi covid-19 virüsüne SSGSSK. m. 13/1 bent a-e’de sayılmış durumlardan birinde yakalanmışsa ve bunu ispat edebiliyorsa, ortaya çıkan hastalığı iş kazası olarak saymak gerekecektir. Bu konuda, virüsün hangi durumdayken bulaştığını ispat için belli bir ispat güçlüğüne yaşanacağı ise, son derece açıktır.

Diğer yandan, meslek hastalığı, “sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleri” olarak tanımlanmaktadır (SSGSSK. m. 14/1). Buna göre, zarar verici etkene zaman içinde ve sürekli tekrarlanan bir biçimde maruz kalınmakta ve sağlıktaki bozulma, yavaş yavaş ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda, covid-19 virüs hastalığının, meslek hastalığı tanımına uymadığı görülmektedir²¹.

Bunun dışında, “sigortalının, iş kazası ve meslek

hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar”, hastalık sigortası anlamında hastalık hali olarak kabul edilmektedir (SSGSSK. m. 15/1). Buna göre, korona virüs hastalığının SSGSSK. m. 13/1 bent a-e’de sayılan hallerde bulaştığı ispat edilemeyen durumlarda, hastalık sigortası hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

III. Uzaktan Çalışmaya Geçilmesi

Covid-19 salgınının ortaya çıkmasının ardından evlere kapanılması, işyerlerinde “uzaktan çalışma” modeline geçilmesi gereksinimini yaratmıştır. Bu bağlamda, 2020 yılının Mart ayının ilk haftası itibarıyla pek çok şirket, uzaktan çalışmaya geçmiştir. Nitekim, bu konuda yapılmış bir araştırmaya göre, salgın sürecinin ilk haftasında şirketlerin %54’ü merkez ofis çalışanları için uzaktan çalışmaya geçerken, söz konusu oran üçüncü haftada %94’e çıkmıştır. Bunun gibi, şirketlerin %59’u, salgın süreci tamamlandıktan sonra da uzaktan çalışma modeline göre çalışmaya devam etme düşüncesini taşımaktadır²².

Buna göre, “işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı” bir iş ilişkisinin kurulması (İş K. m. 14/IV) gerekmiştir. Ancak, uzaktan çalışmanın tüm işlerde uygulanması mümkün bulunmadığından; söz konusu geçiş, iş görme ediminin teknolojik iletişim araçlarıyla yerine getirilebildiği durumlarda sınırlı kalmıştır.

Bu bağlamda, uzaktan çalışma modeline geçmesi, buna ilişkin yazılı anlaşmaların yapılmasını zorunlu kılmıştır (İş K. m. 14/IV). Yapılan uzaktan çalışma sözleşmelerinde hangi hususlara yer verileceği daha önce İş K. m. 14/V hükmünde belirtilmiş olmasına karşın, bunların asgari içeriği (uzaktan çalışmanın usul ve esasları) aradan dört yılı aşkın sürenin geçmesine rağmen şimdiye dek Aile,

18 Bkz. Yarg. 21. HD., 15.4.2019-2018-5018/2931

19 Akın, agm., 24

20 Ayrıntılı bilgi için bkz. Baycık, “Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri”, 5-7

21 Ayrıca bkz. Akın, agm., 19-21; Gaye Burcu Yıldız, “Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Kolları Açısından Covid-19”, 2, <https://www.linkedin.com/in/gaye-burcu-yildiz-74766651/detail/recent-activity/shares/>

22 22.5.2020 tarihli ve 1281 sayılı Hürriyet İnsan Kaynakları Eki, 6. Ayrıca bkz. <https://www.mercer.com.tr/rapor-makale-arastirma/nisan-covid19-anketi.html>

Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından çıkartılacak bir yönetmelikle (İş K. m. 14/VII) belirlenmediği için, uygulama bakımından duraksamaların yaşandığı görülmüştür.

Özellikle, bunlar içinde daha önce yapılan yemek ve servis (ulaşım) yardımlarının, yeni dönemde devam edip etmeyeceği tartışma yaratmıştır. Bu bağlamda, evde kalınıp çalışma yerine (işyerine) gidilmediğine göre, ulaşım yardımının da uzaktan çalışma modeline geçildiğinde devam etmemesi gerektiği söylenebilir. Buna karşılık, oruç tutan işçiye işyerinde yenilen yemeğin parasal karşılığının ödenmesi örneğinde olduğu gibi, uzaktan çalışmada yemek yardımına devam edilmesi yerinde olur²³.

IV. Kısa Çalışma Uygulaması

1. Kısa Çalışmanın Ortaya Çıkması

Kısa çalışma, ekonomik krizlere karşı alınacak etkin hukuki önlem arasında düşünülmüştür. Gerçekten, özellikle 2001 ekonomik krizinin Türk ekonomisi üzerinde yarattığı olumsuz sonuçlar ve de o zamana kadarki iş mevzuatının ekonomik krizle uyumlu olmayışı karşısında, kısa çalışmaya başvurulabilmenin hukuki temeli atılmaya başlanmıştır. Nitekim, bu amaçla ilkin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65 inci maddesinde kısa çalışma düzenlenmiş ve daha sonra bu düzenleme, aynen İşsizlik Sigortası Kanunu'nun içine ek ikinci madde olarak alınmıştır.

Kısa çalışma, daha sonraki ekonomik krizlerin sonuçlarının hafifletilmesine yardımcı olmuştur. Ancak, kısa çalışmaya başvurma konusunda yaşanan "uygunluk tespiti" gibi bazı bürokratik güçlükler, işverenlerin (işyerlerinin) haklı olarak yakınmalarına yol açmıştır. Nitekim, covid-19 salgını sırasında ilkin, başvuruların uygunluk tespitleri hariç olmak üzere 60 gün içerisinde sonuçlandırılması (İşsizlik SK. geç. m. 23/II) ve daha sonra da, uygunluk tespitinin tamamlanması beklenmeksizin kısa çalışma

ödemelerinin gerçekleştirilmesi (İşsizlik SK. geç. m. 25) kabul edilmiştir.

Diğer yandan, kısa çalışma, covid-19 virüsünün ortaya çıkmasından önceki dönemde, ekonomik nedenler yüzünden ortaya çıkan ekonomik krizlerin yarattığı olumsuz sonuçların giderilmesi için uygulanmıştır. Covid-19 virüsüyle ortaya çıkan durumda ise, salgın hastalığın ekonomik krize yol açması söz konusudur. Bu anlamda, İşsizlik SK. ek m. 2/I, "genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle" kısa çalışması yapılabileceğinden söz etmiş, salgın hastalığa yer vermemiştir. Ancak, konuya ilişkin "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik", salgın hastalığı kısa çalışmayla sonuçlanacak zorlayıcı neden kapsamında kabul etmiştir (m. 3/I bent h). Böylece, salgın hastalık, kısa çalışmanın uygulanabileceği haller arasında yer almıştır.

2. Kısa Çalışma Koşullarının Hafifletilmesi

İlkin, ücretsiz izne çıkarmanın yasal olarak kabul edildiği 17 Nisan 2020 tarihinden önce korona virüs hastalığı nedeniyle işyerlerinde işten çıkarılmalarının artmaya başlaması üzerine, hukuki önlem olarak, kısa çalışma ile kısa çalışma ödeneği için daha önce öngörülen yasal koşulların hafifletilmesi düşünülmüştür.

Buna göre, ilkin, koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı neden gerekçesiyle yapılan kısa çalışma başvuruları konusunda, "(İşsizlik SK.) ek 2 nci maddenin üçüncü fıkrasında işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için öngörülen hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi hükmü(nün), kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olması şeklinde" uygulanması kabul edilmiştir. Ayrıca, bu koşulu taşımayanların da, kısa çalışma süresini geçmemek üzere, son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam etmeleri öngörülmüştür (İşsizlik SK. geç. m. 23/I). Böylece, daha önceki 120 günlük süre 60 güne ve 600 günlük süre de 450 güne in-

23 Ayrıca bkz. Bahar Sür, "Uzaktan Çalışmada Yol ve Yemek Ücreti Ödenmeli Mi?", <https://www.linkedin.com/in/bahar-sür-ll-m-669379a3/detail/recent-activity/documents/>

dirilmek suretiyle, sigortalı işçinin kısa çalışma ödeneğinden daha rahat yararlanması ve söz konusu hafifletmeye rağmen anılan süre koşullarını yerine getiremeyenlerin de son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaları; giderek, bu sayede işyerinin daha kolay kısa çalışmaya geçmesi ortamı yaratılmak istenmiştir.

Ancak, bunun geçerli olabilmesi için, işverene fesih yasağı öngörülmüştür. Buna göre, belirtilen kısa çalışma çalışmasından yararlanabilmek için, işyerinde kısa çalışma uygulanan dönemde, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedenler dışında, işveren tarafından işçi çıkarılması gerekmektedir (İşsizlik SK. geç. m. 23/II c. 1).

Bu bağlamda, işten çıkarma yasağının ücretsiz izne çıkarma uygulamasıyla başladığı algısının kamuoyunda yaygın olmasına karşın; gerçekte, işveren için fesih yasağının daha önceden, yani çok kısa bir süre önce 25/3/2020 tarihli ve 7226 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesiyle birlikte kısa çalışmalar için öngörüldüğü ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan, işveren kesiminin haklı yakınmalarını göz önünde bulunduran yasa koyucu, kısa çalışma başvurularının kısa sürede (çabuk) sonuçlandırılmasını sağlamak üzere, söz konusu başvuruların başvuru tarihinden itibaren 60 gün içerisinde sonuçlandırılmasını öngörmüştür (İşsizlik SK. geç. m. 23/II c. 2). Ancak, uygunluk tespitlerinin zaman aldığına daha sonra farkına varılarak; 7244 sayılı Yasa m. 6'yla İşsizlik SK. geç. m. 23/II hükmünün ikinci cümlesinde ekleme yapılarak, "uygunluk tespitleri" bunun dışında bırakılmıştır. Böylece, kısa çalışmaların yaygınlaşması ve kısa çalışma ödeneklerinin çabuklaştırılması amaçlanmıştır.

Bu anlamda, sayısal veriler de, söylenenleri desteklemektedir. Nitekim, kısa çalışma ödeneğinden Şubat 2020 tarihinde 17.862, korona virüsün görüldüğü ilk ay olan Mart 2020 tarihinde 96.636 kişi yararlanırken; yararlanan kişi sayısı, Nisan 2020 tarihinde 2.590.589 kişiye yükselmiştir. Bunun gibi, yapılan kısa çalışma ödeneği ödemeleri de, 2020 yılının ilk dört ayında 4 milyar 162 milyon TL'ye yükselirken, sadece 2020 yılının Nisan ayından 4

milyar 96 milyon 194 bin 698 TL tutarında ödeme yapılmıştır. Geçtiğimiz yılda ise, ödeme tutarının 181 milyon 809 bin TL'yle sınırlı kaldığı görülmüştür²⁴.

Tüm bu hafifletmelerin ise, ilkin 30 Haziran 2020 tarihine kadar geçerli olması öngörülmüştü; ancak, belirtilen kapsamda yapılacak başvuru tarihini 31 Aralık 2020 tarihine kadar uzatma konusunda, Cumhurbaşkanı'na yetki tanınmıştır (İşsizlik SK. geç. m. 23/I ve III).

3. İşverenin Kısa Çalışma Ödeneği Farkını Üstlenmesi

Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, sigortalının son 12 aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının yüzde altmışı tutarındadır. Ancak, söz konusu miktar, 16 yaşından büyük işçiler için geçerli olan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçmez (İşsizlik SK. ek m. 2/IV c. 1-2). Buna göre, kısa çalışma yapan işçi, daha önceki ücretinden daha düşük bir gelire sahip bulunacaktır. Bunu dikkate alan işveren, kısa çalışma yapan işçisini işyerinde tutmak düşüncesiyle, aradaki farkı ödemeye kalkışabilir. Bu durum ise, kısa çalışma ödeneğinin kesilmesine veya işyerindeki kısa çalışmanın sona erdirilmesine yol açmaz.

V. Ücretli Yıllık İzne Çıkarma

İşçilerin yıllık izinlerini ilgili oldukları yıllarda kullanmayıp biriktirmeleri, uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur. Biriktirilmiş bulunan ücretli izin sürelerinin ise, korona virüs günlerinde işçiye kullanılması hukuken engellenmiş değildir. Özellikle, işyerinin idari işlemlerle geçici süre için kapanıp işçiye ücret ödenmesine devam olunmasının gerektiği ve işverenin telafi çalışmasına (İş K. m. 64) başvurmayı düşünmediği durumlarda, işçiden birikmiş yıllık izin sürelerini kullanması istenebilir.

Bu konuda, işveren, tek yanlı bir işlemlerle işçiyi ücretli yıllık izne çıkarabilir. Buna göre, birikmiş

24 13.5.2020 günlü Hürriyet, 7

yıllık izin sürelerini kullanması istendiğinde, işçinin buna itiraz edebilmesi söz konusu değildir. Çünkü, işçinin itirazı, kendisi açısından bağlılık (sadakat) borcunun ihlali anlamını taşır²⁵. Böylece, covid-19 virüsü salgın ortamında, onayı alınmaksızın yıllık ücretli izin sürelerinin işçiye kullandırılması, hukuken mümkündür; yeter ki, birikmiş yıllık ücretli izin süresi bulunsun.

VI. Ücretsiz İzne Çıkarma

1. Ücretsiz İzin Uygulaması

7244 sayılı Yasa'nın kabulünden önceki dönemde, özellikle ekonomik kriz dönemlerinde yaşanan güçlükleri çözmek üzere, fiilen "ücretsiz izne çıkarma" uygulamalarına gidilmiştir. Bu bağlamda, münferit karşılıklı anlaşmalar ya da bazı işçi sendikalarıyla yapılan anlaşmalar yoluyla işçilerin ücretsiz izin yapmalarından söz edilmiş ve böylece, mevcut iş ilişkisinin devam etmesi, yani işçinin işini yitirmemesi sağlanmak istenmiştir. Buna göre, işçiler, işlerini yitirmemek düşüncesiyle, geçmişteki bu tür uygulamalara uymak zorunda kalmıştır.

Ancak, geçmişteki bu tür uygulamalar, fiili uygulamalar olmaktan öteye gidememiş ve herhangi bir yasal temele oturtulmamıştır. Gerçekten, izin kullanmak, hukuken tamamen işçinin isteğine bırakılmış bir husus olup, işverenin öneri, istek ve hatta baskısından uzak tutulmak zorundadır. Nitekim, aksine düşünce, işçinin irade özgürlüğüyle bağdaşmaz.

İşte, geçmişteki belirtilen fiili uygulamaların yasal dayanaktan yoksun oluşunu ama yaşanan ortam içinde ücretsiz izne çıkarma gereksinimlerinin de ekonomik bir gerçek olduğunu göz önünde bulunduran yasa koyucu, 7244 sayılı Yasa yoluyla taraf çıkarları arasında bir denge oluşturmaya çalışmıştır. Bu durumda, işveren, tek taraflı bir işleme, yani işçinin onayını (rızasını, muvafakatini) almaya gerek olmaksızın, işçiyi geçici süreyle "izne ayırabilecek"; ancak, belli bir süre iş sözleşmesini fesih hakkını kullanamayacak ve buna aykırı hareket ettiği takdirde, idari para ce-

zasıyla karşılaşacaktır (İş K. geç. m. 10).

2. Ücretsiz İzne Çıkarma Yetkisinin Süresi

İş K. geç. m. 10/II hükmü, işçiyi ücretsiz izne çıkarma konusunda, işverene üç aylık bir geçici süreyle yetki tanımaktadır. Bu bağlamda, söz konusu üç aylık süre, anılan düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih olan 17 Nisan 2020 tarihinden itibaren başlamıştır. Ancak, Cumhurbaşkanı'na, gerekli olduğu takdirde, üç aylık süreyi altı aya kadar uzatma yetkisi tanınmıştır (İş K. geç. m. 10/IV).

Cumhurbaşkanı'na tanınan uzatma yetkisine ilişkin madde anlatımının başarılı olduğu söylenebilir. Çünkü, İş K. geç. m. 10/IV hükmünün anlatımı, Cumhurbaşkanı'nın üç ay bittikten sonra altı ay geçmemek üzere istediği kadar uzatabileceği biçiminde anlaşılmaya elverişlidir. Ancak, yasa koyucunun bu yoldaki iradesini, Cumhurbaşkanı'nın üç ay bittikten sonra üç ay daha uzatabileceği ve toplam altı aylık bir süre için işverenin işçiyi ücretsiz izne çıkarma yetkisinin bulunacağı biçiminde anlamının daha yerinde olacağı söylenmelidir. Çünkü, işverene tanınan bu istisnai yetkinin geçici bir süre için düşünülmüş olduğu, gözden uzak tutulmamalıdır.

3. Ücretsiz İzne Çıkarmanın Uygulama Alanı

İş K. geç. m. 10/II, işverenin "işçiyi tamamen veya kısmen" ücretsiz izne çıkartabileceğinden söz etmektedir. Buradaki "tamamen veya kısmen" sözcüklerine verilecek anlam, duraksama yaratacak niteliktedir. Nitekim, söz konusu anlatımla, işyerindeki işçilerin tümünün veya bir bölümünün ücretsiz izne çıkartılabileceğinin mi, yoksa münferit işçiyi üç aylık geçici sürenin tümünde veya bir bölümünde ücretsiz izin kullandırılabilen mi belirtmek istendiği, çok açık değildir.

Bu bağlamda, ilgili madde metninde "işçiyi" sözcüğüne yer verilmek suretiyle münferit işçiden söz edilmesi nedeniyle, buradaki ücretsiz izne çıkarmanın üç aylık sürenin tamamı veya bir bölümü için kullanılabileceği biçiminde ele alınması gerektiği biçiminde yorum yapmak mümkündür.

25 Baycık, "Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri", 2

Ücretsiz izne çıkarma işyerinde uygulanırken, işverenin eşit işlem borcunun varlığı (İş K. m. 5) ve buna uyulması gerektiği, gözden uzak tutulmamalıdır. Buna göre, işveren, işyerinde bazı işçileri ücretsiz izne çıkarıp diğerlerinin çalışmalarını isterken, haksız ayırım yasaklarını göz önünde bulundurmali ve ancak hukuken haklı görülebilecek bir nedeni olduğu takdirde, işçilerin bir bölümünü ücretsiz izne çıkarma yetkisini kullanma yoluna gitmelidir.

Bu bağlamda, fesih sınırlamasını düzenleyen İş K. geç. m. 10/I hükmünün, ücretsiz izne çıkarma yetkisini düzenleyen İş K. geç. m. 10/II hükmüyle birlikte ele alınması gerekmektedir. İş K. geç. m. 10/I ise, *"Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi"* anlatımına yer vermektedir. Buna göre, ücretsiz izne çıkarma yetkisinin, sadece İş Kanunu'na tabi işverenler ile işyerleriyle sınırlı olmadığı sonucuna ulaşılması söz konusudur. Böylece, ücretsiz izne çıkarma yetkisi, gerek 4857 sayılı İş Kanunu'na ve gerekse Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi işverenler ile işyerleri için geçerli olmaktadır. Değişik bir söyleyişle, ücretsiz izne çıkarma, sadece İş Kanunu'na tabi, yani İş Kanunu'nun uygulama alanı (İş K. m. 4) içine giren işverenler ile işyerleri için tanınmış bir yetki olmayıp, tüm işverenler için geçerli olan bir yetkidir.

Buna karşılık, deneme süreli iş sözleşmeleri, ücretsiz izne çıkarma yetkisinin dışında tutulmalıdır. Çünkü, deneme süresinin kesin oluşu ve uzunluğu için yasada (İş K. m. 15/I c. 1) öngörülen sınırın tarafların anlaşmasıyla aşılabilmesi, ücretsiz izne çıkarma yetkisinin kullanılmasına engel olarak görülmelidir.

Bu bağlamda, yasa kapsamında olmayan bir hususun düzenlenmek istenmesinin, yasama tekniği açısından uygun olduğu söylenemez. Çünkü, bir iş yasası hükmünün diğer bir iş yasasına tabi olanlar için de aynı hukuki sonuçları doğurmak istemesi, genel olarak düşünülmeyecek bir durumdur. Aksi takdirde, yasaların uygulama alanlarını düzenleyen maddelere yer vermenin bir anlamı kalmaz. Bu açıdan, yasa koyucunun, son zamanda Türk iş mevzuatı değişikliklerine egemen olan bu eğili-

mi²⁶ sürdürmemesinde yarar görülmektedir.

4. Ücretsiz İzin Uygulamasına Başvurma

Ücretsiz izne çıkarma uygulaması, işverene yasa ile tanınan bir hakkın tek yanlı bir işlemle kullanılmasını içermektedir. Tek yanlı olarak işverence kullanılacak olmasına karşın, söz konusu yetkinin bazı uygulama koşullarının gerçekleşmesine bağlı olacağı açıktır. Ancak, söz konusu olabilecek uygulama koşulları, tam olarak ne yasada ve ne de kabul edilen uygulama esaslarında gösterilmiş değildir. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın da, kendisine ortaya çıkabilecek *"tereddütleri giderme"* yetkisinin tanınmış bulunmasına (İşsizlik SK. geç. m. 24/IV) karşın, halen bunu başarabildiği söylenemez.

Gerçekten, covid-19 salgınından etkilenmeyen veya kısa çalışma başvurusu yapabilecek durumda olan işverenin ücretsiz izne çıkarma uygulamasına başvurması, açık yasa hükmüyle engellenmiş değildir. Ancak, kısa çalışma ile ücretsiz izne çıkarma ve nakdi ücret desteği arasındaki bağlantı, gözden kaçırılmamak gerekir. Nitekim, kısa çalışma ödeneğinin asgari miktarı halen 1.752 TL ve üst sınırı da 4.381 TL; nakdi ücret desteğinin miktarı ise, 1.177 TL'dir. Buna göre, kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecek durumdaki işçinin tek yanlı işlemle ücretsiz izne çıkarılabileceği kabul edilecek olduğunda, asgari ücretle çalışan bir işçinin 575 TL (%28) gelir kaybı ortaya çıkmaktadır²⁷. Bu durumda, aradaki farkı dikkate alacak bir işverenin, kısa çalışmadan ücretsiz izin uygulamasına geçip geçemeyeceği veya kısa çalışmaya geçebilecekken işçiyi ücretsiz izne çıkartıp çıkartamayacağı ve bunun hukuki sonuçlarının ne olacağı göz ardı edilmemek gerekir. Buna göre, her somut olayda, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneğine hak kazanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini

26 Sözelimi, daha önce İş K. ek m. 3'de, *"hangi kanuna tabi olursa olsun"* anlatımına yer verilmiştir.

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. Umut Çiray, *"Ücretsiz İzin Uygulamasında İşçinin %28 Gelir Kaybı"*, <https://www.linkedin.com/in/umut-çiray-1b9896103/detail/recent-activity/shares/>

göz önünde bulundurmakta yarar vardır.

Bu konuda, açık yasa hükmüyle engellenmemiş bulunduğu için, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına geçebileceğini söylemek²⁸, 7244 sayılı Yasa'nın amacıyla bağdaşmayacak kötü niyetli uygulamalara meşruiyet kazandırma anlamına gelebilecektir ki; bunu savunmak, hukuken mümkün olmasa gerektir. Buna göre, ilkin, 7244 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 17 Nisan 2020 tarihinden önce kısa çalışma uygulamasına geçmiş bir işyerinde, kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği için aranan yasal koşullar sona ermediği sürece, işverenin kısa çalışmayı bırakıp ücretsiz izne çıkarma uygulamasına geçmemesi söz konusu olmalıdır. Bu durumda, aksine hareket edecek bir işverenin iyi niyetle davrandığından söz edilememelidir²⁹.

17 Nisan 2020 tarihinden sonraki ücretsiz izin uygulamalarına geçişlere gelince; bunlar için, işyerinin covid-19 salgınından etkilenmiş olup olmadığını esas almakta yarar vardır. Çünkü, uygulamada kötü niyetli bir işveren, ücretsiz izne çıkarma yetkisinin tanınmış olmasını fırsat bilip, bundan yararlanmaya kalkışabilir. Nitekim, İş K. geç. m. 10 hükmünün metninde, ücretsiz izin için salgından etkilenmiş bulunmaya ilişkin bir koşula yer verilmiş değildir. Ancak, amaca uygun bir yorum yapılmak suretiyle, tek taraflı ücretsiz izne çıkarma yetkisinin salgından etkilenen işverenlere tanındığını kabul etmek gerekir. Çünkü, 7244 sayılı Yasa'da birlikte kabul edilen İş K. geç. m. 10 ile İşsizlik SK. geç. m. 24 hükümleri yine birlikte ele alındığında, bunların getiriliş amacının covid-19 salgınının yaratacağı olumsuz ekonomik ve sosyal etkilerini azaltmak olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, işverenin söz konusu salgından etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın işçiyi ücretsiz izne çıkarabileceğini kabul etmek, belirtilen amaçla bağdaşmayacaktır. Buna göre, salgından etkilenmemiş işverenin işçiyi ücretsiz izne çıkarması, kötü niyetli veya haksız fesih hükümlerinin uygulanmasına yol açabilecektir³⁰.

28 Bkz. <https://www.linkedin.com/feed/hashtag/?keywords=%23kisa%C7al%C5%97ma%C3%96dene%C4%97i>

29 Ayrıca bkz. <https://www.linkedin.com/in/talat-canbolat-2b926a49/detail/recent-activity/>

30 Gaye Baycık, "16.04.2020 Tarihli ve 7244 Sayılı Kanunun Muhtemel Uygulama Sorunları", 1-2, <https://www.linke>

Bunun gibi, işverenin kısa çalışma başvurusu yapabilecekken bunu yapmayıp ücretsiz izin uygulamasına geçmek istemesi de, hukuken tereddüt uyandıracak niteliktedir. Çünkü, ne İşsizlik SK. geç. m. 24 ve ne de İş K. geç. m. 10 hükmü, belirtilen durumu ve bunun hukuki sonuçlarını açıklıkla düzenlemiş değildir. Bunun ise, yasama politikası açısından, bir eksiklik olduğu açıktır.

Gerçekten, anılan düzenlemelerde, ücretsiz izin uygulamasına geçilmeden önce kısa çalışma başvurusu yapma zorunluğundan söz edilmemiş olmakla birlikte; İşsizlik SK. geç. m. 24/1 hükmünde "4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler" anlamına yer verilmek suretiyle, ancak kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçilere nakdi ücret desteğinin ödeneceği anlatılmak istenmiştir. Buna göre, anılan hükmün amacı; işçinin kısa çalışma ödeneği alabilecekken sırf işverenin kısa çalışma başvurusunda bulunmaması nedeniyle, işçinin kısa çalışma ödeneğinden düşük bulunan nakdi ücret desteğiyle geçiminin sağlanması olmasa gerektir. Bu nedenle, ücretsiz izne çıkarmanın, kısa çalışmaya alternatif, yani seçimlik yetki olarak düşünülmemesi ve sadece covid-19 salgınından etkilenip işyerindeki çalışma süresini düşüren ya da faaliyetini durduran işverenlerle sınırlı tutulması, hukuken doğru ve yerinde olacaktır³¹.

Kısa çalışma başvurusunda bulunulmayıp ücretsiz izne çıkarılan işçi, nakdi ücret desteği ile kısa çalışma ödeneği arasındaki farkı, daha sonra işverene karşı açacağı bir davada talep edebilir. Ancak, bu konuda işçi, işverenin kötü niyetle hareket etmiş bulunduğunu kanıtlama yükümü altındadır. Bu konuda, salt nakdi ücret desteği miktarının kısa çalışma ödeneğinden düşük olması, kötü niyetin varlığını kabul için, yeterli değildir.

Buna karşılık, nakdi ücret desteği alan işçi daha sonra aradaki farkı işverenden tazminat olarak isteyebilse dahi, İŞKUR yaptığı nakdi ücret desteği

[din.com/in/av-do%C7al%C5%97ma-baycık-7a682188/detail/recent-activity/documents/](https://www.linkedin.com/in/av-do%C7al%C5%97ma-baycık-7a682188/detail/recent-activity/documents/)

31 Baycık, "16.04.2020 Tarihli ve 7244 Sayılı Kanunun Muhtemel Uygulama Sorunları", 2-3

ödemelerini işverenden talep edememelidir³². Çünkü, bu durumdaki işveren, kısa çalışma için İŞ-KUR'a başvurmuş olmadığı gibi; nakdi ücret desteğinin kısa çalışma ödeneğinden düşük olması nedeniyle, İŞKUR'un herhangi bir zararı da oluşmuş değildir.

5. Ücretsiz İzne Çıkarmanın Anlamı

Ücretsiz izne çıkarma yetkisinin kullanılması, iş ilişkisinin devam etmesinin sağlanması anlamını taşımaktadır. Bu anlamda, söz konusu yetki İş K. geç. m. 10/II hükmüyle işverene tanınırken, bunun hukuki sonuçları özel olarak düzenlenmemiştir. Bunun, yasama politikası açısından, isabetli bir davranış olduğu söylenemez. Çünkü, geleneksel (klasik) iş hukuku kalıplarıyla açıklanması mümkün bulunmayan bir istisnai yetki düzenlenirken, bunun hukuki sonuçlarının da açıkça düşünülmesi ve öngörülmesi yararlı olabilecektir. Bu yapılmadığı için, izne ilişkin genel hükümlerin uygulanması söz konusudur.

Bu bağlamda, ücretsiz izne çıkarma, iş ilişkisinin devam etmesine karşın, işçinin serbest olup kendisinden işyerinde çalışmasının beklenmediği ve işverenin de kendisine ücret ödemesinin gerekmediği bir durum olarak kabul edilmelidir. Buna göre, ücretsiz izin süresi, aksine hüküm bulunmadığı ve iş ilişkisi bu süre zarfında devam ettiği için kıdem tazminatının hesabına esas olacak kıdem süresinden sayılmalıdır (1475 sayılı İş K. m. 14/II). Nitekim, işçinin kendi kusuruna dayanmayan nedenlerle iş görme borcunu yerine getiremediği ve ücret almadığı bir durum için kıdeme bağlı haklarından yoksun kılınması, modern iş hukukunun izlediği amaçlar arasında yer almamaktadır. Yargıtay uygulamasının ise bu yönde olmadığı, ayrıca belirtilmelidir³³.

Bunun gibi, ücretsiz izin süresi, yıllık ücretli izin

bakımından, çalışılmış gibi sayılan haller içerisinde. Yine, benzer bir durum olan kısa çalışma süreleri, çalışılmış gibi sayılmaktadır (İş K. m. 55/I bent j).

6. Fesih Yasağının Kabulü

a) Fesih Yasağının Hukuki Niteliği

7244 sayılı Yasa; covid-19 salgını nedeniyle işçiyi ücretsiz izne ayırma yetkisini işverene tanıırken, taraf çıkarları arasında bir denge oluşturmak amacıyla, bunun karşılığında işverenin fesih hakkına sınırlama getirmiştir. Buna göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamında (İş K. m. 1/II, 4) olup olmadığına bakılmaksızın "her türlü iş veya hizmet sözleşmesi .. 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından" feshedilemeyecektir (İş K. geç. m. 10/I).

İş K. geç. m. 10/I "feshedilemez" hükmüne yer verdiği için, söz konusu düzenlemenin mutlak buyurucu nitelikte olduğu, yani tarafların anlaşmak suretiyle anılan hükmün aksini kararlaştırabilmeleri söz konusu değildir.

Buna karşılık, söz konusu hüküm yasak içermekle birlikte, anılan yasağın mutlak nitelikte bir yasağı içermediği görülmektedir. Çünkü, İş K. geç. m. 10/I, işverenin İş K. m. 25/II uyarınca fesih olacağını anılan yasağın dışında tutmaktadır. Bu bakımdan, anılan hükmü, "fesih yasağı" yerine, "fesih sınırlaması" olarak nitelendirmek, daha doğru ve yerinde olacaktır.

b) Fesih Yasağının İçeriği

İlkin, öngörülen fesih sınırlamasının, sadece İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri için geçerli olmayıp, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi işverenler için de geçerli bulunduğu belirtilmelidir (İş K. geç. m. 10/I).

Sonra, buradaki fesih yasağı, "geçici" niteliktedir. Nitekim, İş K. geç. m. 10/I, söz konusu fesih yasağının 17 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe girmek üzere üç ay süreyle geçerli olmasını öngörmüş ve İş K. geç. m. 10/IV de, Cumhurbaşkanı tarafından

32 Bkz. ve krş. Baycık, "16.04.2020 Tarihli ve 7244 Sayılı Kanunun Muhtemel Uygulama Sorunları", 3

33 Bkz. Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul 2019, 744-745. Ayrıca bkz. ve krş. Lütfi İnciroğlu, "İşverence verilen "ücretsiz izinler" kıdem süresine dahil edilebilir mi?", <https://www.incirogludanismanlik.com/2019/12/04/isverence-verilen-uccretsiz-izinler-kidem-tazminat-suresinin-hesabina-dahil-edilebilir-mi/>

bu üç aylık sürenin altı aya kadar uzatabilmesine olanak tanımıştır.

Buna göre, anılan fesih yasağı, 17 Nisan 2020 tarihinden önce gerçekleştirilmiş bulunan fesih işlemlerini ilgilendirmemektedir. Nitekim, geçmişte sendikal çevreler, fesih yasağının getirilmesinde gecikildiği ve işçiyi işten çıkaracak olan işverenin zaten bu arada bunu gerçekleştirmiş olduğu eleştirisinde bulunmuşlardır.

Bu bağlamda, 17/4/2020 tarihinden önce başlayan ihbar önelinin belirtilen tarihten sonra sona erecek olması durumu için, yasada açık bir düzenleme getirilmiş değildir. İhbar öneline ilişkin ücretin peşin ödenmesi suretiyle fesih işlemi gerçekleştirilmemiş olsa dahi, belirtilen durumun fesih yasağına tabi olmayacağını kabul etmek, doğru ve yerinde olur. Çünkü, fesih yasağı bakımından geçerli olacak sürenin hesabında yasa koyucu tarafından, fesih işleminin gerçekleştirildiği anın esas alındığı görülmektedir.

Anılan fesih yasağının söz konusu olması için, öncelikle ortada işverenin bir fesih işleminin bulunması gerekir. Bu anlamda, fesih işlemi niteliğinde olmakla birlikte işverenin feshi sayılamayacak olan ve yanların karşılıklı anlaşmasıyla ortaya çıkan "ikale (fesih sözleşmesi)", söz konusu fesih yasağının dışında kalmaktadır³⁴.

Diğer yandan, işveren tarafından gerçekleştirilecek fesihlere ilişkin yasağın, "Bu Kanunun (yani, 4857 sayılı İş Kanunu'nun) kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi" hakkında geçerli olmasından söz edilmiştir (İş K, geç. m. 10/1). Buradaki "her türlü iş veya hizmet sözleşmesi" anlatımının ise, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kapsamında olsun olmasın, şeklinde ele alınıp birlikte düşünülmesi gerekir. Çünkü, aksi takdirde sözgelimi, deneme süreli iş sözleşmelerinin de fesih yasağı kapsamında düşünülmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ancak, deneme süreli

iş sözleşmesinde taraflar, iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshetme yetkisine sahiptir (İş K. m. 15/II c. 1). Anılan fesih yasağı için ise, bildirim öneli ve tazminat söz konusudur. Bu bakımdan, deneme süreli iş sözleşmelerinin, söz konusu fesih yasağının dışında kaldığı söylenebilir³⁵.

Yine, İş K. geç. m. 10/1, feshin işveren tarafından gerçekleştirilmesi için fesih yasağının söz konusu olduğunu açıklıkla belirtmektedir. Buna karşılık, covid-19 salgını sırasında işçinin feshinin yasaklandığına ilişkin herhangi bir açık anlatıma yer verilmemiştir. Bu anlamda, işçinin bu ortamda iş sözleşmesini feshi ihbar suretiyle (İş K. m. 17/1) veya haklı nedenle (İş K. m. 24) feshedebileceğine yahut yaşlılık sigortasının yaş koşulu dışındaki koşullarını (15 yıl sigortalılık süresine ilaveten 3.600 prim gün sayısını) doldurup kıdem tazminatı almak üzere kendi isteğiyle işyerinden ayrılabilmesine ilişkin bir yasal açıklığa rastlanmamaktadır.

Öncelikle, İş K. geç. m. 10 hükmünün; ilk iki fıkrası içinde, fesih yasağını ücretsiz izne çıkarmayla birlikte düzenlemiş bulunduğu, gözden uzak tutulmamalıdır. Bu bağlamda, işçiye hukuken (yasa tarafından) açıkça hak tanınmayan tek durum ise, işverenin kendisini ücretsiz izne çıkardığı için iş sözleşmesini haklı nedenle feshe kalkışmaktır (İş K. geç. m. 10/II c. 2).

Buna karşılık, feshin sadece işveren bakımından sınırlandırıldığı belirtilip karşıt kavram kanıtından hareket edilmek suretiyle yapılacak bir yorum, ücretsiz izin döneminde de iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilebileceği sonucuna ulaşacaktır. Nitekim, ücretsiz izne çıkarmanın dışında işçi bakımından haklı neden sayılabilecek bir durum ortaya çıktığı takdirde, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi engellenmemelidir.

Ancak, buradaki haklı nedenle feshin İş K. m. 24/bent II uyarınca gerçekleştirilecek fesihlerle sınırlandırılması, yerinde olur. Buna göre, işverene sadece İş K. m. 25/1 bent II çerçevesinde fesih olanağı verilirken, işçiye de İş K. m. 24/bent II uyarınca fesih hakkının tanınacak olması, karşılıklılık esası (çı-

34 Ayrıca bkz. <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6666726037243600896/>; Lütfi İnciroğlu, "Üç aylık fesih yasağı döneminde, ikale ile sözleşme sona erdirilebilir mi?", <https://www.incirogludanismanlik.com/2020/05/06/uc-aylik-fesih-yasagi-doneminde-ikale-ile-sozlesme-sona-erdirebilir-mi/>

35 Ayrıca bkz. Akın, agm., 64

karların dengelenmesi) bakımından uygun düşer. Aksi takdirde, işçilerin tümünün veya çoğunluğunun ücretsiz izne çıkarılması nedeniyle işyerinde iş durduğunda işçinin zorlayıcı nedenle feshinin düşünülmesi gerekecektir. Yasanın (İş K. geç. m. 10/II hükmünün) ücretsiz izne çıkarmayı hukuken onayladığı böyle bir ortamda ise, işçi bakımından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açacak bir zorlayıcı nedenin varlığından söz etme olanağı ortadan kalkar. Bunun gibi, kısa çalışma uygulanan işyerinde kısa çalışma ödeneğine hak kazanmış işçinin de, ödeneklerini aldığı süre boyunca iş sözleşmesini (İş K. m. 24/bent III veya 24/bent II f. e uyarınca) haklı nedenle feshi söz konusu olmalıdır³⁶.

Yine, ücretsiz izne çıkarılan işçi, iş sözleşmesini feshi ihbar suretiyle sona erdirmeye olanağına sahip bulunmamaktadır. Çünkü, çalışılmayan bir işyerinde, artık ihbar önelinin kullanılmasından söz etme olanağı kalmaz. Buna göre, fesih bildiriminde bulunulmuş olsa bile, ihbar önellerinin ancak ücretsiz iznin sona ermesinden sonra işlemeye başlaması söz konusudur.

Diğer yandan, işveren için öngörülen fesih yasağı, iş sözleşmesinin feshi ihbar suretiyle veya sağlık nedenleri ya da zorlayıcı nedenler yüzünden haklı nedenle fesih yoluyla sona erdirilmesi için söz konusudur (İş K. geç. m. 10/I). Yine, yasal iş güvencesi hükümlerinden yararlanan bir işçi söz konusu olduğunda, işverenin geçerli nedenle iş sözleşmesini feshi söz konusu olmayacaktır.

Bunun gibi, ücretsiz izne çıkmak istemeyecek işçi hakkında, İş K. m. 22 hükmünün işletilmesi ve işverenin bu kez geçerli nedene dayanmak suretiyle iş sözleşmesini feshetmesi de söz konusu değildir. Çünkü, bu durumda işverenin, yasal yetkisini (İş K. geç. m. 10/II c. 1) kullanması söz konusu olup; ücretsiz izne çıkarma, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik anlamını taşımayacaktır.

Buna karşılık, işveren, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedenlere dayanarak suretiyle iş sözleşmesini haklı nedenle

feshedebilecektir. Bu konuda, İş K. m. 25/I bent II hükmünden ve “diğer kanunların ilgili hükümlerinden” söz edilmiştir. Bununla anlatılmak istenen, Deniz İş K. m. 14/bent II ile Basın İş K. m. 11/III ve TBK. m. 435'deki düzenlemeler olsa gerektir. Bunların dışında, yasa dışı grev nedeniyle işverenin iş sözleşmesini STİSK. m. 70/I uyarınca haklı nedenle fesih hakkı da, anılan düzenlemelerin kapsamında görülebilir.

7. Fesih Yasağına Aykırılığın Cezai Yaptırımı

Fesih yasağına aykırı hareket ederek iş sözleşmesini feshedecek işveren veya işveren vekili, sözleşmesini feshettiği her işçi için, fesih tarihinde yürürlükte bulunan aylık brüt asgari ücret tutarındaki idari para cezasıyla karşılaşacaktır (İş K. geç. m. 10/III).

VII. Nakdi Ücret Desteğinin Verilmesi

1. Desteğe Hak Kazanma Koşulları

Yasa koyucu, ücretsiz izne çıkartılan işçinin ortaya çıkacak gelir kaybını gidermek amacıyla, “nakdi ücret desteği” adı altında işçiye ödeme yapılmasını kabul etmiştir. Bu bağlamda, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı; nakdi ücret desteğine ilişkin ödemenin usul ve esaslarını belirlemeye ve İşsizlik SK. geç. m. 24 hükmünün uygulanması konusunda ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye yetkili kılınmıştır.

Bunun üzerine, 22 Nisan 2020 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu'nun resmi internet sitesinde, “4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun Geçici 24 üncü Maddesi Kapsamında Yapılacak Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar” başlıklı metin yayımlanmıştır³⁷. Bu bağlamda, 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren başvuruların alınmaya başlandığı ve 700.000'i aşkın başvurunun ilk öde-

37 Bkz. http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/aed8c3c8-0c99-4244-bfd1-3bbdddbac812/duyuru_22042020_01.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=aed8c3c8-0c99-4244-bfd1-3bbdddbac812

36 Baycık, “Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri”, 3

me tarihi olan 8 Mayıs 2020 tarihine kadar yapıldığı ifade edilmiştir³⁸.

Böylece, izne ücretsiz çıktığı için işveren tarafından işçiye izin süresine ait herhangi bir ödemede bulunulmayacak; iş ilişkisi devam ettiği ve işçi işsiz sayılmadığı için, işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanabilmesi söz konusu olmayacaktır. İşte, bu durumda ücretsiz izne çıkarılacak işçiyi mağdur etmemek ve taraf çıkarları arasında bir denge oluşturmak üzere, İşsizlik Sigortası Kanunu'na bir geçici madde (geç. m. 24) eklenerek, nakdi ücret desteğinde bulunulması ve bunun da işsizlik sigortası fonundan karşılanması esas benimsenmiştir. Böylece, hem ücretini yitiren işçi mağdur olmayacak ve hem de salgın nedeniyle ekonomik bakımdan zor duruma düşen işveren (işyeri) korunmuş bulunacaktır.

Buna göre, 17 Nisan 2020 tarihinden sonra, ücretsiz izne ayrılan (İş K. geç. m. 10/II c. 1) ve kısa çalışma ödeneğinden (İşsizlik SK. ek m. 2) yararlanamayan işçiler ile 15 Mart 2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi işsizlik ödeneğine hak kazandıracak şekilde sona ermekle (İşsizlik SK. m. 51) birlikte işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçiler, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamak kaydıyla, üç aylık süre (İş K. geç. m. 10) içerisinde ücretsiz izin süresi veya işsiz kalınan süre boyunca İşsizlik Sigortası Fonu'ndan günlük 39,24 TL (ayda, 39,24 TL x 30 gün³⁹ = 1.177,20 TL) tutarında nakdi ücret desteği verilecektir. Bu bağlamda, nakdi ücret desteğinden ise, sadece damga vergisi kesintisi (8,93 TL) yapılabilecek ve bunun dışında, herhangi bir kesinti yapılamayacaktır (İşsizlik SK. geç. m. 24/II). Söz konusu miktarın yeterli olup olmadığı ise, tartışmaya açıktır.

Öte yandan, 15 Mart 2020 tarihinden sonra da olsa, ikale (fesih sözleşmesi) yoluyla iş sözleşmeleri sona ermiş bulunan işçiler, sözleşmeleri işsizlik

ödeneğine hak kazandırmayacak şekilde sona erdiği için, nakdi ücret desteği ödemesinden yararlanamayacaktır.

Ayrıca, İşsizlik SK. geç. m. 24/II hükmünün metnindeki "yaşlılık aylığı" deyiminin, teknik anlamda düşünüldüğü söylenememektedir. Aksi takdirde, halen çalışan Emekli Sandığı emeklilerine de nakdi ücret desteğinin yapılması gerekecektir ki; yasa koyucunun amacı, bu yönde olmasa gerekir. Çünkü, söz konusu düzenlemenin amacı, geliri olmayan işçiye veya işsize yardım etmektir. Kaldı ki, aynı yerde söz edilen "herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan" anlatımı, Emekli Sandığı'nı da kapsar niteliktedir. Bu nedenle, söz konusu "yaşlılık aylığı" anlatımına, "emekli aylığı" da dahil olmaktadır.

Bu anlamda, nakdi ücret desteğinden yararlanma yolu, kısa çalışma ödeneğinden yararlanan işçilere kapalı tutulmuştur. Böylece, bir anlamda, Devletin çifte ödeme yapması önlenmek istenmiştir. Bu da, yasa koyucunun amacının, öncelikle, gelirden yoksun kalanlara parasal yardım yapmak olduğunu açıkça göstermektedir.

2. Destek Alanı Fiilen Çalıştırma

Nakdi ücret desteğinden yararlanan işçi, ücretsiz izne ayrıldığı işyerinde fiilen çalıştırılmamalıdır. Aksi takdirde, ücretsiz izne çıkardığı işçiyi işyerinde fiilen çalıştıran işverene, bu şekilde çalıştırılan her işçi ve çalıştırıldığı her ay için ayrı ayrı olmak üzere fiilin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan aylık brüt asgari ücret tutarında, çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerince idari para cezası uygulanır ve ödenmiş bulunan nakdi ücret desteği de, ödeme tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte işverenden tahsil olunur (İşsizlik SK. geç. m. 24/II).

Buna karşılık, açık bir yasa hükmüyle, nakdi ücret desteği alan işçinin bir başka işte çalışması engellenmiş değildir. Ancak, Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar m. 9/II, nakdi ücret desteğinden yararlanan dönemde başka bir işyerinde işe başlanması halinde, nakdi ücret desteğinin kesilmesini öngörmektedir. Bu bağlamda, İşsizlik SK. geç. m. 24 hükmünün getiriliş amacının gelirden yoksun kalana destek sağlamak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, başka bir işte

38 Buna ilişkin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın açıklaması için bkz. <https://www.haberturk.com/nakdi-ucret-destegi-sorgulama-e-devlet-2020-nakdi-ucret-destegi-ne-kadar-uccretsiz-izin-odeneği-2673440-ekonomi>

39 Nakdi ücret desteğinin, bir ay içerisinde en çok 30 gün olmak üzere ödenmesi öngörülmüştür (Nakdi Ücret Desteği Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar m. 7/V).

çalışanın nakdi ücret desteğinin kesilmesini belirtilen amaçla bağdaştırmak mümkündür.

3. Destek Alana Sağlık Yardımının Yapılması

Nakdi ücret desteğinden yararlananlardan genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü kişi kapsamına girmeyenler⁴⁰, 5510 sK. m. 60/I bent g kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacaklardır. Söz konusu kişilerin genel sağlık sigortasına ilişkin primleri ise, İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanacaktır (İşsizlik SK. geç. m. 24/III). Böylece, ücretsiz izne çıkma veya işsizlik ödeneğinden yararlanamama nedeniyle gelir kaybına uğrayanlar, ücretin yanı sıra, genel sağlık korumasına da kavuşturulmuştur.

VIII. Sonsöz

Çalışma yaşamında işyerleriyle birlikte işçiler, tüm dünya ekonomisinde olduğu gibi Türkiye'de de, korona virüs salgınından olumsuz biçimde etkilenmiştir. Ortaya çıkan olumsuz sonuçların giderilmesi veya en azından hafifletilmesi için başvurulacak önlemler arasında, yeni hukuki düzenlemelerin kabul edilmesi de yer almıştır. Bunlar içinde özellikle, İş Kanunu ile İşsizlik Sigortası Kanunu'nda gerçekleştirilen değişiklikler, dikkat çekicidir.

Bu bağlamda, 7244 sayılı Yasa'yla yapılan yasal değişiklik, salgında ortaya çıkan gereksinimleri karşılamaya yönelmişse de, düzenlenmesi gereken bazı noktaları açıklığa kavuşturmamıştır. Nitekim, yapılan yasal değişiklikte, sözcülemi, sadece işverenin feshi hali düzenlenmiş; işçinin gerçekleştirileceği fesihler ise, ele alınmamıştır. Bunun gibi, ücretsiz izin süresinin kıdeme bağlı haklar, yani kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin üzerindeki etkisi, açıklığa kavuşturulmamıştır. Dahası, ücretsiz izne çıkarma, kısa çalışmanın bir seçeneği olarak ele alınmıştır.

Salgına karşı başlangıç itibarıyla üç aylık bir

geçici dönem düşünülmüştür. Ancak, korona virüs hastalığına karşı koruyucu sağlık önlemlerinin zaman alacak olması ve en azından koruyucu aşı çalışmalarının 2021 yılının başına kadar uzanacak bir süreye gereksinim duyması nedeniyle, üç aylık bir sürenin şimdilik yeterli bulunmayacağı şimdiden söylenebilir. Nitekim, daha üç ayın bitmesine yaklaşılmamışken, sözcülemi, İstanbul Ticaret Odası Başkanı'nın kısa çalışmanın üç ay uzatılması gerektiğini basında dile getirmesi⁴¹, son derece anlamlıdır. Bunun gibi, üç konfederasyon (Türk-İş, Hak-İş ve TİSK) da, kısa çalışma ödeneğinin yeni normalleşmeye geçiş programıyla uyumlu hale getirilmesini ve 2020 yılının sonuna kadar uzatılmasını talep etmektedir⁴². Bu konuda, endişeye gerek olmayıp; Cumhurbaşkanı'na gerekli uzatmaları yapma yetkisi, yasayla daha önceden tanınmış bulunmaktadır (İş K. geç. m. 10/IV; İşsizlik SK. geç. m. 23/III).

İşsizlik ödeneği, kısa çalışma ödeneği ve nakdi ücret desteği ödemeleri için, İşsizlik Sigortası Fonu'nun kullanıldığı görülmektedir. 2020 yılının başı itibarıyla, Fon'da 131,5 milyar TL'nin biriktiği belirtilmektedir⁴³. Bu bağlamda, 2019 yılı içerisinde işsizlik ödenekleri için Fon'dan 10,1 milyar TL harcanırken teşviklere 19 milyar TL'nin ayrılması ve merkezi bütçeden yapılması gereken teşvik harcamalarının son iki yıldır Fon'dan karşılanması, şimdiki dek Fon'a yöneltilen eleştirilerin başında gelmiştir⁴⁴. Covid-19 salgını sonrasında ise, artık durumun değişeceği ve kısa çalışma ile nakdi ücret desteği ödemeleriyle birlikte, Fon harcamalarının çalışanlara yöneleceği görülmektedir. Buna karşılık, işveren kesimi de, salgın boyunca işyerleri ayakta tutulup Fon sayesinde işletmelerin sürdürülebilirliği gerçekleşeceği için, rahatlamış görünmelidir.

Bu anlamda, korona virüs salgın döneminin

41 Bkz. 18.5.2020 günlü Hürriyet, 7

42 <https://www.ekopara.com/sendikalar-isci-icin-yil-sonuna-kadar-kisa-calisma-odeneği-istiyor.html>

43 <https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/issizlik-sigortasi-fonunun-toplam-varligi-131-5-milyar-tl-odu-6122461>

44 Bkz. <https://tr.euronews.com/2020/01/20/isverenler-issizlik-fonuna-11-milyar-lira-prim-odedi-19-milyar-lira-tesvik-aldi>

40 Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Nazım Sözer, *Türk Genel Sağlık Sigortası*, 2. Bası, İstanbul 2018, 113 vd.

olumsuz ekonomik sonuçlarının hafifletilmesi konusunda, Fon'un çok önemli bir destek oluşturduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim, covid-19 salgınıyla mücadele döneminde 18/5/2020 tarihine kadar, kısa çalışma ödeneğiyle 3 milyon 50 bin 854 çalışana 4 milyar 855 milyon 413 bin 106 TL, nakdi ücret desteğiyle 878 bin 614 çalışana 441 milyon 169 bin 757 TL ve işsizlik ödeneğiyle 591 bin 894 kişiye 730 milyon 894 bin 637 TL ödeme yapılmıştır⁴⁵.

Bununla birlikte, covid-19 salgını karşısında, tüm dünya gibi Türk çalışma yaşamının da hazırlıksız yakalandığı bir gerçektir. Ancak, salgının başlamasıyla birlikte, hukuki önlem alınması konusunda yeterli çalışmanın yapılmadığı veya çabanın gösterilmediği söylenemez.

Nitekim, salgının olumsuz sonuçlarının yavaş yavaş duyulmaya başlanmasıyla birlikte, 25/3/2020 tarihli ve 7226 sayılı Yasa'nın ve ardından 16/4/2020 tarihli ve 7244 sayılı Yasa'nın kabulü, rahat içinde olmasa bile işyerlerinin varlıklarını sürdürebilmeleri için gerekli hukuki (yasal) ortamı sağlamış görünmektedir.

Diğer yandan, geçmiş ekonomik krizler sırasında işveren kesimince fiilen başvurulmuş ücretsiz izin uygulamaları, 7244 sayılı Yasa'yla günümüzde hukuki temele kavuşturulmuştur. Bu yapılırken, sosyal taraflar arasındaki dengenin sağlanması, gözden uzak tutulmamıştır. Nitekim, işverene ücretsiz izne çıkarma yetkisi tanınırken, işverene fesih yasağı öngörülerek işçinin işini yitirmemesi sağlanmış ve bu sırada oluşacak gelir kayıpları ise, nakdi ücret desteği yoluyla giderilmeye çalışılmıştır.

Ancak, tüm bu uygulamaların covid-19 salgını süresiyle sınırlı bulunduğu, yani geçici olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Buradaki geçici olmanın ne kadarlık bir süreyle sınırlı olacağı ise, şimdiden bilinmemektedir. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanına uzatma yetkisinin tanınması yoluyla, gereken esnekliğin sağlandığı söylenebilir. Dileriz, salgın öngörülenden uzun sürmez ve Türk çalışma yaşa-

mı, çok daha fazla kayıp ve mağduriyet yaşamadan, olağan ortama bir an önce kavuşur.

KAYNAKÇA

- Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2020
- Ali Nazım Sözer, Türk Genel Sağlık Sigortası, 2. Bası, İstanbul 2018
- Bahar Sür, "Uzaktan Çalışmada Yol ve Yemek Ücreti Ödenmeli Mi?", <https://www.linkedin.com/in/bahar-sür-ll-m-669379a3/detail/recent-activity/documents/>
- Ceren Kasım, "COVID-19 and Labour Law: Turkey", Italian Labour Law e-Journal, Special Issue 1, Vol. 13 (2020), Covid-19 and Labour Law. A Global Review, Section: National Reports, <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/10806>
- Gaye Baycık, "Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri", <https://www.linkedin.com/in/av-doç-dr-gaye-baycık-7a682188/detail/recent-activity/documents/>
- Gaye Baycık, "16.04.2020 Tarihli ve 7244 Sayılı Kanunun Muhtemel Uygulama Sorunları", <https://www.linkedin.com/in/av-doç-dr-gaye-baycık-7a682188/detail/recent-activity/documents/>
- Gaye Burcu Yıldız, "Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Kolları Açısından Covid-19", <https://www.linkedin.com/in/gaye-burcu-yildiz-74766651/detail/recent-activity/shares/>
- ILO (yay.), In the face of a pandemic: ensuring Safety and Health at Work, Cenevre 2020
- ILO (yay.), "ILO Monitor: COVID-19 and the world of work", third edition, updated estimates and analysis 29 April 2020, https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_743146/lang--en/index.htm
- Levent Akın, "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", Çimento İşveren Dergisi 34, 3 (Mayıs 2020), 16-71
- Lütfi İnciroğlu, "İşverence verilen "ücretsiz izinler" kıdem süresine dahil edilebilir mi?", <https://www.incirogludanismanlik.com/2019/12/04/>

⁴⁵ <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2020/05/18/sosyal-koruma-kalkani-ile-vatandaslara-115-milyar-lira-destek-saglandi>

- isverence-verilen-uccretsiz-izinler-kidem-tazminatı-suresinin-hesabına-dahil-edilebilir-mi/
- Lütfi İnciroğlu, “Üç aylık fesih yasağı döneminde, ikale ile sözleşme sona erdirilebilir mi?”, <https://www.inciroludanismanlik.com/2020/05/06/uc-aylik-fesih-yasagi-doneminde-ikale-ile-sozlesme-sona-erdirebilir-mi/>
- Sarper Süzek, İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019
- Sırma Pelin Ada, “COVID-19 Salgını Sağlık Çalışanları ve Enfekte Olan İşçiler Açısından Ne Anlama Geliyor”, <http://www.forseti.com.tr/makale/covid-19-salgini-saglik-calisanlari-ve-enfekte-olan-isciler-acisindan-ne-anlama-geliyor/>
- “Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2020/12 Sayılı Genelgesi İle Covid-19’un İş Kazası Sayılma Riski Ortadan Kalktı mı?”, 13 Mayıs 2020 tarihli Egemenoğlu Hukuk Bürosu Bilgi Bülteni
- Umut Çiray, “Ücretsiz İzin Uygulamasında İşçinin %28 Gelir Kaybı”, <https://www.linkedin.com/in/umut-çiray-1b9896103/detail/recent-activity/shares/>
- <http://www.yarsuvat-law.com.tr/covid-19-neyi-ile-alinan-guncel-tedbirler/>
- <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi>
- <https://www.istabip.org.tr/5823-sgk-nin-2020-12-sayili-genelgesi-is-kazasi-bildirim-yukumlulugunu-ortadan-kaldirmaz.html>
- [https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6666067732330528768/?commentUrn=urn%3Ali%3Acomment%3A\(activity%3A6664979626848251904%2C6666067615603060736\)](https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6666067732330528768/?commentUrn=urn%3Ali%3Acomment%3A(activity%3A6664979626848251904%2C6666067615603060736))
- <https://www.linkedin.com/in/talat-canbolat-2b926a49/detail/recent-activity/>
- 22.5.2020 tarihli ve 1281 sayılı Hürriyet İnsan Kaynakları Eki
- <https://www.mercer.com.tr/rapor-makale-arastirma/nisan-covid19-anketi.html>
- 13.5.2020 günlü Hürriyet
- <https://www.linkedin.com/feed/hashtag/?keywords=%23kisaçalışmaödenegi>
- <https://www.linkedin.com/in/talat-canbolat-2b926a49/detail/recent-activity/>
- <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6666726037243600896/>
- http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/aed8c3c8-0c99-4244-bfd1-3bbdddbac812/duyuru_22042020_01.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=aed8c3c8-0c99-4244-bfd1-3bbdddbac812
- <https://www.haberturk.com/nakdi-ucret-destegi-sorgulama-e-devlet-2020-nakdi-uc-ret-destegi-ne-kadar-uccretsiz-izin-odene-gi-2673440-ekonomi>
- 18.5.2020 günlü Hürriyet
- <https://www.ekopara.com/sendikalar-iscii-cin-yil-sonuna-kadar-kisa-calisma-odenegi-istiyor.html>
- <https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/issizlik-sigortasi-fonunun-toplam-varligi-131-5-milyar-tl-oldu-6122461>
- <https://tr.euronews.com/2020/01/20/isverenler-issizlik-fonuna-11-milyar-lira-prim-ode-di-19-milyar-lira-tesvik-aldi>
- <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2020/05/18/sosyal-koruma-kalkani-ile-vatandaslara-115-milyar-lira-destek-saglandi>

Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi

Öz

4857 sayılı İş Kanunu uyarınca, objektif sebebe dayalı olmayan belirli süreli iş sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılmaktadırlar. Böyle bir durumda, bu sözleşmelerde düzenlenmiş bulunan, sözleşmenin süresinden önce bitirilmesini önlemeye yönelik cezai şartların geçerliliklerini koruyup korumayacakları hususu doktrinde ve Yargıtay daireleri arasında farklı görüşlerin doğmasına sebep

olmuştur. Tartışmalarla geçen uzunca bir dönemin ardından da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 08.03.2019 tarihinde bu konuya ilişkin bir İçtihadı Birleştirme Kararı vermiştir. Çalışmamızda söz konusu içtihadı birleştirme kararı sonrasında, objektif sebep olmaksızın yapılan belirli süreli iş sözleşmesinde düzenlenmiş cezai şartın geçerliliği konusu ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Belirli süreli iş sözleşmesi, cezai şart, cezai şartın geçerliliği.

Evaluation Within the Scope of the Decision of the Supreme Court of Appeals Jurisdiction General Assembly Regarding the Validity of Penal Clauses in Fixed-Term Employment Contracts Which Were Concluded Without An Objective Reason

Abstract

According to the Labor Law No. 4857, fixed-term employment contracts that are not based on objective reasons are considered as indefinite-term employment contracts. In such a case, the issue of whether or not the penal clauses will remain valid

in order to prevent the contract from terminating before the expiry of the contract caused different views in the doctrine and between the departments of the Supreme Court. After a long period of discussions, the Supreme Court of Appeals Juris-

*Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü-
hakan.keser@yahoo.com.tr, ORCID: 0000-0002-7961-7358

diction General Assembly decided to combine the case-law on this issue on 08.03.2019. In our study, the issue of the validity of the penal clause regu-

lated in a fixed-term employment contract, which was made without objective reason, after the decision to combine the said case-law is examined.

Keywords:

Fixed-term employment contract, penal clause, the validity of the penal clause.

Giriş

Çalışma hayatında, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11 inci maddesi hükümlerine uygun olarak yapılan, iş ilişkisinin belirli bir süreye bağlanmış olduğu belirli süreli iş sözleşmelerine sıkça rastlanmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesi olarak yapılan bu sözleşmelerin, taraflarca kararlaştırılmış sürelerinden önce sona erdirilmesinin hüküm ve sonuçları da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK.) 438 ve 439 uncu maddelerinde düzenlenmiştir.

6098 sayılı TBK'nun 438 ve 439 uncu maddelerinde düzenlenmiş bulunan hükümlerin özellikle işverenler açısından yetersiz olması ve ortaya çıkacak tazminat hukukuna ilişkin prosedürün uzun süreceğinin öngörülmesi sebebiyle, uygulama belirli süreli iş sözleşmelerine, sözleşmenin süresinden önce sona erdirilmesini önlemeye yönelik cezai şart hükümleri konulmasına sıkça rastlanmaktadır.

Bu şekilde belirli süreli iş sözleşmelerine konulan ve sözleşmede gösterilen süreye taraflarca haklı bir sebep olmaksızın uyulmaması durumunda, TBK'da taraflara getirilmiş bulunan yükümlülükler dışında, taraflara ek yükümlülükler getiren cezai şartların geçerliliği konusunda, her iki taraf için de söz konusu olmaları durumunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Ancak başlangıçta taraflarca belirli süreli iş sözleşmesi olduğu düşünülerek, yapılan iş sözleşmelerine konulan sözleşme süresinden önce feshi engellemeye yönelik çift taraflı cezai şart maddelerinin, iş sözleşmesinin kanun gereği belirsiz sayılması durumunda geçerliliğini sürdürüp sürdürmeyeceği hususunda doktrinde ve Yargıtay daireleri arasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Özellikle Yargıtay Daireleri arasında ortaya çıkan bu konudaki farklı görüşlerin uygulamada bir istikrarsızlığa sebebiyet vermesi üzerine, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu konuya ilişkin bir içtihadı birleştirme kararı vermiştir. Çalışmamızda uygulama sıkça karşılaşılan bu duruma ilişkin farklı görüşler açıklanarak, Yargıtay içtihadı birleştirme kararı sonrası ortaya çıkan sonuç belirtilmektedir.

I. Belirli Süreli İş Sözleşmesi ve Cezai Şart Kavramları

A- Belirli Süreli İş Sözleşmesi Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu (İK.), 9 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında, iş sözleşmelerinin belirli veya belirsiz süreli olarak yapılabileceğini belirttiğinden sonra "Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi" başlıklı 11 inci maddesinde de, iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağını; belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmesi olacağını belirtmiştir.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi, gerçek anlamda sürekli (daimi) çalışmayı ifade etmese de, özellikle belirli süreli iş sözleşmesi yapılması, tam olarak önceden belirlenmiş geçici bir süre istihdamı ifade etmektedir. Bir başka anlatımla, belirli süreli iş sözleşmeleri, sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca sözleşmenin sona

ereceği anın kararlaştırıldığı ve daha sözleşmenin başlangıcında sona erme zamanının bilindiği veya önceden öngörülebilir olduğu sözleşmelerdir¹.

Ancak belirli süreli iş sözleşmesi yapılması suretiyle,

- İş koşulları açısından, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere, yalnızca belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışmalarından dolayı, emsal belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerden daha dezavantajlı davranılması²,
- Birbirini takip eden belirli süreli iş sözleşmeleri veya istihdam ilişkisinden kaynaklanan istismaların ortaya çıkması³,
- Belirli süreli iş sözleşmeleri sürelerinin sonunda kendiliğinden sona ererken, kural olarak herhangi bir tazminat ödenmesi yükümünü doğurmamaları⁴ ve iş güvencesine ilişkin hükümlerin belirsiz süreli iş sözleşmelerine ilişkin olması sebebi ile işverenlerin ağırlıklı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapma yolunu tercih etmeleri,

gibi sakıncaların ortaya çıkabileceği varsayımı, ILO'nun 158 No'lu "Sözleşme Hizmet İlişikisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki Sözleşmesi'nin" 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında da ifade edildiği üzere, işverenlerce belirli süreli hizmet sözleşmeleri yapılmasına karşı güvenceler

tesis edilmesi düşüncesini doğurmuştur⁵.

Nitekim bu husus İK'nun 11 inci maddesinin gerekçesinde⁶ de, "iş sözleşmesi taraflarının bu tür sözleşmeleri meydana getirmedeki serbestileri, ILO'nun "İş Sözleşmesine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 Sayılı Sözleşmesi" ve Avrupa Birliği çalışma müktesebatı, özellikle Konseyin 99/70 sayılı Yönergesi ile yürürlüğe konulan "Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması"na uygun sınırlamalara tabi tutulmuştur." sözleri ile açıkça ifade edilmiştir⁷.

Bu anlamda, 4857 sayılı İK'nun 11 inci maddesinin; belirli süreli iş sözleşmesinin ancak belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılabileceği kuralını getirmiştir. Buna karşılık, genel kanun niteliğinde olan TBK. 430 uncu maddesi ise, ilk defa yapılacak olan belirli süreli iş sözleşmelerinde geçerlilik şartı olarak objektif bir sebebin varlığını öngörmemiştir. Ancak bu durumun yani, TBK'da objektif neden öngörülmemiş olmasının, öncelikli ve özel kanun niteliğinde olan İş Kanunu'nun 11 inci maddesinde aranan objektif neden koşulunu ortadan kaldırmayacağı ifade edilebilecektir⁸. TBK. objektif nedenlerin varlığını sadece belirli süreli bir iş sözleşmesinin yenilenmesi durumunda gerekli görmüştür⁹.

Görüldüğü üzere, İK'da iş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur¹⁰. Nitekim Yargıtay'ın da vermiş olduğu

1 Bkz. Alpagut, Gülsevil, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi", Mercek, Ocak, s.33, Yıl 9, 2004, s.73-91; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, s.12-16; Süzek, Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 18. Baskı, İstanbul 2019, s.237; Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Baskı, İstanbul 2019, s.180; Demir, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir 2018, s.79.

2 Yarg. 7. HD. 09.06.2014 t. E.2014/7709, K.2014/12729 Yarg. 9. HD. 11.06.2013 t. E.2013/6178, K.2013/ 17934, Yarg. 7. HD. 10.09.2014 t. E.2014/8872, K.2014/16647 Legalbank Elektronik İçtihat ve Mevzuat Bankası.

3 Yarg. 9. HD. 11.06.2013 t. E.2013/6178, K.2013/17934 Legalbank.

4 Yarg. 9. HD, 28.03.2001 t., E.2001/5272, K.2001/4939, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s.46-47; Yarg. 9. HD, 22.02.2001 t., E.2001/18588 K.2001/3147, İşveren D., Mayıs 2001, s.179.

5 KESER, Hakan; Kamu Kesimindeki Geçici İşçi İstihdamının 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 11. Maddesi Karşısındaki Durumu, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.14, Mayıs 2007, s.605-621, s.611

6 <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0534.pdf>, 29.01.2020

7 KESER, (Geçici İşçi), s.611.

8 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku ders Kitabı, C:1 Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, Ankara 2018, s.114, Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD. 11.06.2013 t. E.2013/6178, K.2013/17934, Legalbank

9 Yarg. 9.HD. 14.03.2013 t. E.2010/51009, K.2013/8916, Legalbank SÜZEK, s. 238.

10 Yarg. 7. HD. 10.09.2014 t. E.2014/8872, K.2014/16647 Yarg. 7. HD. 09.06.2014 t. E. 2014/7709, K.2014/ 12729 Yarg. 9. HD. 14.03.2013 t. E.2010/51009, K.2013/8916 Legalbank.

Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi

kararlarda, çalışma hayatında asıl olanın belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışılması olduğu belirtilmektedir. Bu anlamda, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışma ancak işyerinde zorunlu bir ihtiyacın doğması sonucunda söz konusu olabilmektedir. Yani özetle, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve sözleşmenin belirli olarak yapılmasını haklı gösterecek objektif bir sebebin varlığı gerekecektir¹¹.

İK. m.11'deki ifadeden de anlaşılabilirliği gibi, işçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi söz konusu olmayıp, yapılan işin niteliği, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önem arz etmektedir. Bu anlamda, sadece belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif nedenlere bağlı olarak "belirli süreli iş sözleşmesi" yapılabilecektir¹². Madde metninde, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması imkanının çok net bir biçimde bazı objektif koşulların varlığına tabi tutulmuş olduğunu belirten bir anlatım görülmektedir. Bu anlamda objektif koşulların bulunmadığı hallerde yapılan belirli süreli bir iş sözleşmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

Ancak doktrinde bu konuda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bizim de katıldığımız bir çok yazar, İK.daki düzenleme karşısında, maddede sözü edilen objektif sebeplerin bulunmaması durumunda, tarafların bir kez dahi olsa belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmelerinin mümkün olmayacağı ve yapılmış olan sözleşmelerin yargı organlarının önünde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacakları görüşünü savunurken¹³, bazı yazarlar

ise objektif koşullara bağlı olmaksızın tarafların Anayasanın "sözleşme özgürlüğü" ilkesine dayanarak tespit ettikleri ve belirli süreler için yaptıkları bir defaya ilişkin sözleşmelerin de belirli süreli sözleşme sayılacağını¹⁴ ve bu yorumun da maddedeki ifade tarzına uygun olduğunu, belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesinin sadece bu sözleşmenin birden fazla üst üste yapılması durumunda söz konusu olacağını ifade etmektedirler¹⁵.

Yargıtay da uygulamada istikrarla doktrindeki baskın görüşe uygun kararlar¹⁶ vermekte ve objektif sebeplerin olmadığı durumlarda belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılamayacağını ve şayet yapılmışsa bu sözleşmelerin belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacağını kabul etmektedir.

İş Kanunu'nun 11 inci maddesinde sözü edilen objektif sebeplerin neler olduğuna bakıldığında ise, madde metninde koşul olarak ifade ettiği bu sebeplerin; belirli süreli işlerin varlığı, belli bir işin tamamlanması durumu ve belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi sebepler olarak¹⁷ örneklendiği görülmektedir.

Gerçekten de, işyerlerinde belirli süreli işçi istihdam edilmesi uygulamada farklı nedenlere bağlı olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bilindiği üzere, işyerinde işçiye duyulan ihtiyaç, işçinin ifa edece-

s.138 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal s.113 vd.; Ekonomi, Münir; 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu(I) Kavram- Süre ve Yenileme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s.9, İstanbul 2006, s.24 vd.; Alpagut, s.77-78; Keser, s.609; Süzek; s.240.

14 Demir, s.80.

15 Taşkent, Savaş; Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, s.9, İstanbul 2006, s.37; Taşkent, Savaş; Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, s.14-22.

16 Kanun'un 11. maddesinde yer alan objektif sebepler bulunmadığına göre bu iş sözleşmesinin belirli süreli sözleşme olarak kabulüne de olanak bulunmamaktadır. Yarg. 9. HD. 31.10.2017 t. E.2017/6571, K.2017/ 17049, Yarg. 9. HD. 20.06.2005 t. E. 2004/30543 K.2005/22081; Yarg. 9. HD. 24.03. 2005 t. E.2004/18955 K.2005/ 9551; Yarg. 9. HD. 04.07.2005 t. E.2005/21151 K.2005/23598 Legalbank

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, (Belirli Süreli İş Sözleşmesi), s.77 vd.; Taşkent (Sözleşme Yapma serbestisi), s.16-17.

11 Yarg. 9. HD. 11.06.2013 t. E.2013/6178, K.2013/17934, Yarg. 9. HD. 14.03.2013 t. E.2010/51009, K.2013/ 8916 Legalbank ayrıca Bkz. Kaplan Senyen, E.T.; Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, s.36, s.17-33, s.18; KESER, s.612; SÜZEK, s.238.

12 Yarg. 9. HD. 11.06.2013 t. E.2013/6178, K.2013/17934 Legalbank

13 Çelik/Canıklıoğlu/ Canbolat, s.184; Çankaya O. G./Günay C. İ./Göktaş S.: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2005, s.163; Aktay, A. Nizamettin/Arcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay; İş Hukuku, Ankara 2013, s.84-85; Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 12. Bası, Ankara Eylül 2018,

ği işin sınırlı bir süreye tabi olması nedeniyle gerçekten geçici bir nitelik gösterebilecektir. Böyle bir durumda, genellikle işletmenin veya işyerinin acil bir iş gücü gereksiniminin giderilmesi zorunluluğu doğmuş olabilecektir¹⁸. Söz konusu bu durum ani bir sipariş yükselmesi ya da mevcut çalışanlardan birinin izne ayrılması şeklinde tezahür edebilecektir. Bunun gibi, yarım kalan bir işin tamamlanması ihtiyacı, askerlik, doğum gibi bazı olguların ortaya çıkması da belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı gösterebilecektir. Bu anlamda, geçici bir süre işçiye ihtiyaç duyulacak işleri, daimî olarak işçiye ihtiyaç duyulacak işlerden ayıran en önemli noktanın, geçici işlerin işletmenin organizasyonuna ilişkin yapısı veya işleyişine dahil olmayıp, özellikle bunların dışında, genellikle öngörülemez durumlarda ortaya çıkan ve işgücü gereksinimi sonucu doğmuş olan işler olduğu şeklindeki görüş¹⁹ kabul edilebilecektir.

Diğer yandan, doktrinde İK. m.11'de örnekleme yoluyla belirtilmiş bulunan objektif sebepler dışında, mevzuatımızda belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılmasını zorunlu kılan bazı kanuni düzenlemelerin de, yine belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi açısından objektif sebep olarak kabul edilebileceği ve bu gibi hallerde belirli süreli sözleşmenin kurulabilmesi için başkaca bir sebep aranmayacağı görüşü de kabul edilmektedir. Yani, kanuni düzenlemelerin olduğu hallerde de, artık başkaca objektif bir sebep aranmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceği ifade edilebilecektir²⁰.

Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinin yapılmasının objektif bir sebebi varsa ve bu sebep devam ediyorsa veya yeni bir objektif sebep ortaya çıkmışsa belirli süreli sözleşmeler yinelenebileceklerdir²¹. Yine aynı şekilde, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması kanun gereği ise, bunu izleyen zincirleme sözleşmeler de belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmeyecekler, ard arda yapılmış olsalar bile belirli süreli olma özelliklerini koruyacaklardır²².

Buna karşın, belirli süreli iş sözleşmesi, objektif bir sebep ya da kanuni bir düzenleme gereği olmadıkça, birden fazla üst üste yani zincirleme yapılamayacak, objektif sebep olmaksızın bir kez dahi yenilenme söz konusu olsa bile, iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilecektir (İK.m.11/2)

B- Cezai Şart Kavramı

Cezai şart, doktrinde ve Yargıtay kararlarında, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim²³; borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, ekonomik değeri haiz hukuki işlem ile belirlenmiş bir edim²⁴ ya da borçlunun borcunu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşma²⁵ olarak tanımlanabilmektedir²⁶.

18 Walter, B. Arbeitsverhältnisse zur Probe und zurAushilfe, Heidelberg 1965, Çeviren: Gülsevil Alpagut; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS, İstanbul 1998, s.95.

19 Walter, (Alpagut) s.95.

20 Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4 üncü maddesinin D bendinde de "...mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde, ilgili mevzuatına göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçiler..." denilerek kamu kurumlarında da belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesine imkan sağlanmıştır. Bkz. Keser, Hakan; Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, 4. Basım, İzmir 2018, s.157; Keser, Hakan; Özel Öğretim Kurumlarında Görev Yapan Eğitim Personelinin İş Sözleşmelerinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.15, s.59, s.795- 829; Süzek, s.243; Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s.190

vd.; Sümer, H. Hadi: Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Cilt 1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.15, Sayı:1, Ocak 2016, s. 420 vd.; Canbolat, Talat ; Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku Dergisi, 2007/13, s.201; Centel, Tankut: Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması, Sicil İHD, Haziran 2007, 22-26; Alpagut, s.84.

21 Yarg. 9. HD. 13.11.2017 t. E.2016/28042, K.2017/18107, Legalbank Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s.167-168; Süzek, s.263; Alpagut, s.86.

22 Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s.190; Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdî İş İlişkileri I, 4. Baskı, İstanbul 2014, s.220 Akyiğit, s.49-50. Alpagut, s.114-115. Süzek, s.249.

23 Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.6.

24 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. bası, İstanbul, 2003, s. 1133.

25 Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 868.

26 Farklı tanımlar için bkz. Tekinay, Selahattin S./Akman,

Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi

Tanımlardan da anlaşıldığı üzere, cezai şart hukuki bir işlemle kararlaştırılmış asıl borçtan ayrı olan bir edimi ifade etmekte ve bir borç ilişkisinde, borcun zamanında ve gereği gibi ifasının teminatını teşkil etmek üzere, alacaklıya doğan zararını ispat yükümü altına girmeden belli bir tazminat alabilme hakkını veren kayıt hükmünü taşımaktadır²⁷.

Bu anlamda, borçlu tarafından borcun yerine getirilmemesi, eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yer veya zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve ekonomik bir değeri olan, hukuki işlem ile kararlaştırılmış bir edim olan cezai şartın, ceza ve tazminat fonksiyonu bulunmaktadır²⁸. Cezai şart, asıl borcun yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olup geçerliliği asıl borcun geçerliliğine ve mevcudiyetine bağlı ferî bir borçtur²⁹. Cezai şartın fer'i nitelikte bir edim olmasının sonucu olarak, geçerliliği de asıl borca bağlıdır. Ancak, cezai şartın geçersizliği sözleşmeden doğan asıl borcun geçerliliğini etkilemeyecektir³⁰.

Cezai şart kavramını karşılamak üzere 6098 sa-

yılı Türk Borçlar Kanunu (TBK.) "ceza koşulu" terimini tercih etmiş ve 179-182 nci maddeleri arasında buna ilişkin esasları düzenlemiştir. TBK'nun 179 uncu maddesi uyarınca, bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilecektir. Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilecektir. Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı ise saklıdır.

Sözleşmeden doğan borç hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde, sözleşme konusu borca bağlı olan ferî borç niteliğindeki cezai şart muaccel hale gelecek ve bağımsız bir alacak niteliğine bürünecektir. Alacaklı da ödenmediği takdirde cezai şartı dava veya icra yoluyla asıl alacaktan ayrı olarak talep edebilecektir³¹. Cezai şart, sözleşme konusu borcun tabi olduğu geçerlilik şekline uygun olarak kararlaştırılmalıdır³².

Türk Hukukunda cezai şart, kural olarak her tür borç ilişkisi için kararlaştırılabilmektedir. Ancak cezai şartın kararlaştırılabilmesi için, sözleşmeden doğan borcun geçerli olması ve cezai şartın kararlaştırıldığı aşamada henüz ifa edilmemiş olması gerekmektedir³³. Diğer yandan, geciktirici ya da bozucu şarta bağlanmış bir borç için de cezai şart kararlaştırılabilecektir³⁴. Cezai şartın, asıl sözleşme içerisinde veya asıl sözleşmenin ifaya başlanmasından sonra ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılabilmesi mümkündür³⁵.

Cezai şartın unsurları, bir asıl borcun bulunması, bu asıl borcun yanında ayrı ve bağımsız bir edimin bulunması, ayrı ve bağımsız borcun asıl borca bağlı

- Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.341; Tunçomağ (Cezai Şart), s.5. Cezai şarta ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, G.: İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Aşgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 8, Aralık 2007, s. 19). Demircioğlu, A. Murat: İş Hukukunda Cezai Şart, Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010, s. 160; Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali; Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2018, s. 311 ÖZDemir, E.: İş Hukukunda Cezai Şart, AÜEHFD, C.IX, S.3-4, 2005, s. 403; Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 22. HD. 16.02.2015 t. E.2013/32529, K.2015/4817, Yarg. 9. HD. 10.09.2014 t. E.2012/33025, K.2014/ 26136, Yarg. 9. HD. 01.10.2014 t. E.2012/34369, K.2014/28821 Legalbank.
- 27 KAPLAN, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersler, Genel Hükümler, Ankara, 2001, s.115.
- 28 Tunçomağ (Cezai Şart), s.15; Eren, s.1169; ARICI, Kadir, Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 1997, C:1, s.1, s. 32; Cansel, Erol/Özel, Çağlar Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.Cansel-Ç.-Özel.pdf, 06.01.2019.
- 29 Karahasan Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, C.II., İstanbul 2003, s.1408; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 1134; Tunçomağ, Cezai Şart, s. 16,17; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.859; Eren, s. 1143; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.392; Oğuzman/Öz, s.872; Kılıçoğlu, s. 576.
- 30 Cansel/Özel, s.716-717, dn.14.

31 Tunçomağ, Cezai Şart, s.52; Eren, s.1135.

32 Cansel/Özel, s.718.

33 Yarg. 9. HD. 20.11.1990 t. E.1990/9303, K.1990/12364, Cansel/Özel, s.717.

34 Cansel/Özel, s.718.

35 Yarg. 9. HD., 13.09.2003 t. E.2003/4437, K.2003/16953, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası

bulunması ve ayrı bağımsız borcun sağlar arası hukuki işlemle tespit olunması olarak ifade edilebilecektir. Cezai şartın, bir miktar para olarak ya da para dışında mameleki bir değer olarak kararlaştırılması mümkündür. Manevi değerlerin ise, cebri icra yolu ile takibi mümkün olmadığı için cezai şart olarak kararlaştırılması mümkün olmayacaktır³⁶.

TBK'nun 180 inci maddesinde yer alan "Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir." hükmü asıl borcun mali bir değere sahip olmaması ve para ile ölçülemeyen bir menfaat olması halinde dahi cezai şart kararlaştırılabileceğini göstermektedir³⁷.

Çalışma hayatında da iş sözleşmesinin tarafları sözleşmenin karşı tarafça ihlal edilmesine karşı, iş sözleşmelerine bazı cezai şart hükümleri koyabilmektedirler. Taraflar bu suretle hem karşı tarafı sözleşmeye uyma konusunda zorlayabilmekte, hem de olası bir ihlal durumunda da kendilerini güvence altına alabilmektedirler.

İş sözleşmeleri ile düzenlenmiş olan cezai şart hükümleri daha çok işveren tarafının iş sözleşmesi ile işçiden beklenen yükümlülükleri güvence altına almakla beraber, bazı durumlarda işçi lehine sonuçlar da doğurabilmektedirler.

İş sözleşmeleri ile düzenlenen cezai şart hükümleri genellikle kalifiye nitelikte olan işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin önüne geçilmesini, işçi için yapılmış bulunan eğitim giderlerinin işçiden talep edilebilmesini ve TBK. uyarınca yapılmış bulunan Rekabet Yasağı Sözleşmesine uyulmasını sağlamaya yöneliktirler.

Cezai şartın varlığı için öncelikle asıl borcun varlığı gerekeceğinden, iş sözleşmesi kurulmamış ise, bu sözleşmeye bağlı olan cezai şart da muaccel hale gelmeyecektir. Yani bir başka ifade ile, taraflar arasında yazılı iş sözleşmesinin varlığına rağmen çalışma olgusunun gerçekleşmemesi ve fiilen iş ilişkisi kurulmamış olması durumunda, sözleşmede

öngörülen cezai şart sözleşmeden dönme cezası olmadığı için, iş sözleşmesinin kurulmaması sebebi ile işveren cezai şart talep edemeyecektir³⁸.

Diğer yandan, deneme süreli iş sözleşmelerinde sözleşmeye aykırılık halleri bakımından öngörülen cezai şartın muaccel olması için, sözleşmede kararlaştırılmış olan deneme süresinin geçmiş olması gerekmektedir. Zira, kural olarak tarafların birbirlerini tanımalarını ve işçinin de işe almasını sağlamaya yönelik olan deneme süresi içerisinde geçerli olmak üzere cezai şart kararlaştırılmayacaktır. Cezai şartın deneme süresinin geçirilmesinden sonra etkisini gösterecek ve talep edilebilir hale gelecektir³⁹.

Bu genel esaslar dışında, Yargıtay'ca da ifade edildiği üzere, İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından hâkimin müdahalesi çok önemlidir. Bu anlamda, hâkim şart ve ceza arasındaki ilişkiyi gözeterek, işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gitmeli gerektiğinde cezai şart tutarından indirim yapılmalıdır⁴⁰.

II. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Sonuçları

A- Genel Olarak

Belirli süreli iş sözleşmeleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona ereceklerdir (TBK.m.430/1). Ancak taraflar

38 Yarg. 9. HD. 26.09.2006 t. E.2006/20061, K.2006/24888 "Taahhüname Fransız'daki çalışma bittiğinde işverenin Türkiye'deki işyerinde en az 1 yıl çalışacağı, aksi halde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmışsa da, işçi henüz Fransa'ya gitmeden iş sözleşmesini feshettiğinden işverenin cezai şart alacağını reddi gerekir." Yarg. 9. HD, T.13.03.1995, E.1995/18034, K.1995/7861 LHB

39 KARAGÖZ, s.154 vd.

40 Yarg. 9. HD. 10.09.2014 t. E.2012/33025, K.2014/26136 Yarg. 9. HD. 01.10.2014 t. E.2012/34369, K.2014/ 28821; Yarg. 7. HD. 09.06.2014 t. E.2014/4793, K.2014/ 12770; Yarg. 22. HD. 03.06.2013 t. E.2012/ 24169, K. 2013/13461; Yarg. 7. HD. 13.05.2013 t. E.2013/13807, K.2013/8737 Yarg. 9. HD. 30.06.2011 t. E.2009/ 17402, K. 2011/19618 Legalbank

36 Eren, s.1134; Tunçomağ, Cezai Şart, s.14; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s.858; Oğuzman/Öz, s. 873; Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s.533; s.575; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.343; Ekinci, s.50.

37 Tunçomağ, Cezai Şart, s.7.

Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi

haklı bir sebebe dayanarak sözleşme süresinin bitiminden önce belirli süreli iş sözleşmesini feshedebileceklerdir. Haklı sebebin olmaması veya ileri sürülen sebebin gerçek dışı olması ya da fesih hakkının süresi içinde kullanılmaması halinde yapılan fesih ise haksız fesih olarak kabul edilecektir.

Objektif koşulların varlığına bağlı olarak belirli süreli olarak yapılan iş sözleşmeleri sürenin bitimiyle kendiliğinden sona ereceğinden, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek bulunmamaktadır. Ancak, sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecektir.

Buna karşın, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir sebebe dayanmaksızın süresinin bitiminden önce taraflarca sona erdirilmesinin hukuki sonuçları TBK'nun 438 ve 439 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu 438 inci maddesinde, işverenin iş sözleşmesini haksız feshinin, 439 uncu maddesinde ise, işçinin iş sözleşmesini haksız feshinin hüküm ve sonuçlarını düzenlemiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, belirli süreli iş sözleşmesinin belirlenen süreden önce sona erdirilmesi haklı bir sebebin varlığına bağlı olup, haklı bir sebep varsa sözleşme sürenin bitiminden önce taraflarca sona erdirilebilecektir.

İK'da işçi ve işverenler açısından haklı sebepler 24 üncü ve 25 inci maddelerde sayılmıştır. TBK'da ise, "sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılmıştır (m.435). İş Kanunu'nda haklı nedenler işçi açısından, sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve iyiniyete aykırı davranışlar/benzerleri ve zorlayıcı haller olarak üç başlıkta; işveren açısından ise, bunlara ek olarak işçinin tutukluluk ve göz altında bulunduğu sürelerin uzun olması⁴¹ da eklenerek 4 başlıkta sayılmıştır.

TBK'nun 438 inci maddesi uyarınca, işveren,

haklı sebep olmaksızın belirli süreli iş sözleşmesini feshetmesi durumunda, yani sözleşme süresine uymaması durumunda, işçi sözleşme süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilecektir. Ancak, belirli süreli iş sözleşmesinde işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilecektir. Bunun için gelir miktarları tek tek belirlendikten sonra indirim yapılması gerekecek, takdiri indirim yapılamayacaktır⁴². Ayrıca, hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine de karar verebilecek; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamayacaktır. TBK. m.438'de yer alan bu düzenleme, İş Kanunu'na tabi belirli süreli iş sözleşmeleri için de genel hüküm olarak uygulanacaktır⁴³.

Ancak TBK. m.438 de yer alan bu düzenleme belirli süreli iş bir sözleşmesinin varlığı durumunda uygulanabilecektir. Zira, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için gereken objektif şartın olmaması durumunda, sözleşme belirsiz süreli sayılacağından 438 inci maddede sözü edilen bakiye süre ücreti talep edilemeyecektir⁴⁴.

Diğer yandan, işçinin haksız olarak işe başlaması veya işi bırakmasının sonuçlarını düzenleyen TBK'nun 439 uncu maddesi uyarınca ise, işçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahip olacaktır. İşveren ayrıca ek zararlarının giderilmesini de talep edebilecektir.

42 Kaplan Senyen, s.26.

43 Kaplan Senyen, s.26; Mollamahmutoğlu, H./Astarlı M./Baysal, U.; İş Hukuku 6. Bası, Ankara 2014, s.876; Süzek, s.751; Alpagut, G.; Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2011 s.31, s. 913-959, s.932.

44 Yarg. 9. HD. 8.11.2013 t. E.2011/39867, K.2013/28716 Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, s.40, s.440 vd.; Yarg. 22. HD. 25.10.2013 t. E.2012/26868, K.2013/22350; Yarg. 22. HD. 2.7.2015 t. E.201/19191 K.2015/13511. Eleştirisi için bkz. Kaplan Senyen, s.26; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.271-272; Alp, s.181 vd; Eyrenci, s.281.

41 İK. m.25/IV- İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması.

Ancak, işveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilecektir. Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorunda olacak, aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşecektir. Buradaki otuz günlük hak düşürücü süre, götürü tazminata ilişkin olup, götürü tazminatı aşan zararların talep hakkı ise, genel hükümlere göre, 10 yıllık zaman aşımı süresine tabi olacaktır⁴⁵.

İşverenin zararının kapsamına işverenin aynı nitelikte bir işçi buluncaya kadar işin yapılmaması nedeniyle uğradığı kazanç kaybı, işin kesintiye uğraması nedeniyle uğranılan zarar, işin diğer işçilerle yapılması için ödenen fazla çalışma ücretleri gibi kalemler girecektir⁴⁶.

B- Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Taraflarca Feshedilmesinin Engellenmesine Yönelik Olarak Getirilmiş Cezai Şart

Belirli süreli iş sözleşmelerinin süresinden önce taraflarca bitirilmesi haline ilişkin olarak, taraflarca cezai şart kararlaştırılmasına sıkça rastlanmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapıldığı belirli süreli iş sözleşmelerinde, TBK'nun 438 inci maddesi, işveren haklı bir sebep olmaksızın belirli süreli bir iş sözleşmesini feshederse bunun sonuçlarını, 439 uncu maddesi ise, işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması yani iş sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın feshetmesinin sonuçlarını düzenlemiştir.

Ancak mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, özellikle 439 uncu maddenin, işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması durumunda, işvereni uğradığı zararını/ zarar verenin kusurunu ispat yükü altında bırakması ve uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkimin, olayların olağan akışını ve zarar görenin

aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecek olması karşısında; doktrinde her ne kadar TBK.m.439 hükmünün sonuçları itibariyle işveren ve işçi açısından mutlak emredici nitelikte olduğu ve ilave cezai şart kararlaştırılmasının hükümsüz olacağı ifade edilse de⁴⁷, belirli süreli iş sözleşmesinin taraflarca feshedilmesinin engellenmesine yönelik olarak iş sözleşmelerine cezai şartlar konulmaktadır.

Gerçekten de tazminat hukukuna ilişkin prosedürün uzun sürmesi ve zararın ispatının zor olması, günümüzde belirli süreli iş sözleşmelerine cezai şart hükümlerinin konulması uygulamasının artmasına sebep olmuştur.

Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde cezai şart kararlaştırabileceğini düzenlemiş olan TBK. "ceza koşulu ve ibra" başlıklı 420 nci maddesinin 1 inci fıkrasında iş sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza şartların geçersiz olacağı hükmünü getirmiştir. Hükmün karşıt kavramından anlaşılacağı üzere, iş sözleşmelerine karşılıklı ya da sadece işçi lehine ceza şart konulabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Ancak cezai şartın geçerli kabul edilebilmesi sadece cezai şartın karşılıklı olması koşuluna bağlı olmayacaktır. Her iki taraf için de getirilmiş olan cezai şartın geçerliliği için cezai şartın miktarı, cezai şartın muaccel olma sebebi gibi unsurlarda da taraflar arasında denklik⁴⁸ sağlanıp sağlanmadığı göz önünde tutulacaktır⁴⁹. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik olması durumunda ise, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmayacak ve işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve haller ile sınırlı olacaktır⁵⁰.

47 Kaplan Senyen, s.30.

48 Yarg. 22. HD. 26.06.2014 t. E.2014/3406, K.2014/19535, Legalbank.

49 Yarg. 9. HD. 30.06.2011 t. E.2009/17762, K.2011/19801, Legalbank.

50 Yarg. 22. HD. 16.02.2015 t. E.2013/32529, K.2015/4817, Yarg. 9. HD. 01.10.2014 t. E.2012/34369, K.2014/28821, Yarg. 9. HD. 10.09.2014 t. E.2012/33025, K.2014/26136 Yarg. 7. HD. 09.06.2014 t. E.2014/4793, K.2014/12770 Yarg. 7. HD. 13.05.2013 t. E.2013/13807, K.2013/8737, Legalbank.

45 Süzek, s.756; Alpagut, s.935; Doğan Yenisey, s.108; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.368; Kaplan Senyen, s.30.

46 Alpagut, s.935-936.; Kaplan Senyen, s.29.

Görüldüğü üzere, aslında tek taraflı olarak işçi aleyhine konulamayacak olan bu tür cezai şartlar, belirli süreli iş sözleşmelerine esas olarak işverenlerin korunması amacıyla konulmaktadır. Zira yukarıda belirtildiği üzere, işçi bakımından gerekli koruma bizzat TBK'nun 438 inci maddesi tarafından, sürelere uyulmuş olunsaydı işçinin kazanabileceği miktarın, tazminat olarak istenebileceği belirtilmek suretiyle sağlanmış bulunmaktadır. Bu sebeple bu tür cezai şartlar daha çok, 439 uncu maddede işverenin korunmasına yönelik getirilmiş olan düzenlemenin nispeten zayıf olması sebebi ile sözleşmelere konulmaktadır.

TBK'nun 182 nci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca, taraflar cezai şart miktarını serbestçe kararlaştırabileceklerinden dolayı, tarafların haksız fesih durumunda belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde cezai şart belirlemeleri mümkün olacaktır. Taraflarca bu yönde bir cezai şart kararlaştırılması durumunda, bu yönde bir cezai şart hükmü TBK'nun 438 inci maddesi uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesinin süresine uyulmuş olsaydı işçi tarafından kazanılabilecek miktarı karşılayacak olan tazminat isteğinden farklı değerlendirilecektir. Kararlaştırılan cezai şartın TBK.438 ve 439 ile bir ilgisi bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin tarafları kendi iradeleri ile özel biçimde bir cezai şart düzenlemesi yapmış durumda olduklarından, taraf iradelerine değer verilerek cezai şart hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Nitekim Yargıtay da, işçinin bakiye süre ücretinin ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezai şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerini karşılayan tazminatı da 6098 sayılı TBK'nun 438 inci maddesi uyarınca isteyip isteyemeyeceği hususuna ilişkin olarak, koşulların varlığı halinde iş sözleşmesinin kalan süresine ait tutarın da tazminat olarak ayrıca talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bu anlamda, TBK'nun 179 uncu maddesi uyarınca, borcun belli zaman ve yerde ifa edilme hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir⁵¹.

Ancak, taraflar arasında düzenlenen objektif sebebe dayalı olmayan belirli süreli iş sözleşmelerinin kanun gereği belirsiz süreli sayılmaları halinde, bu sözleşmelerde yer alan cezai şartların geçerliliklerini koruyup korumayacakları hususu uygulamada sıkça karşılan bir problem haline dönüşmüştür. Nitekim belirli süreli iş sözleşmelerinde "sözleşme süresi" başlıklı maddelerde "sözleşmede öngörülen süre dolmadan önce taraflardan herhangi birinin haklı bir sebebe dayanmaksızın iş sözleşmesinin feshetmesi halinde diğer tarafa belirli bir tazminat ödeneceğinin" yazılı olması durumuna sıkça rastlanmaktadır. Sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu düşünülerek konulan bu cezai şart maddesinin, sözleşmenin kanun gereği belirsiz sayılması durumunda geçerliliğini sürdürüp sürdürmeyeceği hususu ise doktrinde ve Yargıtay daireleri arasında farklı görüşlerin doğmasına sebep olmuştur.

III-Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliği

A- Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere, 4857 sayılı İK.na göre, belirli süreli bir iş sözleşmesi yapılabilmesi için, belirli süreli bir iş veya yarım kalmış bir iş ya da ortaya çıkan belirli bir olgu gibi objektif bir sebep varlığı gerekmektedir. Bu tür bir objektif sebep bulunmaksızın yapılan belirli süreli bir iş sözleşmesi İK.m.11/2 uyarınca belirsiz süreli bir iş sözleşmesi sayılacak ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin tabi olduğu hüküm ve sonuçlara tabi olacaktır.

Diğer yandan, TBK'nun "ceza koşulu ve ibra" başlıklı 420 nci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca,

Yarg. 9. HD. 10.09.2014 t. E.2012/33025, K.2014/ 26136, Yarg. 7. HD. 09.06.2014 t. E.2014/4793, K.2014/12770, Yarg. 22. HD. 03.06.2013 t. E.2012/24169, K.2013/13461, Yarg. 9. HD. 04.04.2017 t. E.2017/3977, K.2017/5968 Legalbank.

51 Yarg. 9. HD. 01.10.2014 t. E.2012/34369, K.2014/28821,

sadece işçi aleyhine olmamak koşulu ile belirli süreli iş sözleşmelerine, bu sözleşmelerin süresinden önce haklı bir sebep olmaksızın bitirilmelerini önlemek amacıyla cezai şartlar konulabilecektir.

Ancak başlangıçta belirli süreli iş sözleşmesi olarak taraflar arasında tanzim edilmiş ve sözleşmenin süresinden önce haklı bir sebep olmaksızın bitirilmesini önlemeye yönelik cezai şart içeren bir sözleşmenin, sözleşmenin objektif sebep içermemesi sebebi ile belirsiz süreli bir iş sözleşmesi sayılması durumunda, sözleşmede yer alan cezai şartın geçerli olup olmayacağına yönelik olarak doktrinde ve Yargıtay daireleri arasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Tartışmalarla geçen uzunca bir dönemin ardından Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararı ile bu tartışmaları sona erdirmiştir.

B- Sözleşmenin Belirsiz Süreli Sayılması Durumunda Sözleşmede Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerli Olmayacağı Görüşü

Belirli süreli iş sözleşmesi olarak taraflar arasında tanzim edilmiş ve sözleşmenin süresinden önce haklı bir sebep olmaksızın bitirilmesini önlemeye yönelik cezai şart içeren bir sözleşmenin, objektif sebep içermemesi sebebi ile belirsiz süreli bir iş sözleşmesi sayılması durumunda doktrinde bazı yazarlar ve Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesi vermiş olduğu birçok kararda sözleşmede yer alan cezai şartın geçerli olmayacağı görüşünü kabul etmişlerdir.

Bu görüşte olanlarca, diğer geçerlilik koşullarının mevcut olması halinde belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, fesih hakkının kullanımının belirli bir süre önlenmesi amacıyla süreye bağlı cezai şart gibi, işçi ve işverenin borçlarına aykırılık hallerine yönelik cezai şartlar öngörülebilmesi mümkündür⁵². Zira, tarafların hangi ihlal durumu

için cezai şart kararlaştırdıkları, onların iradelerine göre belirlenmektedir⁵³. Belirli süreli iş sözleşmelerinde, sözleşmenin süresiyle bağlantı kurulmaksızın sadece haksız feshe ilişkin cezai şart öngörülmesi, cezai şarta bağlanan ihlalin sadece haksız fesih olduğunu göstermektedir. Böyle bir durumda belirli süreli iş sözleşmesinin kanun hükmü gereği belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılması durumunda, tarafların ortak iradesi ile haksız feshe karşı getirilmiş oldukları cezai şart geçerli olacaktır⁵⁴.

Ancak tarafların, haksız fesih olgusuna açıkça vurgu yapmaksızın sadece belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesine karşı yani, süreye bağlı bir cezai şart öngörmeleri durumunda ise, bu cezai şart hükmünün tanzim edildiği belirli süreli iş sözleşmesinin kanun hükmü gereği belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılması halinde geçerli sayılması kabul edilemeyecektir. Aynı durum, süreye bağlı cezai şartla birlikte haksız fesih olgusuna vurgu yapılan haller için de geçerli olacak zira, burada ön plana çıkan haksız fesih olgusu olmayıp, geçerli olarak yapıldığı varsayılan belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi olacaktır. Zira, tarafların bu sözleşmede süreye bağlı cezai şart kararlaştırdıklarına ilişkin iradeleri, belirli süreden önce sözleşmenin feshedilmesini önlemeleri amacını değiştirmeyecektir⁵⁵.

Bu görüşler uyarınca, belirli süreli iş sözleşmeleri objektif bir sebep olmaksızın yapıldıkları ya da objektif sebebe dayalı olarak yapılmakla birlikte, objektif bir sebep olmaksızın yenilendiklerinde sözleşme başlangıçtan itibaren belirsiz iş sözleşmesine dönüşeceğinden artık sözleşmede bir süreden ve buna uyulmaması halinde uygulanacak cezai şarttan söz edilemeyecek, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde bildirimli fesih ve buna ilişkin tüm hüküm ve sonuçlar uygulanacaktır⁵⁶.

siz Süreli Olduğunun Tespiti Halinde Süreye Bağlı Cezai Şartın Geçerliliği Üzerine Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Dergisi, C.15, S.59, Y.2018, s.961-971.

53 Kocaağa, Cezai Şart, s.217.

54 Arslanoğlu, s.971.

55 Arslanoğlu, s.971.

56 Ekonomi, M.; Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma İle Yenilenmesi", İş Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 3, s. 565-571.

52 Bu yöndeki cezai şartlar İK. 21/son maddesindeki emredici hükmün kapsamında değerlendirilmemeli ve iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde de bu tür cezai şartların kararlaştırılması hukuki sonuç doğurmalıdır. Bkz. Arslanoğlu, Mehmet Anıl; Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Belir-

Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi

Nitekim doktrinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işçinin fesih hakkının cezai şart öngörülerek sınırlandırılmayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerin dayandığı gerekçeler ise, irade serbestisi ve kişi özgürlüklerini korumak amacıyla belirsiz süreli iş sözleşmesinde işçi yönünden bildirimli fesih hakkının kullanımının sınırlamalara tabi tutulmasının mümkün olmayacağı, belirsiz süreli iş sözleşmesinde işçinin bildirimli fesih hakkının sınırlanmasının işçinin çalışma özgürlüğüne ve angarya yasağına aykırılık taşıyabileceği⁵⁷ ve belirsiz süreli iş sözleşmesinde ihbar tazminatını aşan miktarda cezai şart öngörülmesinin dolaylı olarak ihbar tazminatını da arttırılması anlamına geleceği⁵⁸ hususlarıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesinin tarafları ise, sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi halinde bir cezai şart ödenmesini kararlaştırmış olabileceklerdir. Ancak cezai şart, sözleşmenin belirli süreli olma niteliğini kaybetmesi durumunda, geçerliliğini kaybedecektir. Buna karşın zincirleme iş sözleşmelerinde objektif sebep varlığını koruduğu sürece sözleşme belirli süreli iş sözleşmesi sayıldığından, cezai şart da geçerliliğini koruyacaktır⁵⁹.

Diğer yandan, kural olarak belirsiz süreli iş sözleşmelerinde cezai şartın TBK. 420 nci maddesine göre karşılıklılık bulunması halinde, geçerli olduğunu kabul eden Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesi de, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlanan cezai şartların geçerli olabilmesi için iş sözleşmesinin belirli süreli ya da asgari süreli olmasının zorunlu olduğunu birçok kararında belirtmiştir. Bu esastan hareket eden 9 uncu Hukuk Dairesi, belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesi koşulları bulunmadığı için sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun tespit edilmesi ya da ortada asgari süreli bir iş sözleşmesinin bulunmaması hallerinde, sözleşmede yaralan sözleşmenin süresinden önce feshine bağlı cezai şartın geçersiz olduğu

kabul etmiştir⁶⁰.

Görüldüğü üzere, 9 uncu Daire belirsiz süreli iş sözleşmesinde bakiye süreden bahsedilemeyeceğini ve iş sözleşmesinin belirli süreli sayılmadığı hallerde, belirli süreye uyulması amacıyla öngörülen cezai şartın da geçerli kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Buna karşılık, belirsiz süreli iş sözleşmesinde cezai şartın sözleşmenin süresinden önce feshine bağlı değil de, sözleşmenin haksız feshine ya da fesih türlerine bağlanması halinde cezai şartın geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Bu anlamda Daire, belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin süresinden önce feshine bağlı olarak cezai şart konulabileceğini, tarafların belirsiz süreli sözleşmelerde de asgari çalışma süresi koymak suretiyle yine bu süreyle bağlantılı cezai şart öngörebileceklerini ancak, sözleşmede bu yönde bir düzenleme yoksa, süreyle ilintili bir cezai şart öngörülemediğini ifade etmektedir. Buna göre, asıl sorun belirli süreli olarak yapılmak istenen bir iş sözleşmesinin İK'nun 11'inci maddesindeki objektif nedenleri içermemesi hâlinde ortaya çıkacaktır, zira Daire uygulamasına göre, belirli süreli olarak yapılan ancak, objektif sebep içermeyen sözleşmenin belirsiz süreli sayıldığından ve süre şartı gerçekleşmediğinden cezai şart da söz konusu olmayacaktır.

Bunun sebebi ise, cezai şartta belli bir şartın gerçekleşmesine bağlı bir yaptırımın öngörülmesidir. Şayet sözleşme belirsiz süreli sayılır ise, belli bir süre çalışma yönünden şart gerçekleşmeyeceğinden, cezanın uygulanması da mümkün olmayacaktır. Belirli süreli iş sözleşmeleri de, asgari süreli iş sözleşmeleri de atipik sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler ancak tarafların açık iradeleri ile Kanuna uygun olarak yapılabilecektir. Bu sebeple belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi koşullarını haiz olmayan bir sözleşmenin asgari süreli iş sözleşmesine tahvili doğru olmayacaktır. Bu durumda da objektif sebep içermeyen ve asgari süreden söz

57 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin İş Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2012, s. 799.

58 Demircioğlu, A. Murat, "İş Hukukunda Cezai Şart", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul, 2010, s. 16

59 Bozkurt Gümrükçüoğlu, s.362.

60 Yarg. 9. HD. 04.04.2017 t., E.2017/3977, K.2017/5968; Yarg. 9. HD. 09.06.2016 t., E.2015/3642, K. 2016/ 13805; Yarg. 9. HD. 15.01.2015 t., E.2014/36502, K.2015/777; Yarg. 9. HD. 18.01.2012 t., E.2009/29316, K. 2012/766 Legalbank.

edilmeksizin belirli süreli olarak yapılan iş sözleşmelerinde yer alan süresinden önce feshe bağlı cezai şart hükümleri, sözleşmenin kanun hükümleri gereği belirsiz süreli sayılması durumunda geçersiz olacaktır⁶¹.

Ayrıca, çalışmamızda sözü edilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan karşı oy yazılarında da sözleşmenin belirsiz süreli sayılması durumunda sözleşmede düzenlenmiş cezai şartın geçerli olmayacağı yönünde azınlık görüşleri bildirilmiştir.

Bu görüşlerden ilki uyarınca, objektif sebepler içermeyen iş sözleşmelerinin belirsiz süreli olduğu kabul edildiğinde, aynı sözleşmenin başka bir istisnai sözleşme olan asgari süreli bir sözleşme olup olmayacağına tartışılmasına dahi gerek bulunmamaktadır. Belirli süreli, iş sözleşmesinde işçi aleyhine ve tek taraflı olmamak kaydıyla her iki taraf için de süreye bağlı cezai şart kararlaştırılabilecektir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde sözleşmenin süresinden söz etmek mümkün olmadığından, süreye bağlı cezai şartın geçerliliğinin tartışılması dahi kanun hükmüne aykırıdır⁶².

Asgari süreli iş sözleşmelerinde ise, asgari süre içindeki fesihlerde, kalan süreye bağlı cezai şart kararlaştırılabilecektir. Uygulamada, belirli süreli olarak yapılan ancak, objektif neden içermeyen sözleşmelerin hiçbirinde aradaki ilişkinin asgari süreli olduğu şeklinde bir ortak irade ortaya çıkmamaktadır. Aksine cezai şart talep eden taraf, objektif sebeplerin varlığını ileri sürmekte ve sözleşmenin belirli olduğuna dayanmaktadır. Cezai şart borçlusu olan diğer taraf ise, sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu savunmaktadır. Buna göre, görüldüğü üzere sözleşmede yazılı süre şartının geçerli olduğu ve ilk sözleşmedeki iradelerin asgari süreli sözleşme yapma yönünde olduğu yönünde taraf iradeleri oluşmamaktadır. Süre şartının geçersiz ol-

duğu ve İş Kanunu'nun 11 inci maddesinin ilk cümlesi gereği belirsiz süreli sayılan sözleşmenin yargı kararıyla asgari süreli sözleşmeye tahvil edilmesi, normun koruma amacı düşünüldüğünde kanuni düzenlemelere aykırıdır⁶³.

Kararda yer alan ikinci karşı oy yazısında ise, İK'nun 11 inci maddesindeki objektif koşullar bulunmadan belirli süreli iş sözleşmesi kuran işverenin, bakiye süre ücreti ve cezai şart ödememek için daha sonra sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu görüşünden hareket edilmiştir. Buna göre, ülke gerçeklerine göre hiçbir zaman işçi sözleşmeyi hazırlamakta olup, işveren yaptığı sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu öncelikle bilmek ve dürüstlük kurallarına göre sözleşmesini düzenlemek zorundadır. Böyle bir sözleşmeyi imzalayan işçi, her zaman İK'daki koşullara göre bu sözleşmeyi belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak sonlandırabilecek, haklarını isteyebilecek ancak cezai şarttan sorumlu olmayacaktır. İşverenin ise, kendi imzalattığı bu sözleşmenin aksini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı olacak ve süreye bağlı cezai şartı ödemekle yükümlü olacaktır. Yani bir başka ifade ile süreye bağlı cezai şart işçiyi değil, sadece işvereni bağlayacaktır.

C- Sözleşmenin Belirsiz Süreli Sayılması Durumunda Sözleşmede Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerli Olacağı Görüşü

Belirli süreli iş sözleşmesi olarak taraflar arasında tanzim edilmiş ve sözleşmenin süresinden önce haklı bir sebep olmaksızın bitirilmesini önlemeye yönelik cezai şart içeren bir sözleşmenin, objektif sebep içermemesi sebebi ile belirsiz süreli bir iş sözleşmesi sayılması durumunda doktrinde bazı yazarlar ve Yargıtay 22 nci Hukuk Dairesi ise, vermiş olduğu birçok kararda sözleşmede yer alan cezai şartın geçerli olacağı görüşünü kabul etmişlerdir.

Bu görüşte olanlarca, belirli süreli iş sözleşme-

61 Yarg. 9. HD. 04.04.2017 t., E.2017/3977, K.2017/5968; Yarg. 9. HD. 09.06.2016 t., E.2015/3642, K. 2016/ 13805; Yarg. 9. HD. 15.01.2015 t., E.2014/36502, K.2015/777; Yarg. 9. HD. 18.01.2012 t., E.2009/29316, K. 2012/766 Legalbank.

62 Yarg. İBHGK. 08.03.2019 t. E.2017/10, K.2019/1, RG. 18.07.2019 t. S: 30835

63 Yarg. İBHGK. 08.03.2019 t. E.2017/10, K.2019/1, RG. 18.07.2019 t. S: 30835

Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi

si yapmak suretiyle sözleşmenin süresinden önce feshini cezai şarta bağlayan taraflar, sözleşmenin belirlenen süre içinde sadece haklı nedenlerle feshedilebilmesini sağlamayı hedeflemektedirler. Bu sebeple sözleşmenin belirsiz süreli sayılmasına karar verilse bile, taraf iradelerine öncelik tanınarak belirsiz süreli sözleşmenin belirli bir süre haklı sebep olmaksızın feshedilemeyeceğinin, aksi halde fesheden tarafın diğer tarafa cezai şart ödemeyi taahhüt ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁶⁴. Bu görüşler uyarınca, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması cezai şartın öngörülmesine engel olmayacak, taraflar sözleşme özgürlüğünü sağlayan süreli fesih hakkının özüne dokunmamak, bu hakkı saklı tutmak koşuluyla sözleşmede cezai şart kararlaştırılabilecektir.

Sözleşmenin belirli süreye bağlanmasının geçerliliği ile bu süre içinde sözleşmenin haklı sebep olmaksızın feshinin cezai şarta bağlanması yönündeki taraf iradelerinin geçerliliğinin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Cezai şartta, işçi ve işverenin iradesi, sözleşmenin belirlenen süre için işçiye iş güvencesi sağlamaya, işverene de o sürede işçinin iş görme edimini garanti etmeye yönelmektedir. Taraflar bu süre içinde sözleşmenin sadece haklı sebeple feshedilmesini kabul etmekte, haklı bir sebep olmayan tüm durumlarda sözleşmeye devam yönünde taahhütte bulunarak, bunun ifasını sağlamak amacıyla da baskı aracı olarak cezai şart öngörmektedirler. Bu anlamda, sözleşmenin belirsiz süreli olması, tarafların belirli süre içinde sözleşmenin sadece haklı sebeple feshedilebilmesi ve birbirlerinin ifasını garanti etme amacıyla cezai şart öngörmeleri yönündeki ortak sözleşme iradesinin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır⁶⁵.

TBK. m. 27 uyarınca kanuna aykırılığın yaptırımı butlan olmakla birlikte, hukuki işlemin bir kısmının geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda, bu

kısım olmaksızın işlemin tümünün yapılmayacağı gibi bir sonuca varılıyorsa işlemin tümünün geçersiz sayılması söz konusu olacaktır. Buna karşılık, hukuki işlemin bir kısmının geçersizliğinin ya da kanun hükmüne uygun olmamasının ileri sürülmesi durumunda, bu kısım olmaksızın işlemin tümünün yapılmayacağı gibi bir sonuca varılmıyorsa, kısmi geçersizlik söz konusu olacaktır. Bu şekilde de, iş sözleşmesinin, sözleşmenin süresine ilişkin hükmünün, sözleşmenin diğer maddelerinden tümüyle ayrılması suretiyle sözleşme ilişkisinin korunmasını sağlanacaktır⁶⁶.

Diğer yandan doktrinde, norma aykırı davranmanın yaptırımından, sadece muhatabının yararlanması gerektiği kabul edildiğinde, İK. m.11'e dayanarak sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmek yetkisinin sadece işçiye ait olması gerektiği, bunun da ötesinde işçinin bakiye süre ücreti veya cezai şart talebi ile açtığı bir davada mahkemece objektif nedenin bulunmadığının resen gözetilmesinin de yerinde olmadığı da bazı yazarlarca ifade edilmektedir. Yani bu görüşe göre, objektif sebepler bulunmadan belirli süreli iş sözleşmesi kuran işverenin, bakiye süre ücreti ve cezai şart ödememek için daha sonra sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır⁶⁷.

Bu görüşte olanlarca, normun sosyal koruma amacına uygun olarak, sadece işçi ileri sürdüğü takdirde objektif sebep yokluğu ve belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmenin incelenmesi gerektiği; aynı sonuca varmaya imkân veren bir diğer çözüm yolunun ise, belirli süre kaydı içeren iş sözleşmesinin kararlaştırılan süre için asgari süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi olduğu, sözleşme belirsiz süreliliye dönüşse bile, tarafların belirledikleri asgari bir süre dolmadan süreli fesih hakkının kullanılmayacağına dair anlaşmalarının geçersiz

64 Baycık Gaye, "İş Hukukunda Cezai Şart", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, İstanbul, Temmuz 2018, s. 13-14.

65 Baycık, G.: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018, s.185-190.

66 Bu yönde bkz. Alpagut, G: "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, İstanbul 2017, s.43-48.

67 Alp, Mustafa: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2017, s. 178-185; Süzek, s.729, 730.

hale gelmeyeceği, taraf iradelerinin belirli bir süre için süreli fesih hakkını sınırlamak yönünde olduğunun gözetilmesi gerektiği, bu iradeyi geçersiz saymayı gerektiren hiçbir hukuki sebebin bulunmadığı ifade edilmektedir⁶⁸.

Diğer yandan, Yargıtay 22 nci Hukuk Dairesi de, gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde cezai şart içeren hükümlerin, karşılıklılık ilkesinin bulunması halinde kural olarak geçerli olduğunu kabul etmekle beraber, belirli süreli iş sözleşmesi olarak tanzim edilmiş bir sözleşmenin belirsiz süreli sayılması halinde, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlanan cezai şartın geçerliliğine ilişkin olarak yukarıda sözü edilen Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesinin görüşünden farklı kararlar vermiştir. 22 nci Hukuk Dairesi, cezai şart süreye bağlı olsa da objektif şartların bulunmamasının, sadece tarafların süre konusundaki belirlemelerini geçersiz kıldığını ve sözleşmeyi belirsiz hale dönüştürdüğü, bu sebeple sözleşmede öngörülen süre bitmeden haksız olarak sözleşmeyi fesheden taraftan, diğer tarafın cezai şartı talep edebileceği görüşünü kabul etmiştir. Daire bu yöndeki kararlarında, sözleşmenin belirsiz süreli olarak kabul edilmesinin, öngörülen cezai şartın geçersizliği sonucunu doğurmaması gerektiği aksi takdirde, sözleşmede kararlaştırılan tüm hususların da geçersiz sayılması gerekeceği noktasından hareket etmiştir.

22 nci Hukuk Dairesi son yıllarda vermiş olduğu kararlarda; Borçlar hukukunun temel ilkelerinden birisinin de sözleşmeleri ayakta tutma ve geçerliliklerini koruma ilkesi olduğunu, belirli süreli olması öngörülen bir iş sözleşmesinin yapılması için objektif koşullar bulunmasa dahi karşılıklılık ve denklik unsurlarının mevcut olması durumunda, sözleşmede öngörülen cezai şart hükmünün geçersizliğine hükmedilemeyeceğini, zira sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda, taraf iradelerinin cezai şart konusunda birleştiğini, söz konusu hükmün, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27 nci maddesine⁶⁹ aykırı olmasının da söz konusu

olmadığını ifade etmiştir.

Bu anlamda 22 nci Daire, sözleşmenin süresine ilişkin taraf iradelerinin hükümsüz olmasının, sözleşmenin belli bir süre içinde haksız feshini engellemeye yönelik kararlaştırılan cezai şarta ilişkin hükmün geçerliliğini etkilememesi gerektiğini, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olmasının sözleşmenin ömrü ile ilgili olduğunu, feshin haksızlığına bağlanan cezai şartın ise, sözleşmenin belirlenen süreden önce haksız feshini önlemeye yönelik olduğunu belirtmiştir. Daire, belirli süreli iş sözleşmesinin yapıma şartları ile cezai şartın geçerlilik koşullarının farklı olduğu ve kanunda ayrı hükümlerde yer aldığı, objektif şartların bulunmaması nedeniyle sözleşmenin belirsiz hâle gelmesinin TBK. m. 27 uyarınca öngörülen cezai şartın geçersizliği sonucunu doğurmaması gerektiği, tarafların belirli bir süre sözleşmenin haksız feshedilmesini cezai şart yaptırımına bağlamalarına ilişkin iradelerinin ayakta tutulması gerektiği, zira tarafların, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de sözleşmenin belli bir süre içinde haksız olarak feshedilmemesini cezai şarta bağlayabilecekleri noktasından hareket etmiştir.

Buna göre, gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde cezai şart içeren hükümlerin, karşılıklılık prensibinin bulunması hâlinde kural olarak geçerli olduğunu, asgari süreli belirsiz süreli iş sözleşmelerinde de, karşılıklılık ve denklik bulunmak kaydıyla, haksız feshi cezai şarta bağlayan düzenlemelere yer verilebileceğini, buna rağmen objektif şartlar bulunmadığı için belirsiz hâle gelen sözleşmedeki cezai şartın geçersiz kabul edilmesinin ciddi bir çelişki oluşturacağını kabul etmiştir⁷⁰.

düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

70 Yarg. 22. HD. 29.11.2016 t., E.2015/18939, K.2016/26066; Yarg. 22. HD. 22.06.2016 t., E.2016/4582, K.2016/18840; Yarg. 22. HD. 20.03.2014 t., E.2013/6500, K.2014/6727; Yargıtay 22. HD'nin aksi yöndeki kararları için bakınız. Yarg. 22. HD. 09.12.2013 t., E.2012/30274, K.2013/28518; Yarg. 22. HD. 19.02.2013 t., E.2012/14072, K.2013/3356

68 Alp, s.182 vd.

69 TBK. m.27 "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu

D- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nca Mart 2019'da Verilen İçtihadı Birleştirme Kararı Sonrası Ortaya Çıkan Durum

Görüldüğü üzere, objektif bir sebep bulunmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi olarak taraflar arasında tanzim edilmiş ve sözleşmenin süresinden önce haklı bir sebep olmaksızın bitirilmesini önlemeye yönelik cezai şart içeren bir sözleşmenin, sözleşmenin objektif sebep içermemesi sebebi ile belirsiz süreli bir iş sözleşmesi sayılması durumunda, sözleşmede yer alan cezai şartın geçerli olup olmayacağına yönelik olarak doktrindeki yazarlarca ve hatta Yargıtay dairelerince farklı değerlendirmeler yapılmış ve farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Tartışmalarla geçen uzunca bir dönemin ardından da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 08.03.2019 tarihinde vermiş olduğu İçtihadı Birleştirme Kararı⁷¹ ile bu tartışmaları sona erdirmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, aldığı kararda; belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan, süreden önce haksız feshe bağlı cezai şartın kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğunu ifade etmiştir. Kurulun almış olduğu kararda özetle şu tespitler yapılmıştır:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 9 uncu maddesinde, iş sözleşmesinin türü ve çalışma biçimlerini belirleme serbestisi düzenlenmiş olup, kural olarak tarafların sözleşme serbestisi gereği ihtiyaçlarına uygun türde iş sözleşmesi düzenleyebilecekleri ancak, Kanun ile getirilen sınırlamalara uymak zorunda oldukları ifade edilmiştir.

İş sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa, belirsiz süreli mi olduğu konusunda tereddüt oluşması hâlinde, sözleşmenin belirsiz süreli olduğu kabul edilecektir yani, işçi aleyhine sonuçları itibarıyla belirli süreli iş sözleşmesi kanuni sınırlamalara tabi tutulmuş olup istisna niteliğindedir. Bu nedenle

sözleşmenin belirsiz süreli olması kural olduğundan, tereddüt hâlinde sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi zorunludur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11 inci maddesindeki tanım dikkate alındığında, işçi ve işverenin belirli süreli iş sözleşmesi yapma serbestisinin Kanun ile sınırlandırıldığı ve bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi için ancak anılan objektif koşulların bulunması gerektiği görülmektedir. Dolayısıyla tarafların salt belirli bir süre belirterek yaptıkları iş sözleşmesini, belirli süreli olarak nitelendirmeleri sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulüne yeterli olmayacaktır. Maddede belirtilen işin belirli süreli olması veya belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullar bulunmaması hâlinde, bu sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacaktır.

Asgari süreli iş sözleşmesinde ise, taraflar belirledikleri süre içerisinde fesih hakkını kullanmazlar. Ancak belirlenen süre dolduktan sonra taraflar sözleşmeyi feshedebilirler. Asgari süreli iş sözleşmelerinde sözleşme, belirlenen sürenin sonunda sonra ermez; öngörülen asgari sürenin bitiminde feshedilmediği takdirde, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak varlığını sürdürür.

Cezai şart, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir.⁷² Cezai şart, bağımsız bir edim olmasının yanı sıra, bu edimi doğuran hukuki işlemi de ifade etmektedir. Bu yönüyle cezai şart aynı zamanda bir sözleşme olduğundan, borçlar hukukunda sözleşmelerin tabi olduğu temel kuralara tabidir. Bu anlamda olmak üzere, emredici hükümlere, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olan; başlangıçtaki objektif imkânsızlık, şekle aykırılık, muvazaa veya ehliyetsizlik sebebiyle geçersiz bir sözleşmeye dayanan bir borç için kararlaştırılan cezai şartlar da geçersizdir. Asıl borcun yer aldığı sözleşme irade bozuklukları veya aşırı yararlanma sebebiyle iptal edilince, buna ilişkin cezai şart da hüküm ifade etmeyecektir. Diğer taraftan, asıl bor-

Legalbank.

71 Yarg. İBHGK. 08.03.2019 t. E.2017/10, K.2019/1, RG. 18.07.2019 t. S: 30835.

72 Tunçomağ, K.: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.6.

cun kaynaklandığı sözleşme bir geçerlilik şekline tabi olup, gerekli şekil şartına uyularak yapılmış olsa da, cezai şart da aynı şekle uyularak kararlaştırılmadıkça geçerli olmayacaktır.

İş sözleşmesinde cezai şart öngörülmesi geçerli görülmekle birlikte, cezai şartın her iki taraf için de getirilmiş olması şartı aranmaktadır. Bu durum, iş sözleşmesinin yapılması sırasında işçinin işveren karşısında ekonomik olarak zayıf durumda olması ve bu bağlamda işçinin pazarlık gücünün ve özgür iradesinin varlığından söz edilmesinin güçlüğü sebebiyle ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, cezai şartın geçerliliği, öncelikle iki taraflı olarak kararlaştırılması koşuluna bağlanmıştır. Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın, işveren aleyhine kararlaştırıldan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla, işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve hâlleri aşamaz.

İş hukukunda kararlaştırılan cezai şartın genellikle iş sözleşmesinin belirli süre boyunca haklı neden olmaksızın feshini önlemek, eğitim verilen işçinin asgari çalışma şartına uyulmaması hâlinde eğitim giderlerini geri talep edebilmek veya rekabet yasağı sözleşmesine uygun davranılmasını sağlamak amacıyla getirildiği görülmektedir. Gerçek belirli süreli gerekse belirsiz süreli iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması hâlinde kural olarak geçerlidir. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde, haklı neden olmaksızın taraflarca süresinden önce feshedilmesi hâlinde cezai şart ödeneğine dair hükümlere sıkça yer verilmektedir. İş sözleşmelerinde, sözleşmenin kişisel ilişki oluşturan niteliği dolayısıyla gerek işçinin gerekse işverenin sözleşmenin ifa edileceğine, bir başka ifadeyle iş sözleşmesinin fesh-

dilmeyeceğine dair güveninin korunması, taraflar açısından son derece önemlidir. İş hukukunda taraflarca iş sözleşmesinde cezai şarta ilişkin düzenlemelere yer verilmesinin asıl sebebi de borcun ifasının garanti altına alınması, bir başka ifadeyle tarafları borcun zamanında ve gereği gibi ifasına zorlamaktır.

İş hukukunda cezai şart, en yaygın şekilde belirli süreli iş sözleşmeleri ile asgari süreli iş sözleşmelerinde öngörülmektedir. Buradaki amaç taraflarca sözleşmede öngörülen belirli süre tamamlanmadan, sözleşmenin taraflarca haksız şekilde feshedilmesinin engellenmesidir. Burada da tarafların esas gayesi, sözleşmede öngörülen süre boyunca tarafların borcun ifasına dair güvenlerinin korunması, belirli süreden önce haksız şekilde sözleşmenin sona erdirilmesinin önüne geçilmesidir.

Taraflarca belirli süreli iş sözleşmesi olarak nitelendirilse de, belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için gereken objektif koşulların bulunmaması durumunda iş sözleşmesi belirsiz süreli olarak kabul edilecektir. Objektif koşulların mevcut olmaması durumunda iş sözleşmesinin belirsiz süreli kabul edilmesi, işçinin korunması amacına dayanmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesi, objektif koşulları taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilmekte ise de, bu durum sadece sözleşmenin niteliğine ilişkindir.

Türk Borçlar Hukukuna hâkim olan temel ilke, irade özerkliği ilkesidir. İrade özerkliği, hukuk düzeninin bireylere kişisel ilişkilerini özgür iradelerine göre diledikleri gibi düzenleme hususunda tanınmış genel yetkidir. İrade özerkliğinin doğal sonucu ise "sözleşme özgürlüğü" ilkesidir⁷³.6098 sayılı TBK'nın 26'ncı maddesine göre, "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler." Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar, hukuka aykırı olmamak koşulu ile içerik, kapsam ve niteliğini serbest ve özgür bir şekilde belirleyecekleri şekilde sözleşme yapabilirler. Ancak, TBK'nın 27'nci maddesinin birinci fıkrasına göre "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya

73 Eren, s.16.

Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi

konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

TBK'nın 27'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olacaktır. Buna göre, sakatlık, sözleşmenin sadece belirli bölümlerine ilişkin olup, bu bölümler olmaksızın da sözleşmenin yapılamayacağı kabul edilmedikçe, yalnız bu bölümler batıl olur. Burada kanun koyucu sözleşmeleri ayakta tutma ve geçerliliklerini koruma ilkesinden hareket ederek, sözleşmenin bir kısmının geçersiz sayılmasına ve diğer kısmının ise geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmasına olanak tanımıştır⁷⁴.”

Açıklanan bu hususlara göre, işçi ve işveren tarafından iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması ve sözleşmede “süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart” düzenlemesinin öngörülmesi durumunda, objektif koşulları bulunmadığı için sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilse de, burada TBK'nın 27 nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince kısmi geçersizlik yaptırımını uygulanarak taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve “süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart” hükmünün, kararlaştırılan süre için geçerliliğini koruduğu kabul edilmelidir. Zira burada, sözleşmede belirlenen süre için işçiye iş güvencesi sağlamaya, işverene de o süre içerisinde işçinin iş görme edimini garanti etmeye yönelik işçi ve işveren iradeleri söz konusudur.

Taraflarca sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca sözleşmenin yalnızca haklı sebeple feshedilebileceği; haklı sebep oluşturmayan diğer hâllerde sözleşmeye devam edilmesi kabul edilmiştir. Taraflar, bu husustaki taahhütlerini yerine getirmek amacıyla sözleşmede baskı aracı niteliğinde olan cezai şarta ilişkin düzenlemeye yer vermişlerdir. Belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları bulunmaması nedeniyle belirsiz süreli olarak nite-

lendirilmesi, tarafların cezai şarta ilişkin sözleşme iradelerinin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır.

Görüldüğü üzere, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, işçi ve işverenin belirli süreli iş sözleşmesinde belirledikleri süre boyunca, haklı sebep olmaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesini garanti altına almak amacıyla sözleşmede öngördükleri cezai şart hükmünün, sözleşmenin objektif koşulları taşımadığından belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlinde dahi, kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini koruyacağı yönünde bir İçtihadı Birleştirme Kararı vermiştir.

Kanımızca da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar yerinde ve haklı bir karardır. Zira, bir sözleşmenin geçersiz olması ile bir kanun maddesi ile bir sözleşmenin türünün yapılırken öngörülen bir sözleşme türünden farklı bir sözleşme olarak kabul edilmesi farklı şeylerdir.

Sözleşmeler, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulacak (TBK.m.1) ve taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılacaktır (TBK.m.2). Sözleşmelerin geçerliliği ise, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı olmayacaktır. İK. uyarınca iş sözleşmeleri genel olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak Kanunda düzenlenmiş olan bazı iş sözleşmesi türlerinin yazılı olarak ve yine Kanunda belirtilmiş koşullara uygun olarak yapılması şarttır. Şayet bu koşullara uyulmadan, yazılı olmaksızın veya yazılı olmakla birlikte Kanunun aradığı şartları yerine getirmeksizin yapılan iş sözleşmeleri ise, ahlaka ve emredici kurallara uymaksızın yapıldıkları takdirde belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak varlıklarını sürdüreceklerdir.

Diğer yandan, sözleşme özgürlüğü kapsamında, mevcut bir borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanabilecek olan cezai şartların da belirli süreli iş sözleşmelerinin süresin-

74 Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.100.

den önce taraflarca bitirilmesi haline ilişkin olarak iş sözleşmelerinde kararlaştırılabilmesi mümkündür.

Bu anlamda, belirli süreli iş sözleşmelerinde taraflar arasında cezai şart kararlaştırıldığında, belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir sebep olmaksızın süresinden önce sona ermesi durumunda TBK.m.438/1 uyarınca işçi, sözleşme süresine uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı⁷⁵ tazminat olarak isteyebilmesinin, işveren ise, TBK.m.439/1 uyarınca, işçinin aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat⁷⁶ isteyebilmesinin yanında, iş sözleşmesinde kararlaştırılmış geçerli bir cezai şart bulunması durumunda, söz konusu cezai şart tutarını da ayrıca talep edebilecektir⁷⁷.

Ancak geçerli bir cezai şarttan söz edilebilmesi için her şeyden önce teminat altına alınacak bir asıl borcun varlığı gerekmektedir ki, zaten cezai şart bu asıl borcun gerçekleştirilmesini sağlamaya hizmet edecektir. Bu anlamda, cezai şartın hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, güvence altına alınmak istenen asıl borcun kesin bir borç şeklinde ortaya çıkmasına bağlı olacaktır. Asıl borç meydana gelmedikçe, onu temin eden cezai şart da hüküm doğurmayacaktır. Bu husus cezai şartın fer'i niteliğinin bir sonucudur.

Buna göre, cezai şartın hukuken geçerli bir asıl borca dayanması da gerekmektedir. Bu anlamda, asıl borcun doğmuş olduğu sözleşmenin öncelikle, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olması sebebi ile kesin olarak hükümsüz sayılacak bir sözleşme olmaması gerekmektedir (TBK.m.27). Bu anlamda, bir koşulun, hukuka veya ahlaka aykırı bir yapma veya yapmama fiilini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı hukuki

işlemin kesin olarak hükümsüz olacağını belirten TBK.m.176'nın da göz önünde tutulması gereklidir.

Diğer yandan, asıl borcun irade bozuklukları veya imkânsızlık sebebiyle, irade bozukluğuna ya da imkansızlığa maruz kalan kişiye bağlanması durumunda da cezai şartın geçerliliğinden söz edilemeyecektir. Buna göre, TBK'nun 30-34 üncü maddeleri kapsamında, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, 36 ncı maddesi kapsamında, diğer tarafın veya üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf ya da 37 nci madde kapsamında diğer tarafın veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirdiği takdirde sözleşme ile bağlı olmayacağından, yine cezai şartın geçerliliğinden de söz edilemeyecektir⁷⁸.

Bu durumlar dışında, 6098 sayılı TBK'nun 182 nci maddesi uyarınca da, asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, ceza şart geçersiz hale gelecektir.

Ayrıca cezai şartın geçerli olabilmesi için iş sözleşmesinde işçi ya da işveren aleyhine öngörülen cezai şartın fesih hakkının özünü ortadan kaldıran nitelikte bir cezai şart olmaması gerekmektedir. Bu anlamda bir hakkın özünü ortadan kaldırır şekilde tespit edilen cezai şartlar geçersiz olacaktır⁷⁹.

Sözü edilen bu durumlar dışında ve iş sözleşmeleri özelinde TBK.m.420/1 uyarınca sadece işçi aleyhine konulmadıkları takdirde, sözleşmelerde yer alan cezai şartlar geçerli sayılacaklardır. Buna göre, başlangıçta taraflarca belirli süreli olarak tanzim edilmiş bir iş sözleşmesinin, İK.m.11/1 hükmü uyarınca objektif koşulları taşımaması sebebiyle belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda, iş sözleşmesi geçersiz hale gelmeyeceğinden, bu anlamda sözleşmede asıl borç olan

75 Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir. TBK. m.438/2.

76 İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. TBK. m.439/1-2.

77 Yarg. 9. HD. 01.02.2011 t. E.2010/16335 K.2011/1775 Le-galbank

78 Bu anlamda bkz. Tunçomağ, Cezai Şart, s. 81-85; Oğuzman/Öz, s.874.

79 Yarg. 7. HD. 02.04.2014 t. E.2013/17692, K.2014/7270

işgörmeye ve ücret ödeme borçları bu sebeple geçersiz sayılmayacağından (TBK.n.182), kararlaştırılmış olan, süreden önce haksız feshine bağlı cezai şart kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini koruyacak ve cezai şartın bu sebeple geçersizliğinden söz edilemeyecektir. Nitekim, gerek belirli süreli iş sözleşmelerinde ve gerekse belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işçiye belirli bir süre çalışma zorunluluğu ve işverene de onu çalıştırma zorunluluğu getirmek ve aykırı davranmayı da bir cezai şarta bağlamak mümkündür. Bu anlamda sözleşme belirsiz süreli sayılsa da, bu tür bir düzenlemedeki amacın işçinin işini ve ücretini koruyup ona güvence sağlamak olduğu ifade edilebilecektir⁸⁰. Bununla beraber, işçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürele göre oran kurularak indirimle gidilecektir⁸¹.

Sonuç

4857 sayılı İK. 11 inci maddesinde, iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağını; belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesinin ise, belirli süreli iş sözleşmesi olacağını belirtmiştir. Buna göre, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve sözleşmenin belirli olarak yapılmasını haklı gösterecek objektif bir sebebin varlığı gerekecek, objektif sebebin bulunmaması durumunda, tarafların bir kez dahi olsa belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmelerinin mümkün olmayacak ve yapılmış olan sözleşmeler yargı organlarının

önünde belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılacaklardır.

Belirli süreli iş sözleşmesinin haklı bir sebebe dayanmaksızın süresinin bitiminden önce taraflarca sona erdirilmesinin hukuki sonuçları TBK'nun 438 ve 439 uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu 438 inci maddesinde işverenin iş sözleşmesini haksız feshinin, 439 uncu maddesinde ise, işçinin iş sözleşmesini haksız feshinin hüküm ve sonuçlarını düzenlemiştir. Mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, özellikle 439 uncu maddenin, işçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması durumunda, işvereni uğradığı zararını/zarar verenin kusurunu ispat yükü altında bırakması ve uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkimin, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecek olması karşısında; belirli süreli iş sözleşmesinin taraflarca feshedilmesinin engellenmesine yönelik olarak iş sözleşmelerine cezai şartlar konulmasına sıkça rastlanmaktadır. Gerçekten de tazminat hukukuna ilişkin prosedürün uzun sürmesi ve zararın ispatının zor olması, günümüzde belirli süreli iş sözleşmelerine cezai şart hükümlerinin konulması uygulamalarını arttırmıştır.

Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde cezai şart kararlaştırabileceğini düzenlemiş olan TBK. "ceza koşulu ve ibra" başlıklı 420 nci maddesinin 1 inci fıkrasında iş sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza şartlarının geçersiz olacağı hükmünü getirmiştir. Hükümden anlaşılacağı üzere, iş sözleşmelerine karşılıklı olmak koşulu ile ceza şart konulabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

Böyle bir durumda, işçinin bakiye süre ücretinin ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan karşılıklı cezai şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerini karşılayan tazminatı da 6098 sayılı TBK'nun 438 inci maddesi uyarınca isteyip isteyeceği hususuna ilişkin olarak, koşulların varlığı halinde iş sözleşmesinin kalan süresine ait tutarın da tazminat olarak ayrıca talep edilebileceği ifade edilebilecektir. Yani, 6098 sayılı TBK'nun 179 uncu

80 Akyiğit, s.145; Alpagut (Cezai Şart), s.13-22.

81 "İşçi 2 yıllık asgari sürenin bitiminden önce ancak 1 yıl 6 ay 25 gün çalışarak sözleşmeyi feshettiğine göre cezai şartın çalışılan süreye orantılandırılarak belirlenen tutardan ayrıca indirim hususunun değerlendirilmesi gerekeceğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD. 10.09.2014 t. E.2012/33025, K.2014/26136; Yarg. 7. HD. 09.06.2014 t. E.2014/4793, K.2014/12770, Yarg. 9. HD. 30.06.2011 t. E.2009/17402, K.2011/ 19618, Yarg. 9. HD. 01.10.2014 t. E.2012/34369, K.2014/28821 Legalbank.

maddesi uyarınca, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir.

Ancak, taraflar arasında düzenlenen objektif sebebe dayalı olmayan belirli süreli iş sözleşmelerinin kanun gereği belirsiz süreli sayılmaları halinde, bu sözleşmelerde yer alan cezai şartların geçerliliklerini koruyup korumayacakları hususunda uygulamada farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Nitekim belirli süreli iş sözleşmelerinde "sözleşme süresi" başlıklı maddelerde "sözleşmede öngörülen süre dolmadan önce taraflardan herhangi birinin haklı bir sebebe dayanmaksızın iş sözleşmesinin feshetmesi halinde diğer tarafa belirli bir tazminat ödeneceğinin" yazılı olması durumuna sıkça rastlanmaktadır. Sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu düşünülerek konulan bu cezai şart maddesinin, sözleşmenin kanun gereği belirsiz sayılması durumunda geçerliliğini sürdürüp sürdürmeyeceği hususu ise yukarıda da ifade edildiği üzere doktrinde ve Yargıtay daireleri arasında farklı görüşlerin doğmasına sebep olmuştur.

Tartışmalarla geçen uzunca bir dönemin ardından da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 08.03.2019 tarihinde konuya ilişkin bir İçtihadı Birleştirme Kararı vermiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Resmî Gazete'de yayınlanan, benzer konularda bağlayıcı niteliği bulunan, Yargıtay Daireleri arası yorum farklılıkları sonucu ortaya çıkabilecek görüş ayrılığının hukuk güvenliğini olumsuz etkilemesini önlemek için, belirli bir içtihadın benimsendiği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nca verilen kararlardır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ilke kararlarıdır ve benzeri hukuki konularda da Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlamaktadır. Bu husus 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun⁸² 45 inci maddesinin 5 inci fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Mahkemelerin ve hakemlerin içtihadı birleştirme kararına aykırı karar vermiş olmaları temyiz ve bozma sebebidir. Yeni bir içtihadı birleştirme kararı çıkmış olması

usule ilişkin kazanılmış hakkın istisnası olup, bir dava hakkındaki karar Yargıtayca bozulmuş ve mahkemenin bu bozmaya uyması ile usule ilişkin kazanılmış hak doğmuş olsa bile, mahkeme bozma kararının içeriğini bırakarak, yeni içtihadı birleştirme kararı gereğince inceleme yapıp karar vermek zorunda olacaktır.

Buna göre, yukarıda ifade edildiği üzere kanımızca da yerinde olduğu düşünülen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nca, belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan, süreden önce haksız feshe bağlı cezai şartın kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerli olduğuna ilişkin olarak verilmiş olan içtihadı birleştirme kararı; Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelelerini bağlayacaktır.

Bu anlamda, işçi ve işveren tarafından iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması ve sözleşmede "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" düzenlenmesinin öngörülmesi durumunda, objektif koşulları bulunmadığı için sözleşme belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilse bile, sözleşmenin geçersiz sayılmayacağı ve taraf iradelerine üstünlük tanınması gerektiği esasında hareketle, sözleşmede belirlenen sürenin işçiye iş güvencesi sağlamaya, işverene de o süre içerisinde işçinin iş görme edimini garanti etmeye yönelik işçi ve işveren iradelerinin sonucu olduğu kabul edilecektir. Yani, "süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart" hükmünün, kararlaştırılan süre için geçerliliğini koruduğu ifade edilecektir. Aksi yönde bir düşüncenin kabulü, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları bulunmaması nedeniyle belirsiz süreli olarak nitelendirilmesi, tarafların cezai şarta ilişkin sözleşme iradelerinin geçersizliği sonucunu doğuracaktır.

Buna göre, cezai şartın hukuken geçerli bir asıl borca dayanması, bu anlamda, asıl borcun doğmuş olduğu sözleşmenin öncelikle, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına bir aykırılık, sözleşme konusunda bir imkânsızlık ya da taraf iradelerinde bir sakatlık

82 RG. 08.02.1983, S:17953.

Objektif Sebep Olmaksızın Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Düzenlenmiş Cezai Şartın Geçerliliğinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi

olmaması durumunda ve iş sözleşmeleri özelinde TBK.m.420/1 uyarınca sadece işçi aleyhine konulmadıkları takdirde, sözleşmelerde yer alan cezai şartlar geçerli sayılacaklardır. Yani, başlangıçta taraflarca belirli süreli olarak tanzim edilmiş bir iş sözleşmesinin, İK.m.11/1 hükmü uyarınca objektif koşulları taşımaması sebebiyle belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi durumunda, iş sözleşmesi geçersiz hale gelmeyeceğinden, bu anlamda sözleşmede asıl borç olan iş görme ve ücret ödeme borçları bu sebeple geçersiz sayılmayacağından (TBK.n.182), kararlaştırılmış olan, süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini koruyacak ve cezai şartın bu sebeple geçersizliğinden söz edilemeyecektir.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay; İş Hukuku, Ankara 2013.
- Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 12. Bası, Ankara Eylül 2018.
- Alp, Mustafa; "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2017, s. 178-185.
- Alpagut, Gülsevil; İşçinin Ediminin Güvence Altına Alınması Aracı Olarak Asgari Süreli Sözleşme ve Belirsiz Süreli Sözleşmede Cezai Şart, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 8, Aralık 2007, s. 13-22.
- Alpagut, Gülsevil; Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2011 S: 31, s. 913-959.
- Alpagut, Gülsevil; "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, İstanbul 2017, s. 43-48.
- Alpagut, Gülsevil; "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi", Mercek, Ocak, S. 33, Yıl. 9, 2004, s.73-91.
- Arıcı, Kadir; Hizmet Akitlerine Cezai Şart Konulması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 1997, C:1, S.1, s. 30-42.
- Arslanoğlu, Mehmet Anıl; Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olduğunun Tespiti Halinde Süreye Bağlı Cezai Şartın Geçerliliği Üzerine Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.15, S.59, Y.2018, s. 961-971.
- Baycık Gaye; "İş Hukukunda Cezai Şart", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, İstanbul, Temmuz 2018, s. 11-29.
- Baycık, Gaye; "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018, s. 185-190.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz; Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- Canbolat, Talat; Mevzuatta Öngörülen Bazı İş Sözleşmesi Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku Dergisi, 2007/13, s.187-221.
- Cansel, Erol/Özel, Çağlar; Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.Cansel-Ç.-Özel.pdf, 06.01.2019.
- Centel, Tankut; Özel Okul Öğretmeniyle Sözleşme Yapılması, Sicil İHD, Haziran 2007, 22-26.
- Çankaya O. G. /Günay C. İ./GÖKTAŞ S.; Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları Ankara 2005.
- Çelik, Nuri/Canikoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri Yenilenmiş 32.Baskı, İstanbul 2019.
- Demir, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulaması, 11.Baskı, İzmir 2018.
- Demircioğlu, A. Murat; "İş Hukukunda Cezai Şart", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul, 2010, s. 11-25.
- Demircioğlu, A. Murat/Korkmaz, Doğan/Kaplan, Hasan Ali; Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 sayılı İş Yasası, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2018.

- Ekonomi, Münir; Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma ile Yenilenmesi”, İş Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 3, s. 565-571.
- Ekonomi, Münir; 4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu(l) Kavram-Süre ve Yenileme, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, İstanbul 2006, s. 15-33.
- Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.
- Kaplan Senyen, E. T.; Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları, Sicil İş hukuku Dergisi, S.36, s.17-33.
- Kaplan, İbrahim; Borçlar Hukuku Dersler, Genel Hükümler, Ankara, 2001, s.115.
- Keser, Hakan; Kamu Kesimindeki Geçici İşçi İstihdamının 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 11 inci Maddesi Karşısındaki Durumu, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.14, Mayıs 2007, s. 605-621.
- Keser, Hakan; Özel Öğretim Kurumlarında Görev Yapan Eğitim Personelinin İş Sözleşmelerinin Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.15, S.59, s. 795-829.
- Keser, Hakan; Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, 4. Basım, İzmir 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku 6. Bası, Ankara 2014.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku Ders Kitabı, C:1 Bireysel İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 2018.
- Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4.Baskı, İstanbul 2014.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut ; Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Özdemir, E.: İş Hukukunda Cezai Şart, AÜEHFD, C.IX, S.3-4, 2005, s. 403.
- Sümer, H. Hadi; Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Cilt 1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.15, Sayı:1, Ocak 2016, s. 420-433.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), 18.Baskı, İstanbul 2019.
- Taşkent, Savaş; Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, İstanbul 2006, s.33-41.
- Taşkent, Savaş; Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2009, s.14-22.
- Tekinay, Selahattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, Kenan; Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- Walter, B. Arbeitsverhältnisse zur Probe und zur Aushilfe, Heidelberg 1965, Çeviren: Gülsevil Alpogut; Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, TÜHİS, İstanbul 1998, s.95.
- Legalbank Elektronik İçtihat ve Mevzuat Bankası.

Makale Gönderim Tarihi: 8 Haziran 2020

Makale Kabul Tarihi: 15 Haziran 2020

İşe İade İlâmlarının İcrasında Kesinleşme Şartı

Öz

Geçerli neden olmadan iş sözleşmesi feshedilen işçi, iş iade davası açmak ve ilgili haklarını hükme bağlatmak hakkına sahiptir. İşe iade ilâmı, yeni bir iş sözleşmesi kurulmasıyla aynı hukukî sonuçları doğurur. İşçi davayı kazanırsa işe iade ilâmındaki fer'ilerin ilâm borçlusu tarafından yerine getirilmesi için icra dairesine başvurabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre istinaf yoluna başvurma, kararın icrasını durdurmaz. İcra ve İflas Kanunu'nun icranın geri bırakılmasıyla ilgili 36. maddesi hükmü saklıdır (HMK m. 350/1). Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez (HMK m.

350/2). İşe iade ilâmları da hemen icra edilemez ve şekli anlamda kesin hüküm hâline gelmeden icraya konulmaz (İş Kanunu m. 21/6). İşçinin işe iadesine hükmedilir fakat ilâmın koşulları ilâm borçlusu tarafından tam olarak yerine getirilmezse, işçi icra dairesine başvurmalı ve icra emri tebliğ ettirmelidir. İşe iade ilâmı kendiliğinden kabili icra olduğundan cebrî icraya muhtaç değildir. Buna karşılık işe iade ilâmındaki yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin ilâmlı icraya konulması gerekir. İşe iade ilâmı derhal icra edilebilir olmadığında, ilâm alacaklısı ilâmın şekli anlamda kesinlik kazanmasına kadar beklemelidir.

Anahtar Sözcükler:

İşe iade ilâmı, kesin hüküm etkisi, yargılama giderleri, avukatlık ücreti.

Formal Res Judicata Condition in Enforcement of Reinstatement Judgments

Abstract

If the employee is unfairly dismissed, he or she has the right to sue for reinstatement and also claim connected rights to obtain judicial order. The judgment granting the relief has the same legal effect as if a new labor contract is concluded.

The employee who is unfairly dismissed can apply to labor court to obtain an order for his reinstatement. If the employee wins the lawsuit he or she can apply to enforcement offices in order to compel the judgment-obligee to the performance

*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı-mozbek77@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9609-8756

**Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-emreertan28@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3583-2037

of the secondary issues in reinstatement judgment. According to the Code of Civil Procedure, application to appeal shall not stay the enforcement of the judgments. The provision in article 36 of the Code of Enforcement and Bankruptcy regarding stay of enforcement is reserved (CPC a. 350/1). Rulings regarding the law of persons, family law and property rights concerning real property shall not be enforced until they become unappealable (CPC a. 350/2). Also reinstatement judgments are not immediately enforceable and they shall not be enforced until they become res judicata effect (Labor Code a. 21/6). If an employ-

ee is ordered to be re-instated or re-engaged but the terms of the judgment are not fully complied with by the judgment-obligee then the employee must apply to enforcement offices and send an enforcement order. No enforcement is necessary for the reinstatement judgment because it is a self-executory judgment. However, the judicial costs and attorney fee which had been ordered in the reinstatement judgment are needed to be enforced. When the reinstatement judgment is not immediately enforceable, the judgment-creditor must wait until the judgment becomes formal res judicata.

Keywords:

Reinstatement judgment, res judicata effect, judicial costs, attorney fee.

I. Giriş

İşe iade kararının hukukî niteliği ve bu bağlamda işe iade ilâmlarının icra edilebilirliği öğretide uzun yıllardan bu yana tartışılan bir konudur. Yasal düzenlemenin işe iade kararının hukukî sonuç doğurmasını – eş deyişle feshin geçersizliğini – işçinin işe iade başvurusu yapması şartına bağlaması sorunu daha da giriftleştirmiş ve bu noktada işe iade hükmünün hukuki niteliği hakkında üç ayrı görüş (eda hükmü, tespit hükmü ve inşaî hüküm) ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerden birinin diğerine tercih edilmesinin pratik sonucu, mahkemenin işe iade kararıyla birlikte hükmettiği işe başlatmama tazminatıyla çalıştırılmayan süre ücretinin tahsili için ilâmlı icra takibi yapıp yapılamayacağı sorusuna verilecek yanıtın farklı olmasıdır. Öğretide egemen düşünce ve yargısal içtihat, tespit hükmü niteliği taşıyan işe iade kararıyla aynı kararlar hüküm altına alınan parasal hakların kesinlikle ilâmlı icra takibine konu olamayacağı kanısındadır. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeler Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine eklenen "...Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirirler..." biçimindeki yasal düzenleme ve gerekçesi, bir ara sönmeye yüz tutmuş tartışmayı yeniden

alevlendirmiş ve öğretide konu yeni boyutlarıyla birlikte tekrar ele alınmıştır.

İşe iade kararının fer'isi olan yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin ilâmlı icra yoluyla takibinde kesinleşme şartı aranıp aranmayacağı - daha yalın bir anlatımla işe iade ilâmındaki yargılama gideriyle vekâlet ücretinin karar kesinleşmeden önce icraya konulup konulamayacağı - yanıt arayan başka bir sorudur. Ne var ki öğretide bu konu üzerinde işe iade ilâmındaki asıl hükmün icrası kadar durulmamış; üstelik takibin iptali istemiyle icra hukuk mahkemelerine yapılan şikâyetlerin takibe konu tutarın istinaf sınırının altında kalması nedeniyle istinaf denetimden geçmeden kesinleşmesi, zıt ve birbiriyle çelişen bir dizi kararın ortaya çıkmasına ve böylece kimi zaman hukuk güvenliğiyle hukukî belirlilik ilkesinin zedelenmesine yol açmıştır. Dolayısıyla işe iade ilâmında yer alan yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin kararın kesinleşmesinden önce icraya konulup konulamayacağı, takibe karşı yapılacak şikâyetin süreye tabi olup olmadığı ve fazizin hangi tarihten itibaren işletileceği gibi sorulara verilecek bilimsel yanıtlar uygulamaya yön vermeli ve böylelikle olası bir hukuk karmaşasının önüne geçilmelidir.

Bu bağlamda öncelikle iş yargılaması hukukunda kesinleşmeden icra edilemeyen ilâmlardan söz edilecek, ardından işe iade hükmünün hukukî

niteliği ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Daha sonra işe iade hükmünün icrası, "asıl hükmün icrası" ve "fer'ilerin icrası" (yargılama giderleri ve avukatlık ücreti) olmak üzere iki alt başlık altında incelenecektir. Asıl hükmün icrası sorunsalı,7036 sayılı İş Mahkemeler Kanunu öncesi ve sonrası dönem bakımından öğretilerdeki görüşler ve yargı kararları ışığında irdelenecektir. Fer'ilerin icrası alt başlığı altında ise; ilk olarak sırasıyla öğretilerdeki görüşlere, Yargıtay içtihatlarına ve çok sayıda yayınlanmamış bölge adliye ve icra hukuk mahkemesi kararına yer verilecek; hemen ardından doktrindeki görüşler ve yargı kararları değerlendirilip kendi görüşümüz sunulacaktır.

II. İş Yargılaması Hukukunda Kesinleşmeden İcra Edilemeyen İlâmlar

İş yargılaması hukukunda kesinleşmeden icra edilemeyecek ilâmlara örnek olarak toplu 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlenen işkolu tespitine itiraz davası, yetki tespitine itiraz davası ve yorum davasıyla 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan işe iade davası gibi davalar gösterilebilir. Örneğin iş mahkemesinin, toplu iş sözleşmesinin yorumuna¹ ilişkin yorum davası sonunda verdiği karar bir tespit hükmü olup, kesinleştiikten sonra davanın tarafları ve ilgilileri bağlar; ancak bu tespit hükmü ilâmlı icraya konulamaz².

Benzer şekilde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun⁸⁶. maddesine göre, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Sosyal Güvenlik Kurumunca tespit edilemeyen sigortalılar, hiz-

metlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesinde işveren aleyhine açacakları hizmet tespit davası sonunda alacakları ilâm ile çalıştıklarını ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığınca dikkate alınır³. Hizmet sözleşmesine tâbi çalışmalar nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan hizmet tespit davası, işverence Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmemiş çalışmaların tespitini konu aldığından, müspet tespit (HMK m. 106/1) davasıdır⁴.

Sosyal Güvenlik Kurumu, hükmün verilmesinden sonra sigortalılık hakkını tescil eder ve sigortalı payı da dâhil olmak üzere, geçmiş dönemlere ilişkin primlerin, gecikme zammı ve idari para cezasıyla birlikte işverenden tahsilini talep eder. İşveren prim borcu, gecikme zammı ve idari para cezası toplamını, kendisine yapılan bildirimle rağmen süresi içinde ödemezse, Kurum, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun uyarınca işverene karşı icra takibi yapar⁵ (SSGSSK m. 88/13). İşte Kurum'un, gerek sigortalılık hakkını tescil etmesi gerek işverenden prim ve diğer alacakların tahsilini talep etmesi için, *hizmet tespit davası sonunda verilen tespit hükmünün kesinleşmesi* gerekmektedir⁶.

3 Hizmet tespit davalarında SGK ile işverenin, davalı tarafta mecburî dava arkadaşı olarak gösterilmesi zorunludur. Kamu düzenine ilişkin olan ve re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı hizmet tespit davaları, hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmalıdır (SSGSSK m. 86, 9) (Günay-İş Davaları s. 1645-1646; Kuru/Budak s. 243).

4 Günay-İş Davaları s. 1643-1657; Kuru/Budak s. 243; Saraç, Coşkun: Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti (Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 451-488), s. 454.

5 Saraç s. 484.

6 "İstihkak davaları sonunda verilen kararların menkulun mülkiyetinin tespitine ilişkin olmasına, tespit kararlarının ve fer'ilerinin ilâmı kesinleşmeden infazının istenemeyeceğine ve tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz sebeplerinin reddiyle usul ve kanuna uygun merci kararının İLK' - nun 366 ve HUMK' nun 438. maddeleri uyarınca ONANMASINA..." (12. HD 06.02.1990, 9184/769: KBİBB).

1 Toplu iş sözleşmesinin yorumu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ertan, Emre: Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu (SİHD 2018/40, s. 74-96).

2 Hizmet tespiti davasıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Duman, Barış: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002, s. 52-114. bkz. Günay, Cevdet İlhan: İş Davaları, Ankara 2012, s. 1576; Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: Tespit Davaları, İstanbul 2010, s. 246. İş yargılaması hukukundaki diğer tespit davaları için bkz. Günay-İş Davaları s. 1455 vd.; Kuru/Budak s. 237 vd.

Nitekim 7036 İş Mahkemeleri Kanununun⁷ 4. maddesine göre, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulması zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan başvuruya altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (İMK m. 4/1).

Hizmet akdine tâbi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Sosyal Güvenlik Kurumuna re'sen ihbar (Hukuk Muhakemesi Kanunu m. 61-64) edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında fer'i müdahil (HMK m. 66) olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı *kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür* (İMK m. 4/2). Aynı şekilde iş sözleşmesine tâbi çalışması nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan hizmet tespit davasının davacısı olan işçi de, hizmet tespit ilâmındaki fer'ileri (yargılama harç ve giderleriyle avukatlık ücretini), hüküm şekli anlamda kesinleştikten ve ilâma kesinleşme şerhini yazdırdıktan sonra icraya koyabilir⁸. Aksi yönde icra hukuk mahkemesi kararlarının varlığı görülmekle

birlikte, SGK'ya karşı ancak kesinleştikten sonra icra edilebilen hizmet tespit hükmünün, işverene karşı derhâl icra edilebileceğini savunmak ciddi bir çelişki sayılmalıdır⁹.

III. İşe İade Hükümünün Hukukî Niteliği

Bu konuda özellik gösteren ve üzerinde durulması gereken dava, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesine göre iş güvencesi kapsamına giren ve sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde açabileceği işe iade davasıdır. İşe iade (fesih bildirimine itiraz, feshe itiraz) davası sonunda işverence yapılan feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde işçinin, işe başlamak için işverene başvuruda bulunabilmesi için, mahkeme veya özel hakem kararının kesinleşmesi gerekir. Bu nedenle, istinaf incelemesi¹⁰ sırasında icranın ertelenmesi istenmez¹¹. İşe iade (fesih bildirimine itiraz) davası ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir (İK m. 20/3). Böylece hüküm, süresinde istinaf

9 Özbeğ, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlämlî İcranın Etkinliği, C. 1, 2, Ankara 2018, s. 817.

10 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar temyiz edilemez (İMK m. 8/1).

11 "...4857 sayılı Kanunun 21/5. maddesi gereğince davacı işçi karar kesinleşmeden kararın icrasını isteyemeyeceğinden icranın geri bırakılması talebinin reddine..." Adana BAM 7. HD 13.05.2019, 2019/1386 Esas: Özel arşiv. Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006, s. 290 vd.; Dönmez, Kâzım Yücel: İşe İade Davalarında Kararın Kesinleşmesi ve Tebliği (SİHD 2010/18, s. 143-149), s. 147; Günay, Cevdet İlhan: İş Güvencesi Uygulamasında Hukukî Sorunlar ve Öneriler (Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 153-179), s. 178; Özkes, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları (İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005, s. 131-170), s. 163; Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2019, s. 612-613. İşçinin işe iade kararının kesinleşmesinden önce işverene başvurması hâlinde, işverenin işe başlatma, tazminat veya boşta geçen süre ücretini ödeme yükümlülüğü doğmaz (Çankaya/Günay/Göktaş s. 298).

7 Resmî Gazete, 25.10.2017, Sayı 30221.

8 "Şikâyetin süresinde olduğu anlaşılmış; her ne kadar takip dayanağı ilâmın Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2014/13143 esas, 2014/19634 karar sayılı ilâmı ile onandığı görülmüş ise de; ilâm mahkemesinin 25.12.2014 tarihli cevabi yazısında Yargıtay ilâmının taraflara tebliğ edilmediği ve karar düzeltme talebinin görülmediği belirtilmiş ise de; ilâmın kesinleştiğine ilişkin şerh verilmemiş olduğundan tespit davasına konu ilâm kesinleşmeden ilâm ferî alacaklarının takibe konulamayacağı, bu nedenle şikâyetin haklı olup takibin iptaline karar verilmesi gerektiği kanaati ile aşağıdaki hüküm kurulmuştur" (Ankara 15. İcra Hukuk Mahkemesi 31.12.2014, 1229/1239: Özel Arşiv).

edilmeyerek veya bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi sonunda verdiği kararlar (eş deyişle istinaf başvurusunun reddi veya hükmün ortadan kaldırılması sonucunda yeni bir hüküm oluşturularak verilen işe iade kararıyla) kesinleşir¹². “İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur” (İK m. 21/6).

İşe iade davası sonunda verilen hükmün hukukî niteliği doktrinde tartışmalı olup, bir görüşe göre işe iade ilâmı, bir işin yapılmasına ilişkin eda hükmü olup, hükmün konusu da işçinin işe iadesidir. Zira mahkemece, işverenin feshinin geçersizliğinin tespitine bağlı olarak işçinin işe iadesi şeklinde, yerine getirilmesi gereken bir eda hükmü verilmektedir¹³. Diğer görüşe göre, işe iade davasının kabulü

hâlinde “feshin geçersizliğine” şeklinde bir hüküm verildiğinden, bu dava mahkemeden istenen hukukî korumaya göre tespit davasıdır¹⁴. Tespit davası görüşü, sonuçta verilen işe iade hükmünün ilâmlı icra yoluyla icra edilemeyeceğini belirtirken¹⁵, eda davası görüşü 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu kapsamında işe iade hükmünün ilâmlı icra yoluyla icra edilebileceğini belirtmektedir¹⁶. Buna karşılık, işe iade davasını tespit davası olarak kabul eden görüş de kendi içinde ayrılmakta; bir görüş, bu dava sonunda verilen “işe başlatmama tazminatı” ve “boşta geçen süre tazminatı” ödenmesine ilişkin hüküm fıkralarının da tespit hükmü olduğunu ileri sürerken¹⁷, diğer görüş sadece işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı bakımından buna katılmakta ve boşta geçen süre ücretinin eda hükmü olduğunu kabul etmektedir¹⁸.

İşe iade davalarının uygulandığı bazı eski sosyalist hukuk sistemlerinde, iş sözleşmesi geçerli bir sebep olmadan feshedilen işçiye, mahkeme veya İş Uyuşmazlıkları Komitesinden işe iade talebinde bulunma hakkı tanınmıştır. Bu hukuk sistemlerinde işe iade kararı, işçinin kanunda öngörülen süre içinde işe başlaması kaydıyla, hükmün şeklen kesinleşmesinden itibaren, taraflar arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş gibi bir sonuç doğurmaktadır. İşe iade kararının ilâmlı icra yoluyla icrası ge-

- 12 Dönmez s. 145; Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, C. 1, 2, Ankara 2009, s. 942, 1038-1039. Doktrinde haklı olarak işaret edildiği gibi, Yargıtay’ın bir ay içinde kesin olarak karar vermesi, iş mahkemesi kararına karşı karar düzeltme yolunun kapalı olmasını (İş Mahkemeleri Kanunu m. 8, 5) ifade etmesi gerekirken; uygulamada Yargıtay özel dairesinin, iş mahkemesi kararını ortadan kaldırarak ve onun yerine geçerek hüküm kurmasına izin veren bir düzenleme olarak anlaşılmaktadır. Bu durum ise, Yargıtay’ın hukukî denetim mahkemesi olma şeklindeki işleviyle ve yürürlükteki yargılama hukuku sistemimizle çelişmektedir (Özekes-Uygulama Sorunları s. 161-162; Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler, SİHD 2006/4, s. 20-31, s. 27-29).
- 13 Aktepe, Sezin: İşe İade Davalarının Medenî Usûl Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi (DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, 2009/Özel Sayı, İzmir 2010, s. 63-101), s. 85; Budak, Ali Cem: Tartışmalar (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertelenmesi, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Ankara 2007, s. 167-172), s. 169; Manav, A. Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 283; Özekes, Muhammet: İş Kanunu’nun 20. ve 21. Maddelerinin Medenî Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479-514), s. 495; Özekes, Muhammet: İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları (SİHD 2006/4, s. 32-38), s. 33; Özekes, Muhammet: 7036 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi (SİHD 2018/39, s. 62-77), s. 69-70; Tutumlu, Mehmet Akif: Hukuk Yargıla-

- masında Hüküm ve Gerekeçli Karar, Ankara 2007, s. 352.
- 14 Çankaya/Günay/Göktaş s. 222-223; Günay-İş Kanunu Şerhi s. 925; Günay-İş Davaları s. 1161; Kuru/Budak s. 237; Yılmaz, Ejder: İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği (SİHD 2009/14, s. 123-133), s. 130; Yılmaz, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükmün İcra Takibine Konulması (SİHD 2010/17, s. 45-52), s. 48-50.
- 15 Çankaya/Günay/Göktaş s. 317-319; Günay-İş Kanunu Şerhi s. 1052-1053; Günay-İş Davaları s. 1161; Özekes-İşe İade Davaları s. 34; Özekes-İş Kanunu s. 505-506; Özkaya-Ferendeci, H. Özden: Alman Hukuku’nda Fesih Bildiriminin İptali Davası ile Türk Hukuku’ndaki İşe İade Davası’nın Yargılama Hukuku Bakımından Genel Bir Karşılaştırılması (MİHDER 2011/18, s. 121-163), s. 154-155; Yılmaz-İşe İade Başvurusu s. 130; Yılmaz-İcra Takibi s. 50-51.
- 16 Özekes-İşe İade Davasının Niteliği ve İcrası s. 71-74.
- 17 Günay-İş Kanunu Şerhi s. 1174-1175; Günay-İş Davaları s. 1149, 1162-1163; Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul 2008, s. 1407-1408; Yılmaz-İcra Takibi s. 49.
- 18 Kuru/Budak s. 239. İşe iade ve boşta geçen süre ücretine ilişkin hüküm fıkralarının eda hükmü olduğu yönünde bkz. Manav s. 283; Özekes-İş Kanunu s. 504, 508.

rekmez; çünkü bu karar, niteliği itibarıyla "inşaîhüküm" (*Gestaltungsurteil, sentenzacostitutiva*) olup, kesinleşmeyle kendiliğinden (*self-executory*) sonuç doğurur ve iş sözleşmesinin kurulması kanundan ötürü (*ipsoiure*) gerçekleşir¹⁹. Böylece işe iade edilen işçinin hizmet süresi hiç kesintiye uğramamış sayılır ve işçi, sanki işten çıkarılmamış gibi bir hukukî duruma girer. İşveren işçiyi işe başlatmazsa, işçi iade edildiği iş için ücret talep edebilir; zira işçi işe gelmekle kendi edimini (iş görme borcunu) ifa etmiş; ancak işveren işçinin çalışmasına engel olarak alacaklının temerrüdüne düşmüştür. İşyerinin yöneticisi bu ücretin ödenmesinden sorumlu olduğu gibi, Bulgaristan ve Rusya Federasyonu'nda işçinin işe kabul edilmemesi bir suç teşkil eder. Bu suçun pratik sonucu, İngiliz hukukundaki mahkemeye itaatsizlikle aynı mahiyettedir²⁰.

Kanımızca işe iade davası sonunda verilen hükmün hukukî niteliği belirlenirken, feshin geçersizliğine bağlanan hukukî sonuçlar ve mahkeme kararının etkisine göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu sebeple öncelikle İş Kanunu'nda, geçerli bir sebebe dayanmayan feshin sonuçları için 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinde (ILO Sözleşmesi) öngörülen seçeneklerden hangisinin benimsendiğine karar verilmelidir. ILO Sözleşmesi m. 10'da, geçerli bir sebebe dayanmayan feshe üç sonuç bağlanmıştır²¹:

1) Feshin geçersiz sayılarak, iş ilişkisinin hiç kesintiye uğramamış gibi devam etmesi (işe iade) veya tazminat ödenmesine karar verilmesi.

2) Feshin geçerli bir sebebe dayanmadığının tespiti üzerine yeni bir iş sözleşmesinin kurulması veya tazminat ödenmesine karar verilmesi.

3) Sadece tazminat ödenmesine karar verilmesi.

İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerinde birinci

modelin benimsendiği sonucuna varıldığı takdirde, doktrinde işe iade davasını bir tespit davası olarak kabul eden görüşlere üstünlük tanınmalıdır. Ancak kanımızca, İş Kanunu'nun 20 ve 21. maddelerinin lafzı karşısında, Kanunda ikinci modelin benimsendiği söylenebilir. Bu modele göre işverenin, *geçersiz dahi olsa* fesih bildiriyle iş sözleşmesi sona ermiştir. İşverenin geçerli nedene dayanmaksızın kullandığı fesih hakkı dahi, işçi iş güvencesi kapsamında olsun veya olmasın, iş sözleşmesini sona erdirmeye kabiliyetine sahiptir²². Mahkeme veya özel hakemin, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar vermesi üzerine, işçinin Kanunda öngörülen süre içinde işverene başvurması koşuluyla, hükmün şeklen kesinleştiği tarihten itibaren *iş sözleşmesi yeniden kurulmakta* ve işçi bu çerçevede işe iade edilmektedir. Mahkemece feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesi yönünde verilen inşaî kararla, iş sözleşmesi hemen kurulmamaktadır; zira mahkemenin bu kararına rağmen işçinin işe başlamak için işverene başvuruda bulunmaması veya işe başlamaması mümkün olduğu gibi; işverenin işçiyi işe başlatmaması da olasıdır. Dolayısıyla iş ilişkisinin kurulması, İş Kanunu'nun öngördüğü usule göre tarafların iradesine bağlıdır²³.

İş sözleşmesi hiç kesintiye uğramamış olsaydı, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesi ve işçinin bu süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının (SGK primlerinin Kuruma ödenmesi dâhil) *tamamını* (en çok dört aylık ücret ve diğer haklarla sınırlı olmadan) isteyebilmesi gerekirdi. Oysa işçiye, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenmektedir²⁴ (İK m. 21/3). Her ne kadar Kanundaki bu sı-

19 Jacob, Jack: General Report including Regional Report from Great Britain (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 3-67), s. 51; Stalev, Zhivko: Regional Report from Continental Eastern Europe (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 171-189), s. 176.

20 Jacob s. 51, dn. 8; Stalev s. 187.

21 Alp, Mustafa: İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası) (DEÜHFD 2003/1, s. 1-40), s. 22.

22 Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, s. 386.

23 Narmanlıoğlu, Ünal: İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Sonuçlar (SİHD 2010/19, s. 12-27), s. 12; Uçum, Mehmet: İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları (SİHD 2008/11, s. 43-58), s. 45, 56.

24 Manav s. 351.

nırlamanın, işe iade davasının dört ayda biteceği öngörülerek ve işvereni, davanın uzun sürme riskine karşı korumak suretiyle her iki tarafın menfaatini dengelemek için getirildiği kabul edilse de²⁵, bu durum sonuçta iş sözleşmesinin fesih bildirimiyile sona ermesi ve mahkemenin işe iade kararıyla tekrar kurulmasını engellememektedir. Üstelik Kanunun, işe başlatmama tazminatı ödemek suretiyle işverene, işçiyi işe başlatmama imkânını tanıması da (İK m. 21, 2), iş sözleşmesinin fesih bildirimiyile sona ermiş olduğu tezini güçlendirmektedir.

Doktrindeki görüşler değerlendirildiğinde, işe iade davası sonunda verilen hükmün “inşai hüküm” olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Öncelikle işe iade kararının “eda hükmü” olduğunu savunan görüşe göre işe iade kararı, “işçinin işe iadesi kararı ile yeni bir hukukî durum ve iş sözleşmesi yaratılmamakta, iş sözleşmesine ilişkin işverenin feshinin geçersizliği tespit edilmek suretiyle hukukî ilişkinin (iş sözleşmesinin) devam ettiği kabul edilmekte olduğundan bir inşai hüküm değildir”²⁶. Bu görüşe göre İK m. 21, 1’de “...geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek...” denilmesi, mahkemenin vereceği kararın yeni bir iş ilişkisi kurmayıp, feshi geçersiz sayarak iş ilişkisinin devam ettiğini tespit ettiğini ortaya koymaktadır. Buna göre, önce eski iş sözleşmesinin devam ettiği mahkemece tespit edilmekte, sonra işçinin işe iadesi karara bağlanmaktadır²⁷.

Buna karşılık doktrinde, işe iade kararının “tespit hükmü” olduğunu savunan görüş, mahkemenin “işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti” yönündeki kararıyla, işverence yapılan fesih bildiriminin geçersiz hâle geldiği, geçersiz fesih bildiriminin de sonuç doğurmayacağı, dolayısıyla iş sözleşmesinin bu bildirim ile sona ermiş sayılmayacağı gerekçesiyle, iş sözleşmesinin taraflar arasında “hiç feshedilmemiş gibi sürdüğünü” kabul ettiğinden, işe iade davasını inşai dava olarak nite-

lendirmemektedir²⁸. Bu görüşe göre işçi, işverenin davetine icabet ederek işe başlarsa, iş sözleşmesi sürmekte olduğundan işe yeni giren bir işçi olarak nitelendirilmeyecek, işçinin ücreti ve sosyal hakları, geçersiz sayılan fesihden itibaren işe başlatıldığı tarihe kadar işyerinde yürürlüğe giren zamlardan yararlanmış gibi belirlenecek, işçi kıdem ve ihbar tazminatını iade edecek veya bu tazminatlar, işçinin boşta geçen süreye ait ücretinden mahsup edilecektir²⁹ (İK m. 21/5). Diğer yandan, işçiyi işe başlatmak zorunda olmayan işveren, mahkemece belirlenecek işe başlatmama tazminatını ödeyerek işçinin işe başlamasını engelleyebilecektir. O hâlde, cebrî icraya elverişli olmayan işe iade hükmü bir tespit hükmüdür³⁰.

Bu görüş elbette kendi içinde tutarlıdır ve hareket noktası itibarıyla haklı olarak, işe iade dava-

28 Alp s. 23; Baycık s. 387-388; Manav s. 282-283; Süzek s. 601; Yılmaz-İcra Takibi s. 48-50.

29 Günay-İş Kanunu Şerhi s. 1049; Yılmaz-İşe İade Başvurusu s. 132.

30 Kuru/Budak s. 238. Doktrinde, işe iade davasının tespit davasına ait unsurları ihtiva ettiğini savunan Manav, bu davada mahkemedenden istenen hukukî korumanın, feshin geçersizliğinin ve iş ilişkisinin sona ermediğinin tespiti olduğunu ifade ettikten sonra, işe iade davasının, konusu itibarıyla HUMK’ta düzenlenen tespit davasından farklı olduğunu ileri sürmekte ve görüşlerine şu şekilde devam etmektedir: “Usul Kanununda hukukî ilişkinin varlığı veya yokluğunun tespiti yapılırken; feshe itiraz davalarında mahkeme iş sözleşmesinin feshinin geçerli olup olmadığını ve iş ilişkisinin yapılan fesihle sona erip ermediğini araştırmaktadır” (Manav s. 284). Kanımızca bu görüş eleştiriye açıktır. Her şeyden evvel tespit davası HUMK’ta değil, HMK m. 106’da özel olarak düzenlenmiştir. Diğer yandan tespit davası, ancak somut bir hukukî ilişki hakkında açılabilir; salt soyut hukukî ilişkiler veya maddî olaylar (örneğin sözleşmenin fesih bildiriminin geçerli olup olmadığı) tespit davasının konusu olamaz. Maddî olaylar, ancak bir hukukî ilişki ile birlikte tespit davasına konu olabilirler. Bir maddî olayın tespitinin istenmiş olduğu hâllerde, gerçekte maddî olayda saklı olan, ona tâbi bulunan bir hukukî ilişkinin tespiti istenmiş olur (Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 392; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2 İstanbul 2001, s. 1418; Kuru/Budak s. 82-84, 87, 184; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Erdönmez, Güray/Akkan, Mine/Yeşilirmak, Ali/Taş Korkmaz, Hülya: Medenî Usûl Hukuku, C. 1, 2, 3, Ankara 2017, § 9. III. A. 2). O hâlde iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğinin tespitini konu alan işe iade davası, söz konusu iş sözleşmesinin mevcut (geçerli) olduğunun tespiti şeklinde anlaşılmalı ve maddî olayın, bu hukukî ilişki ile birlikte tespit davasına konu olduğu kabul edilmelidir.

25 Alp s. 23; Süzek s. 623-624. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi 18.12.2008, 2/181 (Resmî Gazete 07.10.2009, Say 27369).

26 Özekes-İş Kanunu s. 495.

27 Özekes-Uygulama Sorunları s. 137, 148.

sının tespit davası olduğu sonucuna varmaktadır. Ancak yukarıda belirtildiği üzere, İK m. 21/3'teki sınırlayıcı hüküm sebebiyle, İş Kanunundaki sisteme göre iş sözleşmesinin fesih bildirimiyile sona erdiği ve mahkemenin feshin geçersizliğini tespit kararıyla yeniden kurulduğu sonucuna varılabileceğinden, işe iade davası inşaî (yenilik doğuran) bir dava sayılmalıdır³¹. Nitekim öğretide, mahkemenin verdiği feshin geçersizliği kararının, işverence yapılan fesih bildirimini gerçek anlamda geçersiz hâle getirmediği de haklı olarak ileri sürülmüştür³². Bu görüş dikkate alındığında, iş sözleşmesinin fesih bildirimiyile sona erdiğini ve mahkemenin feshin geçersizliğini tespit kararıyla da yeniden kurulduğunu kabul etmenin, Kanundaki düzenlemeyle bağdaştığı söylenebilecektir. Doktrindeki bu görüş, şu şekilde gerekçelendirilmektedir:

"...Her ne kadar İş Kanununun 21. maddesinde işverence yapılan feshin geçersizliğinden söz ediliyorsa da, mahkeme tarafından bu konuda verilen karar mutlak anlamda, genel hükümlere uygun, yargının karar vermesiyle hemen devreye giren bir geçersizlik değildir. İK 21'de, mahkeme kararından sonra tarafların davranışlarına göre etkili olabilecek, yasada özel olarak düzenlenmiş, deyim yerindeyse kendine özgü bir geçersizlik öngörülmüştür.

Genel hükümlere uygun mutlak bir geçersizlik yaptırımında, işverence yapılan geçersiz fesih yani bozucu yenilik doğuran hak iş ilişkisi üzerinde hiçbir hüküm ve sonuç meydana getirmez, iş ilişkisi taraflar arasında baştan itibaren aynen devam eder. Bu durumda geçersizlik kararının kesinleşmesi ile birlikte, iş ilişkisi aynen devam ettiğinden işveren işçiyi işe almak ve işçiye tazminat değil boşta geçen süreye ilişkin tüm ücretini ve diğer haklarını ödemek zorundadır. Bunun gibi geçersizlikte yargıcın hükmünde herhangi bir koşula yer vermeksizin feshin geçersizliği nedeniyle iş akdinin sona ermediğini ve tarafların sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek zorunda olduklarını kararlaştırması gerekir.

Oysa aşağıda da görüleceği gibi, İş Kanununun 21. maddesinde getirilen düzenlemede, mahkemece işe iadeye karar verildiğinde işçi on işgünü içinde işe başlamak üzere başvuruda bulunmazsa işverence yapılan feshin geçerli bir fesih sayılacağı kabul edilmekte (m. 21/5), işçi başvuruda bulunursa işveren derhal değil bir ay içinde işe başlatmak zorunda tutulmakta, işe başlatıp başlatmama konusunda işverene seçim hakkı tanınmakta, ancak işe başlatıldığı takdirde yapılan feshin geçersiz olduğu kabul edilmekte buna karşılık işe başlatmazsa tazminat (iş güvencesi tazminatı) borcu ile yükümlü tutulmakta ve işçinin tüm boşta geçen süreler ilişkili ücreti ve diğer hakları değil, bunun en çok dört aylık kısmı işçiye ödenmektedir..."³³

Diğer yandan mahkemenin, "işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti" hükmüyle iş sözleşmesinin taraflar arasında hiç feshedilmemiş gibi sürdüğünün kabulü, iş güvencesinin amacıyla da bağdaşmamaktadır. Doktrinde belirtildiği gibi, feshin hüküm doğurmaması, bunu önleyen açık bir düzenlemeye ihtiyaç gösterir. Kanunda ise böyle bir düzenleme yoktur. İşçinin başvurusu üzerine işveren onu işe başlatsa bile, aradaki yeni iş ilişkisinin öncekinin devamı olduğu söylenemez³⁴. İş sözleşmesi hiç kesintiye uğramamış sayıldığı takdirde, işe iade kararından sonra işverene başvuruda bulunup, işverence usulüne uygun şekilde çağrıldığı hâlde işe başlamayan işçinin bu davranışı, sürmekte olan iş sözleşmesini kendisinin feshetmesi sonucunu doğuracaktır. Bunun sonucunda işçi, önceden almış olduğu kıdem ve ihbar tazminatını işverene iade etmek zorunda kalacağı gibi, usulsüz fesih yapmış duruma düşeceğinden işverene ihbar tazminatı da ödemekle sorumlu olacaktır. İş sözleşmesi hiç kesintiye uğramadığı takdirde, işe başlamayan işçi "istifa etmiş" sayılacağından, usulsüz feshin sonuçlarına katlanacak, kıdem ve ihbar tazminatı talep edemeyecektir³⁵. Doktrinde haklı olarak işaret edildiği gibi, işveren tarafından yapılan feshin sonuçlarını işçi aleyhine ters çeviren bu

31 Özbek, Mustafa: İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi (Çalışma ve Toplum Dergisi 2012/4, s. 11-39), s. 15.

32 Bu konudaki görüşlerin toplu değerlendirmesi için bkz. Baycık s. 384-386.

33 Süzek s. 604-605.

34 Narmanlıoğlu s. 17.

35 Manav s. 408.

yorum tarzı, iş güvencesinin getiriliş amacına³⁶ ve hakkaniyete aykırıdır. Zira Kanun, işçinin süresinde işverene başvurmaması durumunda, işverence yapılmış olan feshin geçerli bir fesih sayılacağını ve işverenin sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olacağını öngörmüştür (İK m. 21/6). O hâlde işverene süresinde başvurmayan işçi ile başvurup davete icabet etmeyen işçi arasında ayırım yapılarak, davete icabet etmeyen işçinin istifa etmiş sayılması doğru bir yorum değildir. Bu durumdaki bir işçi, sadece iş güvencesinden yoksun kalır ve işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süre ücretini isteyemez³⁷.

Doktrinde bu mülâhazalarla, geçersiz fesih nedeniyle işçinin işe başlatılması hâlinde, iş sözleşmesinin yeniden kurulmuş (ihya edilmiş) olacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre, “işçinin işe başlatılması, geçersiz feshine konu olmuş ve bu yolla sona erdirilmiş iş sözleşmesinin ihya edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar işe iade kararı ile belli şartlara bağlı olarak fesih hiç yapılmamış gibi sözleşmesinin devreye girdiği şeklinde görüşler var ise de, mevcut sistemde iş ilişkisinin yeniden kurulması taraf davranışlarına bağlı olduğundan iş sözleşmesi de ancak ihya yoluyla yeniden yürürlüğe girmektedir. Aksi görüşün kabulü halinde yani, işe iade kararıyla iş sözleşmesinin hiç fesih yapılmamış gibi devreye girdiğinin benimsenmesi durumunda, taraf davranışlarının devrede olan bir iş sözleşmesine etki yaptığı sonucuna varmak kaçınılmaz olur. O zaman işçinin işe başvurmamasını iş sözleşmesine aykırılık olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda işçinin işe başvurmaması halinde işverenin yaptığı feshin geçerli sayılmasına ilişkin kanun hükmüyle tutarsız olan bir sonuç doğar. Bu nedenlerle işe iade kararının sonucunda taraf davranışları olumlu ya da olumsuz tamamlanmaya kadar iş sözleşmesi devreye girmeyecektir. İş sözleşmesi ancak taraf davranışlarının tamamlanması durumunda ihya yoluyla ve geçmişe etkili olarak devreye girmiş olacaktır”³⁸. Böylece doktrinde savunulduğu üzere, işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti hükmüyle, feshin ge-

çersizliği kararının hüküm doğurup doğurmaya-çağı, tarafların iradesine göre şekillenecek, fesih kendiliğinden hükümsüz sayılmayacak ve işveren, işçinin işe iade talebini kabul ederek onu işe başlatırsa, önceki iş sözleşmesinin şartlarını taşıyan ve işçinin kıdemini saklı tutan yeni bir iş sözleşmesi kanun gereği kurulmuş olacaktır³⁹.

İşçinin işe iadesi kararının temelinde yatan “işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti” kararıyla, işçi ve işveren arasında iş sözleşmesi tekrar kurulduğundan, yeni bir hukukî durum yaratılmaktadır. Eski doğru bloğu ülkelerindeki uygulamadan da görüldüğü gibi, işe iade davası sonunda feshin geçersizliğinin tespitinin iki sonucu vardır. Bunlar, işverence feshedilen iş sözleşmesinin, işe iade kararının şeklen kesinleşmesinden itibaren taraflar arasında tekrar kurulması ve bu sebeple de işçinin işe iadesidir. İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi, tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğuran bir inşai (yenilik doğuran) haktır ve diğer inşai haklar gibi karşı tarafa ulaşmayla kendiliğinden hukukî sonuç doğurur⁴⁰. İş sözleşmesinin feshi ihbarı, bozucu inşai hak olup, kullanılmakla taraflar arasında (inter partes) sonuç doğurur ve iş ilişkisine son verir⁴¹. Fesih bildiriminin işçiye ulaştığı anda (varma anında) iş sözleşmesi sona erer ve artık inşai işleminden (fesih bildiriminden) dönülemez⁴².

İnşai (yenilik doğuran) davanın konusunu inşai (yenilik doğuran) haklar oluşturur ve inşai dava, kural olarak kanunun açıkça öngördüğü hâllerde açılabilir⁴³. Bu hâller ise, genelde maddî hukuk

36 Manav s. 11-15.

37 Narmanlıoğlu s. 18, 22.

38 Uçum s. 45.

39 Narmanlıoğlu s. 20; Uçum s. 46.

40 Baycık s. 232-233; Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 66-68, 247; Kuru-Uşul 2 s. 1468; Önen, Ergun: İnşai Dâva, Ankara 1981, s. 7-8, 11.

41 Doktrinde, kullanılmış bir yenilik doğuran haktan geri dönülemeyeceği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, fesih beyanı karşı tarafa ulaştıktan sonra artık geri alınmaz. Hatta muhatabın geri almaya muvafakat etmesi hâlinde dahi bu sonuç değişmez. Fesih ile sona ermiş bir sürekli borç ilişkisinin, fesih beyanının geri alınması sûretiyle yeniden kurulması olanaksızdır. Eğer taraflar, aralarındaki ilişkinin devam etmesini arzu ediyorlarsa, yeni bir sözleşme yapmalıdırlar (Buz s. 470).

42 Baycık s. 415; Buz s. 193, 257, 330; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019, s. 456; Önen-İnşai Dâva s. 22-23, 29; Özbek-İlâmlı İcranın Etkinliği s. 826.

43 “İnşai dava yoluyla, mahkemeden, yeni bir hukukî du-

kurallarıyla belirlenir⁴⁴. İşe iade davasının konusu da iş sözleşmesinin tekrar kurulması (işe iade) olup, bu dava İK m. 20'de düzenlenmiştir. Davacı işçi ile davalı işveren bu konuda anlaşamadıkları için davacı işçi, bu inşai hakkını inşai dava açmak suretiyle kullanmaktadır. Feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığı konusunda taraflar arasında anlaşmazlık çıkarsa, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile işverene karşı, "fesih bildirimine itiraz davası" açar. Bu davada, "fesih bildiriminde sebep gösterilmediği" veya "gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı" iddiaları bir tespit talebidir. Nitekim doktrinde, inşai sonuç (örneğin fesih) inşai beyan ile oluşturduğu için, taraflar arasında inşai hakkın tek taraflı kullanılmasından sonra (örneğin sözleşmenin feshinin haklı olmadığı hususunun tespiti için) açılacak davanın inşai dava olmayacağı ve neticede verilecek hükmün eda veya tespit hükmü olacağı kabul edilmektedir⁴⁵. İşte işe iade davasının bu noktadan itibaren farklı bir sonucu doğmaktadır. Zira mahkeme veya özel hakem, "işverence yapılan feshin geçersizliğini" tespit ettikten sonra (tespit hükmü), işveren, işçinin bir ay içinde yapacağı başvuruyu üzerine işçiyi kanunen işe başlatmak zorunda kalır (İK m. 21/1). Bu zorunluluğun sebebi,

mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesi olup, mahkemenin bu kararıyla, işverence feshedilen iş sözleşmesi (feshin geçersizliği sebebiyle) taraflar arasında kanundan ötürü (*ipso iure*) tekrar kurulur ve bunun sonucu olarak da işverenin işçiyi işe başlatması (işçiyi işine iadesi) gerekir. İşe iade davası bu niteliği ve Kanunun davaya bağladığı (iş sözleşmesinin tekrar kurulması şeklindeki) netice sebebiyle, teknik anlamda bir tespit davası değil, *inşai davadır*⁴⁶.

İK m. 21/1'de "geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde" denilmesi, işe iade davasını tespit davası hâline getirmek için tek başına yeterli değildir. Zira davaya karakteristik özelliğini kazandıran asıl talep ve sonuç "işe iade" olup, bu da daha önce işverence feshedilmiş olan iş sözleşmesinin mahkeme kararıyla tekrar kurulmasıyla gerçekleşebilir. Unutulmamalıdır ki, eda ve inşai hükümleri de zorunlu olarak bir tespite dayanır. İnşai hüküm, "tespit bölümü" ve "inşai bölümü" olmak üzere birbiriyle bağlantılı iki unsurdan oluşur. Tespit bölümü, inşai davanın ve hükmün konusunu oluşturan hakkın varlığı ve haklılığını saptarken⁴⁷, inşai bölümü, bu tespite dayalı inşai sonucu doğurur⁴⁸. İşe iade davasında davacı işe iadeye karar verilmesini isterken, öncelikle ulaşılmak istenen kesin sonuç, feshin geçersizliğinin tespitidir. Sonuçta hâkim, davanın kabulüyle "işverence yapılan feshin geçersizliğine" karar verirse, feshin geçersizliğinin tespiti, vereceği hükmün aslı bölümü olacak; bu tespite dayanarak "ve davacının işe iadesine" kararı (ferî bölüm), tespit bölümünün doğal bir uzantısı hali-

rum yaratılması veya mevcut bir hukukî durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edilir" (HMK m. 114/1). "Bir inşai hakkın, dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllerde, inşai dava açılır" (HMK m. 114/2). "Kanunlarda aksi belirtilmedikçe, inşai hükümler, geçmişe etkili değildir." (HMK m. 114/3).

44 Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2019, s. 16. A. IV; Kuru-Usul 2 s. 1468; Kuru, Baki: Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. 1, 2, Ankara 2020, s. 411-412; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 21. A. IV; Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 58; Önen-Inşai Dâva s. 56; Sungurtekin Özkan, Meral: İnşai Karar ve Özellikleri (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 553-576), s. 556.

45 Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 207; Buz s. 66; Kuru-Usul 2 s. 1469; Kuru-El Kitabı. 412; Önen-Inşai Dâva s. 13-14; Pekcanitez-Pekcanitez-Usûl 9. III. A. 3; Postacioğlu, İlhan E.: Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 266; Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. 1-2, İstanbul 2000, s. 336.

46 Özbek-İlâmlı İcranın Etkinliği s. 826.

47 Örneğin babalık davası (TMK m. 301-304) sonunda verilecek inşai hüküm (babalık hükmü), davalının babalığının tespiti (TMK m. 301, 1'e göre çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesi) üzerine kuruludur (Önen-Inşai Dâva s. 47). Aynı şekilde boşanma hükmü (TMK m. 170), davacı tarafından ileri sürülen boşanma sebebinin (örneğin TMK m. 164'e göre terk veya TMK m. 166'ya göre evlilik birliğinin sarsılması olayının) doğru olduğuna ilişkin bir tespiti içerir (Önen-Inşai Dâva s. 167).

48 Önen-Inşai Dâva s. 46, 180.

ne gelecektir⁴⁹. Sonuç olarak davada asıl ağırlıklı unsurun, işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti ve iş sözleşmesinin tekrar kurulması olması, işe iadenin bunun bir devamı niteliği taşıması ve dava ile tarafların hukukî ilişkilerinde bir değişme meydana gelmesi sebebiyle işe iade (feshin bildirimine itiraz) davası, inşâi dava karakterini haizdir. Bu dava, feshin bildirimine geçersizliğinin tespiti görünümünde, tespit etkeninin ardına gizlenmiş bir "örtülü inşâi dava" olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu tür davalarda davanın asıl karakteri olan inşâi özellik, görünürde (zahiri) bir tespit (veya eda) örtüsü ardında gizlenmiştir⁵⁰. İşe iade davasının reddi hâlinde ise, verilen hükmün tespit hükmü olduğu tartışmasızdır⁵¹.

IV. İşe İade Hükmünün İcrası

1. Asıl Hükmün İcrası

İşe iade davasının bir inşâi (yenilik doğuran) dava olduğunun kabulü hâlinde, bu dava sonucunda verilen hüküm inşâi (yenilik doğuran) hüküm niteliği taşıyacağından, bu hükmün yerine getirilmesini sağlamak için ilâmlı icra yoluna gidilemez; çünkü inşâi (yenilik doğuran) etki, hükmün verilmesi ve şekli anlamda kesinleşmesi ile kendiliğinden meydana gelir⁵². Dolayısıyla, işverence yapılan feshin geçersizliğine ilişkin ilâmın verilmesi ve bunun şekli anlamda kesinleşmesiyle birlikte iş sözleşmesi, kanundan ötürü kurulur ve işçi, kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurur (İK m. 21/6).

Öğretide 7036 sayılı İş Mahkemeler Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde değişiklik yapılmadan önceki dönemde savunulan görüşe göre; mahkemenin, işe iade edilmeme hâlinde işçiye ödenmesine karar verdiği (en az dört aylık ve

en çok sekiz aylık ücreti tutarında) tazminat (İK m. 21/1-2) ve işçinin feshin geçersizliğine bağlı olarak kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı en fazla dört aylık ücret ve diğer hakları tespit hükmü niteliğinde olduğundan⁵³, ancak ilâmsız icra yoluyla icraya konulabilir⁵⁴. Nitekim Yargıtay, işe iade davası sonunda verilen ilâmda, yargılama gideri ve avukatlık ücreti dışında eda hükmü yer almadığından, işe iade hükmüne dayalı olarak ilâmlı icra takibi yapılamayacağını içtihat etmiştir⁵⁵. Yargıtay'a göre, alacaklının (işçinin), borçluya (işverene) işe dönmek için süresinde başvurup başvurmadığının belirlenmesi, ilâmdaki "diğer haklar" ifadesine hangi hak ve alacakların dâhil olacağını tespit, kesin alacak miktarının hesaplanması ve İş Kanunu'nun 21. maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığının değerlendirmesi yargılamayı gerektirdiğinden, işe iade ilâmına dayalı olarak ilâmlı icra takibi yapılamaz⁵⁶. Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre ise işçinin, feshin geçersizliğine bağlı olarak kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı en fazla dört aylık ücret alacağını, mahkemenin bu konudaki kararı eda hükmü olduğundan, ilâmlı icraya (İK m. 32 vd.) koyabilmesi mümkündür⁵⁷.

Kanımızca işe iade davası sonunda verilen hü-

53 Yılmaz-İşe İade Davalarında Yargılama Usulü s. 26; Yılmaz-İcra Takibi s. 49.

54 Aktepe. 87; Çankaya/Günay/Göktaş s. 317-319; Günay-İş Kanunu Şerhi s. 1052-1053; Günay-İş Davaları s. 1162; Özbek-İlâmlı İcranın Etkinliği s. 828; Yılmaz-İcra Takibi s. 50-51. Doktrinde Kuru/Budak ile Özkes, sâdece işe başlatmama tazminatı yönünden bu görüşe katılmakta; buna karşılık hükmün boşa geçen süre tazminatına ilişkin kısmının "eda hükmü" niteliğinde olduğunu ve ilâmlı icraya (İK m. 32 vd.) konulabileceğini belirtmektedir (Kuru/Budak s. 239; Özkes-İşe İade Davaları s. 34; Özkes-İş Kanunu s. 495, 508; Özkes-Uygulama Sorunları s. 164, 166). Ancak doktrinde, işe iade hükmündeki hüküm fıkrasının, "davacıya boşa geçen süre tazminatı ödenmesi" şeklinde değil de, "dört aylık ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine" şeklinde kurulması hâlinde, boşa geçen süre tazminatına ilişkin kısmın da tespit hükmü olacağına işaret edilmektedir (Kuru/Budak s. 240).

55 12. HD 22.02.2005, 78/3481 (Günay-İş Kanunu Şerhi s. 1086).

56 12. HD 02.10.2006, 14653/17859 (Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan: İİK Şerhi, C. 1,2,3,4,5, Ankara 2007, s. 661).

57 Özkes-İş Kanunu s. 496, 501, 508; Özkes-Uygulama Sorunları s. 166-167.

49 Benzer örnekler için bkz. Önen-Inşâi Dâva s. 46-47.

50 Önen-Inşâi Dâva s. 101.

51 Özbek-İlâmlı İcranın Etkinliği s. 827; Özkes-Uygulama Sorunları s. 147.

52 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım s. 210; Bilge/Önen s. 391; Kuru-Usul 2 s. 1472; Kuru-El Kitabı. 413; Önen-Inşâi Dâva s. 175, 197; Pekcanitez-Pekcanitez-Usûl 9. III. A. 3; Sungurtekin Özkan. 563; Üstündağ. 337.

küm fıkrasının nasıl icra edileceği belirlenirken bir ayırım yapılmalıdır. Yukarıda belirtildiği gibi işe iade davası sonunda verilen hüküm inşaî hüküm olduğundan, feshin geçersizliğinin tespiti ve iş sözleşmesinin kurulması, hükmün şeklen kesinleşmesiyle kendiliğinden doğar ve icrası gerekmez. İşçi işe iade için icra takibi yapmak yerine işverene başvurulmalıdır (İK m. 21/5). İşe iade kararı, fer'î inşaî hükümdür. Doktrinde kabul edildiği üzere, inşaî hüküm asıl inşa yanında, bundan kaynaklanan, buna bağlı, bunun sonucu ve uzantısı niteliğinde olan fer'î bir inşayı da içerebilir. İnşaî hükmün aslî bölümü (asıl inşaî hüküm olan işverence yapılan feshin geçersizliğinin tespiti ve iş sözleşmesinin tekrar kurulması) için icra gerekli olmadığı hâlde, fer'î bölüm (fer'î inşaî hüküm olan işçinin işe iadesi) için icra gerekebilir. Ancak bu da bir işin (işverence şahsen) yapılmasına ilişkin fer'î inşaî hüküm olup, Kanunda işverenin işe başlatmama tazminatını ödeyerek işçiyi işe başlatmama hakkı tanındığından (İK m. 21/1) kararın cebren icrası mümkün değildir⁵⁸. Fer'î inşaî hüküm bazı edimlere ilişkin olsa da bu gerçek bir eda hükmü olmayıp, buradaki eda inşanın (iş sözleşmesinin kurulmasının) doğal bir sonucudur ve ondan ayrı düşünülemez⁵⁹.

Kıta Avrupası hukukunda işe iade davaları sonunda verilen hükümlerin ilâmlı icraya elverişli olmadığı ve işverenin işe iade hükmüne uymaması hâlinde, ilâmı aynen icraya (*direct enforcement*) zorlanamayacağı; bunun yerine işçinin zararını ödemekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Örneğin İtalyan hukukunda mahkeme, işvereni, işe iade hükmüne uymayarak işçiyi işe iade etmediği her bir gün için para cezası ödemekle sorumlu tutabilir. Fransız iş hukukunda işçinin işe iadesine yönelik hükümler, para alacağı dışındaki ilâmların icrası kapsamında değerlendirilmekte ve tazyik para cezası (*astreintes*) yoluyla, işveren üzerinde psikolojik baskı kurulmak suretiyle icra edilmeye çalışılmaktadır. İspanya'da işçinin işe iadesine ilişkin bir hükmün işveren tarafından gönüllü olarak yerine getirilmemesi hâlinde, ilâm borçlusu işveren, yap-

tırım olarak sadece işçinin zararının tazmini maksadıyla bir işten ayrılma tazminatı ödemekte; üstelik işverene, uyuşmazlığın en başında, işe iade yerine tazminat ödeme seçeneği sunulmaktadır. İspanya ve İtalya'da uygulanan tazyik para cezaları, dolaylı icra (*indirect enforcement*) yöntemi olup, bu ülkelerde ceza yaptırımları uygulanması mümkün olsa da mahkemeler, para alacağı dışındaki ilâmların icrasına uyulmasını teşvik etmek için ceza verilmesine soğuk bakmaktadırlar⁶⁰.

Kıta Avrupası hukukuna benzer şekilde İngiliz hukukunda da Endüstri Mahkemesi (*Industrial Tribunal*), haklı bir sebep olmadan işten çıkarılan işçinin işe iadesine karar verebilmektedir. İşe iade kararı üzerine işverenin, işçiyi eski işine veya ona eş değer bir işe iade etmesi gerekmektedir. İşe iade davalarının başında uzlaşma girişiminde bulunulmakta, uzlaştırıcı öncelikle tarafları uzlaştırmaya çalışmakta, işçi uzlaşma müzakerelerinde işe dönmekten vazgeçerse, uzlaştırıcı taraflar arasında bir tazminat miktarı üzerinde anlaşmaya varılması için yardımcı olmaktadır⁶¹. İşçinin işe iadesi kararı verilmesine rağmen hükmün koşulları yerine getirilmezse, Endüstri Mahkemesi işçiyi, ilâmın icra edilmemesi yüzünden uğradığı zararı karşılamak üzere bir miktar tazminat ödenmesine karar vermektedir⁶².

Türk hukukunda işveren işçiyi işe başlatmazsa, işçi, işe başlatmama tazminatı ve boшта geçen süre ücretini icraya koyabilir. İşe iade davası sonunda verilen işe başlatmama tazminatı ile boшта geçen süre ücreti, özünde fer'î inşaî hüküm niteliğinde olmakla birlikte, cebrî icraya ihtiyaç gösterir. Çünkü bu alacaklar, nitelikleri itibarıyla belli bir miktar paranın işçiyi ödenmesine ilişkin olup, işverenin rızasıyla borcunu ödememesi hâlinde cebrî icraya

58 Günay-İş Davaları s. 1161; Özekes-Uygulama Sorunları s. 163.

59 Önen-İnşaî Dâva s. 196.

60 Baamonde, Xulio Ferreiro: İspanya İcra Sistemi ve Teşkilat Yapısı (Uluslararası İcra ve İflas Hukuku Konferansı ve Çalıştayı, Tebliğler ve Raporlar, Ankara 2014, s. 45-57), s. 54.

61 Denti, Vittorio/Silvestri, Elisabetta: Regional Report from Continental Western Europe (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 155-170), s. 168; Jacob s. 50.

62 Jacob s. 51.

başvurulması kaçınılmazdır⁶³.

İşe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı, işverenin mahkeme hükmüne uymasını sağlamak amacıyla Kanunda öngörölmüş *para cezası şeklindeki bir tazyik yöntemi olup*⁶⁴, Anglo-Sakson hukukundaki mahkemeye *medenî itaatsizlikle aynı etkiye sahiptir*. 7036 sayılı İş Mahkemeler Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine eklenen dördüncü fıkrada *"Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler"* hükmüne yer verildiğinden, bu husustaki tartışmalar belli ölçüde sona ermiştir. Artık davacı işçinin işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ve boşta geçen süre ücreti ile diğer hakları (süre olarak tespit edilmeyip⁶⁵) dava tarihindeki ücreti esas alarak hükümde para olarak belirlenecektir⁶⁶. Madde gerekçesinde

bu konuda şu açıklamaya yer verilmiştir:

"...Madde ile, 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Üçüncü fıkradan sonra eklenen fıkrayla mahkeme veya özel hakemin, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirleyeceği hüküm altına alınmaktadır. Uygulamada işe iade kararı veren mahkeme boşta geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlemektedir. Bunun sonucu olarak işe iade kararına dayanarak işe başlamak isteyen işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda ay esaslı olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerekmektedir. Hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçmek hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazminatı parasal olarak belirlemesi öngörülmekte ve işe başlatılmama durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkân tanınmaktadır. Düzenleme ile, ikinci fıkrada belirtilen tazminat ile üçüncü fıkrada belirtilen ücret ve diğer hakların 'dava tarihindeki ücret' esas alınarak parasal olarak belirlenmesi kabul edilmekte ve böylece uygulama sorunlarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Mevcut beşinci fıkradan sonra ilave edilen fıkrada da, belirtilen alacak ve tazminatların arabuluculuk görüşmelerinde de parasal olarak belirlenmesi zorunluluğu getirilmektedir...".

Kanımızca bu hüküm, yargının iş yükünü azaltmak amacına hizmet etmemektedir. Çünkü işe iade kararı veren mahkemenin, boşta geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirleyebilmesi için, öncelikle dava tarihindeki ücreti saptaması gerekir. İşveren buna itiraz ettiği takdirde bu husus da ayrı bir tahkikat yapılmasını gerektireceğinden davayı uzatacaktır. Bu hükümden önceki işe iade davalarında mahkeme, boşta geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlediğinden, ücret miktarı konusunda işçi ile işveren arasında çekişme yaşanmamakta ve tahkikat yapılması gerekmemektedir.

63 Özbek-İlâmlı İcranın Etkinliği s. 830.

64 Doktrinde işe başlatmama tazminatının, iş sözleşmesi geçerli olmayan bir sebeple feshedilen işçinin, mahkemenin işe iade hükmüne rağmen işverence işe başlatılmamasının bir yaptırımı olduğu ifade edilmektedir (Manav s. 400; Tanrıver, Süha: "Tartışmalar", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertelenmesi, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Ankara 2007, s. 162-163). Doktrindeki başka bir görüşe göre işe başlatmama tazminatı, işe iadenin terdidi olmayıp, hukukumuzda rastlanmayan şekilde ikamesidir (Özkes-Uygulama Sorunları s. 138). Nihayet doktrinde, işe başlatmama tazminatının "medenî ceza" olduğu da belirtilmiştir (Güzel, Ali: İş Güvencesine İlişkin Temel İlke ve Eğilimler Işığında Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi, Türk İş Hukukunun Güncel Sorunları 2001 Temmuz Toplantısı, İstanbul 2001, s. 19-49, s. 41).

65 7036 sayılı İş Mahkemeler Kanunu ile, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine dördüncü fıkra eklenmeden önce, işe iade davası sonunda verilen hükümde, işe başlatmama tazminatının miktarı değil, kaç aylık (en az dört aylık ve en çok sekiz aylık olmak üzere) ücret tutarında olacağı gösterilmekteydi. Tazminatın doğumu şarta bağlıdır (İK m. 21, 1-5) ve miktarı, işçinin işe iade edilmesi için öngörülen bir aylık sürenin sonundaki ücrete göre belirlenir (Günay-İş Davaları. 1162; Yılmaz-İşe İade Davalarında Yargılama Usulü s. 26). İK m. 21, 4 hükmünden önce, borçlunun (işverenin), tazminatın doğum şartının tahakkuk etmediğine dair itiraz edebileceği ve işe başlatmama tazminatının miktarı hüküm verildiği sırada belirli olmadığından, tazminatını ilâmlı icraya konulamayacağı haklı olarak kabul edilmekteydi (Özkes-Uygulama Sorunları s. 164; Yılmaz-İcra Takibi s. 50-51).

66 Özbek-İlâmlı İcranın Etkinliği s. 831.

Ayrıca, boşta geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatı tutarlarının ilâmlı icra yoluyla icra edilebilmesi gene mümkün olmayıp ilâmsız icraya konulması gerekir. Hükümet gerekçesinde, bu alacak kalemlerinin para miktarının tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkân tanındığı belirtilmişse de bu takip ilâmlı icra takibi olmayacaktır. Çünkü İK m. 21/4 hükmüyle işe başlatmama tazminatının miktarı hüküm verildiği sırada belirli hâle getirilmişse de, *tazminatın doğumu hâlâ şarta bağlıdır* ve borçlunun (işverenin), tazminatın doğum şartının tahakkuk etmediği (işçinin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmadığı) gerekçesiyle icra takibine itiraz etmesi mümkündür. İlâmlı icra takibinde İK m. 33'te itfa, ihmal ve zaman aşımı sebepleri arasında böyle bir gerekçeyle icra emrine itiraz etme imkânı yoktur. İK m. 21/4 hükmüyle değişen tek husus, alacakların artık likit hâle gelmesi ve itiraz durumunda icra inkâr tazminatına hükmedilmesinin yolunun açılmasıdır (İK m. 67/2).

İşçinin en çok dört aya kadar doğmuş bulunan boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarının para miktarı da dava tarihindeki ücreti esas alarak hükümde belirleneceğinden, bu fer'î inşâî hükmün içeriği, icrası mümkün ve gerekli olan edaya yönelik bir edimdir. İnşâî hüküm ile doğacak sonuçlardan, davacı lehine bazı edalarda bulunulması da gerekiyorsa, davacı bunları (yani işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarını) inşâî dava ile birlikte isteyebilir⁶⁷. İşe iade davası sonunda verilecek

feshin geçersizliğinin tespiti kararı sonucunda iş sözleşmesi tekrar kurulacağından, davacı işçinin boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarının da ödenmesi gerekir. Her ne kadar işçinin boşta geçen en çok dört aylık süreye ait ücret ve diğer haklarının tahsiline yönelik karar miktarı içerse ve bu yönüyle miktara yönelik uyumsuzluk yargılama yapmayı gerektirmese de (İK m. 21, 4), şarta (işçinin süresinde işverene başvurmasına) bağlı olması sebebiyle, ilâmsız icra yoluyla icrası mümkündür⁶⁸.

Yukarıda sözü edilen alacakların tahsili amacıyla ilâmsız icraya başvurabilmek için de, işe iade davası sonunda verilen (işverence yapılan feshin geçersizliğine dair) hükmün kesinleşmesi gerekir (İK m. 21/2). Zira işe başlatmama tazminatının doğumu, kesinleşen işe iade kararının işçiye tebliğinden itibaren on işgünü içinde işçinin, işe iade talebiyle işverene başvurması ve işverenin, işçiyi bir ay içinde işe başlatmaması koşullarına bağlıdır (İK m. 21, 6). Aynı şekilde işverenin, boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakları ödeme yükümlülüğü de işçinin kesinleşen feshin geçersizliğine dair hükmün kendisine tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlatılması talebiyle, bizzat veya avukatı aracılığıyla işverene başvurması ve işverenin işe başlatma davetine bizzat (şahsen) icabet etmesi hâlinde doğar. Aksi hâlde işverenin feshi geçerli bir fesih sayılır ve işveren sorumluluktan kurtulur⁶⁹.

ayrıca belirtmesi gerekir (Aktepe. 89; Özekes-İş Kanunu s. 485; Özekes-Uygulama Sorunları s. 136). Aksi görüşe göre ise, mahkeme bu ücrete de talep olmasa bile re'sen hükmetmelidir; zira tazminat ve boşta geçen süre ücreti, geçersiz feshin bir sonucu olup işe iade kararından ayrılamaz (Günay-İş Davaları. 1130; Manav s. 365).

68 Günay-İş Davaları s. 1163; Özbek-Tedbiren İşe İade s. 18; Özbek-İlâmlı İcranın Etkinliği s. 833; Yılmaz-İcra Takibi s. 51. Karş. Özekes-Uygulama Sorunları s. 166.

69 Çankaya/Günay/Göktaş s. 310, 317-319; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 565; Günay-İş Davaları s. 1154-1155; Günay-İş Kanunu Şerhi s. 1038-1039; Manav s. 350, 362; Narmanlioğlu s. 13, 22-23; Özekes-İş Kanunu s. 508; Özekes-Uygulama Sorunları s. 159; Yılmaz-İşe İade Başvurusu s. 128. Doktrinde işe iade davası, birbirine bağlı şu üç aşamadan müteşekkil sayılmaktadır: 1- Mahkemenin feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermesi; 2- Karar kesinleştikten sonra işçinin on işgünü içerisinde işe başlamak için işverene başvurması; 3- İşverenin işçiyi

67 Önen-İnşâî Dâva s. 196-197; Postacıoğlu. 267; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 263. İşe başlatmama tazminatına karar verilebilmesi için, bunun davacı işçi tarafından dava dilekçesinde ayrıca istenmesine gerek olmayıp, işe iade talebi, işe iade edilmeme durumunda onun kaim değeri (surrogatı) olan tazminatı da kapsar (Aktepe s. 87; Manav s. 394). Buna karşılık, boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların dava dilekçesinde ayrıca istenmesinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre davacı işçinin, boşta geçen süreye ait ücret ve diğer haklarını, işe iade talebi yanında dava dilekçesinde

2. İlâmdaki Yargılama Giderleri ve Avukatlık Ücretinden Müteşekkil Fer'ilerin İcrası

a) Öğretinin Yaklaşımı

Doktrindeki bir görüşe göre, İş Kanunu, işe iade ilâmında hükmedilen yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin ilâmlı icraya konulabilmesi için hükmün kesinleşmesi şartını aramadığından, ilâmdaki avukatlık ücreti ile yargılama giderleri kısmı, hüküm kesinleşmeden ilâmlı icraya konulabilir⁷⁰. Karşıt görüşe ise, işe iade ilâmında hükmedilen yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin karar kesinleşmeden ilâmlı icraya konulamayacağını savunmaktadır⁷¹.

b) Yargıtay Kararları

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 2007 yılında verdiği bir kararda işe iade ilâmında hükmedilen yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin, işe iade ilâmı kesinleşmeden ilâmlı icraya konulabileceği görüşünü benimsemiştir⁷². Adı geçen Daire yakın tarihli başka bir kararında ise görüş değiştirerek, *işe iade ilâmında hükmedilen yargılama giderleriyle avukat-*

lık ücretinin, ilâm kesinleşmeden ilâmlı icraya konulamayacağı sonucuna varmıştır⁷³.

73 "...Alacaklı tarafından borçlu aleyhinde işe iade ile dört aylık ücret ve işe başlatmama tazminatına ilişkin ilama dayalı olarak ilâmlı icra takibi başlatılmıştır. Borçlu vekili icra mahkemesine başvurusunda, takibin dayanağı olan Zonguldak 2. İş Mahkemesinin 16/06/2015 tarih ve 2015/178 E.- 531 K. sayılı ilamının eda hükmü içermediğini, tespit hükmü niteliğinde olduğunu bu nedenle infazının kabil olmadığını, ilâmın bu hali ile tespit niteliğinde olduğundan ilâmlı icra takibine konu edilemeyeceğini, ayrıca tespite ilişkin ilam kesinleşmeden vekalet ücretinin istenemeyeceğini ileri sürerek takibin iptaline karar verilmesini talep ettiği mahkemece; işçinin alacağına kavuşması için ilâmın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmesinin uzun zaman alacağı, bu süreçte işçinin daha fazla mağdur olacağı, ilâm işe iadeye ilişkin olsa da ilgili yasalarda kesinleşmeye ilişkin şart aranmadığından, ilâmlı icraya konu edilebileceği gerekçesi ile şikayetin reddine karar verildiği görülmüştür. Para ve teminat verilmesi hakkındaki ilamların icrası İİK'nın 32 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan maddede para borcuna veya teminat verilmesine dair ilâmın icra müdürlüğüne infazı usulü düzenlenmiş, İİK'nın 'ilâm mahiyetini haiz belgeler' başlığını taşıyan 38. maddesinde ise 'Mahkeme huzurunda sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir' şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir. İlgili yasa maddeleri ile yasa koyucu hangi belgelere dayanılarak ilâmlı icra takibi yapılabileceğini önemine binaen titizlikle düzenlemiş, gerekli gördüğü yerlerde bunu özel kanunlarla belirleyip sınırlandırmıştır. Burada göz ardı edilmemesi gereken husus ise maddede yer verilen ilamların, icrası yorum gerektirmeyecek şekilde açık eda hükmü taşıyan ilamlar olduğu noktasıdır. Bu nedenle eda hükmü içermeyen 'tespite' ilişkin ilamlar icra takibine konu edilemez. Ancak, kesinleşmeleri halinde bu ilamlardaki vekalet ücreti ve yargılama giderine ilişkin likit miktarların ilâmlı icra yolu ile infazı mümkündür. Somut olayda takibe dayanak yapılan Zonguldak 2. İş Mahkemesinin 16/06/2015 tarihli ve 2015/178 E.- 531 K. sayılı kararında davanın kabulü ile işverence yapılan feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar verilerek, hükmün 3 ve 4 numaralı bentlerinde aynen 'Davacının yasal sürede işe başvurmamasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin beş aylık ücreti olarak belirlenmesine,' ve 'Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurusu halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine,' karar verilmiş, söz konusu ilamda, tazminat ve ücret alacağına ilişkin sadece tespite ilişkin karar verilip, alacak miktarı belirtilmediği halde, alacaklı tarafından takip talebinde 6000 TL asıl alacak ve 5.400 TL ücret alacağı talep edilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun 08.10.1997 tarih ve 1997/12-517 Esas, 1997/776 Karar sayılı kararında da vurgulandığı üzere, 'ilamların infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür.' Diğer bir anlatımla, hükmün

işe başlatma iradesini işçiye ulaştırması (Yılmaz-İşe İade Başvurusu s. 130). Kanımızca bu üç aşamaya, dördüncü bir aşama olarak "işçinin, işverenin işe başlatma davetine bizzat icabet etmesi" de eklenebilir. Nitekim doktrinde, işçinin işe başlamak için işverene sadece şeklen başvurusunun yeterli olmadığı, çağırıldığında işe gitmemek veya işyerine gitmekle beraber çalışmaktan kaçınmak yahut işe başlamamanın, "başvuruda bulunmama" olgusunu ortaya çıkaracağı belirtilmektedir. İşe başlamayı içermeyen bir başvuru, Kanunun ruhuna aykırı olduğu gibi, şeklen yapılmış, samimi olmayan bir başvuruya hukuki sonuç bağlamak da iş güvencesinin amacına aykırıdır (Narmanlıoğlu s. 14). Buna karşılık doktrindeki aksil görüşe göre, boşta geçen süre tazminatının talep edilebilmesi için, işçinin yeniden işe başlamak üzere işverene başvurusu şart değildir; çünkü Kanunda böyle bir şarta yer verilmediği gibi, hükmün amacı da bu sonucu çıkarmaya elverişli değildir (Kuru/Budak s. 239).

70 Yılmaz-İcra Takibi s. 51.

71 Özbek-Tedbiren İşe İade s. 18-20.

72 "...Kabule göre de; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde, bu maddede göre verilen işe iadeye ilişkin ilâmların kesinleşmeden icraya konulamayacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı hâlde Mahkemece ilâmın kesinleşmeden icraya konulamayacağı gerekçesi ile takibin iptaline karar verilmesi doğru değildir..." 12. HD 13.03.2007, 1628/4593 (Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan s. 652).

c) Bölge Adliye ve İcra Hukuk Mahkemesi Kararları

Uygulamada işe iade kararı kesinleşmeden, ilâmda hükmedilen yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin icraya konulması üzerine, borçlunun şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurarak takibin iptalini talep ettiği uyuşmazlıklarda icra mahkemelerinin çok farklı ve aksi yönde kararlar verdikleri görülmektedir. Üstelik İcra İflas Kanunu'nun 363. maddesinde yer alan ve her yıl değişen oranlarda artan görece yüksek parasal sınır nedeniyle, ilâmlı icra takibine konu yargılama giderleriyle avukatlık ücretine ilişkin şikâyet başvurularının istinaf edilememesi, bu konuda yeknesak bir uygulamanın ortaya çıkmasına engel olmaktadır. Şöyle ki icra mahkemesinin ilâmlı icra takibinin iptali istemiyle yapılan bir şikâyeti kabul veya ret kararı, ancak *takipte yazılı alacak miktarının 2020 yılı itibarıyla 12.600,00 TL lirasını geçmesi şartıyla* istinaf edilebilmektedir. Ne var ki işe iade davaları maktu avukatlık ücretine ve harca tabidir. Gerçekten aralarında iş mahkemesinin de yer aldığı asliye düzeyindeki mahkemelerin *2020 yılında hükmettiği maktu avukatlık ücreti 3.400,00 TL⁷⁴, maktu başvuru harcıyla karar ve ilâm harcı ise sırasıyla 54,40 TL'dir⁷⁵*. Bir an için işe iade davasında kaybeden taraf aleyhine avukatlık ücretiyle karar ve ilâm harcı dışında bilirkişi ve tanık ücreti gibi başka yargılama giderlerine de hükmedildiği varsayılsa dahi ilâmda yer alan tüm fer'ilerin toplam tutarının İcra İflas Kanunu'nun 363. maddesinin birinci fıkrasında yazılı istinaf sınırını aşması neredeyse olanak dışıdır. Bundan dolayı, işe iade ilâmındaki fer'ilerin tahsiline yönelik icra takibine karşı yapılan şikâyetlere ilişkin

içeriğinin aynen infazı zorunludur. O nedenle sınırlı yetkili icra mahkemesince ilâmın infaz edilecek kısmı yorum yoluyla belirlenemez. Bu durumda ilâmın kesinleşmesi halinde likit olan yargılama giderleri ve vekalet ücreti kalemlerinin istenebilmesi dışında ilâmı icra takibi yolu ile infazı mümkün değildir. Somut olayda, ilâmın, takip tarihinde henüz kesinleşmediği de anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, şikâyetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir..." 12. HD 11.10.2018, 4072/9696 (uyap portal).

74 Resmî Gazete, 02.02.2020, Sayı 30996.

75 Resmî Gazete, 27.12.2019, Sayı 30991, 2. Mükerrer.

icra hukuk mahkemesi kararları kesin olup; bu kararlara karşı yapılan istinaf başvuruları bölge adliye mahkemelerince şikâyete konu tutarın istinaf sınırının altında kalması nedeniyle reddedilmektedir. Şu kadar ki bölge adliye mahkemelerinin konuya ilişkin görüşü hakkında bir izlenim elde edebilmek için, söz konusu yargı organlarının icranın geri bırakılması istemlerine ilişkin tutumlarına göz atmak yararlı olacaktır. Bu çerçevede, işe iade kararını istinaf eden borçlu, bölge adliye mahkemesinden icranın geri bırakılmasını talep etmiş; Adana Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi 4857 sayılı Kanunu'nun 21/5. maddesi gereğince icrasının istenemeyeceğini belirterek icranın geri bırakılması talebini reddetmiştir⁷⁶.

Ortaya çıkan çok sayıda uyuşmazlıkta icra mahkemelerinin şikâyetleri kabul edip vekâlet ücretiyle yargılama giderlerinin tahsiline yönelik ilâmlı takipleri iptal ettiği görülmektedir. Örneğin, işe iade ilâmı kesinleşmeden, ilâmda hükmedilen yargılama harç ve giderlerinin tahsili amacıyla başlatılan ilâmlı icra takibinin iptali talebiyle, süresinde yapılan şikâyet üzerine Ankara 14. Hukuk İcra Mahkemesi; işe iade davasının tespit hükmünde olması nedeniyle kesinleşmeden infaza konulamayacağı, ilâmda kararın kesinleştiğine dair herhangi bir şerh bulunmadığı, vekâlet ücreti ve masrafların asıl karara bağlı olduğu ve ilâm kesinleştiği tarihte muaccel olacağı gerekçesiyle borçlu aleyhinde yapılan takibin iptaline karar vermiştir⁷⁷. Ankara 15.

76 "...4857 sayılı Kanunun 21/5. maddesi gereğince davacı işçi karar kesinleşmeden kararın icrasını isteyemeyeceğinden icranın geri bırakılması talebinin reddine..." Adana BAM 7. HD 13.05.2019, 2019/1386 Esas: Özel arşiv.

77 "...İcra dosyasının incelenmesinde; davalı alacaklı tarafından davacı borçlu dernek hakkında ilâmlı icra takibi yapıldığı, takip dayanağının Ankara 15. İş Mahkemesinin 28.10.2010 gün, 2010/98-775 E.K. sayılı işe iade istemli ilâm olduğu, ilâmda hükmedilen harç, vekâlet ücreti ve yargılama giderinin tahsili için icra takibine başlanıldığı, işe iade davasının tespit hükmünde olması nedeniyle kesinleşmeden infaza konulamayacağı, ilâmda kararın kesinleştiğine dair herhangi bir şerh bulunmadığı, vekâlet ücreti ve masraflar da asıl karara bağlı olduğu ve ilâm kesinleştiği tarihte muaccel olacağından şikâyetin kabulüne karar vermek gerekmiş..." Ankara 14. İcra Hukuk Mahkemesi 24.02.2011, 234/242 (özel arşiv). Ankara 14. İcra (Hukuk) Mahkemesinin bu kararına ilişkin temyiz dilekçesi, uyuşmazlık konusu miktarın İİK m. 363, 1'de yazı-

İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2012 tarihli kararında da farklı bir gerekçeyle dahi olsa aynı sonuca varılmıştır⁷⁸.

İstanbul 10. İcra Hukuk Mahkemesi yakın tarihli bir şikâyet başvurusunda, işe iade ilâmlarının ve bu ilâmların eklentisi durumunda bulunan vekâlet ücreti ve yargılama giderinin icra takibine konulabilmesi için ilâmın kesinleşmesi gerektiğini, oysa takibe konu ilâmın kesinleştiğine dair ilâmda herhangi bir şerhin olmadığını belirterek takibin iptaline hükmetmiştir⁷⁹. Adana ilinde kurulu kimi icra hukuk mahkemelerinin aynı yıl içinde ardı ardına benzer yönde kararlar vermesi de dikkat çekmektedir. Bu doğrultuda, Adana 4. İcra Hukuk Mahkemesi işe iade istemli tespit kararları kesinleşmeden icraya konulamayacağı gibi buna dayalı eklentisi olan vekâlet ücreti ve yargılama gideri alacağına da aynı hükümlere takibi mümkün bulunmadığı tarzında bir gerekçeye dayanarak takibi iptal etmiştir⁸⁰. Nihayet Adana 3. İcra Hukuk Mahkeme-

si 2020 tarihli çok yeni bir kararında aynı sonuca ulaşmıştır. Yerel Mahkeme kararında dikkat çeken nokta, hukuki açıdan oldukça doyurucu ve tatmin edici bir gerekçeye yer verilmiş olmasıdır. Öncelikle sadece icrası yorum gerektirmeyecek şekilde açık eda hükmü taşıyan ilâmların icra takibine konu olabileceğini, buna karşın eda hükmü içermeyen tespiti ilişkin ilâmların icra takibine konu edilemeyeceğini ifade eden Mahkeme; daha sonra, tespit kararlarının vekalet ücreti ve yargılama giderine ilişkin likit miktarların ancak kesinleşme durumunda icra yolu ile infaz edilebileceğini, somut olaya konu işe iade ilâmında likit bir miktarın ödenmesi yönünde eda hükmü oluşturulmadığını, takibe konu ilâmın takip tarihinde henüz kesinleşmediğini, ilâmın kesinleşmemesi nedeniyle yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin tahsilinin mümkün olmadığını vurgulayarak takibin iptali yönünde hüküm kurmuştur⁸¹.

lı kesinlik sınırının altında kalması sebebiyle Yargıtay'ca reddedilmiştir. 12. HD 13.12.2011, 10402/28513: Özel Arşiv.

78 "...Yasaya aykırılık ileri sürülmekle yapılan incelemede; takip dayanağı mahkeme ilamının işe iade istemli/tespit davası sonucunda verildiği, şahsın hukukuna ilişkin ilam olduğu, kesinleşme şerhinin bulunmadığı, dava dilekçesi ekinde sunulan 3. İş Mahkemesine hitaben yazılan dilekçeye verilen şerhte kararın TED ANKARA KOLEJİ VAKFI tarafından 03.07.2012 tarihinde temyiz edildiğinin belirtildiği, şahsın hukukuna ait ilamlar kesinleşmedikçe HMK 367/2 md gereğince icra takibine konu yapılamayacağından şikâyetin kabulü ile takibin iptaline dair aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerekmektedir..." Ankara 15. İcra Hukuk Mahkemesi, 11.10.2012, 850/1041: Özel Arşiv.

79 İstanbul 10. İcra Hukuk Mahkemesi 04.02.2019, 45/107: Özel Arşiv. İstanbul 10. İcra Hukuk Mahkemesinin bu kararına ilişkin istinaf dilekçesi, uyuşmazlık konusunun miktarın İİK m. 363, 1'de yazılı kesinlik sınırının altında kalması sebebiyle BAM tarafından reddedilmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. HD 22.05.2019, 1119/984: Özel Arşiv.

80 "...Somut olayda; davacı şirket aleyhine başlatılan takibin Konya 1. İş Mahkemesi'nin 2019/252 esas, 2019/922 karar sayılı, 25/09/2019 tarihli işe iade istemli tespit davası olduğu görülmekle mahkememizce Konya 1. İş Mahkemesine yazılan müzekkereye verilen cevapta takip dayanağı ilâmın kesinleşmediğinin bildirildiği anlaşılmış olup işe iade istemli tespit kararları kesinleşmeden icraya konulamayacağı gibi buna dayalı eklentisi olan vekâlet ücreti ve yargılama gideri alacağına da aynı hükümlere tabi olarak takibi mümkün bulunma-

ğından şikâyetin kabulüne ile Adana 4. icra müdürlüğünün 2019/13560 esas sayılı dosyası ile davacı borçlu şirket aleyhine başlatılan takibin iptaline karar vermek gerekmiş buna ilişkin aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur..." Adana 4. İcra Hukuk Mahkemesi 04.11.2019, 642/543: Özel Arşiv.

81 "...Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Başkanlığının 11/10/2018 tarihli 2018/4072 esas 2018/9696 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere; Para ve teminat verilmesi hakkındaki ilamların icrası İİK'nın 32 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan maddede para borcuna veya teminat verilmesine dair ... icra müdürlüğünce infazı usulü düzenlenmiş, İİK'nın "ilam mahiyetini haiz belgeler başlığını taşıyan 38. maddesinde ise Mahkeme huzurunda sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir. İlgili yasa maddeleri ile yasa koyucu hangi belgelere dayanılarak ... icra takibi yapılabileceğini önemine binaen titizlikle düzenlemiş, gerekli gördüğü yerlerde bunu özel kanunlarla belirleyip sınırlandırmıştır. Burada göz ardı edilmemesi gereken husus ise maddede yer verilen ilamların, icrası yorum gerektirmeyecek şekilde açık eda hükmü taşıyan ilamlar olduğu noktasıdır. Bu nedenle eda hükmü içermeyen "tespiti ilişkin ilamlar icra takibine konu edilemez. Ancak, kesinleşmeleri halinde bu ilamlardaki vekalet ücreti ve yargılama giderine ilişkin likit miktarların ... icra yolu ile infazı mümkündür. Somut olayda takibe dayanak yapılan İskenderun 2. İş Mahkemesinin 15/01/2019 tarih ve 2018/3 esas 2019/17 sayılı kararında "davanın kabulüne, feshin geçersizliğine ve davacının davalı işyerindeki işine iadesine, davacının yasal süre içerisinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe

Bununla birlikte, uygulamada işe iade ilâmlarında yer alan vekâlet ücretiyle yargılama giderinin karar kesinleşmeden önce icraya konulmasına yönelik şikâyetlerin reddedildiği icra hukuk mahkemesi kararlarına da rastlanmaktadır. Bu bağlamda, İstanbul 20. İcra Hukuk Mahkemesi'ne işe iade ilâmında yer alan eklentilerin (fer'ilerin) icrasının ilâmın ancak bir bütün olarak kesinleşmiş olmasına bağlı olacağı, icra takibine konu ilâmın henüz kesinleşmediği, bundan dolayı böyle bir ilâm için icra takibi başlatılamayacağı gibi gerekçelerle icra takibinin iptali istemli şikâyet başvurusu yapılmış; ancak salt bir Yargıtay kararından alıntı yapmakla yetinen ve başka bir gerekçe kaleme almayan Yerel Mahkeme şikâyetin reddine karar vermiştir⁸².

başlatılmaması halinde davalı tarafından ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi ve fesih nedeni de dikkate alınarak takdire davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında belirlenmesine, davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalı tarafından ödenmesi gerektiğinin tespitine" karar verilmiş, ilamla likit bir miktarın ödenmesi yönünde eda hükmü oluşturulmamıştır. Bu durumda ilâmın kesinleşmesi halinde yargılama giderleri ve vekalet ücreti kalemlerin istenebilmesi dışında icra yolu ile infazı da mümkün değildir. Takibe konu ilâmın takip tarihinde henüz kesinleşmediği, ilâmın kesinleşmemesi nedeniyle yargılama giderleri ile vekalet ücretinin de tahsilinin mümkün olmadığı anlaşılmış bu nedenle şikâyetin kabulü ile davacı hakkında başlatılan takibin iptaline karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur..." Adana 3. İcra Hukuk Mahkemesi 07.01.2020, 665/11: Özel Arşiv.

82 "...6100 Sayılı HMK.nun geçici 3. maddesi yollamasıyla uygulanması gereken HUMK.nun 443/1 (HMK. 367/1 m.) maddesi gereğince, temyiz kararın icrasını durdurmaz. Yani kural olarak kararın kesinleşmemiş olması, kararın yerine getirilmesini önlemez. Bu kuralın istisnaları da yine yasalarda düzenlenmiştir.

-Taşınmaz ve buna ilişkin aynı haklara, aile ve şahsın hukukuna ilişkin ilamlar (HUMK.443/4 m.),

-Mahkumiyete ilişkin ceza ilamlarının tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin kısımları, (5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 4. maddesi),

-Kira tespit ilamları (12.11.1979 tarih 1979/1-3 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı),

-Menfi tespit davasına ilişkin ilamlar (İİK 72. Madde),

-Yabancı Mahkeme ilamlarının tenfizi hakkındaki kararlar (MÖHUK. 41/2),

-Sayıştay Kararları (832 Sayılı Sayıştay Kanunu 64. Madde),

-İdare aleyhine açılan haciz veya ihtiyati haciz uygulama-

Öte yandan takip dayanağı işe iade ilâmında hüküm altına alınan vekâlet ücretiyle yargılama giderinin kesinleşmeden takibe konulmasının olanak dışı olduğu belirtilerek yapılan benzer bir şikâyet, Adana 5. İcra Hukuk Mahkemesi'nce sadece bir Yargıtay kararının ve bir Bölge Adliye Mahkemesi kararının künyesine gönderme yapılmak suretiyle gereksiz reddedilmiştir⁸³.

Kararlarda tartışılan diğer bir nokta, vekâlet ücretiyle yargılama giderlerinin işe iade ilâmı kesinleşmeden önce icraya konulmasının süresiz şikâyete tabi olup olmadığıdır. Adana 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin kararına konu somut olayda; takibe dayanak oluşturan icra emri borçlu vekiline 06.05.2015 tarihinde tebliğ edilmiş, ancak borçlu

ları ile ilgili davalarda verilen kararlar (2577 Sayılı İYUK 28/1),

-Mülkiyetin tespitine ilişkin olmaları nedeniyle istihkak davasının kabulüne dair ilamlar kesinleşmeden infaz edilemez. Mahkememizce yapılan incelemede İstanbul Anadolu 3. İş Mahkemesi'nin 20/12/2018 tarihli 2018/318 esas 2018/809 karar sayılı ilamına dayalı olarak icra takibine geçildiği, söz konusu icra takibine konulan vekalet ücreti ve yargılama gideri alacağının tespit işe iade teslimine dair verilen karar gereğince icra takibine konulduğu, tespit davası sonucunda verilen kararın icrası için kesinleşmesine gerek bulunmadığı anlaşılmış olmakla şikâyetin reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur..." İstanbul 11. İcra Hukuk Mahkemesi 09.01.2020, 2019/67 Esas 2020/38 Karar: Özel Arşiv İstanbul 11. İcra Hukuk Mahkemesinin bu kararına ilişkin istinaf dilekçesi, uyumsuzluk konusu miktarın İİK m. 363, 1'de yazılı kesinlik sınırının altında kalması sebebiyle BAM tarafından reddedilmiştir (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 23. HD 21.02.2020, 507/303: Özel arşiv).

83 "...Somut olayda takip dayanağı ilâmın Adana 5. İş Mahkemesinin 2019/76 Esas, 2019/583 sayılı kararı olduğu ve hükmün, "davacının kararın kesinleşmesinden itibaren 10 gün içinde işe başlamak üzere fesih sebebi göz önünde bulundurularak takdire 4 aylık brüt ücreti tutarında tazminatın davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiği; işe iade süresinde başvurusu halinde mahkeme kararının kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre içinde en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine" ilişkin olduğu, hükmün istinaf aşamasında olduğu, henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda likit olan yargılama giderleri ve vekalet ücretinin istenebilmesi ve ilamla icra takibi yoluyla infazı mümkündür. (12. HD. 11/10/2018 gün, 2018/4072 Esas, 2018/9696 Karar/Ankara BAM 19. HD. 2018/738 Esas, 2019/1234 Karar)" Adana 5. İcra Hukuk Mahkemesi 21.01.2020, 2019/619 Esas 2020/52 Karar: Özel Arşiv.

vekili yasal (7) günlük sürenin dolmasından sonra 14.07.2016 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. Yerel Mahkeme, gayrimenkulün aynı ve tarafların hukukî durumlarında, kayıt ve sicillerinde değişiklik yaratan şahsın hukuku ile ilgili ilâmlar dışındaki ilâmlar yönünden kesinleşmeden takibe konulamayacağına yönelik şikâyetlerin süreye tabi olduğu, icra dosyasından ödeme emrinin borçluya 29.07.2019 tarihinde tebliğ edildiğinin anlaşıldığı ve davacı borçlu tarafından 7 günlük hak düşürücü süre geçirildikten sonra 12.11.2019 tarihinde başvuru yapıldığı gerekçesiyle şikâyeti süre yönünden usulden reddetmiştir⁸⁴. Ayrıca işe iade kararıyla birlikte hükmedilen vekâlet ücretiy- le yargılama giderine uygulanacak faizin başlangıç

tarihinden kaynaklanan uyuşmazlıklarında şikâyet yoluyla icra hukuk mahkemelerine taşındığı görülmektedir. Şikâyet konusu bir olayda ilâmın konusunun işe iade istemli dava olduğu ve ilâmda yazılı vekâlet ücretiyle yargılama giderine mahkeme kararının onandığı 19.12.2018 tarihi yerine karar tarihi olan 03.05.2018 tarihinden başlayarak faiz işletilmesinin hukuka aykırı olduğu ifade edilerek takibin durdurulmasına ve iptaline karar verilmesi talep edilmiştir. Önce ilâmın kesinleşmeden takibe konu edilemeyeceği yönündeki şikâyetin süreye tabi olmadığına işaret eden İstanbul 26. İcra Hukuk Mahkemesi, daha sonra kural olarak ilâma dayalı icra takibi yapılabilmesi için hükmün kesinleşmesinin şart olmadığı ve işe iadeye ilişkin ilâmların kesinleşmeden icraya konulamayacağına ilişkin özel hüküm de bulunmadığı gibi gerekçeler sıralayarak şikâyeti reddetmiştir⁸⁵.

84 "...Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Başkanlığının 2017/12712 E., 2017/11741 K. Sayılı ilamında da belirtildiği üzere; "İİK'nun 16/1 maddesi gereği, icra memurunun işleminin yasaya veya olaya uygun bulunmaması nedeniyle, icra mahkemesine başvurularak şikâyet yolu ile kaldırılmasının istenmesi kural olarak 7 günlük süreye tabidir. Gayrimenkulün aynı ve tarafların hukuki durumlarında, kayıt ve sicillerinde değişiklik yaratan şahsın hukuku ile ilgili ilamların kesinleşmeden takibe konulamayacağına yönelik şikâyetler kamu düzeni ile ilgili olmaları nedeniyle süresiz olup, bunlar dışındaki ilâmın kesinleşmeden takibe konulamayacağına yönelik şikâyetler süreye tabidir. Somut olayda; takip dayanağı ilâm menfi tespit ilâmı olup, icra emri borçlu vekiline 06.05.2015 tarihinde tebliğ edilmiş, yasal (7) günlük süre geçirilerek 14.07.2016 tarihinde şikâyet başvurusunda bulunulmuştur. Bu durumda şikâyetin süreden reddi gerekirken, Mahkemece işin esası incelenip sonucuna gidilmesi isabetsizdir. Kararın bu nedenle bozulması gerekirken onandığı anlaşılacakla alacaklı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir." denilmektedir. Tüm dosya kapsamı ve delillerin değerlendirilmesi sonucunda, Adana 4.İcra Müdürlüğünün 2019/9501 esas sayılı dosyasında Adana 6. İş Mahkemesi'nin 2018/622 E., 2019/587 K. Sayılı işe iade istemli tespit davasına ilişkin karara konu icra emri gönderildiği, takip dayanağı ilâmın henüz kesinleşmediği, yerleşik Yargıtay içtihatlarında belirtildiği üzere Gayrimenkulün aynı ve tarafların hukuki durumlarında, kayıt ve sicillerinde değişiklik yaratan şahsın hukuku ile ilgili ilamlar dışındaki ilamlar yönünden kesinleşmeden takibe konulamayacağına yönelik şikâyetlerin süreye tabi olduğu, icra dosyasından ödeme emrinin borçluya 29/07/2019 tarihinde tebliğ edildiği, davacı borçlu tarafından 7 günlük hak düşürücü süre geçirildikten sonra 12/11/2019 tarihinde mahkememize itirazda bulunulduğu anlaşılmalı bu nedenle davacılar tarafından açılan davanın süre yönünden usulden reddine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir..." Adana 1. İcra Hukuk Mahkemesi 15.11.2019, 684/636: Özel Arşiv.

85 "...6100 Sayılı HMK.nun geçici 3. maddesi yollamasıyla uygulanması gereken HUMK.nun 443/1 (HMK. 367/1 m.) maddesi gereğince, temyiz kararın icrasını durdurmaz. Yani kural olarak kararın kesinleşmemiş olması, kararın yerine getirilmesini önlemez. Bu kuralın istisnaları da yine yasalarda düzenlenmiştir.

-Taşınmaza ve buna ilişkin aynı haklara, aile ve şahsın hukukuna ilişkin ilamlar (HUMK. 443/4 m.),

-Mahkumiyete ilişkin ceza ilamlarının tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin kısımları, (5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 4. maddesi),

-Kira tespit ilamları (12.11.1979 tarih 1979/1-3 Sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı),

-Menfi tespit davasına ilişkin ilamlar (İİK 72. Madde),

-Yabancı Mahkeme ilamlarının tenfizi hakkındaki kararlar (MÖHUK. 41/2),

-Sayıştay Kararları (832 Sayılı Sayıştay Kanunu 64. Madde),

-İdare aleyhine açılan haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar (2577 Sayılı İYUK 28/1.). İlâmın kesinleşmeden takibe konu edilemeyeceği yönündeki şikâyet ilâma aykırılık niteliğinde olduğundan İİK 16/2 maddesi uyarınca süreye tabi değildir. Kural olarak ilâma dayalı takip yapılabilmesi için hükmün kesinleşmiş olması şart değildir. Somut olayda takip konusu ilâmın Bakırköy 21. İş Mahkemesi'nin 03/05/2018 tarihli 2017/631 Esas, 2018/363 Karar sayılı işe iade konulu ilâm olduğu anlaşılacakla, söz konusu ilâmın İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26. HD'nin 19/12/2018 tarih, 2018/1916 Esas, 2018/1856 Karar sayılı ilâmı ile istinaf başvurusunun esastan reddedildiği görülmüştür. İşe iadeye ilişkin ilamların kesinleşmeden icraya konulamayacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından ilâm

d) Değerlendirme ve Görüşümüz

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin yeni içtihadı, ilâmlı icra takibinin dayanağı olan işe iade kararlarının kesinleşmeden icra edilemeyeceği ve kesinleşmeden icraya konulamayacak işe iade ilâmlarında öngörülen yargılama giderleriyle vekâlet ücretlerinin de aslın rejimine tâbi olarak ilâm kesinleşmeden icraya konulamayacağı yönündedir. Aynı görüş icra hukuk mahkemesi kararlarına da yansımıştır. Ne var ki işe iade hükmünün eklentileri olan yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin, işe iade kararı kesinleşmeden ilâmlı icraya konulabileceği sonucuna varan ve görüşlerini benzer gerekçelere dayandıran yargı kararlarının da varlığı göz ardı edilmemelidir. Şöyle ki Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, eski içtihadında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde işe ilâmlarının kesinleşmeden icraya konulamayacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığını ileri sürerken; icra hukuk mahkemeleri ise bir dizi Yargıtay kararına atıf yaptıkları kararlarda HMK m. 350/1 ve 367/1 uyarınca istinaf ve temyiz kararın icrasını durdurmuyacağını, kuralın istisnalarının da yine yasalarda düzenlendiğini, ne var ki işe iadeye ilişkin ilâmların kesinleşmeden icraya konulamayacağına ilişkin özel bir yasal düzenleme bulunmadığını savunmaktadır.

Öncelikle işaret etmek gerekir ki; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin eski içtihadı hem İş Kanunu m. 21/6'nın açık hükmüne hem de 9. Hukuk Dairesinin, işe iade davasını bir tespit davası olarak kabul eden görüşüne aykırı olduğundan isabetli değildir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, işe iade kararı sonunda verilen nihaî kararı "tespit hükmü" olarak kabul etmesi karşısında, 12. Hukuk Dairesinin, işe iade hükmünün fer'ileri olan yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin, işe iade kararı kesinleşmeden ilâmlı icraya konulabileceğine karar vermesi ciddi bir çelişki oluşturmaktadır. Zira istikrar kazanmış Yargıtay kararlarına göre, tespit davası sonunda

karar kesinleşmeden takibe konulabileceğinden ilâmlı hükmedilen vekâlet ücreti ve yargılama giderine de karar tarihinden itibaren faiz işletilmesinde herhangi bir hukuka aykırılık tespit edilememiştir..." İstanbul 26. İcra Hukuk Mahkemesi 13.02.2019, 554/904: Özel Arşiv.

alınan ilâmlarda hükmedilen yargılama giderleri ve tazminata ilişkin bölüm bir eda hükmü niteliğinde olsa da, bu kısım ancak asıl ilâm kesinleştikten sonra icra edilebilir⁸⁶. Gerçekten yargılama giderleri asıl alacağına bağlı fer'i nitelikte alacaklar olduğundan, *asıl alacak tahsil edilebilir olmadan, fer'iler de ilâmlı icra takibine konu edilemez*⁸⁷. Kaldı ki İş Kanunu m. 21/6 son derece açıktır. Buna göre, "...İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur..." Daha önce yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, işe iade hükmünün özgün doğası (inşai niteliği) ve açık yasal düzenleme, ilâmda yer alan asıl alacağın karar kesinleşmeden önce icraya konulmasını olanaksız kılmaktadır. Dolayısıyla işe iade ilâmındaki asıl alacak için kesinleşmeden önce icra takibi yapılamaması, hükmün fer'ilerinin (vekâlet ücreti ve yargılama gideri) de aynı hukuki rejime tabi olmasını kaçınılmaz hale getirmektedir. Gerçekten bir yandan işe iade kararının ve aynı kararla hükmedilen tazminatların icrası için kesinleş-

86 "...Borçlunun borçlu olmadığını kanıtlamak için açtığı olumsuz tespit davası sonunda alınan ilâmın (davacının davalı alacaklıya borçlu olmadığını) hükme bağlayan bölümü bir tespit niteliğinde olduğundan ayrıca takip konusu yapılamaz. Ancak, alınan ilâmın borçlu yararına hükmedilen yargılama giderleri ve tazminata ilişkin bölümü ise ilâmda yazılı miktarın davalıdan alınmasına ilişkin bir tahsil (eda) hükmü niteliğindedir. Bu sebeple ilâmlı takibe konu yapılması mümkündür. Ancak; İİK. nun 72/5. maddesinde işin esası ile ilgili olarak icranın kısmen veya tamamen eski hale iadesi ilâmın kesinleşmesine bağlanmış olup, tazminat ve giderler esasla ilgili hükmün eklentileridir. İlâmın esası kesinleşmeden infaz edilemeyeceğine göre, eklentilerin de borçludan istenebilmesi için hükmün kesinleşmesi gerekir (H.G.K. 7.11.1990 tarih 1990/12-446 E. 564 K.). -O halde icra mahkemesince duruşma açılarak dayanak ilâmın takip tarihinde kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılması ve yukarıdaki ilkelere göre bir karar verilmesi yerine eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..." (12. HD 29.04.2004, 6332/10652: KBİBB).

87 "Tazminat ve giderler ise esasın eklentileridir. İlâmın esası kesinleşmeden infaz edilemeyeceğine göre eklenti ve ayrıntılarda pek doğal olarak kesinleşmeden infaz olunamaz. Bu nedenle mahkemece, takibin iptaline karar verilmesi gerekirken şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir" (12. HD 08.05.2007, 6836/9224: KBİBB).

me koşulu aramak, diğer yandan ise aynı ilâmda yazılı vekâlet ücretiyle yargılama gideri için böyle bir koşul gerekmediğini savunmak, kesinleşme koşulu gerektiren ilâmlarda fer'ilerin ancak kesinleşmenin ardından icraya konulabileceği biçimindeki temel kuralla çelişecektir. Buna göre, işe iade ilâmın eklentisi vekâlet ücretiyle yargılama giderinin ilâmlı icra takibine konu edilebilmesini kesinleşme koşuluna bağlayan içtihatlarla yerel mahkeme kararlarının yasal düzenlemeyle uyumlu olduğu vurgulanmalıdır.

İşe iade kararı kesinleşmeden, ilâmda hükmedilen yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin icraya konulması hâlinde, kamu düzenine aykırılık sebebiyle icra mahkemesine süresiz şikâyet yoluyla başvurulabilmeli ve ilâmlı icra takibi, takip dayanağı ilâm kesinleşmediği için iptal edilebilmelidir. Bu doğrultuda, Adana 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin bu tür bir şikâyeti salt 7 günlük yasal süre içinde yapılmadığı gerekçesiyle reddetmesi yerinde olmamıştır. Ayrıca işe iade kararıyla birlikte hükmedilen vekâlet ücretiyle yargılama giderine uygulanacak faizin başlangıç anı karar tarihi değil, kararının kesinleştiği tarihtir. Gerçekten kesinleşme koşulu aranan bir ilâmda faiz kesinleşmeden itibaren işlemeye başlar. Nitekim Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu doğrultudadır⁸⁸.

V. Sonuç

İşe iade davası sonunda verilen hükmün hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretide azınlıkta kalan görüş işe iade hükmünün eda niteliği taşıdığını savunurken, öğretide baskın düşünce ise, işe iade hükmünün bir tespit hükmü olduğu görüşünü benimsemiştir. Nitekim Yargıtay, öğretideki baskın yaklaşıma paralel biçimde, işe iade davası

sonunda verilen kararı bir tespit hükmü saymaktadır. Oysa mahkemenin feshin geçersizliğine karar vermesiyle birlikte işverence feshedilen iş sözleşmesi feshin geçersizliği nedeniyle taraflar arasında kanundan ötürü (*ipso iure*) yeniden kurulmakta ve böylece işverenin işçiyi işe başlatması (işçiyi işine iadesi) gerekmektedir. Buna göre, işe iade davası bu niteliği ve yasanın davaya bağladığı sonuç nedeniyle teknik anlamda inşâî (yenilik doğuran) bir dava ve işe iade hükmü de inşâî (yenilik doğuran) bir hükmüdür.

İşe iade hükmünün hukuki niteliği işe iade ilâmının icrasını da derinden etkilemektedir. Öyle ki işe iade hükmüne eda niteliği yüklendiği takdirde ilâmlı icra takibine konu olabilecekken, aksine aynı hükmün tespit veya inşâî karakter taşıdığı düşüncesi kabul gördüğü takdirde bu defa işe iade hükmü ilâmlı icra takibi yoluyla yerine getirilemeyecektir.

Öğretide 7036 sayılı İş Mahkemeler Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinde değişiklik yapılmadan önceki dönemde savunulan ve işe iade hükmünü tespit hükmü sayan görüş; mahkemenin, işe iade edilmeme hâlinde işçiyi ödemesine karar verdiği işe başlatmama tazminatıyla işçinin feshin geçersizliğine bağlı olarak kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı en fazla dört aylık ücret ve diğer hakları için ilâmlı icra takibi yapılamayacağı; söz konusu parasal hakların ancak ilâmsız icra yoluyla icraya konulabileceği kanısındaydı. Bu dönemde Yargıtay da işe iade davası sonunda işe iade hükmüne dayalı olarak ilâmlı icra takibi yapılamayacağını içtihat etmişti.

7036 sayılı İş Mahkemeler Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine "...Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler..." şeklinde bir hüküm eklenmiştir. Madde gerekçesinde ise "...Hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçmek hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazminatı parasal olarak belirlemesi öngörülmekte ve işe başlatılmama durumunda kararda

88 "...Öte yandan; ilamda, faiz ve faizin başlangıcı konusunda bir hüküm bulunmaması halinde karar tarihinden itibaren yasal faiz istenebilir. Ancak, hükmün infazı için kesinleşmesi gereken hallerde, faizin, kararın kesinleşme tarihinden itibaren hesaplanması gerekir (İçtihatı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 24.11.1995 tarih, 1994/2 E. - 1995/2 K. sayılı ve HGK'nun 05.04.2000 tarih, 2000/12-739 E. - 2000/746 K. sayılı ilâmlarında vurgulandığı üzere..." (12. HD 21.03.2019, 2018/6150 2019/5015 Karar: KBİBB)

yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkân tanınmaktadır..." şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Her ne kadar madde gerekçesinden işe başlatmama tazminatıyla boşta geçen süre ücretinin tahsili amacıyla icra takibi başlatılabileceği gibi bir izlenim uyansa da, bu tutarların ilâmlı icra yoluyla icra edilebilmesi yine olanak dışıdır. Zira işe iade ilâmında yer alan paraya ilişkin hakların doğumu hâlâ işçinin işe iade başvurusu yapması şartına bağlıdır.

Uygulamada icra hukuk mahkemelerinin sıkça önüne gelen bir konu, işe iade hükmünün fer'ileri olan yargılama giderleriyle avukatlık ücreti için, işe iade kararı kesinleşmeden önce ilâmlı icra takibine girilip girilemeyeceğidir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, daha önce işe iade ilâmında yer alan yargılama gideriyle avukatlık ücreti için kesinleşmeden önce takip yapılabileceği kanısındayken, yakın tarihte bu içtihadından dönerek işe iade hükmünün eklentisi konumundaki yargılama gideriyle avukatlık ücretinin ancak kesinleşmenin ardından icraya konulabileceği sonucuna ulaşmıştır. Öte yandan işe iade kararında hükmedilen yargılama giderleriyle avukatlık ücreti toplam tutarının istinaf sınırının altında kalması, icra hukuk mahkemelerine yapılan şikâyetler sonucu verilen kararların istinaf denetiminden geçmeksizin kesinleşmesi sonucunu doğurmakta; böylece aynı konuda çok sayıda zıt ve çelişkili icra hukuk mahkemesi kararı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bölge adliye mahkemelerinin bu konudaki uygulaması, ancak işe iade davası sonunda verilen kararlara yönelik icranın geri bırakılması taleplerine karşı takınılan tutumdan anlaşılabilir. Nitekim uygulamada bazı bölge adliye mahkemelerinin işe iade ilâmlarına yönelik icranın geri bırakılması istemlerini, işe iade hükümlerinin kesinleşmeden icra edilemeyeceği gerekçesiyle geri çevirdikleri görülmektedir.

İcra hukuk mahkemesi kararlarının çoğu, işe iade ilâmlarındaki yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin kesinleşmeden önce ilâmlı icra takibine konu edilemeyeceği yönündedir. Aksine sayıca az da olsa bazı icra hukuk mahkemeleri kararlarında ise, işe iade ilâmında yer alan yargılama giderleriyle vekâlet ücretinin kesinleşme öncesinde icra-

ya konulabileceği belirtilerek borçlularca yapılan şikâyet başvuruları reddedilmiştir. Bu kararlarda, işe iade ilâmının kesinleşmeden önce icra edilmesini yasaklayan özel bir hüküm bulunmadığı varsayımından hareket edilmiştir. Bununla birlikte, öğretinin baskın çoğunluğu ve içtihat, işe iade hükmünün inşâi nitelik veya tespit niteliği taşıdığı konusunda görüş birliği içerisindedir. İnşâi hüküm veya tespit hükmü içeren ilâmlarda yer alan yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin ise ancak kararın kesinleşmesinin ardından ilâmlı icra takibine konu olabileceği ortadadır. Üstelik İş Kanunu m. 21, 6 açıkça işe iade kararının kesinleşmesinden söz etmektedir. Öyleyse işe iade ilâmındaki eklentilerin icrasında kesinleşme şartı aramayan icra hukuk mahkemesi kararlarının hukuka aykırı olduğu son derece belirgindir. Öte yandan işe iade kararı kesinleşmeden gönderilen ve yargılama giderleriyle avukatlık ücretinin talep edildiği icra emirlerine karşı yapılan şikâyetler kamu düzeninden sayılmalı ve bu tarz başvurularda 7 (yedi) günlük süre koşulu aranmamalıdır. Ekleyelim ki, icra edilebilirliğin kesinleşme koşuluna bağlı olduğu ilâmlarda faiz karar tarihinden değil, kesinleşme anından itibaren işlemeye başlar. Dolayısıyla işe iade ilâmında yer alan yargılama giderleriyle vekâlet ücretine uygulanacak faizin başlangıç anı, kararın kesinleştiği tarihtir.

KAYNAKÇA

- Aktepe, Sezin: İşe İade Davalarının Medenî Usûl Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi (DEÜHFD, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009/Özel Sayı, İzmir 2010, s. 63-101).
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- Alp, Mustafa: İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası) (DEÜHFD 2003/1, s. 1-40).
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2019.
- Baamonde, Xulio Ferreiro:İspanya İcra Sistemi ve Teşkilat Yapısı (Uluslararası İcra ve İflas

- Hukuku Konferansı ve Çalıştayı, Tebliğler ve Raporlar, Ankara 2014, s. 45-57).
- Baycık, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011.
 - Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1978.
 - Budak, Ali Cem: Tartışmalar (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Bilirkişilik, İflâsın Ertelenmesi, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Ankara 2007, s. 167-172).
 - Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
 - Ertan, Emre: Toplu İş Sözleşmesinin Yorumu (SİHD 2018/40, s. 74-96).
 - Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara 2006.
 - Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019.
 - Denti, Vittorio/Silvestri, Elisabetta: Regional Report from Continental Western Europe (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 155-170).
 - Duman, Barış: 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2002.
 - Dönmez, Kâzım Yücel: İşe İade Davalarında Kararın Kesinleşmesi ve Tebliği (SİHD 2010/18, s. 143-149).
 - Günay, Cevdet İlhan: İş Davaları, Ankara 2012 (Günay-İş Davaları).
 - Günay, Cevdet İlhan: İş Güvencesi Uygulamasında Hukukî Sorunlar ve Öneriler (Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 153-179).
 - Günay, Cevdet İlhan: İş Kanunu Şerhi, C. 1, 2, Ankara 2009 (Günay- İş Kanunu Şerhi).
 - Jacob, Jack: General Report including Regional Report from Great Britain (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 3-67).
 - Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul 2008.
 - Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2 İstanbul 2001 (Kuru-Usul 2).
 - Kuru, Baki: Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. 1, 2, Ankara 2020 (Kuru-El Kitabı).
 - Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014.
 - Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: Tespit Davaları, İstanbul 2010.
 - Manav, A. Eda: İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.
 - Narmanlıoğlu, Ünal: İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Sonuçlar (SİHD 2010/19, s. 12-27).
 - Oskay, Mustafa/Koçak, Coşkun/Deynekli, Adnan/Doğan, Ayhan: İİK Şerhi, C. 1,2,3,4,5, Ankara 2007.
 - Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
 - Önen, Ergun: İnşâî Dâva, Ankara 1981 (Önen-İnşâî Dâva).
 - Özbek, Mustafa: İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşe İadesi (Çalışma ve Toplum Dergisi 2012/4, s. 11-39) (Özbek-Tedbiren İşe İade).
 - Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İllâmlı İcranın Etkinliği, C. 1, 2, Ankara 2018 (Özbek-İllâmlı İcranın Etkinliği).
 - Özekes, Muhammet: İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479-514) (Özekes-İş Kanunu).
 - Özekes, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları (İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005, s. 131-170) (Özekes-Uygulama Sorunları).

- Özekes, Muhammet: İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları (SİHD 2006/4, s. 32-38) (Özekes-İşe İade Davaları).
- Özekes, Muhammet: 7036 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin İşe İade Davasının Niteliği ve İcrasına Etkisi (SİHD 2018/39, s. 62-77) (Özekes-İşe İade Davasının Niteliği ve İcrası).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden: Alman Hukuku'nda Fesih Bildiriminin İptali Davası İle Türk Hukuku'ndaki İşe İade Davası'nın Yargılama Hukuku Bakımından Genel Bir Karşılaştırılması (MİHDER 2011/18, s. 121-163).
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Erdönmez, Güray/Akkan, Mine/Yeşilirmak, Ali/Taş Korkmaz, Hülya: Medenî Usûl Hukuku, C. 1, 2, 3, Ankara 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E.: Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Saraç, Coşkun: Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti (Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 451-488).
- Stalev, Zhivko: Regional Report from Continental Eastern Europe (Trends in the Enforcement of Non-money Judgments and Orders, Deventer 1988, s. 171-189).
- Sungurtekin Özkan, Meral: İnşai Karar ve Özellikleri (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 553-576).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2019.
- Tanrıver, Süha: "Tartışmalar" (Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı II-III, İstinaf Derecesi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, Birlikçilik, İflâsın Ertelenmesi, Eskişehir, 3-5 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, Ankara 2007, s. 162-163).
- Tutumlu, Mehmet Akif: Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekçeli Karar, Ankara 2007.
- Uçum, Mehmet: İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları (SİHD 2008/11, s. 43-58).
- Üstündağ, Saim: Medenî Yargılama Hukuku, C. 1-2, İstanbul 2000.
- Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler (SİHD 2006/4, s. 20-31, s. 27-29) (Yılmaz-İşe İade Davalarında Yargılama Usulü).
- Yılmaz, Ejder: İşe İade Başvurusunun Avukat Aracılığıyla Yapılabilirliği (SİHD 2009/14, s. 123-133) (Yılmaz-İşe İade Başvurusu).
- Yılmaz, Ejder: İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması (SİHD 2010/17, s. 45-52) (Yılmaz-İcra Takibi).

Ücret Niteliğindeki İşçi Alacağı Davalarında Tanık Deliline Dayanılması

Öz

Bir vakıanın ispatı için başvuru araçları delil denir. Hukukumuzda deliller, kesin ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılır. İşçi alacağı davalarında, en çok başvuru tanık delili, takdiri deliller arasında yer almaktadır. Tanık, uyuşmazlık hakkında bilgi ve görgüsü bulunan üçüncü kişidir. Diğer deliller gibi tanık delilinin de kim tarafından, ne zaman, nasıl ve hangi konuda gösterileceği medeni yargılama hukukunda gösterilmiştir. Tanık deliline başvurmak isteyen taraflar dilekçeleri ile birlikte, tanık deliline başvurmalıdırlar. Aksi halde, tanık dinletme hakkını kaybederler. Usulüne uygun olarak bildirilen tanıklara mahkemece davetiye gönderilir. Davetiyeye rağmen gelmeyen tanıkların zorla dinlenilmesine karar verilir. İş mahkemelerinde daha çok ücret miktarı, fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağı konularında tanık

dinlenmektedir. Ücretin ödenmesi ve yıllık ücretli izin kullanılması ile ilgili konularında ise tanık ifadelerine başvurulmamaktadır. İmzalı ve tahakkuklu ücret bordrosu olması halinde yine kural olarak, tanık deliline başvurulmamaktadır. İş yargılamasında tanık deliline başvurulabilecek hallerde tanık ifadeleri iyi irdelenmelidir. Hâkim önüne gelen olayda tanıkları dinlerken, özellikle tanıkların işyerinde çalışıp çalışmadığına, çalıştı ise çalışma dönemine, tanığın taraflarla olan menfaat ilişkisine, husumetine, davasının olup olmadığına bakmak zorundadır. Hâkim, tanık beyanlarına bu ölçülerde itibar etmeli; itibar ederken de, dışlarken de nedenini çözümleyip tartışmalıdır. İş mahkemeleri, bir yandan tanık ifadelerini dikkatlice ele alırken; diğer yandan da tanık dinletme hakkını kısıtlayıcı uygulamalardan uzak durmalıdır.

Anahtar Sözcükler:

Tanık, delil, iş mahkemesi, hâkim, iş davası, alacak, ücret, fazla çalışma.

Basing on Witness Evidence in Cases Of Employee Wage Claims

Abstract

The instruments to resort in order to prove the facts are called evidence. Evidence is split into concrete and discretionary evidence.

Witness evidence, which is one of the most-ly resorted evidences in wage claim cases of workers is among discretionary evidence.

*Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-murtezaaydemir@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2255-1519

Witness is the third person who has information or opinion about the dispute. As in other evidences, questions such as by whom, when, how and in which disputes the witness evidence will be referred to, is indicated in the civil law. Parties that resort to witness evidence must declare with a petition that they resort to witness evidence; otherwise, they will lose their right to call witnesses. The court will invite the witnesses reported. The court decides on bringing the witnesses compulsorily to be heard if they have not come by invitation. In Labor Courts, witness evidence is frequently resorted in many disputes, including those regarding the amount of wages, overtime pay, week-end wage or official national holiday wages. Witness evidence

cannot be resorted for payment of wages or annual paid leave disputes. Witness evidence also cannot be resorted if signed payroll exists. If witness evidence can be resorted, the witness statements should be carefully investigated. Witnesses' actual work in workplace, their working hours, existence of lawsuits, and their relations with the parties, either beneficial or in hostility are important in assessing the witness statements. Judges should credit the witness statements according to these assessments and should analyze and discuss the reasons to give credit or reject the statements. While the Labor Courts investigate the witness statements carefully; they should also refrain from any act that would limit the right to call witnesses.

Keywords:

Witness, evidence, labour court, judge, labor case, credit, wage, overtime working.

Giriş

İşçi alacağı davalarında, "tanık delili" en çok başvurulan deliller arasında yer almaktadır. İş davalarının büyük çoğunluğunda tanık deliline dayanılmakta ve tanık dinlenmektedir. İşçi alacağı da olsa sonuçta bir alacak davası olan bu davalarda tanık deliline bu denli geniş başvurulması, zamanla İş Hukuku alanındaki belgeleri itibarsızlaştırma eğilimine sokmuştur. Neredeyse her işçi hak ve alacağı tanık delili ile ispat edilebilir duruma gelmiştir. Halbuki tanıkların menfaat karşısında gerçekten uzaklaşabilecekleri, yazının daha güvenilir olması, iktisadi yaşamın yalan tanıklığı çoğaltabileceği ve çıkar birliği gibi düşünceler her hak ve alacağın temelinde tanık deliline dayanmanın doğru olmayacağı düşüncesini de beraberinde getirmiştir. Bununla birlikte İş Hukukunun hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri dolayısıyla iş yargılamasında tanık deliline sıkça başvurulmaktadır. Çalışma gibi fiili bir olgunun yanında senetle ispatlanması gereken birçok alacak da tanıkla ispatlanabilir duruma gelmiştir.

Çalışmamızda sıkça başvurulması ve doğurduğu önemli hukuki sonuçlar nedeniyle, iş yargılamasında "tanık delili" uygulamasına değinilmiştir. Çalışma içeriğinde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda tanıklığa ilişkin özel düzenlemeler yer almaması dolayısıyla, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) hükümleri geniş olarak incelenmiştir. Özellikle uygulamada yararlanılabildiği için Yargıtay kararlarına çalışmamızda geniş olarak yer verilmiştir. Çalışmanın yapılmasındaki amaç, iş yargılamasında tanık delili uygulamasına ışık tutmak ve bu alandaki sorunların çözümüne katkı sağlamaktır. Çalışmamızda tanık kavramı ve diğer deliller içindeki yeri, kimlerin tanık olabileceği, tanık listelerinin hazırlanması, tanık listelerinin mahkemeye sunulması, tanıkların mahkemeye davet edilmesi, dinlenilmesi, tanık ifadeleriyle ispat edilebilecek ve edilemeyecek ücret niteliğindeki alacaklar, tanık ifadelerinin değerlendirilmesi ve tanık ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği gibi konular geniş olarak ele alınmıştır.

I. Tanık Kavramı, Diğer Deliller İçindeki Yeri ve Tanıkların Bildirilmesi

A. Delil Türleri ve Tanık Delilinin Diğer Deliller İçindeki Yeri

1. Delil Kavramı ve Türleri

Bir vakianın ispatı için başvurulacak araçlara delil (kanıt) denir.¹ Yargılama hukuku açısından delil, uyumsuzluk konusu vakianın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda hâkimde bir kanı oluşturmaya yarayan ispat aracıdır.² Delil, davacı ve davalının dayandığı vakıaların doğru olduğunu ve yine karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ortaya koyan ispat araçlarıdır.³ Kısaca ispat araçları, delillerdir.⁴ Deliller, kesin ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılır.⁵ Hukukumuzda hem kesin delillere hem de takdiri delillere yer verilmiştir.⁶ Özellikle delillerin değerlendirilmesinde hâkimin bağıllığı ve yasa her bir delile bağlanan sonuçlar böyle bir ayırımın yapılmasını gerekli kılmaktadır. Kesin deliller; senet, yemin ve deliller arasında ayrıca düzenlenmemiş olan kesin hükümdür. Takdiri deliller ise tanık, bilirkişi ve keşiftir.⁷

2. Tanık Kavramı

Tanık delili, deliller içerisinde en yaygın ve genel delil türü olmakla birlikte, deliller içindeki yeri takdiri delillerdir. Bunun nedeni çok tartışılan ve güvenilmez olduğu iddia edilen bir ispat aracı ol-

masıdır.⁸ Takdiri deliller, koşulları ve hükümlerini yasanın tayin etmediği delillerdir; bu tür deliller hâkimi bağlamaz, hâkim serbestçe takdir eder.⁹ Bununla birlikte, "hâkim, tanık beyanlarını serbestçe takdir ederken sadece vicdani kanaati ile karar veremez. Tanık beyanları yönünde ya da aksine hüküm tesis edilmesi durumunda, tanık beyanının neden kabul edildiği ya da edilmediği açıklanmalıdır."¹⁰

Yasada, tanığın kim olduğu tanımlanmamıştır. Ancak doktrinde tanık kavramının birçok tanımı yapılmış bulunmaktadır. Bu tanımlardan birkaçı aşağıda verilmiştir:

Bir eserde tanık: "davada taraflar arasında çekişmeli olan, geçmişte meydana gelmiş olaylar ve durumlarla ilgili sahip olduğu bilgi ve algılarını mahkemeye aktaran kişi" olarak tanımlanmıştır.¹¹

Bir başka eserde tanık: "uyumsuzluk hakkında bilgi ve görgüsü bulunan üçüncü kişi" olarak tanımlanmıştır.¹²

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında ise tanık, "kavram olarak uyumsuzluk hakkında bilgi ve görgüsü bulunan üçüncü kişi" olarak tanımlanmıştır.¹³

Görüldüğü gibi, tanık tanımında önemli unsurlar; tanığın üçüncü kişi olması ve uyumsuzluk konusu hakkında bilgi ve görgü sahibi olmasıdır. Davanın tarafı kendi davasının tanığı olamayacağı gibi, karşı tarafı da tanık olarak dinletemez.¹⁴ Tanık, geçmişte olan ve dava konusu yapılan vakıalara ilişkin algıları hakkında beyanda bulunur. Bu nedenle bir kişinin beyanının tanık beyanı olarak kabul edilebilmesi için, olay veya olguları

1 Ertanhan, M. (2005). Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık. Ankara: Seçkin, 45.
2 Tutumlu, M.A. (2002). Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi. 2.Bası. Ankara: Seçkin, 21.
3 Özdemir, E. (2006). İş Sözleşmesinden Doğan Uyumsuzluklarda İspat Yükü ve Araçları. İstanbul: Beta, 21.
4 Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M. (2017). Medeni Usul Hukuku. 5.Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 462.
5 Özdemir, 21.
6 Pekcanitez ve diğerleri, 351; Tutumlu, 22; Kar, B. (2019). İş Yargılaması Usulü. 2.Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 697.
7 Pekcanitez ve diğerleri, 352-353; Tutumlu, 22; Özdemir, 21.

8 Kılıçoğlu, M. (2011). İş Yargılamaları Usulü, İstanbul: Legal, 284; Ertanhan, 50.
9 Pekcanitez ve diğerleri, 353; Mülayim, B.O. (2019). Fazla Çalışmanın İspatlanması. İş ve Hayat Dergisi. Yıl: 5, Sayı: 9, 135.
10 Yarg. HGK, T. 14.05.2014, E. 2013/22-1920, K. 2014/666; Yarg. HGK, T. 20.02.2013, E. 2012/9-843, K. 2013/253 sayılı kararları, Kişisel arşiv.
11 Pekcanitez ve diğerleri, 386; Kar, 695.
12 Yılmaz, E. (2012). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Ankara: Yetkin Yayınları, 1141; Kar, 695.
13 Yarg. HGK., T. 19.09.2018, E. 2018/9-584, K. 2018/1332, Çalışma ve Toplum, 2019/2, 1364.
14 Ertanhan, 55.

duyu organlarıyla algılaması gereklidir. Yoksa bir kimsenin herhangi bir olay veya olgudan anladığı şeyleri söylemesi tanıklık olarak kabul edilmez.¹⁵

B. Tanıkların Bildirilmesi

1. Tanığın Ehliyeti

Kimlerin tanık olabileceği sorusu ile başlayacak olursak; tanık ancak gerçek kişi olabilir. Tüzel kişiler tanık olamaz. Çünkü algılama ve bunu nakletme yeteneği sadece insanlara özgü bir özelliktir.¹⁶ Kural olarak yaşına, yakınlığına bakılmadan isteyen her gerçek kişi tanık olabilir veya tanık olarak gösterilebilir.¹⁷ İşçi alacağı davalarında da bu kural geçerlidir. İşçi alacaklarında özellikle çalışma arkadaşları, birlikte çalışılan kişi, işveren yanında çalışanlar tanık olabilir. Ancak, davanın tarafları tanık olarak gösterilemez; bunlar dışında üçüncü kişiler davada tanık olarak gösterilebilir (HMK m.240/1).¹⁸ Davalı taraf bir tüzel kişi ise onun kanuni temsilcileri, örneğin limited şirketlerde delillerin sunulması aşamasında şirketin yöneticisi sıfatına sahip olan kimseler, derneğin yönetim kurulu üyeleri tanık olarak dinlenemezler.¹⁹ Ayrıca tanık olabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak gerekir.²⁰

2. Tanık Listesinin Hazırlanması

İş davalarında tanıklar taraflarca gösterilir.²¹ Davada tanık göstermek isteyen taraf, tanık dinletmek istediği vakia ile dinlenilmesini istediği tanıkların ad ve soyadlarını, tebliğe elverişli adreslerini bir liste halinde mahkemeye sunmak zorundadır.²² Buna tanık listesi denir.²³ Listede yer almayan kimseler daha sonra tanık olarak dinlenemezler, ayrı-

ca ikinci bir liste de verilemez (HMK m.240/2). Listedeki tanıklar yerine bir başka davada gösterilen tanıklar da dinlenemez.²⁴ Bu yöndeki düzenleme gayet açıktır. Bu nedenle, Yasada yer alan "ikinci listenin verilemeyeceğine ilişkin kuralın" kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir.²⁵ Ancak bu kuralın bazı istisnaları olabilecektir. Örneğin, ölen tanık yerine yenisi gösterilebilir²⁶, karşı tarafın muvafakatinin HMK m.193'e göre bir delil sözleşmesi şeklinde tutanağa geçirilmesi halinde, ikinci tanık listesindeki tanıklar dinlenebilir.²⁷ Yine başlangıçta (bozma öncesinde) dinlenmemiş olan tanıklar bozmadan sonra dinlenebilir.²⁸ Tarafların daha önceden bildirdikleri tanığın inanırlılığı ve güvenilirliği hususunda şüpheyi gerektiren sebeplerin ispatı için yeni bir tanık listesi verilebilecek; söz konusu durumda ikinci tanık listesi verme yasağı ihlâl edilmiş olmayacaktır. Yine tarafların ispat etmek istedikleri yeni veya başkaca vakialar ortaya çıktığında veya ileri sürüldüğünde de yeni bir tanık listesi verilebilecektir.²⁹ Bununla birlikte, ilk listede "başka tanık da dinletmek hakkımı saklı tutuyorum" denilmek kaydıyla, birden çok dilekçe halinde tanık listesinin verilip verilmeyeceği tartışmalıdır. Yargıtay eski tarihli bir kararında buna onay vermiştir. Bu kararda; "Davalı, cevap layihasında tanıklardan ikisinin adını açıklamış, adreslerini tespit edeceği kişileri diğer tanıkların listesini sonradan vereceğini bildirmiş ve sözünü ettiği listeyi de düzenleyip mahkemeye vermiştir. Verilen listede, cevap layihasında bahsedilen tanıkların adlarının yazılmamış olması, bunların dinlenmesine engel değildir. Cevap layihasına göre ortada "tanıkların hasrı" söz konusu değildir" denilerek davalının bu imkândan mahrum bırakılması bozma nedeni sayılmıştır.³⁰

Yine bir başka Yargıtay kararında dava veya cevap dilekçesinde tanık deliline dayanan tara-

15 Ertanhan, 49.

16 Ertanhan, 49.

17 Pekcanitez ve diğerleri, 386.

18 Pekcanitez ve diğerleri, 386; Umar, B. (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Ankara: Yetkin Yayınları, 723; Yılmaz, 1141; Kar, 696.

19 Umar, 723.

20 Aksi görüş Ertanhan, 58.

21 Bozkurt, H.E. (2012). İş Yargılaması Hukuku. 4. Baskı. Ankara: Seçkin, 438; Bolayır, N. (2014). Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması ve Tarafların ve Hâkimin Rolü. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 403.

22 Bolayır, 402.

23 Pekcanitez ve diğerleri, 386; Bolayır, 404.

24 Özdemir, 41.

25 Kılıçoğlu, 303; Pekcanitez ve diğerleri, 386; Yılmaz, 1145; Bolayır, 418.

26 Umar, 725.

27 Umar, 724.

28 Umar, 725.

29 Bolayır, 421-422.

30 Yarg. 2. H.D., T. 04.11.1971, E. 6462, K. 6367, Umar, 725.

fin, aşamalı olarak tanık ismi bildirebileceği kabul edilmiştir. Ancak buradan, ayrı ayrı listeler halinde tanık listesi verilebileceği sonucu çıkartılmamalıdır. Gördüğümüz kadarıyla uygulamada daha çok dava dilekçesinde veya cevap dilekçesinde isim ve adres belirtilmeden "tanık" deliline dayanılmakta, tanık isim ve adreslerinin ise daha sonra bildirileceği belirtilmektedir. Bu seçenekte, hâkimin ön inceleme duruşmasında vereceği iki haftalık kesin süre içerisinde tanık isim ve adreslerinin bildirilmesi gerekmektedir. Uygulama daha çok bu şekilde olmakla birlikte, bazen bildirilen tanıkların yetersiz olması veya yeni tanık ortaya çıkması nedeniyle tanık listesine ilave liste vermek gerekebilir. Acaba bu şekilde aşamalı ve ilk listeye ilave tanık ismi bildirilebilir mi? İlk bakışta bunun mümkün olmadığı düşünülebilir. Uygulamada da verilen "tanık listesinin kesin liste" olduğu algısı yaygındır. Ancak bir Yargıtay kararında, "dava veya süresinde cevap dilekçesinde tanık deliline dayanılması halinde", ön inceleme duruşmasına kadar, hatta ön inceleme duruşmasında verilecek iki haftalık süre içerisinde bile "yeni tanık ismi" (ikinci bir liste) bildirebileceği kabul edilmiştir. Bahsini ettiğimiz karar şöyledir; "Davacı- karşı davalı erkek dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış, bir kısım tanıklarını ön incelemeden önce sunduğu 05.12.2014 tarihli dilekçesi ile, diğer tanıklarını ise ön inceleme aşamasında sunduğu 09.12.2014 tarihli dilekçesinde bildirmiş, mahkemece ön incelemeden önce verilen dilekçede yer alan tanıkların bir kısmı dinlenilmiş, ön incelemede sunulan dilekçede yer alan ve davacı-karşı davalı erkek tarafından açıkça vazgeçilmeyen tanıklar ise ikinci tanık listesi yasağında görülerek dinlenilmeden hüküm kurulmuştur.

Ön inceleme duruşmasında taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu belirlendikten sonra taraflara delillerini bildirmeleri için süre verilir (HMK, m.137/1). Zira delil, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar için gösterilir (HMK m.187/1). Tahkikat, ön incelemede saptanan çekişmeli hususlar üzerinden yürütüleceğine (HMK m.140/3) göre, bu tespit yapılmadan tarafların

dayandıkları delilleri sunmaları beklenemez. Başka bir ifade ile; taraflardan anlaşmışları ve ayrışmışları hususlar tespit edilmeden delil göstermeleri beklenemez. Öyleyse; davacı-karşı davalı erkeğin uyuşmazlık konularının tespitinden sonra ön inceleme aşamasında sunduğu 09/12/2014 tarihli dilekçesinde bildirdiği ve açıkça vazgeçmediği tanıkları Kanununun 243 ve devamı maddelerinde gösterilen usul çerçevesinde dinlenilip ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, bu husus nazara alınmaksızın, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir."³¹

Tarafların tanık listelerinde yer almamakla birlikte, iş davalarında bazen dava dosyasındaki belgelerde adı geçen kişiler, iş mahkemesince kendiliğinden çağrılıp tanık olarak dinlenebilmektedir. Hâkimin maddi gerçeğe ulaşmak adına davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde böyle bir uygulama kabul edilmektedir.³² Örneğin, devamsızlık tutanaklarında yer alan kişilerin dinlenmesi gibi. Aynı şekilde, tarafça gösterilen bir tanığın kendisinin vakıayı görmediğini, fakat ismini verdiği başka bir kişinin olay sırasında orada olduğunu söylemesi halinde de hâkim o kişiyi tanık olarak dinleyebilir.³³

Son olarak; "tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hallerde, liste verilmemiş olsa dahi taraf, o duruşmada hazır bulundursa tanıklar dinlenir." (HMK m.243/1).³⁴ İlgili düzenleme, hâkimin verdiği kesin süre içinde tanık listesi vermemiş olan tarafın tanık dinletilmesine imkân tanımaktadır.³⁵

3. Tanık Listesinin Verilme Süresi

İş yargılamasının tabii olduğu basit yargılama usulünde dava yazılı yargılama usulünde olduğu gibi bir dilekçeyle açılmakta; davalı dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde cevap dilekçesi sunarak davacının iddiala-

31 Yarg. 2. H.D., T. 14.13.2017, E. 2015/23415, K. 2017/2728, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (E.T. 01.12.2017).

32 Bolayır, 403-404.

33 Bolayır, 404.

34 Yılmaz, 1149.

35 Bolayır, 413.

rına karşı cevap vermekte ve savunmada bulunmaktadır.³⁶ HMK'ya göre, tarafların dilekçeleriyle birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakianın delili olduğunu da belirterek bildirmeleri gerekmektedir (m.318/1).³⁷ Başka bir ifadeyle, "dava açılırken ve cevap dilekçesi verilirken taraflar, dayandıkları vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de belirtmek zorundadırlar."³⁸ Tanık delili de bu kapsamda değerlendirilmelidir. İş yargılamasında dilekçe denilince iki dilekçe anlaşılmalıdır. Bunlardan ilki dava dilekçesi, ikinci ise cevap dilekçesidir. Demek ki, tanık delilinin de bu dilekçelerde yer alması gerekmektedir. İlk olarak dava dilekçesini ele alacak olursak, dava dilekçesinde "iddia edilen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği" hususları yer almalıdır. Kısaca tanık deliline dayanmak isteyen davacı, dava dilekçesinde mutlaka "tanık deliline" yer vermelidir. Bu konudaki uygulama, hukuki deliller kısmında "tanık" veya "tanık ifadeleri" diye geçiştirilip, daha sonra önce inceleme aşamasında verilecek iki haftalık süre içerisinde "tanık listesini" sunma şeklinde ya da tanık delili altında tanık isim ve adreslerini belirtme şeklinde olmaktadır. İkinci olarak cevap dilekçesinden bahsedecek olursak, cevap dilekçesinde de dava dilekçesinde olduğu gibi, "savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği" hususları bulunmalıdır. Davaya "cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır." (HMK m.317/2). Ancak mahkeme talep halinde durum ve koşullar uygun olduğunda bir defaya mahsus olmak ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir cevap süresi verebilir (HMK md.317/2). Süresinde verilen cevap dilekçesinde tanık deliline dayanılmaması veya davaya süresinde cevap dilekçesinin verilmemesi hallerinde; "davalının tanık dinletme hakkı" bulunmamaktadır. Görüldüğü gibi, cevap verme süresi aynı zamanda "tanık deliline dayanma süresi" olarak karşımıza çıkmaktadır. Hak kaybı yaşanmaması açısından, davalı tarafın cevap ver-

me süresine ve verdiği cevap dilekçesindeki delil listesine azami dikkati göstermesi gerekmektedir. Aksi halde mağduriyet yaşanabilecektir.

Yasal süresinde davaya cevap vermeyen veya cevap dilekçesiyle delil bildirmeyen davalının tanık bildiremeyeceğine dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı mevcut olup karar şu şekildedir; "... Somut olay incelendiğinde; davalının cevap dilekçesi vermediği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Dava dilekçesinin usule uygun ihtar içerik şeklinde tebliğinden sonra iki haftalık süre içerisinde delillerini bildirmeyen davalının sonradan delil gösterebilmesi için HMK'nın 145. maddesinde belirtilen istisnai hallerin mevcudiyeti de somut olayda ileri sürülmüş değildir. İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesini düzenleyen 141. madde koşulları da oluşmamıştır. Kaldı ki somut olayda davalı, cevap ve delil bildirmek için mehil talebini 18.09.2012 tarihli ön inceleme duruşmasından sonra tahkikat aşamasında 02.11.2012 tarihli duruşmada ileri sürmüştür. Bu durumda; dava dilekçesinin davalıya 31.05.2012 tarihinde usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesinden sonra süresi içerisinde cevap dilekçesi verilmediğinden savunmanın dayanağı olarak süresinde ileri sürülen bir delil (HMK. M. 129/1-e) bulunmadığından yerel mahkemenin davalıya delil göstermesi için süre vermesine yasal olarak imkân bulunmadığının kabulü gerekir. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce, dava dilekçesindeki talepler arasında müşterek çocuğun velayetinin anneye verilmesi isteminin de bulunduğu, kamu düzenine ilişkin bu talep nedeniyle davalı delillerinin toplanmasına imkân tanınmasının gerektiği ifade edilmiş, bir kısım üyeler tarafından ise; süresinde davaya cevap vermeyen davalının, diğer tarafın kusurlu olduğuna yönelik bir vakia ileri süremez ise de, kötüye kullanılmadıkça onun ileri sürdüğü vakıaları çürütmeye yönelik delil bildirebileceği, aksinin kabulünün, cevap süresini kaçırmış veya davaya süresinde cevap vermemiş olan davalıya savunmasını ispat etme hakkını tanımamak olacağı, bunun ise hukuki dinlenilme hakkını ortadan kaldıracığı belirtilmiş, bazı üyelerce de; uyuşmaz-

36 Bolayır, 241.

37 Bolayır, 242.

38 Yarg. HGK., T. 20.02.2013, E. 2012/9-843, K. 2013/250, Kişisel arşiv.

lık ön inceleme duruşmasında belirlendiği için tarafların delillerini göstermeleri gereken (son) tarihin, dava veya cevap dilekçesi değil, hâkimin HMK'nın 140/5. madde hükmü uyarınca taraflara vereceği iki haftalık kesin sürenin son günü olduğu ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğunca bu görüşler yukarıda açıklanan gerekçelerle kabul edilmemiştir. Hal böyle olunca; süresinde cevap dilekçesi vermeyerek delillerini bildirmeyen davalı tarafın yasal süre geçtikten sonra delil bildirme talebinin reddinin gerektiğine ilişkin olarak verilen Yerel Mahkeme direnme kararı yerindedir.³⁹

Bununla birlikte, cevap dilekçesinde tanık deliline dayanılması halinde, davalı tarafa tanık isim ve adreslerini bildirmesi için süre verilmemesini Yargıtay hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak görmüştür. Söz konusu kararda, "Tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa, tarafa adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre verilir. Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adres de doğru değilse, bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılır. Somut uyuşmazlıkta, davalı vekilince 25.12.2012 havale tarihli cevap dilekçesi ile tanık deliline dayandıklarının bildirilmesine rağmen, gerek tensip zaptında gerekse de mahkemece davalı vekilinin mazeretinin kabul edildiği 25.04.2013 tarihli duruşmada; davalı tarafa tanıklarının isim ve adreslerinin bildirilmesi için usulüne uygun olarak süre verilmeden, tanık bildirilmesi için süre verilmesi talebinin reddine karar verilmesi hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde olup, bozmayı gerektirmiştir." denilmiştir.⁴⁰

4. Tanık Dinletilmek İstenen Vakıanın Belirtilmesi

Tanık dinletmek isteyen taraf, öncelikle hangi konuda tanık dinletmek istediğini mahkemeye bildirmelidir (⁴¹). Yasa, tanık gösteren tarafın "tanık dinletmek istediği vakıayı" mahkemeye sunması-

nı aramıştır (HMK m.240/2). Uygulamada bu hususa çok dikkat edildiği söylenemez. Bu nedenle mahkemelerin zaman zaman taraflara, "tanıklarını hangi konularda dinleteceklerine dair açıklama yapmaları hususunda" ara kararı şeklinde hüküm kurdukları görülmektedir. Böyle bir eksikliğin olmasının, tanık dinletme hakkının ortadan kaldırılmasına kadar varacak bir yaptırım içermediğini düşünüyoruz. Çünkü yasada, bu eksikliğin "yaptırım" olarak "tanık dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılacağı" belirtilmemiştir.

Tanık dinletilmesine; yalnızca davanın çözümünü etkileyecek çekişmeli vakıalar için gereklilik ve cevaz vardır. (HMK m.187, f.1). Dolayısıyla tanık, bu çeşit vakıaların ispatı için, yani istem temeli olan vakıalar için yahut savunmanın temeli olan vakıanın ispatı için dinletilebilir.⁴² Tanık dinletilmek istenen vakıanın taraflar arasında uyuşmazlık konusu olması gerekir. Bu da çoğu kez tarafların uzun uzun dava dilekçesinde veya cevap dilekçesinde yazdıkları ve bildirdikleri vakıalardır. Eğer bu vakıalar kesin delille ispat edilmesi gereken vakıalar değilse, bu konuda tanık dinlenebilir; aksi halde dinlenemez. Şayet ortada kesin delille ispatı gereken bir vakıa varsa, hâkim diğer tarafa tanık dinletilmesine muvafakat edip etmediğini sormak zorundadır. Eğer karşı taraf, açıkça tanık dinletilmesine muvafakat verirse hâkim tanık dinleyebilir; aksi halde tanık dinleyemez (HMK m.200/2).⁴³

C. Tanıklara Davetiye Gönderilmesi

Tanıklık yapma yükümlülüğü, mahkemenin daveti üzerine doğar. Davet olmadıkça, tanıklık yükümlülüğü doğmaz.⁴⁴ Davetiye tarafça bildirilen adrese gönderilir. Tanık adresini araştırıp mahkemeye bildirmek, tanık dinletmek isteyen tarafa düşer (HMK m.240/II, III). Mahkemenin tanık adresi araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak tarafın tanık adresini belirleyememesi durumunda, tanığın dinlenmesinden vazgeçmesini

39 Yarg. HGK., T. 20.04.2016, E. 2014/2-695, K. 2016/522, (www.kazanci.com), (E.T. 31.03.2020).

40 Yarg. 9. H.D., T. 12.03.2018, E. 2017/4643, K. 2018/5010, Çalışma ve Toplum, 2018/4, 2390.

41 Pekcanitez ve diğerleri, 386; Bolayır, 416.

42 Umar, 726.

43 Pekcanitez ve diğerleri, 386.

44 Pekcanitez ve diğerleri, 386.

gerektirmez, mahkemeye çağrının ilan yoluyla yapılması için başvurabilir.⁴⁵

Usulüne uygun olarak yapılan davete rağmen, geçerli özrü bulunmaksızın mahkemeye gelmeyen tanık, zorla (ihzaren) getirilir. Ayrıca hakkında disiplin para cezasına da hükmolunabilir (HMK m.245). Davetiye tebliğine rağmen gelmeyen tanıkların, ihzaren celp edilip dinlenmeleri gerekir. Yargıtay, davetiyeye rağmen duruşmaya gelmeyen tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmesini savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul etmiştir. Kararda; "Mahkemece davalı tanıkları için davetiye çıkarılmış, tanıklar duruşmaya gelmemiştir. Bu durumda tanıkların ihzaren celbi gerekirken, davalının savunma hakkını kısıtlar biçimde davalının bu yöndeki talebini hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilip davalı tanıkların ihzaren getirilip dinlenmemiş olması bozma nedenidir" denilmiştir.⁴⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da duruşmaya katılmayan tarafın tanıklarının dinlenilmeden karar verilmesini, "hukuki dinlenme hakkı"nın ihlali olarak görmüştür. Karara göre; "... davalı vekilinin 23.01.2013 tarihli duruşmaya katılmaması nedeniyle tanıklarının dinlenilmesi isteminin reddine karar verilmesi de isabetli değildir. Mahkemece duruşmaya gelmeyen davalı vekiline masrafı gider avansından karşılanmak suretiyle tanıklarının adreslerini bildirmesi için işin niteliğine uygun kesin süre verilmeli ve HMK'nın 240/3'ncü fıkrasında yer alan kesin süreye rağmen adres gösterilmemesi ya da gösterilen adresin doğru olmaması hâline bağlanan tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılacağı ihtar edilmelidir. O halde; hukuki dinlenme hakkının (HMK m. 27) bir gereği olarak mahkemece, HMK'nın 240/3'üncü fıkrası uyarınca davalı tarafa uygun bir kesin süre vererek sonucuna göre tanıkların dinlenip dinlenmeyeceği belirlenmelidir."⁴⁷

45 Umar, 730-731.

46 Yarg. 7. H.D., T.15.01.2014, E. 2013/16820, K. 2014/308, Çalışma ve Toplum, 2014/3, 332.

47 Yarg. HGK, T. 19.09.2018, E. 2018/9-584, K. 2018/1332, Çalışma ve Toplum, 2019/2, 1364.

II. Tanıkla İspatlanabilecek İşçi Ücret Alacakları

A. Genel Olarak

Tanıklık İş Hukukunda oldukça önemli bir yere sahiptir.⁴⁸ Genel ilkelerin tersine işçi alacağı davalarında tanıklık neredeyse belgelerin yerini almış durumdadır. Ancak bununla İş Hukukunda belge düzeninin tamamen önemsiz hale geldiği anlaşılmamalıdır. İşverenler belge düzenine özenle uymalıdır.

B. Ücret Miktarı

Ücret iş sözleşmesinin temel unsurlarından biridir ve sözleşmenin taraflarınca belirlenir.⁴⁹ İş sözleşmesinin tarafları asgari ücretin altında kalmamak şartıyla, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücret miktarını serbestçe kararlaştırabilirler.⁵⁰ Tarafların aralarında kararlaştırdıkları bu ücret de "gerçek ücret" olarak kabul edilerek, dava konusu hak ve alacakların hesaplanmasında esas alınır. Ancak, konu bu kadar basit değildir. Günümüzde "işçinin aldığı ücret miktarının tespiti" iş mahkemelerini meşgul eden konuların başında gelmektedir. Bunun nedeni ise, işverenin "işyerinde işçiye fiilen ödediği ücretle (fiili-gerçek ücretle) resmi işlemlere yansıttığı (görünürdeki) ücret arasında fark olması ve görünürdeki ücretin her zaman gerçek ücrete göre daha düşük olmasıdır. Bu durum taraflar arasında ciddi bir uyuşmazlık kaynağı olduğu gibi, mahkemeleri ve hesap bilirkişilerini de meşgul eden bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçek ücret; işçinin kıdemi, yaptığı işin niteliği ve özelliğine göre ödenmesi gereken ücrettir.⁵¹ İşçi, bu gerçek ücret miktarını ispatla yü-

48 Bozkurt, 439.

49 Eyrenci, Ö./Taşkent S./Ulucan D. (2014). Bireysel İş Hukuku. İstanbul: Beta, 135.

50 Narmanlıoğlu, Ü. (2014). İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I. 5. Bası. İstanbul: Beta, 283; Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M. (2011). İş Hukuku. 4. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 563; Senyen-Kaplan, E.T. (2019). Bireysel İş Hukuku. 10. Baskı. Ankara: Gazi Kitapevi, 169-170.

51 Kar, 629.

kümlüdür.⁵² Kendi imzasını taşıyan ücret bordrosu olsa bile, gerçek ücretinin gösterilen tutarın üzerinde bulunduğuna ilişkin iddiada bulunan işçi, bu iddiasını ispat edebilir.⁵³ Yargıtay kararlarında ücret tespit açısından tanık beyanları tek başına yeterli görülmemektedir. Yargıtay, yazılı belgenin "gerçek ücreti" yansıtmadığı durumlarda yapılması gereken işlemleri karara bağlamıştır.⁵⁴ Özellikle işçinin kıdemi, yaptığı görev dikkate alınarak meslek kuruluşlarından, ücret araştırılmasının yapılması istenmektedir. Yapılan bu araştırmalara ek olarak "tanık beyanlarının da gözetilmesi" aranmaktadır.⁵⁵ Başka bir deyişle, ücret miktarı tespit edilirken tanık beyanları tamamen dışlanmamakta; bilakis tanık beyanlarından yararlanılmaktadır. Ücret miktarının tespitinde "tanık beyanlarının gözetilmesi gerektiğine dair" Yargıtay'ın kökleşmiş kararları mevcuttur. "Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek meslek odaları ile ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir."⁵⁶ Hukuk

Muhakemeleri Kanununun 201. maddesinde öngörülen senede karşı tanık dinletilemeyeceğine ilişkin kurala karşı, Yüksek Mahkeme, bordrodaki ücretin gerçeği yansıtmadığı yönünde ciddi bir kuşku olması halinde, gerçek ücretin her türlü delille ispat edilebileceğini kabul etmektedir.⁵⁷ Bu her türlü delilin içine tanık delili de dahildir.

Uygulamada, ücret araştırılmasına gidilmeden doğrudan tanık beyanları ile sonuca gidildiği de olmaktadır. Bize göre, böyle bir uygulama yerinde olmayıp tanık beyanlarıyla birlikte, diğer ücret araştırma kriterlerinin de dikkate alınarak "ücret miktarının tespiti" uygun olacaktır. Yargıtay kararlarında da salt tanık beyanlarıyla ücretin belirlenmesi kabul edilmemektedir. Yüksek Mahkemeye göre; "yetersiz davacı tanıklarının ifadelerine itibar ederek ücret belirlenmesi ve buna göre yapılan hesaba değer verilerek hüküm kurulması hatalı" olarak kabul edilmiştir.⁵⁸

C. Ücret Ekleri

İşçinin yapmış olduğu iş karşılığı ödenen asıl ücreti yanında, yasa ve sözleşme uyarınca hak kazandığı "ücret ekleri" de bulunmaktadır.⁵⁹ Asıl ücreti tamamlayıcı nitelikteki bu ekler hakkında da aksine bir düzenleme yoksa asıl ücret hakkındaki hükümler uygulanır.⁶⁰ Kural olarak, ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçi üzerindedir.⁶¹ Ücret eklerinin önemlilerinden olan prim ve ikramiyeler iş sözleşmesinde, toplu iş sözleşmesinde, iç yönetmelikte yer alabileceği gibi, işyeri uygulaması şeklinde de olabilir.⁶² 6772 sayılı Yasa⁶³ hükümleri dışında mevzuatımızda işverenin yasal olarak işçilere herhangi bir ikramiye

52 Kar, 629; Özdemir, 116, 188; Ocak, U. (2018). Fazla Çalışma. Gaziantep: Kendi yayını, 6; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 589.

53 Umar, B./Yılmaz E. (1980). İspat Yükü. 2. Bası. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 118; Kar, 629; Çelik, N./Caniklioğlu N./Canbolat T. (2018). İş Hukuku Dersleri. 31. Bası, İstanbul: Beta, 311.

54 Süzek, S. (2018). İş Hukuku. 16. Baskı. İstanbul: Beta, 373.

55 Ocak, 7.

56 Yarg. 22. H.D., T. 17.03.2015, E. 2013/37210, K. 2015/10424, Çalışma ve Toplum, 2016/1, 483-484; Yarg. 22. H.D., T. 09.02.2015, E. 2015/2425, K. 2015/4144, Çalışma ve Toplum, 2016/1, 511; Yarg. 9. H.D., T. 28.06.2010, E. 2008/32003, K. 2010/20694, Çimento İşveren, Mayıs, 2011, 45; Yarg. 9. H.D., T. 06.07.2010, E. 2008/33736, K.

2010/22233, Kişisel arşiv.

57 Süzek, 376.

58 Yarg. 9. H.D., T.14.12.2004, E. 9689, K. 27891, Akyiğit, 1504-1505.

59 Senyen-Kaplan, 62.

60 Demir, F. (2019). İş Hukuku ve Uygulaması. 12. Baskı. İzmir: Albi Yayınları, 185.

61 Özdemir, 116.

62 Narmanlioğlu, 293.

63 Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 sayılı Kanunla 6212 sayılı Kanunun 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun.

ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁶⁴

Prim ve ikramiye alacaklarının ispatında, salt tanık delilinin yeterli olmadığı, bunun yanında işyerinde prim ve ikramiye ödenmesiyle ilgili koşullarının da araştırılması gerektiği bazı Yargıtay kararlarında belirtilmiştir. Örnek olarak sunduğumuz bir Yargıtay kararında; "Uyuşmazlık, işyerinde prim uygulaması bulunup bulunmadığı noktasındadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, işyerinin 2003-2005 yılları arasındaki ticari defter ve kayıtları incelendiğinde işyerinde prim ödemesine rastlanmadığının tespit edildiği bildirilmiş ve işyerinin bir dönem ortaklarından olan davacı tanığının beyanına göre prim alacağı hesaplanmıştır. İşyerinde prim uygulaması olup olmadığı koşulları belirlenmeden sadece tanık beyanı ile isteğin kabulü isabetsizdir." denilmiştir.⁶⁵

D. Fazla Çalışma

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi kural olarak bu iddiasını ispatla yükümlüdür.⁶⁶ İşçi, fazla çalışmanın ispatında tanık deliline dayanabilir.⁶⁷ Uygulamada fazla çalışmaya ilişkin davalarda sıkça tanık deliline başvurulduğunu görmekteyiz. Bununla birlikte fazla çalışmanın tespitinde her zaman için salt tanık deliline dayanılmaz. Yerleşik Yargıtay kararlarını da göz önünde bulundurduğumuzda fazla çalışmanın ispatı konusunda önümüzde iki vasıta bulunmaktadır. Bunlardan ilki, fazla çalışmanın belgeye dayalı, yani yazılı delillerle ispatıdır. Fazla çalışma her türlü delille ispat edilebilmekle birlikte öncelik sırası yazılı belgelerdir.⁶⁸ Bunlara kısaca "işyeri kayıtları" da diyebiliriz. Puantaj kayıtları, çalışma çizelgeleri, işveren tarafından düzenlenen ve işyeri çalışma düzenini gösteren belgeler, işyerine giriş-çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları yazılı bel-

geler olarak sayılabilir. Fazla çalışma iddialarında öncelikle bu belgeler dikkate alınmalıdır. Bir Yargıtay kararında; "Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler delil niteliğindedir. 18.10.2004 tarihinden sonraki günlere ilişkin olarak haftalık puantaj kayıtları davalı tarafından ibraz edilmiştir. Söz konusu kayıtlarda ise günlük çalışma saatleri düzenlenmiş ve personel tarafından imzalanmıştır. Yazılı belgenin bulunduğu hallerde artık tanık ifadelerine değer verilemez."⁶⁹ denilmiştir. Yine bir başka Yargıtay kararında; "Davacının imzası bulunan 1.7.1995-22.8.1995 tarihleri arasında düzenlenen işe giriş ve çıkış saatlerini de gösteren devam çizelgesinden fazla mesai yapmadığı anlaşılmaya rağmen, bilirkişinin bu tarihler arasında da günde yaklaşık iki saat fazla mesai yaptığını kabul ederek yaptığı hesaplama itibarıyla, bu tarihler arasında da fazla mesai yaptığı kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." şeklinde hüküm verilmiştir.⁷⁰

Yazılı belgeler ve işyeri kayıtları yoksa ikinci vasıta, tanıkla ispattır.⁷¹ Fazla çalışmanın yazılı belgelerle ispatlanamaması durumunda, tanıkla ispatın önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak burada, "imzalı bordrolarının önemli bir istisna olduğunu" söylememiz gerekmektedir. Şayet fazla çalışma ücretinin tahakkuk ettirildiği ve bu tahakkukun ödendiğine dair imzalı bir ücret bordrosu veya ücret hesap pusulası varsa, tanık beyanları ile sonuca gidilemez. Başka bir deyişle, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin daha fazla çalışmayı tanık ile ispatlaması mümkün değildir. Tanıkla ispatın mümkün olmadığı bu konuya aşağıda tekrar değineceğimizi belirtmek isterim.

Fazla çalışmanın tanık beyanları ile kanıtlanabileceğine dair birçok Yargıtay kararı vardır. Yargı-

64 Süzek, 376.

65 Yarg. 9. H.D., T. 12.01.2015, E. 7914, K. 97, Özcan, D. (2016). Uygulamalı İş Davaları. 3. Bası, Ankara: Adalet, 185.

66 Demir, 265; Süzek, 803; Şakar, M. (2016), İş Hukuku Uygulaması. 11. Baskı. İstanbul: Beta, 129; Kar, 607; Özdemir, 230; Senyen-Kaplan, 388; Tunçomağ K./Centel, T. (2015). İş Hukukunun Esasları. 7. Bası. İstanbul: Beta, 158.

67 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 272; Çelik ve diğerleri, 701.

68 Çelik ve diğerleri, 701.

69 Yarg. 9. H.D., T. 12.05.2008, E. 2007/18990, K. 2008/12208, KAMU-İŞ Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası. (2010). Çalışma Hayatı ile İlgili Yargıtay Kararları. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 723.

70 Yarg. 9. H.D., T. 14.05.1997, E. 1997/4190, K. 1997/9035, Günay, C.İ. (2005). İş Kanunu Şerhi, Cilt:2. Ankara: Yetkin Yayınları, 1487.

71 Kar, 607, 610.

tay ilke kararlarında, fazla çalışmanın kural olarak tanıkla ispat edilebileceği kabul edilmektedir. Bu yöndeki emsal bazı kararları aşağıda sunuyoruz:

- İlke olarak işçi fazla çalışma yaptığını veya tatillerde çalıştığını tanıkla ispatlayabilir.⁷²
- Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir.⁷³
- Fazla çalışmanın, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıldığının bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir.⁷⁴

Bazı durumlarda fazla çalışmanın ispatı açısından "salt tanık beyanları" yeterli gelmeyebilir. Bu ifadelerin başkaca delillerle de desteklenmesi gerekmektedir. Örneğin, "tanık ifadelerinin kendi içinde ciddi çelişkiler taşıması" durumunda olduğu gibi. Bu gibi durumlarda hâkim işyerinde keşif uygulamasına başvurulabilir, işin niteliği gereği fazla çalışma yapılıp yapılmadığını araştırabilir. Fazla çalışmanın ispatında salt tanık beyanlarının

yetersiz kaldığı durumlarda, diğer delillerin de aranması gerektiğine dair birçok Yargıtay kararı mevcut olup; bunlardan bazılarını aşağıda sunuyoruz:

- Bu aşamada, davanın dayanağını oluşturan fazla çalışma iddiasının ispat koşulları üzerinde durulması gerekmektedir. Gerek mülga 1475 sayılı İş Kanunu, gerekse halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışmanın ispatı, genel hükümlere tabidir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesi uyarınca, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi, kural olarak, bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Fiili bir olgu söz konusu olduğundan, kural olarak, işçi, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir. Bu kapsamda, iş davalarında sıklıkla başvurulmuş delillerden biri olan tanık beyanı, takdiri bir delildir, hâkimi bağlamaz ancak hâkim, tanık beyanını serbestçe takdir ederken sadece vicdani kanaati ile karar veremez. Tanık beyanları yönünde ya da aksine hüküm tesis edilmesi durumunda, tanık beyanının neden kabul edildiği ya da edilmediği açıklanmalıdır. Belirtilmelidir ki, tanık beyanları arasında veya tanık beyanı ile diğer deliller arasında çelişki bulunduğu takdirde, sadece tanık sözlerine dayanılarak hüküm tesis edilmesi mümkün değildir. Bu durumlarda, hâkimin davayı aydınlatma yükümü kapsamında, tanık anlatımları diğer delillerle desteklenmelidir. Taraflarca delil olarak dayatılan tanık ifadelerinde tutarsızlık söz konusu ise, davayı aydınlatma yükümü kapsamında hâkim, bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden başvurabilir (m.266 ve m.288), isticvaba kendiliğinden karar verebilir (m.169,1), davanın her aşamasında, iki tarafın iddiaları sınırı içinde olmak üzere, tarafları dinleyebilir ve gerekli olan delillerin gösterilmesini ve verilmesini emredebilir (m.31). Özellikle, fazla çalışma iddialarının

72 Yarg. 9. H.D., T. 23.03.2008, E. 2007/37108, K. 2008/6384, Kamu-İş, 710.

73 Yarg. 9. H.D., T. 27.06.2012, E. 2010/17849, K. 2012/24674, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (E.T. 23.01.2018); Yarg. 9.H.D., T. 07.03.2013, E. 2010/51262, K. 2013/8019, Kişisel arşiv; Yarg. 7. H.D., T. 16.09.2015, E. 2014/19955, K. 2015/15299, Çalışma ve Toplum, 2016/3, 1419; Yarg. 22. H.D., T. 10.03.2015, E. 2015/2589, K. 2015/9564, Çalışma ve Toplum, 2016/1, 489; Yarg. 9. H.D., T. 31.05.2011, E. 2011/15188, K. 2011/16211, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 30.06.2011, E. 2009/17809, K. 2011/19812, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 17.09.2009, E. 2008/9372, K. 2009/23312, Kişisel arşiv; Yarg. 22. H.D., T. 17.03.2015, E. 2013/37210, K.2 015/10424, Çalışma ve Toplum, 2016/1, 481; Yarg. 22. H.D., T. 09.07.2018, E. 2017/13995, K. 2018/17364, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 02.03.2010, E. 2010/1841, K. 2010/5434, Kişisel arşiv.

74 Yarg. 7. H.D., T. 13.01.2014, E. 2013/17160, K. 2014/130, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (E.T. 23.01.2018).

konu olduğu uyuşmazlıklarda, fiili çalışma olgusunun ispatı söz konusu olduğundan ve İş Hukuku'nun hem kamu hukuku, hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri nedeniyle iş yargılamasında hâkimin davayı aydınlatma yükümü daha ağır bastığından, işyerinin kapasitesi, niteliği, işçi sayısı ve davacının yaptığı işler bakımından fazla çalışma yapılması gerekip gerekmediği gibi diğer özel koşullar açıklığa kavuşturulduktan sonra değerlendirme yapılmalıdır. Belirtilmelidir ki, işyeri kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak işyeri kapasitesinin belirlenmesi ve fazla çalışma yapılmasını gerektiren bir çalışma düzeninin bulunup bulunmadığının tespiti, öncelikle işyerinde üretilen mal ve hizmet miktarının belirlenmesini gerektirir.⁷⁵

- İlke olarak, işçi, fazla çalışma yaptığını tanıkla ispat edebilir. Tanık sözlerinin değerlendirilmesi açısından gerektiğinde fazla çalışıldığı iddia olunan işin niteliği itibarıyla fazla çalışmaya elverişli bulunup bulunmadığı hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır.⁷⁶
- Fazla çalışmaya ilişkin tanık açıklamaları tutarsız olup yerinde bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak işyerinin kapasitesi, niteliği ve davacının yaptığı işlerin fazla çalışmayı gerektirip gerektirmediği, gerektiriyorsa bunun süresi saptanmalıdır.⁷⁷
- Belirtilmelidir ki, tanık beyanları arasında veya tanık beyanı ile diğer deliller arasında çelişki bulunduğu takdirde, sadece tanık sözlerine dayanılarak hüküm tesis edilmesi mümkün değildir. Bu durumlarda, hâkimin davayı aydınlatma yükümü kapsamında, tanık anlatımları diğer delillerle desteklenmelidir. Taraflarca delil olarak dayanılan tanık ifadelerinde tutarsızlık söz konusu ise, davayı aydınlatma yükü-

mü kapsamında hâkim, bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden başvurabilir (m.266 ve m.288), isticvaba kendiliğinden karar verebilir (m.169,1) davanın her aşamasında, iki tarafın iddiaları sınırı içinde olmak üzere, tarafları dinleyebilir ve gerekli olan delillerin gösterilmesini ve verilmesini emredebilir (m.31). Özellikle, fazla çalışma iddialarının konu olduğu uyuşmazlıklarda, fiili çalışma olgusunun ispatı söz konusu olduğundan ve İş Hukuku'nun hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında kalan özellikleri nedeniyle iş yargılamasında hâkimin davayı aydınlatma yükümü daha ağır bastığından, işyerinin kapasitesi, niteliği, işçi sayısı ve davacının yaptığı işler bakımından fazla çalışma yapılması gerekip gerekmediği gibi diğer özel koşullar açıklığa kavuşturulduktan sonra değerlendirme yapılmalıdır. Belirtilmelidir ki, işyeri kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak işyeri kapasitesinin belirlenmesi ve fazla çalışma yapılmasını gerektiren bir çalışma düzeninin bulunup bulunmadığının tespiti, öncelikle asıl ve alt işverenlere ait işyerinde üretilen mal ve hizmet miktarı ile çalışma düzeninin belirlenmesini gerektirir. Sonuç olarak, tanık anlatımlarının işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığını belirleme konusunda yeterli olmadığı durumlarda, hâkimin kendiliğinden başvurabileceği deliller olan bilirkişi ve keşif delillerine başvurması, işçinin fiilen yaptığı işin niteliği, işyeri kayıtlarının incelenmesi, işyerinde keşif yapılarak işyerinin hacmi ve yoğunluğu gibi hususlar belirlenerek sonuca gidilmesi gerekmektedir.⁷⁸

- Özellikle tanık anlatımlarının tarafsız olması, tanık beyanları arasında çelişki var ise giderilmesi gerekir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. Tanık sözlerinin değerlendirilmesi açısından, gerektiğinde fazla çalışma iddia olunan işin, niteliği yönünden fazla çalışmaya elverişli bulunup bulunmadığı

75 Yarg. HGK., T. 20.02.2013, E. 2012/9-843, K. 2013/250 K., (www.kararara.com), (E.T. 02.04.2020).

76 Yarg. HGK., T. 27.04.1983, E.1980/9-2386, K.1983/422, Çenberci, M. (1986). İş Kanunu Şerhi. 6. Basi. Ankara: Oğaç Matbaası, 827.

77 Yarg. 9. H.D., T. 22.10.1981, E. 1981/8956, K. 1981/13043, (www.kazanci.com), (E.T. 23.08.2011); Yarg. 9. H.D., T. 22.10.1981, E. 1981/8956, K. 1981/13126, Günay, 1515.

78 Yarg. HGK, T. 14.05.2014, E. 2013/22-1920, K. 2014/666, Kişisel arşiv.

konusunda bilirkişi incelemesi yapılmalıdır.⁷⁹

E. Hafta Tatili Çalışması

Hafta tatilinde çalıştırıldığını ispat yükümlülüğü işçiye aittir.⁸⁰ Yazılı belge bulunmadığında hafta tatilinde çalışma fiili bir olgu olduğundan tanıkla ispat edilebilir.⁸¹ Yargıtay da hafta tatilinde çalıştığının ispat külfetini işçiye yüklemiş ve yazılı belge bulunmadığında hafta tatili çalışma olgusunun tanıkla ispat edilebileceğini kabul etmiştir.⁸² "Hafta tatillerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda, tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir."⁸³

F. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Çalışması

Hafta tatilinde çalışmasında olduğu gibi, ulusal bayram ve genel tatil çalışması yaptırıldığının ispat yükümlülüğü de işçiye aittir.⁸⁴ İspat vasıtası olarak da tanık deliline başvurulabilecektir. Yargıtay'ın birçok kararında; "Ulusal bayram ve genel tatillerde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda, tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir." denilmiştir.⁸⁵

III. Tanıkla İspatlanamayacak Ücret Alacakları

A. Ücretin Ödendiği

İşçiye ücretinin gereği gibi ödendiğinin ispat yükü kural olarak işverene aittir.⁸⁶ Ücretin ödendiği, başta banka ödeme kayıtları olmak üzere, imzalı ücret hesap pusulaları, imzalı ücret bordroları, imzalı tediye makbuzları, ibraname, yüzde defteri gibi yazılı belgelerle olabilir.⁸⁷ Ancak ücretin ödendiği, tanıkla ispatlanamaz. Yargıtay'ın konuyla ilgili emsal kararlarında; "Ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. Bu konuda işçinin imzasını taşıyan bir ödeme belgesi yeterli ise de, para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir." denilmiştir.⁸⁸

B. Yıllık Ücretli İzin Kullanıldığı

İşçilere hak kazandıkları yıllık ücretli izinleri gereğince verip kullandığının ispatı yükü işveren üzerindedir.⁸⁹ Yıllık izinlerin kullandığının "yıllık izin kayıt belgesi, izin defteri veya eşdeğer bir belge" ile ispatlanması gerekir.⁹⁰ Bununla birlikte işveren yıllık izin kullandığını ya da kullanılmayan yıllık izin ücretlerini işçiye ödediğini, tanık deliline dayanarak ispat edemez.⁹¹ Yargıtay'ın bu yönde ilke kararları mevcuttur. Nitekim Yüksek Mahkemeye göre; "Yıllık izinlerin kullandığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır."⁹²

79 Yarg. 9.H.D., T. 25.03.2008, E. 2007/37217, K. 2008/6391, Kamu-İş, 712.

80 Çelik ve diğerleri, 721; Günay, 1527; Ocak, 481.

81 Ocak, 481.

82 Demir, 286-287.

83 Yarg. 22. H.D., T. 03.03.2015, E. 2014/24395, K. 2015/8645, Çalışma ve Toplum, 2015/3, 573; Yarg. 9. H.D., T. 15.10.2010, E. 2008/37043, K. 2010/29213, Kişisel arşiv.

84 Ocak, 534.

85 Yarg. 7. H.D., T. 16.09.2015, E. 2014/19955, K. 2015/15299, Çalışma ve Toplum, 2016/3, 1419; Yarg. 7. H.D., T. 22.06.2015, E. 2015/21771, K. 2015/12671, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (E.T., 23.01.2018); Yarg. 9. H.D., T. 25.02.2010, E. 2008/18995, K. 2010/4979, Kişisel arşiv; Yarg. 7. H.D., T. 22.01.2015, E. 2014/14846, K. 2015/361, Çalışma ve Toplum, 2016/1, 328.

86 Akyiğit, E. (2008). İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi. Cilt:2. 3.Baskı. Ankara: Seçkin, 1492; Ocak, 7; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 88; Tunçomağ/Centel 121.

87 Süzek, 380; Akyiğit, 1493; Çelik ve diğerleri, 311.

88 Yarg. 9. H.D., T. 30.06.2011, E. 2009/17327, K. 2011/19797, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 30.06.2011, E. 2009/17327, K. 2011/19797, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 05.11.2009, E. 2008/11367, K. 2009/30493, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 30.06.2011, E. 2009/17327, K. 2011/19797, Kişisel arşiv; Yarg. 22. H.D., T. 13.02.2016, E. 2014/34250, K. 2016/4951, Çalışma ve Toplum, 2017/1, 424.

89 Akyiğit, 1825; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 313; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 1170.

90 Özdemir, 190, 194; Akyiğit, 1825; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 313.

91 Tunçomağ/Centel, 179.

92 Yarg. 7. H.D., T. 23.10.2014, E. 2014/11703, K. 2014/19347, Çalışma ve Toplum, 2015/4, 408; Yarg. 9. H.D., T. 30.04.2009, E. 2007/41415, K. 2009/12145, Kamu-İş, 780;

C. Fazla Çalışma, Hafta Tatili, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretinin Ödendiği

Fazla çalışmanın yapıldığının sabit olması durumunda, çalışma karşılığının fazla çalışma ücreti ya da serbest zaman olarak işçiye sağlandığını ispat yükümlülüğü işverendedir.⁹³ İşçinin aksine işveren bu iddiasını sadece yazılı delille (senetle) kanıtlayabilir.⁹⁴ Bir Yargıtay kararında; "Davacının tatil günlerinde çalışmasının karşılığını ödemediğini davalının kanuni delillerle ispat etmesi gerekir. Şahit sözlerine dayanarak isteğin reddi yanlıştır." şeklinde hüküm verilmiştir.⁹⁵

D. İmzalı Ücret Bordroları Karşısında Fazla Çalışma, Hafta Tatili, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Çalışması

Daha önce de değindiğimiz gibi, fazla çalışma ücretinin tahakkuk ettirildiği ve bu tahakkukun işçiye ödendiğine dair imzalı bir ücret bordrosu veya ücret hesap pusulasının bulunması halinde, tanık beyanları ile sonuca gidilemez. Bordronun aksi, ancak yazılı belgelerle ispatlanabilir.⁹⁶ Başka bir deyişle, işçinin elinde geçerli bir yazılı belge olması halinde, ancak o zaman bordroda yazılı olandan daha fazla çalışma yaptığını kanıtlayabilir. Bu durumda yazılı belgelerin tanıkla ispat yolunu kapatabilmesi için üç koşul gerçekleşmelidir. Bunlar: (1) Bordrolarda fazla çalışma ücretinin tahakkuk ettirilmesi, (2) Tahakkukları içeren bordronun işçi tarafından imzalanması, (3) İşçinin daha fazla "fazla çalışma alacağının olduğu yönünde" ihtirazi kaydının bulunmaması. Yargıtay da son yıllarda sapma göstermesine rağmen, kural olarak yazılı belgelere itibar edilmesini aramaktadır. Bu yöndeki kararlarından

bazıları aşağıdaki gibidir:

- Davacının dinlettiği tanıklar çalışmanın devamlı olduğu hususunda genel bilgi vermişler ancak çalışıldığı ve ücret ödenmediği iddia olunan günler için somut beyanlarda bulunmamışlardır. Davacının da imzasını taşıyan yazılı belgelere itibar edilerek davanın reddi gerekirken yetersiz tanık ifadeleri ile isteğin kabulü hatalı olup olmayı gerektirmiştir.⁹⁷
- İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünen daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir.⁹⁸
- Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre fazla mesai alacağı ihtirazi kayıtsız fazla mesai ücreti ödenen aylar için hesaplanamaz.⁹⁹
- Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre ücret bordrolarında yapılan hafta tatilleri çalışmaları fazla mesai ve bayram günleri çalışmaları sütunlarında çalışılan gün ve saatlere göre ödemeler yapıldığı gösterilmiş ve işçide ihtirazi kayıt dermeyan etmeksizin imza etmek suretiyle bordro içeriğini kabul etmiş ise daha fazla süre çalışıldığı ya da daha az ücret alındığı iddiası ile bir hak talebinde bulunulması olanağı yoktur.¹⁰⁰

97 Yarg. 9. H.D., T. 08.02.2007, E. 2006/18793, K. 2007/2922; Yarg. 9. H.D., T. 13.02.2007, E. 2006/32912, K. 2007/3305, (www.kazanci.com), (E.T. 30.06.2011).

98 Yarg. 9.H.D., T. 31.05.2012, E. 2011/15188, K. 2011/16211, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 30.06.2011, E. 2009/17809, K. 2011/19812, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 17.09.2009, E. 2008/9372, K. 2009/23312, Kişisel arşiv; Yarg. 22. H.D., T. 17.03.2015, E. 2013/37210, K. 2015/10424, Çalışma ve Toplum, 2016/1, 482; Yarg. 22. H.D., T. 09.07.2018, E. 2017/13995, K. 2018/17364 Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 02.03.2010, E. 2010/1841, K. 2010/5434, Kişisel arşiv.

99 Yarg. 9. H.D., T. 19.09.2008, E. 2007/25935, K. 2008/24130, Kamu-İş, 724.

100 Yarg. 9. H.D., T. 17.02.1997, E. 1997/1140, K. 1997/2205,

Yarg. 9. H.D., T. 22.03.2010, E. 2008/37747, K. 2010/7510, Kişisel arşiv; Yarg. 22. H.D., T. 24.01.2013, E. 2012/10679, K. 2013/735, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 26.12.2008, E. 2007/36176, K. 2008/35550, Kamu-İş, 791.

93 Özdemir, 160; Ocak, 481, 534; Tunçomağ/Centel, 122.

94 Kar, 607-608; Mülayim, 135; Özdemir, 160, 181.

95 Yarg. 9. H.D., T. 23.05.1979, E. 1979/7545, K. 1979/8092, Günay, 1544.

96 Demir, 266; Ocak, 481; Çelik ve diğerleri, 702.

Yargıtay'ın fazla çalışmanın ispatı konusunda "fazla mesai tahakkuku yapılmış, ihtirazi kayıt içermeyen imzalı ücret bordrolarını, soyut tanık beyanlarına tercih eden" ilke kararlarının yerinde olduğunu düşünürüz.¹⁰¹

Yargıtay, bazı kararlarında, yukarıda değindiğimiz "tahakkuklu, imzalı ve ihtirazi kayıtsız bir bordronun aksinin tanıkla ispatlanamayacağına dair" ilke kararlarından dönmüştür. Bu yöndeki bir Yargıtay kararında; "Somut uyuşmazlıkta, fazla çalışma ücreti olarak davacının bordrolarına yansıtılan miktar her ay sabit olup, gerçeği yansıtmadığından davacının bundan daha fazla çalışmasının bulunduğu (haftada 18 saat fazla çalışma yaptığı) dosya kapsamı ile sabit olduğundan, ödenenlerin mahsubu ile bakiyesinin fazla çalışma ücreti olarak hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." denilmiştir.¹⁰²

Başka bir Yargıtay kararında; "Bordro imzalı olsa da bordroda fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret göstermelik ve sembolik olarak gösterilmiş ise bu durumda da işçi tanıkla daha fazla mesai ve tatillerde çalıştığını kanıtlarsa, bu durumda fark ücretleri hesaplanmalıdır. Yukarıda ispat ile ilgili olarak bahsedilen ilkeler; ulusal bayram genel tatil alacakları için de geçerlidir. Dosya içeriğine göre, davacı taraf fazla mesai ve genel tatil alacaklarının ödenmediğini iddia etmiştir. Davalı ise ödendiğini savunmuştur. Mahkemece davacının ücret bordrolarında tahakkuk bulunduğu, bordrolarında imzalı oluşu ve ihtirazi kayıt içermeyişi gerekçe gösterilerek bu taleplerin reddine karar verilmiştir. Ancak dosyada mevcut bordroların incelenmesinden; davacı işçiye her ay 4 saat ile 16 saat arasında değişen sürelerle fazla mesai karşılığı ücret tahakkuk ettirildiği, ayrıca genel tatil tahakkukların zamlı olmadığı ve çalışılmadan ödenecek genel tatil karşılığı ücret tahakkuk ettirildiği görülmektedir. Dairemiz incelemesinden geçen emsal dava dosyaları ile davacı tanıklarının birbiri ile tutarlı beyanları dikkate alındığında iş-

yerinde yapılan fazla mesainin tahakkuk ettirilen-den çok daha fazla olduğu, sembolik gösterildiği ve davacının genel tatillerde çalıştığı anlaşılmaktadır. Gerçek durumu yansıtmadığı açık olan ücret bordrolarındaki kısmi tahakkuklara itibar edilerek tüm fazla mesai ve genel tatil alacaklarının işçiye ödendiği düşünülemez. Mahkemece tanık beyanlarının birlikte değerlendirmeye tabi tutulması, davacının fazla mesai süresi ve çalıştığı genel tatillerin tespit edilmesi, imzalı olan ve ihtirazi kayıt içermeyen bordrolarda tahakkuk ettirildiği anlaşılan süreler ve ödemeler hesaptan mahsup edilmesi, oluşacak sonuca göre davacının alacaklarının hüküm altına alınması gerekir. Yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır." şeklinde karar verilmiştir.¹⁰³

Yargıtay'ın ilke kararlarından ayrılan bu kararlardaki görüşlere katılmadığımızı belirtmek isteriz. Her şeyden önce, Yargıtay bu görüşüyle tahakkuklu ve imzalı ücret bordrolarını "geçersiz" hale getirmiştir. Her ne kadar, "imzalı ve tahakkuklu ücret bordroları" aleyhine tanık dinlenmesi yoluna gidilemeyeceğine dair içtihatlar korunmakta ise de uygulamada bu bordroların geçersiz olduğu sıkça ileri sürülebilir hale gelmiştir. Yani her davada işverenin usulüne uygun olarak tuttuğu ücret bordrolarının geçersiz olduğu iddia edilebilmektedir. Yargıtay'a göre, "bordrolarda her ay düzenli bir fazla çalışma tahakkuku varsa bu "sembolik" bir tahakkuktur. Örneğin, bir işveren bordroda her ay "üç saat", her ay "beş saat" veya her ay "on beş saat" düzenli fazla çalışma tahakkuk ettirdiyse bu "sembolik ve göstermelik" olarak yapılmış bir uygulamadır. Bunun aksine dalgalı olarak, örneğin, bir ay "üç saat", diğer ay "on üç saat" veya bir diğer ay "yirmi saat" fazla çalışma göstermiş ise bu doğrudur. Bu şekilde bir düşünceyi kabul edilemez buluyoruz. Çünkü İş Kanunu'nda işverenlerin düzenli ve az miktarda fazla çalışma yaptırmayacaklarına dair bir kısıtlama bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre fazla çalışma; "işin niteliği veya üretimin artırılması gibi

Günay, 1538.

101 Özdemir, 189.

102 Yarg. 9. H.D., T. 15.02.2016, E. 2015/5112, K. 2016/2468, Çalışma ve Toplum, 2017/1, 340.

103 Yarg. 9. H.D., T. 07.04.2016, E. 2014/37967, K. 2016/8728, Çalışma ve Toplum, 2017/2, 1010.

nedenlerle" yapılabilir. İşveren üretim planlaması çerçevesinde veya sunduğu hizmet gereklerine göre her gün düzenli bir saat veya iki saat fazla çalışma yapılmasını isteyebilir. İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde yaptıracığı fazla çalışmayı mutlaka dalgalı ve farklı saatlerle yaptırabileceğine dair herhangi bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Yargıtay kararları dikkate alınacak olursa, işverenin düzenli olarak yaptırdığı fazla çalışmaları, bu defa sırf Yargıtay kararlarına göre uygun hale getirebilmek için farklı farklı göstermek zorunluluğu doğabilecektir. Diğer yandan, işverenin belgelerinin geçerli olabilmesi için, mutlaka fazla miktarda fazla çalışma yaptırması da gerekmemektedir. Bir işveren dilerse ayda üç saat, dilerse on üç saat fazla çalışma yaptırabilir. Fazla çalışmanın sınırları ve koşulları yasada belirlenmiştir. Bu şekilde bir uygulamanın İş Hukukunda yazılı belgeleri tamamen itibarsızlaştırma eğilimine sokacağını düşünüyoruz.

E. İmzasız Ücret Bordrolarındaki Tahakkukların Banka Kanalıyla Ödenmesi Durumu

Yargıtay uzun yıllar "imzalı olmayan bordrolarda yer alan fazla çalışma ücreti tahakkuklarının bankalar aracılığıyla ödenmesi durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemesi şartıyla, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının ancak yazılı delille ispatlanabileceğini kabul etmişti.¹⁰⁴ Yargıtay "İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucu doğurmaktadır."¹⁰⁵ şeklinde içtihat oluşturmuştu. Ancak son zamanlarda bu içtihat-

tan döndüğünü görüyoruz. Aksi yöndeki Yargıtay kararına göre; "Bordrolarda tahakkuk bulunmasına rağmen bordroların imzasız olması halinde ise, varsa ilgili dönem banka ve tüm ödeme kayıtları celp edilmeli ve ödendiği tespit edilen miktarlar yapılan hesaplama mahsup edilmelidir."¹⁰⁶ Farklı bir Yargıtay kararında, "Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçinin imzasını içermeyen bordrolarda fazla çalışma ve genel tatil tahakkuku yer aldığı ve tahakkukta yer alan miktarların karşılığı banka hesabına ödendiğinde, tahakkuku aşan çalışmalar her türlü delille ispatlanabilir. Tahakkuku aşan fazla çalışma ve genel tatil ücreti hesaplandığında, bordrolarda yer alan ödeme tutarları mahsup edilmelidir. Somut uyuşmazlıkta, hükme esas alınan bilirkişi raporunda tanık beyanlarına itibarla davacının fazla mesai yaptığı ve genel tatillerde çalıştığı tespit edilmiş, davacıya ait ücret bordrolarında yer alan tahakkukların hesaplamalardan dışlanması veya ödenen miktarların mahsup edilmesi yöntemleri ile alternatif hesaplama yapılmıştır. Mahkemece söz konusu alacakların banka kanalı ile ödendiği gerekçesiyle dışlama yöntemine itibar edilerek fazla mesai ve genel tatil alacaklarının bulunmadığı, dolayısıyla davacı tarafından yapılan feshin haksız olduğuna karar verilmiştir. Mahkemece, dosyadaki ücret bordrolarının imzasız olduğu ve bordrolarda bulunan fazla mesai ile genel tatil tahakkuklarının banka yoluyla ödendiği dikkate alınarak hesaplanan fazla mesai ve genel tatil ücretlerinden ödenen tutarların mahsup edilmesi gerekir." denilmiştir.¹⁰⁷ Aynı yönde bir başka Yargıtay kararında; "İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda ise işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmesi beklenemeyeceğinden, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının her

104 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 275.

105 Yarg. 9. H.D., T. 17.09.2009, E. 2008/9372, K. 2009/23312, Kişisel arşiv; Yarg. 7. H.D., E. 2014/19955, K. 2015/15299, Çalışma ve Toplum, 2016/3, 1419; Yarg. 7. H.D., T. 08.02.2016, E. 2015/30876, K. 2016/2039, Çalışma ve Toplum, 2016/4, 1885; Yarg. 9. H.D., T. 31.05.2011, E. 2011/15188, K. 2011/16211, Kişisel arşiv; Yarg. 22. H.D., T. 04.11.2014, E. 2013/19795, K. 2014/30172, Kişisel arşiv.

106 Yarg. 22. H.D., T. 03.12.2018, E. 2017/18736, K. 2018/25889, Çalışma ve Toplum, 2019/2, 1665.

107 Yarg. 9. H.D., T. 23.01.2019, E. 2015/28740, K. 2019/2075, Çalışma ve Toplum, 2019/3, 2153.

türlü delil ile ispatı mümkündür.” denilerek¹⁰⁸ bu yöndeki içtihatların pekiştiği görülmektedir.

Yargıtay’ın uzun yıllar devam ettirdiği görüşünden dönerek içtihat değişikliğine gitmesi bizce yerinde olmuştur. Görüşümüze göre de işçinin bankadan aldığı veya çektiği paranın hangi alacak kalemleri karşılığı olduğunu tespit etmesi çoğu kez mümkün olmamaktadır. Bunda işverenin bankaya yatırdığı paranın açıklamasını yapmaması önemli bir rol oynamaktadır. Bazen de kısa bir “maaş” açıklaması ile paranın yatırıldığını görüyoruz. Bu uygulamalar karşısında işçinin bordro içeriğini bilmesi ve incelemesi oldukça zordur. Asıl olan işçiye bordrosunun imzalatılması ve işçiye ücret hesap pusulasının verilmesidir. İşçi varsa ihtirazi kaydını bu bordrolara rahatlıkla koyabilir veya gereceğe aykırı düzenlenen bordroları imzalamaktan imtina edebilir. Ancak uygulamada Yargıtay kararlarına güvenerek banka kanalıyla yapılan ödemeleri yeterli gören ve işçilerine bordrolarını imzalatmayan işverenlerin içtihat değişikliği karşısında zor durumda kalabileceklerini söyleyebiliriz.

F. Üçlü Vardiya Uygulamasının Bulunduğu İşyerlerinde Fazla Çalışma

Yargıtay’ın fazla çalışma iddialarını değerlendirenken esas aldığı kriterlerden bir diğeri ise işyerinde uygulanan “vardiya” düzenidir. Vardiya sistemi ile çalışan işyerlerinde, ikili vardiya sistemi içinde çalışan işçilerin fazla çalışma iddialarını çoğunlukla kabul eden Yargıtay, üçlü vardiyalı çalışmada, kural olarak, fazla çalışma yapıldığı iddialarını kabul etmemektedir. Bu yöndeki bazı kararlar aşağıdaki gibidir:

- Somut olayda, işyerinde davacının sekiz saatlik üç vardiya halinde çalıştığı kural olarak üç vardiya halinde çalışılan işyerlerinde fazla mesai yapılmasının söz konusu olmadığı, üç vardiya halinde çalışılan işyerlerinde fazla mesai yapıldığı iddiasının yazılı belge ile kanıt-

lanması gerektiği dosyada bu şekilde yazılı bir belge bulunmadığı anlaşıldığından fazla çalışma ücreti talebinin reddedilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.¹⁰⁹

- “Davacı işçi, fazla çalışma yapmasına rağmen ücretinin ödenmediğini iddia etmiştir. Davalı ise talebin reddini istemiştir. Davalı tanıkları, fazla çalışma yapılmadığını söylemiştir. Mahkemece, davacı tanıklarının beyanına göre fazla çalışma ücreti kabul edilmiş ise de davacı tanıklarının, işyerinde 3 vardiya halinde çalışıldığını söylemeleri dikkate alınmadan koşulları oluşmayana bu isteğin hüküm altına alınması bozma nedenidir.¹¹⁰
- Üç vardiya şeklinde çalışılan işyerlerinde fazla mesai iddiasının yazılı delille kanıtlanması gerektiği, Dairemizin yerleşmiş uygulaması olup, dava dilekçesinde işyerinde üç vardiya çalışıldığının açıklanmasına ve bunun aksinin yazılı delille kanıtlanmaması karşısında fazla mesai ücreti talebinin reddi yerine yerinde olmayan gerekçelerle kabulü hatalıdır.¹¹¹

G. Fazla Çalışma Ücretinin Ücretin İçinde Olduğunun Kararlaştırılması Durumunda

Daha önce bahsettiğimiz üzere, işçinin fazla çalışma yaptığını ispatlaması durumunda, bu kez bu sürelerle ilişkin ücretlerin ödendiğini işveren ispat yükü altına girecektir. Bazen de işveren fazla çalışma ücreti ödemek zorunda olmadığını, zira bu sürelerle ait ücretin, işçinin normal ücretinin içinde olduğunu savunabilir.¹¹² Gerçekten uygulamada fazla çalışma ücretinin, işçiye ödenen genel anlamdaki ücretin içinde olduğuna dair anlaşmalar yapılmaktadır.¹¹³ Ancak, bu anlaşmalar sadece yasal fazla saatlerle çalışmalar bakımından müm-

109 Yarg. 9. H.D., T. 28.03.2012, E. 2010/482, K. 2012/10452, Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programları, (E.T. 02.10.2012).

110 Yarg. 9. H.D., T. 23.01.2012, E. 35259, K. 1272, Özcan, 985.
111 Yarg. 9. H.D., T. 16.10.2014, E. 25575, K. 30116, Özcan, 985.

112 Özdemir, 160.

113 Kar, 615; Özdemir, 160.

108 Yarg. 22. H.D., T. 22.01.2019, E. 2019/1620, K. 2019/1620, Çalışma ve Toplum, 2019/3, 2318.

kündür.¹¹⁴ Yargıtay kararlarında yılda 270 saatlik fazla çalışmanın sabit aylık ücretin içinde ödenebileceği kabul edilmektedir.¹¹⁵ Fazla çalışmanın aylık sabit ücretin içinde olduğu, işveren tarafından yazılı iş sözleşmesi veya sözleşme eki olarak işçi tarafından imzalanmış olan iç düzenlemelerle ispat edilebilir. Tanıkla ispat yoluna gidilemez.¹¹⁶

H. Takograf Kayıtlarının Olması Durumunda

Şehirlerarası kamyon ve tır şoförlerinin fazla mesai, hafta tatili, milli bayram ve genel tatil çalışma ücretlerinin hesaplanmasında takograf kayıtları öncelikli yer tutmaktadır. Bu yönde Yargıtay kararları vardır:

- Takograf kayıtları araç sürücüsünün hangi günde kaç saat fiilen araç kullandığını gösterdiğinden davacının fazla mesai, hafta tatili, milli bayram ve genel tatil çalışma ücretleri takograf kaydı bulunan dönem bakımından bu kayıtlara göre hesaplanmalıdır.¹¹⁷
- Somut olayda, davacının fazla çalışma ücreti alacağına dosyaya ibraz edilen takograf kayıtlarına itibarla hesaplandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu kayıtlara göre davacının 2007 yılı Ocak ayı ile 2009 yılı Eylül ayları arası dönemde günlük on iki saat ile dokuz saat arası çalışmalarının tespit edildiği ancak yönetmelik hükümleri gereğince davacının günlük dokuz saati aşan araç kullanamayacağı kabulü ile haftalık dokuz saat üzerinden fazla çalışma hesaplanmış ise de dosya kapsamı ve takograf kayıtları birlikte değerlendirildiğinde; davacının kayıtlarla tespit edilen haftalık çalışma günü ve günlük çalışma süresine göre haftalık kırk beş saati aşan çalışmasının fazla çalışma olarak kabulü gerekirken yanılıgılı değerlendirme ile hüküm tesisi hatalı

114 Mollamahmutoğlu/Astarlı, 1089.

115 Yarg. 9. H.D., T. 25.10.2001, E. 10041, K. 16651; Yarg. 9. H.D., T. 04.11.2002, E. 3272, K. 20510, Senyen-Kaplan, 390.

116 Kar, 615.

117 Yarg. 7. H.D., T. 09.02.2016, E. 2015/40104, K. 2016/2081, Çalışma ve Toplum, 2016/4, 1881.

olup bozmayı gerektirmiştir.¹¹⁸

- Yurtiçi tır şoförleri bakımından fazla çalışmalar her türlü delille ispatlanabilir ise de takometre kayıtları bulunması halinde inceleme bu kayıtlar üzerinden yapılmalıdır.¹¹⁹

Yargıtay kararlarına göre tanık beyanlarına itibar edilemeyecek durumlar arasında takograf kayıtlarının olduğu durumlar da sayılmıştır.¹²⁰ Takograf, yazılı belge niteliğinde sayıldığından, takograf kayıtlarının olduğu dönemler için bu kayıtların; takograf kayıtlarının olmadığı dönemler için ise tanık beyanlarının geçerli olabileceğini söyleyebiliriz.

I. Yurtdışı Sefer Yapan Tır Şoförlerinin Fazla Çalışması

Yargıtay, tanıkların şoför ile birlikte olmadıkları ve yurtdışındaki trafik kurallarının sıkı denetime tabi olduğu gerekçesiyle, yurtdışı sefer yapan tır şoförlerinin fazla çalışma yaptıklarını tanıkla ispat edemeyeceklerini kabul etmiştir. Bu kararların bazıları şehirlerarası nakliyat şoförlerini de kapsamaktadır. Bu yöndeki kararlardan bazıları aşağıda sunulmuştur:

- "... Dairemizin yerleşik kararlarına göre, yurtdışı TIR şoförlerinin mesai sıklığı sıkı kontrol altındadır ve ücretleri harcırah (sefer primi) sistemine dayalıdır. Ayrıca araçta tek başlarına hareket ettiklerinden çalışma saatlerini bilebilecek kimse olmayacağı açıktır. Bu nedenlerle mahkemelerce, davacının fazla çalışma ücreti talebinin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır."¹²¹ Aynı şekilde başka bir karar; "Yargıtay'ın kararlılık kazanmış olan uygulamalarına göre yurtdışına sefer yapan tır şoförlerinin salt tanık deliline dayanarak fazla çalışma ücreti talep etmeleri mümkün değildir. Tanıkların anlatımları kendi çalışma saatleri ile

118 Yarg. 22. H.D., T. 10.01.2019, E. 2016/2504, K. 2019/406, Çalışma ve Toplum, 2019/3, 2380.

119 Yarg. 9. H.D., T. 30.01.2013, E. 2010/39450, K. 2013/3675, Mülayim, 139.

120 Mülayim, 139.

121 Yarg. 9. H.D., T. 22.05.2014, E. 2014/13804, K. 2014/16548, (<http://ismahkemesi.com/2015/09/tir-kamyon-otobus-soforlerinde-fazla-mesai-yargitay-kararlari/>), (E.T. 25.08.2019).

ilgili olup, dava açan tır şoförü ile aynı seferde görev yapmamaları sebebiyle günlük çalışma saatlerini tam olarak bilmeleri imkânsızdır.”¹²²

- Öte yandan uluslararası tır şoförleri meselelerini kendileri belirledikleri gibi günlük tır kullanımıyla ilgili sıkı trafik mevzuatına uymak zorundadırlar.¹²³

Yurtdışı seferlerinde çalışan tır şoförlerinin salt tanık deliline dayanarak fazla çalışmayı kanıtlamayacağı, çeşitli Yargıtay kararlarına konu olmuştur.¹²⁴ Bizce de bu yöndeki kararlar yerindedir. Bunun nedeni de yine Yargıtay kararlarında yer aldığı gibi, Avrupa ülkelerindeki yasal düzenlemelerin, günlük araç kullanımında fazla çalışmayı kısıtlayıcı hükümler içermesi, şoför ile birlikte olmayan kişilerin görmedikleri halde sırf tahmine dayalı ifade verebilecek olmaları ve şoförün kendi mesaisini kendisinin belirleyebilecek durumda olmasıdır.

IV. Tanıkların Dinlenilmesi ve Tanık Beyanlarının Değerlendirilmesi

A. Tanıkların Dinlenmesi

Tanık, hâkim tarafından ve kural olarak davaya bakan mahkemede dinlenir (HMK m.259/1). Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekiyorsa, tanığın olayın gerçekleştiği veya işyerinin bulunduğu yerde de dinlenilmesine karar verebilir. Mahkeme, hasta veya engelli olmasından dolayı gelemeyen tanığı bulunduğu yerde dinleyebilir (HMK m.259/2,3). Mahkeme, yargı çevresi dışında bulunan tanığın, bulunduğu yer mahkemesi tara-

findan dinlenmesine karar verebilir.¹²⁵

Tanık ifade vermeden önce yemine tabi tutulur. Yine dinlenmeden önce hakkında tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak, hâkim tarafından kendisine bilgi verilir ve tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemesi istenir (HMK m.260).

B. Tanıkların Bir Kısımının Dinlenilmesiyle Yetinilmesi

Tanık listesinde gösterilecek olan tanık sayısı hakkında herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Her taraf, istediği sayıda tanığın dinlenmesini isteyebilir.¹²⁶ Gerçekten bazı iş davalarında bir tarafın 8-10 tanık bildirdiği görülmektedir. Ancak, mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edildiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir (HMK m.241).¹²⁷ Bazı iş mahkemeleri zamandan tasarruf etmek gerekçesiyle, aslında gerekli olmasına rağmen bazen tanık sayılarını sınırlandırmaktadırlar. Bu yönde tarafların seçecekleri iki tanığın dinlenilmesi ile yetinilmekte, bildirilen diğer tanıklar ise re’sen dinlenilmemektedir. Halbuki yargılama usulünde ilke, hâkimin yalnız bir veya birkaç delili inanılır bulunca onlarla yetinip kalanları incelenmemiş bırakmaması; delillerin tümünü değerlendirerek sonuca gitmesidir.¹²⁸ Yargıtay bir kararında “vazgeçme olmadığı halde delil listesinde gösterilen tanıkların tanık sayısı sınırlandırılarak dinlenmemesinin savunma hakkını sınırlandıracağı” belirtmiştir. Kararda; “Davalı delil listesinde gösterdiği tanıklardan açıkça vazgeçmediği halde, 28.11.2011 tarihli ara kararla tanık sayısı sınırlandırılarak, iki tanık dışında diğer tanıkları dinlenilmeyerek eksik incelemeyle karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” denilmiştir.¹²⁹

Yine emsal bir Yargıtay kararında; “... davacı fazla çalışma yaptığını iddia etmiş ve fazla çalış-

122 Yarg. 22. H.D., T.02.05.2013, E. 2012/20294, K. 2013/9333, (<http://ismahkemesi.com/2015/09/tir-kamyon-otobus-soforlerinde-fazla-mesai-yargitay-kararlari/>), (E.T. 25.08.2019).

123 Yarg. 9. H.D., T. 25.03.2013, E. 2013/1808, K. 2013/9914; Yarg. 9. H.D., T. 23.01.2013, E. 2010/39429, K. 2013/2594, (<http://ismahkemesi.com/2015/09/tir-kamyon-otobus-soforlerinde-fazla-mesai-yargitay-kararlari>), (E.T. 25.08.2019); Mülayim, 139.

124 Mülayim, 139.

125 Kılıçoğlu, 291; Pekcanitez ve diğerleri, 391.

126 Yılmaz, 1142.

127 Pekcanitez ve diğerleri, 393.

128 Umar, 727.

129 Yarg. 7. H.D., T. 14.01.2014, E. 2013/16368, K. 2014/226, Çalışma ve Toplum, 2014/3, 342.

malarını tanık deliline dayandırarak ispatlama yoluna gitmiştir. Mahkemece davacının bildirdiği bütün tanıklar dinlenmemiş, fazla çalışma alacağının sübut bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir. HMK md.27 uyarınca yasal sebep bulunmadıkça gösterilen tanıkların dinlenmemiş olması savunma hakkını kısıtlayan önemli bir usul hatasıdır. Davacı taraf açıkça tanıkların dinlenmesinden vazgeçmemiştir. O halde davacının delil listesindeki tanıklarının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243 ve devamı maddelerinde gösterilen usul çerçevesinde dinlenmesi ve sonucu uyarınca tüm deliller birlikte değerlendirilerek hüküm kurulması gerekir. Bu husus gözetilmeden eksik inceleme ile fazla çalışma alacağının reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedeni” kabul edilmiştir.¹³⁰

Tanık sayısının sınırlandırılmasında sadece zaman tasarrufu gözetilmemeli, özellikle davayı uzatmaya yönelik kötüniyetli tanık dinletme çabası ile ispat edilmesi gereken hususun aydınlığa kavuşturulması arasında denge gözetilerek bir uygulama yapılmalıdır. Hâkim, gösterilen her tanığı değil, ispata yeter sayıda ve ileri sürülen iddiayı ve iddianın dayandırıldığı vakıyı bildiği anlaşılmanın dinlenmesine karar vermelidir.¹³¹

C. Tanık İfadelerinin Değerlendirilmesi

Tanık delilinin uyuşmazlık sonrası ortaya çıkması, onun güvenilirlik ve inanırılığını azaltmaktadır. Tanık, zamanla uyuşmazlık konusu olayı unutmuş veya gerçeğe aykırı olarak algılamış olabileceği gibi, bilinçli olarak da beyanını saptırabilir.¹³² Aynı şekilde, tanığın maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki etkisi, onun kişisel niteliklerine (ahlâk, dürüstlük) orantılı olarak kendini gösterir.¹³³ Manevi değerleri zayıf olan kişiler, gerçeğe aykırı beyanlarda bulunabilirler.¹³⁴ Bu açıdan tanık

beyanlarının değerlendirilmesi önem taşır. Hâkim, tanık beyanlarının değerlendirilmesinde, birtakım hukuk kuralları yanında, mantığın ve bilimsel düşüncenin akılcı kurallarına göre de hareket etmelidir.¹³⁵ Hâkim, tanığın beyanının doğruluğunu tespit için, onu titizlikle sorgulamalı ve çelişkili hususların giderilmesini sağlamalıdır.

Tanık delili, takdiri bir delil sayıldığından, hâkim kural olarak tanık beyanı ile bağlı değildir.¹³⁶ Ancak bu bağlı olmama, hiçbir gerekçe ve yeterli neden olmadan tanık beyanı ile bağlı olmama anlamına gelmez. Hâkimin takdir yetkisine bırakılan bu yetki sınırsız bir yetki olmadığı gibi, keyfi ve gerekçesiz olarak da kullanılamaz.¹³⁷ Kararında tanığın beyanına dayanan hâkim, bunun gerekçesini göstermelidir. Aynı şekilde, tanık beyanını kararına esas almayan hâkim de bunun gerekçesini göstermek zorundadır.¹³⁸ Taraflar da tanıkların doğru söylemediğini iddia edebilirler ve bunu kanıtlayabilirler.¹³⁹

D. İş Davalarında Tanık İfadelerinin Değerlendirilmesi

İş davalarında tanık deliline dayanılması halinde aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça, tanıkların gerçeği söylemiş oldukları kabul edilir.¹⁴⁰ Bununla birlikte, İş Hukuku uygulamasında tanık beyanlarının çok fazla güvenilir deliller olmadığı da bir gerçektir. Davacı ve davalı tanıklarının birbirlerine tamamen zıt ifade verdikleri sıkça rastlanılan bir durumdur.¹⁴¹ Bunun yanında iş mahkemelerinde, menfaat birliği içinde olan işçilerin birbirlerine tanıklık yaptıkları, yine işyerinde çalışmayan, çalışma koşullarını bilmeyen veya sınırlı bir süre çalışan kişilerin tanıklık yaptıkları da bir vakıadır. Bu durumların varlığı, tanık delilinin gücünü oldukça zayıflatmaktadır. Bu nedenle sunmuş olduğumuz Yargıtay kararlarıyla da sabit olduğu üzere, tanık beyanlarının

130 Yarg. 22. H.D., T. 14.05.2018, E. 2015/32297, K. 2018/11747, Çalışma ve Toplum, 2018/4, 2459.

131 Ertanhan, 207.

132 Ertanhan, 276.

133 Tutumlu, 223.

134 Mülâyim, 136.

135 Ertanhan, 277.

136 Ertanhan, 279; Tutumlu, 225; Pekcanitez ve diğerleri, 394.

137 Ertanhan, 279.

138 Pekcanitez ve diğerleri, 394.

139 Tutumlu, 225.

140 Kar, 696.

141 Özdemir, 42.

doğruluğunun tespitinde bu hususların dikkate alınması uygun olacaktır.

1. Davacı ile Aynı Konuda Dava Açan Kişilerin Tanıklığı

Davacı ile aynı konuda, aynı mahiyette dava açan kişilerin davacı ile menfaat birliği içinde olmaları veya işverenle husumet içinde olmaları nedeniyle tanıklıklarına itibar edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. İşyerinden birlikte ayrılan veya işverenin birlikte çıkardığı veya farklı zamanlarda iş sözleşmesi sona eren işçilerin dava aşamasında birbirlerine tanıklık yapmaları çok rastlanılan bir durumdur. Bu gibi tanıklık uygulamalarında tanıklar dava açan diğer işçilerle hem bir menfaat birliği içinde, hem de işverenle husumet içinde bulunmaktadırlar. Aynı konuda veya farklı bir konu olsa dahi işverene karşı dava açan bir işçinin, yalnızca doğruyu söylediğinde kendi aleyhine de sonuç doğurabilecek bir ifade vermesi kendisinden beklenilemez. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına baktığımızda, birçok kararda “aynı mahiyette dava açan kişilerin menfaat birliği sebebiyle tanıklığına itibar edilemeyeceği” görüşünün hâkim olduğunu görmekteyiz. Uygulama açısından önemli olduğunu düşündüğümüz emsal Yargıtay kararlarına makalemizde yer vermiş bulunuyoruz.

• Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının fazla mesai, hafta tatiliyle ulusal bayram ve genel tatil ücret alacakları davacı tanık beyanları esas alınmak suretiyle hesaplanmıştır. Ancak davacı tanıklarının davacıyla aynı konuda aynı işverene karşı davaları mevcut olup aynı konuda açtığı davası bulunan ve davacıyla menfaat birliği içinde olan kişilerin tanıklığına itibar edilmesi mümkün değildir. Mahkemece anılan alacaklar hakkında emsal dosyalar ve davalı tanık beyanları birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken menfaat birliği içerisinde olan davacı tanık beyanları esas alınmak suretiyle hazırlanan bilirkişi raporuna itibar edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur.¹⁴²

- Davacının dava konusu yaptığı alacaklarının hesabı sırasında bilirkişi tarafından işyeri kayıtları ve tanık beyanlarına itibar edilerek iki ayrı hesaplama yöntemi belirlenmiştir. Mahkemece tanık beyanlarına itibar edilerek davacının isteği doğrultusunda yapılan hesaplama itibar edilerek hüküm kurulmuşsa da davacı tarafından dinletilen tanıkların aynı mahiyette davalı işveren aleyhine dava açan kişiler olduğu, davanın sonucundan menfaatleri bulunduğu, anlaşıldığından bu tanık beyanlarına itibar olunarak hüküm kurulması hatalıdır. Mahkemece; yapılacak iş davacının imzası bulunan ücret bordrolarına göre yapılan hesaplama değer verilerek hüküm kurmaktan ibarettir.¹⁴³
- Davalı aleyhine tanıklık eden M.Ö., M.S. ve O. B. ile davalı arasında çeşitli idari, hukuki ve cezai davaların bulunması nedeni ile husumet olduğu, bu durumda bu tanık beyanlarına dayalı olarak hüküm kurmanın mümkün olmadığı.¹⁴⁴
- Mahkemece “... tanığın davalı taraf ile davası olması durumunda tanıklığına beyan edilmesede, davacı ve tanıkları aynı işyerinde aynı işi yapan, aynı çalışma şartlarına sahip ve aynı şekilde mağdur olan kişilerdir. Bu nedenle aynı taleplerle dava açmaları çok doğaldır. Tanıklıklarına itibar edilmiştir...” gerekçesiyle fazla mesai ücreti davacı işçi lehine hüküm altına alınmış ise de; dinlenen davacı tanıklarının da işverene karşı aynı konuda açılmış davaları bulunmaktadır. Husumetli tanık beyanları, davalı işyerinde fazla mesai yapılarak çalışıldığını ispat için yeterli olamayacağından ve davacının fazla mesai yaparak çalıştığını ispat için başka delil de bulunmadığından, ispat edilemeyen fazla mesai ücreti talebinin reddi yerine yazılı

143 Yarg. 9. H.D., T. 23.12.1997, E.1997/18427, K. 1997/22255, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (E.T. 23.01.2018).

144 Yarg. HGK, T. 24.05.2006, E. 2006/4-304, K. 2006/311, (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=30118>), (E.T. 31.03.2020).

142 Yarg. 7. H.D., T. 13.01.2014, E. 2013/17160, K. 2014/130, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (E.T. 23.01.2018).

şekilde kabulü hatalıdır.¹⁴⁵

- Davacı ve davacı tanığının farklı mahkemelerde görülen aynı işyeri aleyhindeki davalarda zincirleme tanıklık yaptıkları anlaşılmıştır. Dosyadaki belge ve bilgiler ile ve özellikle davalı işyerine karşı davası dolayısıyla davanın sonucundan doğrudan menfaati bulunan davacının tek tanığının beyanları göz önüne alındığında olağan dışı fazla çalıştığını iddia eden ve ispatla yükümlü olan davacı işçi fazla çalışma yaptığını ispatlayamamıştır.¹⁴⁶
- Somut olayda, mahkemece davacı tanıkları anlatımlarına itibarla, fazla çalışma, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları hüküm alınmış ise de, her iki tanığın da işverenle davasının olması sebebiyle husumetli olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde, salt husumetli tanık anlatımlarına itibarla sonuca gidilmesi yerinde değildir.¹⁴⁷
- Somut uyuşmazlıkta, davacının işyerinde fazla mesai yaptığı iddiasına ilişkin işyeri kaydı mevcut olmayıp davacı tanıklarının beyanı esas alınarak sonuca gidilmiş ise de; dinlenen davacı tanığı R.K.'nın davalı işveren aleyhine dava açtığı ve davacı ile menfaat birlikteliği içinde olduğu anlaşılmakla kural olarak beyanına itibar edilmemesi gerekir.¹⁴⁸
- Somut uyuşmazlıkta, mahkemece, davacı tanığının anlatımına itibarla, fazla çalışma ücreti alacağı hüküm altına alınmıştır. Ne var ki, davacı tanığının da davalı aleyhine dava açtığı ve dolayısıyla husumetinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Salt husumetli tanık beyanıyla sonuca gidilmesi ise mümkün değildir. Dosya kapsamında, fazla çalışma yapıldığına dair itibar edilmesi mümkün yazılı belge de bulunmamaktadır. Bu halde, fazla çalışma yapıldığı

usulünce kanıtlanmadığından, fazla çalışma ücreti talebinin reddi gerekirken, kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.¹⁴⁹

- Aynı işverene karşı ayrı ayrı dava açan işçiler, birbirlerinin davalarında tanıklık yaparlarsa, mahkeme bu tanıkların ifadelerine dayanarak hüküm veremez.¹⁵⁰

Yargıtay kararlarını incelediğimizde, başkaca delil yokken salt dava açan ve husumetli olan tanık ifadeleri ile sonuca gidilemeyeceği anlaşılmaktadır.¹⁵¹ Bizce Yargıtay'ın bu yöndeki kararları yerindedir. Çünkü özellikle fazla çalışmaya yönelik işçi alacağı davalarında dava açan işçilerin birbirlerine ölçsüz şekilde tanıklık yaptıkları görülmektedir. Örneğin, bazı tanıkların çalıştıkları süre boyunca hayatın olağan akışına aykırı olarak 24 saat çalıştıklarına dair ifade verdikleri görülmüştür. Bu durumda menfaat birliği içinde hareket eden, aynı zamanda kendi iddiası ve davasını da bağlayıcı nitelikte olabilecek bir ifadenin objektif ve tarafsız olabileceğini düşünmüyoruz. Bu nedenle, husumetli tanık ifadelerinin tek başına değil, başkaca delillerle birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmesinin uygun olacağını düşünmüyoruz.

Yargıtay'ın aksi yönde de kararları mevcut olup, bunlardan bazıları aşağıda sunulmuştur:

- Mahkemece davacının işçilik ücreti alacaklarına yönelik olarak, davacının dinlettiği tanık Y.D.'in ve Y.A.'nın ise aynı konuda mahkemede yargılaması devam eden davalarının bulunduğu, davacı ve tanıkların birbirlerine mesailer konusunda tanıklık yaptıkları, davalıyla husumet oldukları dikkate alındığında tanıklıklarına itibar edilemeyeceği, bu sebeple davalı tanık beyanlarına göre de davacının fazla mesai çalışmasının, hafta sonu çalışmasının ve genel tatil çalışmasının bulunmadığı gerekçesiyle taleplerini reddine karar verilmiştir. Davacı ve tanıkları aynı işyerinde aynı işi yapan, aynı ça-

145 Yarg.9. H.D.,T.16.11.2017, E.2017/15496, K.2017/18494, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, (E.T. 23.01.2018).

146 Yarg.9. H.D., T.07.03.2013, E.2010/51262, K.2013/8019, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (E.T. 23.01.2018).

147 Yarg. 22. H.D., T. 23.05.2017, E. 2015/21147, K. 2017/11942, Çimento İşveren, Cilt: 32, Sayı: 3, Mayıs-2018, 47.

148 Yarg.22. H.D.,T.16.01.2019, E.2016/3726, K.2019/1008, Çalışma ve Toplum, 2019/3, 2346.

149 Yarg. 22. H.D.,T.07.02.2017, E.2017/1537, K.2017/1393, Çalışma ve Toplum, 2017/4, 2464.

150 Yarg. 9. H.D, T. 06.04.1971, E.7047, K.6817, Kiper, O. (1995), Hukuk Davalarında Kanıtlar. Ankara: Adil Yayınevi, 88.

151 Kar, 696.

İşma şartlarına sahip ve aynı şekilde mağdur olan kişilerdir. Bu sebeple aynı taleplerle dava açmış olmaları çok doğaldır. Hatta bu tanıklar dışında da söz konusu HES projesinde çalışan tüm işçiler aynı taleplerle dava açmışlardır. Bu durum, tanıklıklarının geçersiz olduğunu değil aynı sıkıntıları yaşadıklarını kanıtlamaktadır. Bu tanıklıklara itibar edilmemesi durumunda davacının, işyeri koşullarını bilen tanık bulma şansı yoktur.¹⁵²

- Her ne kadar bu dosya ve emsal dosyada dinlenen davacı tanıklarının benzer davasının olduğu görülmüş ise de; tanıklarca her bir davacı işçi için kıdemleri ile tutarlı farklı ücret miktarlarının ve çalışma koşullarının beyan edildiği, beyanlarının dosya içerikleri ile tutarlı ve samimi olduğu ve bu konudaki işverenin yalan tanıklık (iftira) hakkındaki suç duyurularında dahi şüphelilerin beyanının diğer tanık beyanları ile uyumlu olması karşısında haklarında kovuşturulmasına yer olmadığına dair kararların verildiği görülmüştür. Açıklanan nedenlerle davacı tanık beyanlarına değer verilmelidir.¹⁵³

Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz kararlarda ortaya koyduğu görüşlere katılamıyoruz. Çünkü, işyerinde çalışan işçilerin büyük çoğunluğunun dava açması, bu işçilerin gerçeği söylemesinin teminatı olarak görülemez. Bir tanık farklı ifade verdiğinde, davası olan diğer işçilerin baskısına maruz kalabilecektir. Dava açan bütün işçilerin aynı yönde ifade verecekleri daha yüksek ihtimaldir. Bu işçiler menfaat birliği içinde olduklarından, ifadeleri diğer delillerle desteklenmelidir (¹⁵⁴). Bu durumda, işyerinde keşif yapılmalı, mali kayıtlar ve üretim kayıtları incelenmeli, işin niteliği, üretim kapasitesi, hava koşulları gibi yan faktörler dikkate alınmalı, gerekirse işyerinde ölçümleme yapılmalıdır.

152 Yarg. 7. H.D., T. 27.10.2014, E. 2014/15057, K. 2014/19544, (www.kazanci.com), (E.T. 19.02.2018).

153 Yarg. 9. H.D., T. 07.03.2017, E. 2017/11755, K. 2017/3320, Çalışma ve Toplum, 2017/4, 2229.

154 Mülayim, 140.

2. Davacı ile Birlikte Çalışmayan ve İşyerindeki Çalışma Düzenini Bilmeyen Kişilerin Tanıklığı

İspat güçlüğü çeken taraflar bazen işyerinde çalışmamış, mahalleden, akrabalarından veya arkadaşlardan tanık dinletme yoluna gitmektedirler. Bu kişilerin kural olarak tanıklıklarına yasal bir engel olmamakla birlikte, görgü ve bilgilerinin olmaması yüzünden tanıklıklarına itibar edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bize göre, davacıyla işyerinde birlikte çalışmayan arkadaşlarının veya akrabalarının tanık olarak dinlenilmesi isabetli değildir (¹⁵⁵). Yargıtay da aynı görüştedir. Konuya ilişkin kararlara baktığımızda, Yargıtay'ın birçok kararında "bu gibi kişilerin işyeri düzenini bilmedikleri" gerekçesiyle tanıklıklarına itibar edilmeyeceği görüşünün hâkim olduğunu görmekteyiz. Bu yöndeki bazı Yargıtay kararlarına makalemizde yer vermiş bulunuyoruz.

- İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmeyen mümkün olmayan şahitlerin anlatımlarına değer verilemez.¹⁵⁶
- İlke olarak işçi fazla çalışma yaptığını veya tatillerde çalıştığını yazılı deliller dışında tanıkla da ispatlayabilir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen veya bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.¹⁵⁷
- Davacı işçi, fazla çalışma, bayram ve resmî tatil ücretleri ile hafta tatili ücretleri yönünden isteklerde bulunmuştur. Mahkemece davacının eşi ve işyerinde çalışması olmayan diğer bir davacı tanığının beyanlarına göre anılan isteklerin kabulüne karar verilmiştir. Anılan tanıkların işyerindeki çalışma saatlerini bilmeleri mümkün değildir. Bu itibarla somut olayda da-

155 Mülayim, 137.

156 Yarg. 22. H.D., T. 08.05.2017, E. 2017/7826, K. 2017/10428, (http://kazanci.com), (E.T. 28.02.2018).

157 Yarg. 22. H.D., T. 17.02.2015, E. 2013/31986, K. 2015/5157, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 16.04.2009, E. 2007/42573, K. 2009/10858, Kişisel arşiv; Yarg. 9. H.D., T. 30.06.2011, E. 2009/17809, K. 2011/19812, Çalışma ve Toplum, 2012/2, 219; Yarg. 9. H.D., T. 02.03.2010, E. 2010/1841, K. 2010/5434, Kişisel arşiv; Yarg. 22. H.D., T. 10.03.2015, E. 2015/2589, K. 2015/9564, Çalışma ve Toplum, 2016/1, 491.

vacının fazla çalışma yaptığı yine hafta tatiliyle bayram ve genel tatillerde çalıştığı kanıtlanabilmiş değildir. Anılan istekler yönünden itirazın iptali isteğinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne dair hüküm kurulması hatalı olmuştur.¹⁵⁸

- Ulusal bayram ve genel tatil çalışmalarının yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.¹⁵⁹
- Hafta tatili çalışmalarının yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.¹⁶⁰
- Davacının arkadaşı olan tanıkları, davacının 01.12.1998-30.04.2006 tarihleri arasında kesintisiz olarak davalı işyerinde çalıştığını beyan etmiş ise de bu tanıkların davalı işyerinde bir çalışması bulunmadığından, bunların beyanına göre davacının kesintisiz olarak çalıştığı kabul edilemez. Mahkemece davacının SSK hizmet cetveline göre çalışma süresi tespit edilerek, işçilik alacakları hüküm altına alınmalıdır. Ayrıca hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacı tanıklarının beyanlarına göre fazla çalışma alacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak tanıklar davacının arkadaşları olup davalı işyerinde bir çalışmaları bulunmadığından, bu tanık beyanlarına itibar edilemez. Davacı taraf, fazla çalışmasını ispatlayamadığından bu talebin reddi gerekir.¹⁶¹

Yargıtay'ın işyerinde çalışmayan ve çalışma düzenini bilmeyen tanıkların ifadelerine değer verilemeyeceğine dair kararları yerindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün

olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.¹⁶² İş ilişkisi süreklilik arz eden bir ilişki olduğundan, bu süreçte mevcut çalışma koşullarını en iyi bilebilecek kişiler de işyerinde devamlı surette çalışan kişilerdir. Tanıkların, başka bir işyerinde çalışmış olmaları durumunda da davacının işyerindeki çalışmasını bilebilecek durumda olmadıkları söylenebilir.¹⁶³ Uygulamada da kural olarak işyerinde çalışmayan tanık ifadelerine itibar edilmemektedir.

3. Tanık İfadesinin Çalıştığı Dönemle Sınırlı Olarak Değerlendirilmesi

Dinlenen tanıkların davacı işçi ile birlikte çalışma süresi, tüm çalışma süresini kapsamıyorsa, tanığın ifadesi "çalışma dönemi" ile sınırlı olmak üzere değerlendirilmelidir. Örneğin, 7 yıllık çalışması olan bir işçiyle sadece 7 ay birlikte çalışan tanığın ifadesi sanki 7 yıl birlikte çalışmış gibi değerlendirilmemelidir. İş mahkemelerinde çoğu kez bu sınıra dikkat edilmemektedir. Yargıtay kararlarında ise, tanıkların çalıştıkları süre kadar işyerindeki çalışma koşullarını bilebilecekleri kabul edilmektedir.

- Dosya içeriğinden, davacının, fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının davacı tanık beyanına dayalı olarak hesaplandığı anlaşılmaktadır. Davacı tanığının 2007 yılında yedi-sekiz ay süre ile işyerinde çalıştığını belirttiği, buna göre hangi aylarda çalıştığı hususu da netleştirilerek, tanığın çalışma dönemi ile sınırlı olmak üzere fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının hesaplanması gerekir.¹⁶⁴
- Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, fazla çalışma ücreti alacağı konusunda hesap yapılırken sadece iki davacı tanığının anlatımları dikkate alınmıştır. Oysa, bu tanıklardan birisinin hangi tarihler arasında davalı işyerinde çalıştığı belli değildir. Diğer tanık ise,

158 Yarg. 9. H.D., T. 12.12.2006, E. 2006/28869, K. 2006/32756, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, (E.T. 01.12.2017).

159 Yarg. 9. H.D., T. 25.02.2010, E. 2008/18995, K. 2010/4979, Kişisel arşiv.

160 Yarg. 22. H.D., T. 03.03.2015, E. 2014/24395, K. 2015/8645, Çalışma ve Toplum, 2015/4, 574.

161 Yarg. 9. H.D., T. 25.02.2010, E.20938, K. 34896, Özcan, 980-981.

162 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 272.

163 Mülayim, 136.

164 Yarg. 22. H.D., T. 21.12.2017, E. 2015/25254, K. 2017/30370, Çimento İşveren, Cilt: 32, Sayı: 4, Temmuz-2018, 31.

davaliya karşı dava açmış olup, davacı ile menfaat birlikteliği bulunmaktadır. Öte yandan, davacı davaliya ait işyerinde muhabir olarak çalışmaya başladığını, son iki yılda haber müdürlüğü yaptığını iddia etmiş olmasına rağmen, davacının muhabir ve haber müdürlüğü yaptığı dönemlerdeki çalışma gün ve saatleri tanıklara ayrı ayrı sorulmamıştır. Bu durumda, davacı tanıklarından C. M. S.'in hangi tarihler arasında davaliya ait işyerinde çalıştığının araştırılması, tanıklar yeniden dinlenerek, davacının hangi tarihler arasında, hangi görevi yaptığı ve söz konusu görevlerdeki çalışma gün ve saatleri hakkında beyanlarının alınması, tüm deliller yeniden değerlendirilerek sonucuna göre, davacı ile menfaat birlikteliği bulunmayan tanığın davalı işyerinde çalıştığı dönemle sınırlı olarak davacının fazla çalışma ücreti alacağına belirlenmesi gerekmektedir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.¹⁶⁵

- ... davacıyla aynı işverende birlikte çalışan tanıkların beyanlarının davacıyla birlikte çalıştıkları dönemlerle sınırlı olmak üzere değerlendirilmek suretiyle davacının fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının hesaplanması gerekirken davacının davasına konu tüm dönemi kapsar şekilde değerlendirilmesi hatalı olup bozma sebebidir.¹⁶⁶
- ... somut uyumsuzluk incelendiğinde, mahkemece, tanık beyanları esas alınmak suretiyle davacının fazla çalışma iddiasının kabulüne karar verilmiş ise de, dosya içerisinde mevcut beyanlar, dava konusu dönem içerisinde sadece 2002 ile 2005 yılları arası döneme ilişkin tanıklığı içermekte olup, yetersiz ve soyut tanık anlatımları ile 2003 ila 2007 yıllarına ilişkin fazla çalışma iddiasının kanıtlandığının kabul edilmesi isabetsizdir. Fiili çalışma iddiasının,

soyut tanık anlatımı dışında somut delillerle desteklenmesi gerekmektedir.¹⁶⁷

- Diğer davacı tanığı Y.A.nın ise davacıyla birlikte belirli bir dönem çalışması bulunmaktadır. O halde, davacının fazla çalışma ücret alacağı tanık Y.A ile birlikte çalıştıkları dönemle sınırlı olmak üzere hesaplanmalıdır. Eksik incelemeye yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.¹⁶⁸
- Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir. Aynı ilkeler hafta tatili çalışmalarını için de geçerlidir. Somut olayda, davacı, 11.11.2011-12.08.2013 tarihleri arasında davalı işyerinde inşaat ustası olarak çalışan işçi olup, davacı tanıklarından ..., davalı işyerinde davacı ile birlikte 2012 yılının Ocak ayına kadar çalışmış, diğer davacı tanığı ... ise, davalı işyerinde sürekli çalışmamıştır. Bu durumda davacının sadece tanığı ...'in çalıştığı dönemle sınırlı olarak fazla çalışma ve hafta tatili çalışmalarını ispat ettiği anlaşıldığından, ...'ın, davacı ile birlikte çalıştığı süre dikkate alınarak fazla mesai alacağı ile hafta tatili alacağına hüküm altına alınması gerekirken, davacının tüm çalışma süresince fazla mesai alacağı ve hafta tatili alacağı hesabı yapılması hatalı olmuştur. Mahkemece, bilirkişiden ek rapor alınarak, davacının, tanığı olan ... ile çalıştığı süre döneminde fazla mesai ve hafta tatili alacağına tespit edilerek, bu dönemdeki alacakların hüküm altına alınması gerekmektedir.¹⁶⁹

Yargıtay'ın "dönem sınırlaması" ile ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz kararlarının yerinde olduğunu düşünüyoruz. Zira çalışan tanık ancak kendi

165 Yarg. 22. H.D., T. 17.03.2015, E. 2013/37210, K. 2015/10424, Çalışma ve Toplum, 2016/1, 482.

166 Yarg. 22. H.D., T. 19.12.2018, E. 2018/14166, K. 2018/27800, Çalışma ve Toplum, 2019/2, 1610.

167 Yarg. HGK, T. 24.05.2006, E. 2006/4-304, K. 2006/311, Kişisel arşiv.

168 Yarg. 22. H.D., T. 16.01.2019, E. 2016/3726, K. 2019/1008, Çalışma ve Toplum, 2019/3, 2346.

169 Yarg. 22. H.D., T. 03.12.2018, E. 2017/18736, K. 2018/25889, Çalışma ve Toplum, 2019/2, 1665.

dönemindeki çalışma koşullarını (fazla mesai, tatil gibi) bilebilecek durumdadır.¹⁷⁰ Tanık beyanları, birlikte çalışılmayan dönemleri de kapsayacak şekilde değerlendirilmemelidir.¹⁷¹ Uygulamada iş mahkemelerinin çoğunlukla bu hususu tutanağa geçirtmediklerine tanık oluyoruz. Bu şekilde bazen tanığın işyerindeki çalışma dönemi gözden kaçırılabilir. Tanığın çalışma dönemiyle ilgili uyumsuzluk olması halinde ise sosyal sigorta kayıtlarının mahkeme tarafından celbi uygun olacaktır.

Sonuç

Ücret niteliğindeki işçi alacağı davalarında maddi hukuk alanında sahip olunan hakların bir değer ve hüküm ifade edilebilmesi için, bunların hukuki delillerle ortaya konması ve desteklenmesi gerekmektedir. İşte bu hukuki deliller içerisinde tanık delili de önemli bir yere sahiptir. Gerçekten bu tür davalarda ispat açısından tanık deliline sıkça başvurulmaktadır. Neredeyse bütün işçilik alacağı davaları tanık beyanları üzerine kurulmaktadır. Maddi vakıaların ispatının da ötesinde belge veya senetle ispatlanabilecek hususlar dahi tanık delili ile ispatlanabilir hale gelmiştir. İşveren kayıtlarının geçerliliği ise istisnai bir durum haline gelmiştir. Bu nedenle iş mahkemelerinde “tanık deliline başvurma” iyi irdelenmelidir. Öncelikle hukuk sistemimizde “tanık delili”nin takdiri deliller arasında yer aldığı unutulmamalıdır. Takdiri deliller, koşulları ve hükümlerini yasanın tayin etmediği delillerdir. Bu tür deliller hâkimi bağlamaz; hâkim serbestçe tanık ifadelerinin değerini takdir eder. Ancak bu, hâkimin hüküm tesis ederken tanık beyanlarına uymayabileceği veya tanık ifadelerini göz ardı edebileceği anlamına gelmez. Hâkim, tanık ifadelerine uymadığı takdirde bunun gerekçesini belirtmek zorundadır.

Diğer yandan tanık deliline başvurma alanları daraltılmalıdır. Yazılı belgenin veya senedin olduğu durumlarda öncelik sırası belge veya senedin olmalıdır. Delil olarak sunulan belge veya senet

geçerli kabul edilmeyecekse, bunun gerekçesi belirtilmeli, belge ya da senet bir kenara bırakıldıktan sonra tanık deliline başvurulmalıdır. İşyerlerinde sağlam bir belge düzenini sağlayacak tedbirler ve yaptırımlar getirilmelidir. Gerçek ücretlerin verilmesi, bordrolanması ve fazla çalışma kayıtlarının tutulması, çalışma ve dinlenme sürelerinin kayıt altına alınması gibi uygulamalar yasal çerçevede ve belgeler altında, gerekirse dijital ortamda sağlanmalıdır. İş Hukukunda her konuyu tanık ifadesine dayalı olarak çözüme alışkanlığından vazgeçilmelidir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, tanık ifadelerinin iyi irdelenmesi hususudur. Duruşmalarda hâkim önünde dinlenen tanıklar dava ve savunma konuları hakkında iyi sorgulanmalı, anlaşılır ve açıklayıcı şekilde ifadeleri tutanağa geçirilmelidir. Tanığın taraflarla ilişkisi, işyerindeki çalışma süresi, işe girdiği tarih, işten çıktığı tarih, tanığın davacı işçiyle birlikte çalışma dönemi belirlenmelidir. Tanık ifadesinde çalışma dönemi hatırlamadığını beyan etmesi halinde Sosyal Güvenlik Kurumu’ndan hizmet döküm cetveli istenmelidir. Tanık ifadeleri arasında çelişki olduğu takdirde bu çelişki nedeni sorgulanmalı ve giderilmeye çalışılmalıdır. Yine, dinlenen tanıkların taraflarla husumeti veya davasının olup olmadığı da sorgulanmalıdır. Husumeti olan tanıkların ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği ayrıca değerlendirilmelidir. İşyerinde çalışmayan ve çalışma düzenini bilmeyen veya sınırlı bir süre çalışan kişilerin ifadelerine itibar edilmemeli veya sınırlı ölçüde itibar edilmelidir.

Bu söylediklerimiz, tanık deliline başvurulamayacağı anlamına gelmemektedir. Tanık, uyumsuzluk hakkında bilgi ve görgüsü bulunan ve bunu mahkemeye aktaran kişidir. Bu yönüyle iş davalarında şüphesiz vakıaların tespiti açısından tanık delilinden yararlanılabilecektir. İspat hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak da tanık delilinden yararlanılabilecektir. Bu yönde herhangi bir kısıt getirilemeyecektir. İş yargılamasında tanık delili, ispat hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı yönlerinden belli kısıtlamalara tabi tutulmaktadır. Örneğin, tanık listesinde yer

170 Kar, 699.

171 Mülâyim, 136; Ocak, 481.

alan tanıklar, zaman darlığı veya yoğunluk gibi gerekçelerle dinlenilmemektedir. Tanık sayısında sınırlayıcı uygulamalar yapılmaktadır. Bazen, tanık isim ve adreslerinin bildirmeleri için gerekli süreler verilmemektedir. İsim ve adreslerinin bildirilmemesi halinde, hazır edilen tanıklar dinlenmemektedir. Duruşmalara dinlenmek üzere çağrılan tanıklar, hâkim değişikliği veya yokluğu gibi nedenlerle dinlenilmeden evlerine geri gönderilmektedirler. Ancak, tanık ifadelerinin içerik denetimi yönünden, bir başka deyişle tanık ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği ve belgeler karşısındaki durumu yönünden, sınırsız bir şekilde tanık ifadelerinden yararlanılmaktadır. Yani tanık ifadeleri oldukça itibar görmektedir. Örneğin, mevsim, çalışma koşulları ve işin niteliği gibi hususlar dikkate alınmadan tek bir tanık ifadesiyle işçinin haftanın 7 günü, yılın 365 günü, günde 12 saat çalıştığı kabul edilebilmektedir. Şüphesiz bunda Yargıtay kararlarının büyük bir rolü bulunmaktadır.

Sonuç itibarıyla, iş davalarında tarafların tanık deliline başvurabilmeleri hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir. Bu yönde sınırlandırıcı bir uygulamaya gidilmemelidir. Ancak her hakta olduğu gibi bu hak da çok sayıda tanık ismi verilerek ve ilgili ilgisiz tanık bildirilerek kötüye kullanılmamalıdır. İş mahkemeleri ise önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde tanık ifadelerini iyi irdelemeli, senetle ispatın asıl olduğu durumlarda senetlerin değerini ortaya koymalı ve hükümlerini sağlıklı tanık ifadelerine dayandırmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, E. (2008). İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi. Cilt:2. 3. Baskı. Ankara: Seçkin.
- Bolayır, N. (2014). Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Bozkurt, H.E. (2012). İş Yargılaması Hukuku. 4.Baskı. Ankara: Seçkin.
- Çelik, N./Caniklioğlu N./Canbolat T. (2018). İş Hukuku Dersleri. 31. Bası. İstanbul: Beta.
- Çenberci, M. (1986). İş Kanunu Şerhi. 6.Bası. Ankara: Olgaç Matbaası.
- Demir, F. (2019). İş Hukuku ve Uygulaması. 12. Baskı. İzmir: Albi Yayınları.
- Ertanhan, M. (2005). Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık. Ankara: Seçkin.
- Eyrenci, Ö./Taşkent S./Ulucan D. (2014). Bireysel İş Hukuku. İstanbul: Beta.
- Günay, C.İ. İş Kanunu Şerhi, Cilt:2. (2005). Ankara: Yetkin Yayınları.
- KAMU-İŞ Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası. (2010). Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları. Ankara: Başbakanlık Basımevi.
- Kar, B. (2019). İş Yargılaması Usulü. 2. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kılıçoğlu, M. (2011). İş Yargılamaları Usulü. İstanbul: Legal.
- Kiper, O. (1995), Hukuk Davalarında Kanıtlar. Ankara: Adil Yayınevi.
- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M. (2011). İş Hukuku. 4.Bası. Ankara: Turan Kitabevi.
- Mülayim, B.O. (2019). Fazla Çalışmanın İspatlanması. İş ve Hayat Dergisi. Yıl:5. Sayı:9. 130-161.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2014). İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I. 5. Bası. İstanbul: Beta.
- Ocak, U. (2018). Fazla Çalışma. Gaziantep: Kendi yayını.
- Özcan, D. (2016). Uygulamalı İş Davaları. 3. Bası, Ankara: Adalet.
- Özdemir, E. (2006). İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları. İstanbul: Beta.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M. (2017). Medeni Usul Hukuku. 5. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Senyen-Kaplan, E.T. (2019). Bireysel İş Hukuku. 10. Baskı. Ankara: Gazi Kitapevi.
- Süzek, S. (2018). İş Hukuku. 16. Baskı. İstanbul: Beta.
- Şakar, M. (2016), İş Hukuku Uygulaması. 11.

Baskı. İstanbul: Beta.

- Tunçomağ K./Centel, T. (2015). İş Hukukunun Esasları. 7.Bası. İstanbul: Beta.
- Tutumlu, M.A. (2002). Bilimsel Görüşler ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi. 2. Bası. Ankara: Seçkin.
- Umar, B. (2011). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Umar, B./Yılmaz E. (1980). İsbat Yüğü. 2. Bası. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- Yılmaz, E. (2012). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Ankara: Yetkin Yayınları.

Gemi Adamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücretinin Güncel Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Öz

Gemiadamının fazla çalışma yapmasına ilişkin düzenleme 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun m. 28 hükmünde yer almaktadır. Madde hükmü gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretini herhangi bir şüpheye yer vermeyecek açıklıkta düzenlemiştir. Madde hükmü ile gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretinin alt sınırı belirlenmiş ancak taraflara anlaşmak suretiyle bu oranın üzerinde bir fazla çalışma ücreti belirleme olanağı da tanınmıştır. Deniz İş Kanunu'nda belirlenen fazla çalışma ücreti diğer bireysel iş kanunlarında belirlenenden daha düşüktür. Bu durum yapılan işin niteliğinden kaynaklanmamaktadır

ve kanunlar arasında bir eşitsizlik yaratmaktadır. Eşitsizlik durumunu gözlemleyen Yüksek Mahkeme, 01.07.2012 tarihinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olarak verdiği kararlarda gemiadamının fazla çalışma ücretine Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmünü esas almak suretiyle karar verme ve böylece fazla çalışma ücretlerini eşitleme yoluna gitmiştir. Ancak son dönemde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2018 tarihli bir kararına bu konuya ilişkin çarpıcı bir karşı oy şerhi düşülmüştür. Bu çalışmada yasal düzenlemeler, ilgili Yargıtay kararları ve karşı oy şerhi tüm dayanakları ile inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Gemi adamının fazla çalışma ücreti, gemi adamı, fazla çalışma ücreti.

Review of the Overtime Wages to be Paid to the Seafarers in Respect of the Actual Supreme Court Decisions

Abstract

The regulation on seafarers' overtime work is defined in Article 28 of the Maritime Labor Law no.854. The Article regulates the overtime wages to be paid to the seafarer in a clear manner without any ambiguity. The Article defines the lower limit of the overtime wages to be paid to the seafarer, but also allows the parties

to set an over-working fee above this rate. The overtime wage determined in the Maritime Labor Law is lower than the other individual labor laws. This situation does not arise from the character of the work done and creates an inequality between the laws. Observing the situation of inequality, the Supreme Court

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı- arzuarslanerturk@yahoo.com, ORCID: 0000-0002-7523-3605

has decided after 01.07.2012, that the seafarer's overtime wages to be paid in accordance with the Obligations Law Article 402 and thus equalized the overtime wages. However, recently an important dissenting opinion has

been noted for the decision of the Supreme Court dated 20.11.2018 regarding this issue. In this study, the legal regulations, relevant Supreme Court decisions and the dissenting opinions are examined with all the legal bases.

Keywords:

Seafarers, overtime work, seafarers' overtime work, Maritime Labour Law.

Giriş

Gemiadamının fazla çalışma yapmasına ilişkin düzenleme 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun¹ m. 28 hükmünde yer almaktadır. Madde hükmü, gemiadamının fazla çalışma durumuna, fazla çalışma ücretine, fazla çalışmanın ispatına ve fazla çalışma ücretinin ödenmesine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme içermektedir.

Deniz İş Kanunu m. 28 hükmü gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretini herhangi bir şüpheye yer vermeyecek açıklıkta düzenlemektedir. Buna göre, gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücreti, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 oranında artırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamayacaktır. Bu şekliyle madde hükmü gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretinin alt sınırını belirlemiş olup taraflara anlaşmak suretiyle bu oranın üzerinde bir fazla çalışma ücreti belirleme olanağı tanımıştır. Ancak Deniz İş Kanunu'nda belirlenen fazla çalışma ücreti diğer bireysel iş kanunlarında belirlenenen daha düşüktür. 4857 sayılı İş Kanunu'nda² ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanununda (Basın İş Kanunu'nda)³ fazla çalışma ücreti normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 oranında yükseltilmesi suretiyle hesaplanmaktadır. Son olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁴ m. 402 hükmünde de fazla çalışma ücret

oranı %50 olarak belirlenmiştir.

Deniz İş Kanunu'nun fazla çalışma ücretini diğer bireysel iş kanunlarından daha düşük olarak belirlemesi yapılan işin niteliğinden kaynaklanmamaktadır. Bu hal Kanunlar arasından bir eşitsizlik yaratmaktadır. Bu durumu gözlemleyen Yüksek Mahkeme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan uyumsuzluklarda, gemiadamının fazla çalışma ücretine ilişkin olarak Deniz İş K. m. 28 hükmünü uygulamayı bir yana bırakmış, TBK m. 402 hükmünü esas almak suretiyle karar verme ve böylece fazla çalışma ücretlerini eşitleme yoluna gitmiştir. Ancak son dönemde, Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesinin gemiadamının fazla çalışma ücretine ilişkin 20.11.2018 tarihli bir kararına⁵ konuya ilişkin çarpıcı bir karşı oy şerhi düşülmüştür. İşte bu çalışmamızda konuya ilişkin yasal düzenlemeler, ilgili Yargıtay kararları ve karşı oy şerhi tüm dayanakları ile inceleme konusu yapılacaktır.

I. Deniz İş Kanunu'na Göre Normal Çalışma Süresi ve Fazla Çalışma

A. Normal Çalışma Süresi

1. Çalışma Süresi Kavramı

Çalışma süresi, iş sözleşmesi uyarınca işçinin yapmakla yükümlü olduğu iş görme edimini yerine getirmek üzere çalıştırıldığı zaman dilimi ve

1 RG. 29.04.1967, Sayı: 12586.

2 RG. 10.06.2003, Sayı: 25134.

3 RG. 20.06.1952, Sayı: 8140.

4 RG. 04.02.2011, Sayı: 27836.

5 Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

harcadığı süredir⁶. Bu süre, ara dinlenme süreleri dışında kalan ve işin başlangıcından sona ermesine kadar olan zaman parçası içerisindeki fiilen çalışılan süredir. İşçinin çalışma süresi kanun, yönetmelik, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi hükümleri uyarınca ve işverenin yönetim hakkı kapsamında belirlenebilmektedir⁷.

İç sularda ya da yakın yollarda günlük sefer yapan gemilerde çalışan gemiadamlarının çalışma süreleri diğer kanunlara tabi işçilere göre fazla bir özellik göstermemektedir. Zira gemide kalma mecburiyeti olmayan bu kişiler için gemi, sadece bir işyeri olup çalışma süresi dışında kalan sosyal yaşamları gemi dışında geçmektedir. Bu gemiadamlarından bazıları vardiya usulüne göre çalışmakta, bazıları da karada çalışanlar gibi rutin sabah akşam mesaisi yapmaktadır⁸. Ancak uzak yol seferlerine çıkan gemiadamlarının çalışma süreleri, yaptıkları işin niteliğinden ve özelliğinden kaynaklanan sebeplerle diğer çalışanlardan farklı düzenlenmiştir. Öncelikle bu gemiadamları için gemi hem bir işyeri hem de bir yaşam alanıdır. Gemilerin türüne ve yolculuğun uzunluğuna göre, gemiadamları tüm zamanlarını onlar için aynı zamanda bir "işyeri" olan gemide geçirmek durumundadır. Uzak yol seferleri yapan gemilerde gemiadamlarının hem iş süresini hem de dinlenme süresini gemide geçirmek zorunda olmaları sebebiyle, çalışma süresinin ve dinlenme

süresinin birbirinden ayırılması önem taşımaktadır. Yine gemiadamlarının çalışma süresi, gemide yaptıkları iş, geminin büyüklüğü, türü ve seferin uzunluğuna göre farklılıklar göstermekte olup dinlenme sürelerini de diledikleri gibi değerlendirme olanakları mevcut değildir⁹.

Gemiadamının normal çalışma süresine ilişkin düzenleme "İş süresi" başlığı altında Deniz İş K. m. 26 hükmünde yer almaktadır. Deniz İş Kanunu m. 26/f 2 hükmüne göre iş süresi, gemiadamının "iş başında çalıştığı ve vardiya tuttuğu süre"dir. Kural olarak gemiadamının iş başında çalıştığı süre, iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ya da işverenin talimatı ile verilen ve işgörme ediminin fiili olarak yerine getirildiği süredir¹⁰. Ancak gemiadamının iş süresi boyunca mutlaka eylemli olarak çalışması gerekmektedir. Çalışma süresi içinde gemiadamının işgörme borcunu ifa etmek üzere işverenin emrinde hazır bulunduğu ancak eylemli olarak çalışmadığı süreler de iş süresinden sayılmaktadır¹¹. Yine gemiadamının raspa, boya, bakım, onarım gibi çalışmalarda, seyir ve liman vardiyalarında, gemi güvenliği için tutulan nöbetlerde geçirdiği süreler de iş sürelerinden sayılır¹².

Diğer yandan Deniz İş Kanunu m. 26/f 2 hükmünde yer alan ifade uyarınca, gemiadamının gemide iş başında çalıştığı ya da vardiya tuttuğu –iş gücünü işverenin emrine hazır tutarak nöbet beklediği- süre dışındaki sürelerin iş sürelerinden sayılıp sayılmayacağı hususu açıklığa kavuşturulması gereken bir sorudur. Zira Deniz İş Kanunu'nda İş Kanunu m. 66 hükmü gibi çalışma süresinden sayılan halleri düzenleyen açık bir hüküm mevcut değildir¹³. Yine denizde çalışmanın bir gereği

6 Ekonomi Müdir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, 271; Tuncay, Can: "ILO Normları Işığında Gemi Adamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 107; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, 1207; Kar, Bektaş: Deniz İş Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2014, 171; Ayrıca çalışma süresi, Astarlı'nın konuya ilişkin kapsamlı çalışmasında "işçinin iş sözleşmesinden doğan iş görme borcununun ifası amacıyla işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar geçen ve işçi tarafından fiilen çalışılan veya çalışılmayan tüm süreler" şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Astarlı Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, 37. Bu kavrama ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. Astarlı, 34 vd.; Güner, M. Deniz: Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, ÇMİS Dergisi, Cilt:15, Sayı:6, 2001, 12, <http://mail.ceis.org.tr/dergiDocs/makale-21.pdf>.

7 Kar, 171-172; Güner, 12.

8 Bedük, Mehmet Nusret: Deniz İş Sözleşmesi, Bursa, 2012, 162-163; Kar, 172.

9 Bedük, 162, 164; Kar, 172; Dündar, Esra: Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Ankara 2012, 144; Güner, 12.

10 Ekmekçi, Ömer: Deniz İş Hukukunda İş Süreleri ve Fazla Çalışma, Deniz Hukuku Dergisi, Y:1, S: 3-4, Eylül-Aralık 1996, 37-38; Bedük, 164; Güner, 13.

11 Ekonomi, 272; Tuncay, 109; Bedük, 164; Dündar, 145; Güner, 13.

12 Bedük, 164; Kar, 172, Güner, 13.

13 Çalışma süreleri İş Kanunu m. 63 vd. hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 66 hükmü ile de çalışma sürelerinden sayılan haller açıklığa kavuştur-

olarak, gemi açık denizde seyir halinde iken veya limanda demirli iken gemiadamının karaya çıkma olanağının bulunmadığı durumlarla karşılaşma olasılığı mevcuttur. Öğretide genel olarak kabul gören ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre, böyle bir durumda gemi adamının iş görme edimini yerine getirmemekle birlikte, çalışma şartlarının gerektirdiği bu fiili zorunluluk hali gereği karaya çıkmadığı ve gemide geçirdiği sürelerin tamamını çalışma süresinden saymak hakkaniyete aykırı olacaktır. Zira gemiden ayrılamama denizde çalışmanın özelliğinden kaynaklanmaktadır ve gemiadamı bu durumu bilerek işi kabul etmiştir. Ancak gemiadamının gemide bulunma hali bu işin niteliğinden kaynaklanan fiili bir zorunluluktan değil de işverenin ya da kaptanın emir ve talimatından veya liman ve tersanelere ilişkin mevzuattan kaynaklanıyor ise bu durumda uyku ve yemek gibi zorunlu ihtiyaçlara ilişkin zamanın dışında gemiadamının gemide geçirdiği diğer tüm süreler iş süresinden sayılmalıdır¹⁴. Zaten gemiadamlarına karada çalışan işçilere göre daha yüksek ücret ve ikramiye verilmesinin sebeplerinden birisi de onların çalıştığı işyeri olan gemiyi terketme olanaklarının daha sınırlı olmasıdır¹⁵.

Uygulamada Yargıtay da gemiadamının çalışma süresini ve fazla saatlerle çalışma süresini belirlerken gemide kaldığı tüm sürenin değil de iş başında geçirdiği ya da vardiya tuttuğu sürenin gözönünde bulundurulması gerektiği hususuna muhtelif kararlarında yer vermektedir¹⁶.

rulmaktadır. İş Kanunu m. 66/c hükmü uyarınca, "işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler" günlük çalışma süresinden sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 138 vd.; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul 2019, 702 vd.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019, 775 vd.

14 Şahlanan, Fevzi: Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar, TÜHİS, Kasım 1988, 12; Ekmekçi, 38-39; Tuncay, 109; Kar, 173; Dündar, 145-146.

15 Tuncay, 109; Dündar, 146.

16 "854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 26. maddesinde günlük ve haftalık iş süresi belirlenmiş ve aynı maddenin 2. fıkrasında da bu süre (gemi adamının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu) süre olarak tanımlanmıştır. Buna göre; gemi adamının gerek normal gerekse fazla çalışmasında nazara

2. Haftalık ve Günlük Çalışma Süreleri

Deniz İş K. m.26 hükmüne göre, gemiadamının çalışma süresi, *günde sekiz ve haftada kırksekiz* saattir. Bu süre, haftanın iş günlerine eşit olarak bölünerek uygulanacaktır.

Madde hükmünde görüldüğü üzere 4857 sayılı İş Kanunundan farklı olarak Deniz İş Kanunu, sadece haftalık çalışma süresini değil günlük çalışma süresini de belirlemiştir. Yine madde hükmü ile haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit olarak bölünmesi esas kabul edilmiştir. Böylece çalışma süresinin günlere bölünmesi açısından da 4857 sayılı İş Kanunu'nun benimsediği esnek yaklaşım, Deniz İş Kanunu'nda yerini -tıpkı 1475 sayılı eski İş Kanunu'nda olduğu gibi- katı bir düzenlemeye bırakmaktadır¹⁷. Aslında bu durum bir anlamda Deniz İş Kanunu'nun oldukça eski tarihli bir kanun olması sebebiyle çağın gereklerinin dışında kalmasından kaynaklanmaktadır.

Deniz İş Kanunu'nun günlük ve haftalık çalışma süresini düzenleyen m.26 hükmü nispi emredici nitelikte olup, tarafların gemiadamı için günlük çalışma süresini sekiz saatten kısa ve haftalık çalışma süresini 48 saatten az belirlemesi mümkündür. Tarafların çalışma süresini daha uzun kararlaştırılması halinde ise Kanunda yer verilmiş olan günlük ve

alınacak süre, gemide kaldığı süre değil, gemide işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süredir. Gemi adamının gerek seyir halinde gerekse limanda gemi içinde bulunması fazla mesai sayılmaz. Fazla mesai alabilmesi için işbaşında çalışması veya vardiya tutması lazımdır.", Yarg. 9. HD., 11.04.2011, E. 2010/32452, K. 2011/10715; Yarg., 9.HD., 16.09.2013, E. 2013/4621, K.2013/22557, bkz. https://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/kas_mhkuk.pdf, 9.

17 Tuncay, 107-108; Astarlı, 159; Kar, 173-174; Bedük, 166-167; Dündar, 144; Deniz İş K. m. 26 hükmüne göre haftalık çalışma süresinin haftalık iş günlerine eşit olarak bölünmesi gerekmektedir. Bu durumda, taraflarca çalışma süresi olarak 48 saatlik kanuni haftalık çalışma süresinin kabul edilmesi halinde, işyerinde haftalık 6 gün, günde 8 saat çalışma yapılacaktır. Böyle bir durumda, haftalık çalışma süresinin çalışılan iş günlere farklı uzunlukta bölünmesi mümkün değildir. Ancak cumartesi gününün kısmen veya tamamen tatil edilmesi halinde, 48 saatlik çalışmanın altı günde değil de beş iş gününde yaptırılmasının mümkün olup olmadığı hususundaki tartışmalar için bkz. Astarlı, 160-161; Yamakoğlu, Efe: Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, İstanbul 2011, 165.

haftalık çalışma süreleri uygulanacaktır¹⁸.

Gemiadamının çalışma süresi kural olarak aralıksız bir biçimde yani blok olarak uygulanmalıdır. Ancak gemiadamının günlük çalışma süresi, yaptığı işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde bölünerek de uygulanabilecektir¹⁹. Yine denizde yapılan çalışmaların aralıksız sürmesi nedeni ile vardiya usulü çalışma zorunlu bir hal almaktadır. Gemi seferde iken genellikle 24 saat çalışıldığı için en az üçlü vardiya esasına göre çalışma yapılması ve buna göre yeterli sayıda gemiadamının istihdam edilmesi gerekmektedir²⁰.

3. Normal Çalışma Süresinin Dışında Tutulan Gemiadamları

Deniz İş Kanunu m. 27 hükmü ile gemide çalışan bazı kimseler, yaptıkları işin gösterdiği özellikler sebebiyle, -günlük ve haftalık çalışma süreleri, fazla çalışma süreleri- gibi Kanunun iş sürelerine ilişkin hükümlerinden ayırık tutulmaktadır. Bu kişiler;

- Birden fazla kaptanın bulunduğu gemilerde birinci kaptan veya Deniz İş K. m. 2/f c hükmünde yazılı olduğu şekilde kendisine vekalet eden kimse (kılavuz kaptanlar dahil),
- Birden fazla makinistin bulunduğu gemilerde başmakinist,
- Doktor ve sağlık memurları,
- Hemşire ve hastabakıcılar,
- Asli görevleri can, mal ve gemi kurtarma olan kurtarma gemilerinde çalışan gemiadamları,
- Gemide kendi nam ve hesabına çalışanlar.

Deniz İş Kanunu m. 27 hükmünde sayılmak suretiyle belirtilen bu kişilerin büyük bir kısmı, gemide bulunmaları gerekli olan ancak arızı olarak kendilerine ihtiyaç duyulduğu zaman görevlerini yapan ve gemide devamlı olan çalışma düzeni içerisinde bulunmayan kişilerdir. Sorumlulukları gereği kendilerine ihtiyaç duyulduğu zaman çalışan bu kişilerin vardiya usulü ya da günlük

çalışma süreleri içinde çalışmalarını da gerektirmektedir²¹. Düzensiz bir çalışma düzeni içerisinde çalışan bu kişiler, kimi günler günlük sekiz saatten fazla çalışsalar da, arızı olarak çalışmadıkları süreler mevcut olduğundan kümülatif çalışma sürelerinin dengelendiği varsayılacaktır²².

Gemide kendi nam ve hesabına çalışanların işçi sayılmadığı şüphesizdir. Bu kişiler genellikle kiralama ya da ihale usulü ile iş alan altişverenler olup kendi nam ve hesaplarına işçi çalıştırarak gemilerde yeme içme gibi hizmetler vermektedirler²³. Bir iş sözleşmesine tabi olarak çalışmayan bu kişiler Deniz İş K. kapsamı dışındadırlar. Bu sebeple kendilerine Deniz İş Kanunu'nda mevcut iş sürelerine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır²⁴.

Birden fazla makinistin bulunduğu gemilerde, başmakinistin konumu kaptana benzemekte olup bu kişi bir anlamda işveren vekilidir. Kılavuz kaptanlar ise sürekli olmamakla beraber sadece kılavuz kaptanın zorunlu olduğu geçişlerde mesai yapmaktadırlar²⁵. Gemide çalışan doktor, sağlık memuru, hemşire ve hastabakıcılar ise iş sözleşmesi ile çalışmakla birlikte, yaptıkları işin gemi ve denizle bir alakası bulunmamaktadır²⁶. Bu kişiler, kendilerine ihtiyaç duyulduğu zamanlarda arızı olarak görev yapmaktadırlar²⁷.

Görüldüğü üzere, Deniz İş K. m. 27 kapsamında iş sürelerine tabi olmayan çalışanların bir kısmı donatana bir iş sözleşmesi ile bağlı gemiadamlarından oluşmaktadır. Ancak bu gemiadamlarından -doktor, hemşire vb. gibi- bazılarının yap-

21 Şahlanan, 13; Tuncay, 111; Astarlı, 162-163; Bedük, 173 vd.; Kar, 176; Dündar, 147.

22 Şahlanan, 13; Bedük, 175; Astarlı, 163. Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için bkz. Astarlı, 162-165.

23 Özellikle şehir hatları vapurlarında ve feribotlarda büfe ve çaycılık gibi hizmetler verenler bu grupta yer almaktadır. Bkz. Bedük, 175.

24 Şahlanan 13; Tuncay 111; Bedük, 175; Kar, 176; Dündar, 147.

25 Kar, 176.

26 Doktor ve hemşire gibi sağlık elemanlarının gemide yapmakta oldukları iş hiç şüphesiz ki denizle alakalı değildir. Ancak gemiadamı sayılmak için yapılan işin doğrudan denizle ve gemi ile alakalı olması gerekmektedir. Bu kişilerin gemide çalışmaları gemiadamı olmaları için yeterlidir. Bkz. Bedük, 174-175; Tuncay 111 ve Dündar 148.

27 Tuncay, 111; Kar 176; Dündar, 147-148.

18 Astarlı, 159; Kar, 174; Tuncay, 117.

19 Ekmekçi, 41; Astarlı, 162.

20 Kar, 174; Tuncay, 110.

tıkları iş doğrudan doğruya deniz ve gemicilikle alakalı olmayıp bu kişiler arızı olarak görev yapmaktadırlar. Deniz İş Kanunu m. 27 kapsamında olanların diğer kısmı ise gemide çalıştıkları halde gemiadamına iş sözleşmesi ile bağlı olmayıp kendi nam ve hesabına çalışanlardan oluşmaktadır²⁸.

B. Fazla Çalışma

1. Kavram

Deniz İş Kanunu'nda fazla çalışma "Fazla saatlerle çalışma" başlıklı m. 28 hükmünde düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu m. 28/f 1 hükmüne göre "Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar..." fazla saatlerle çalışma olarak nitelendirilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, madde hükmünde kullanılan "fazla saatlerle çalışma" kavramı 4857 sayılı İş Kanunu anlamında fazla saatlerle çalışma değildir. İş Kanunu'nda "fazla saatlerle çalışma", bir üst kavram olup bu kavram "fazla çalışma" ve "fazla sürelerle çalışma"yı ifade etmektedir²⁹. Oysa Deniz İş Kanunu'nda böyle bir ayırım mevcut değildir³⁰. Ayrıca her iki kanun açısından da fazla saatlerle çalışmayı belirleyen ölçütler de farklılık göstermektedir.

Deniz İş Kanunu fazla çalışma yapılabilmesi için herhangi bir neden öngörmemektedir. Bu sebeple işveren herhangi bir nedene dayanmaksızın ge-

miadamına fazla çalışma yaptırabilecektir. Ancak öğretide bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu iş kanunlarına göre genel kanun niteliği taşıdığından, fazla çalışma hakkına ilişkin olarak hüküm bulunmayan Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gemiadamları için Türk Borçlar Kanunu'nun fazla çalışma borcunu düzenleyen m.398 hükmü uygulanmalıdır. Buna göre, normal sürelerden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yapılması zorunluluğu ortaya çıktığında, gemiadamı bunu yapabilecek durumda olur ve bu işi yapmaktan kaçınması dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturursa, karşılığının verilmesi kaydıyla, gemiadamının fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir³¹.

Deniz İş Kanunu uyarınca gemiadamının iş başında çalıştığı ya da vardiya tuttuğu sürelerin günlük sekiz veya haftalık kırksekiz saati geçmesi halinde fazla çalışma yaptığı gündeme gelecektir. Bu bakımdan gemiadamının, gemi seyir halinde iken veya limanda gemi içinde iken çalışmadan veya vardiya tutmadan geçirdiği süreler fazla çalışma olarak değerlendirilmeyecektir³².

Deniz İş Kanunu m. 41 hükmü, liman hizmeti ve şehir hattı gemilerinde çalıştırılan gemiadamlarının haftada altı günden fazla çalıştırılmasını açık bir düzenleme ile yasaklamaktadır. Bu kişilerden hafta tatili günü çalıştırılanlara ise haftanın diğer bir günü ve nöbetleşe olarak hafta tatili kullandırılmalıdır. Madde hükmünde ifade edilen gemiadamlarının hafta tatili kullandırılmaksızın haftanın yedi günü sekizer saat çalıştırıldığı hallerde ise hafta tatili günü yaptırılan bu çalışma Deniz İş K. m. 28 hükmü uyarınca fazla çalışma olarak nitelendirilmelidir³³. Yine Deniz İş K. m. 41 hükmü kapsamı dışında kalan -yani liman hizmeti ve şehir hattı gemileri dışında kalan, örneğin

28 Tuncay, 111; Yamakoğlu, 166; Bedük, 174-175; Dündar, 147-148.

29 Deniz İş Kanunu 40 yıl öncesinin düşünce tarzını yansıtmaktadır. Kanun bu haliyle, bir önceki 1475 sayılı İş Kanunu'nun mantığına daha yakın olup, çalışma süreleri ve çalışma biçimleri açısından esnek düzenlemeler içermektedir. Deniz İş Kanunu'nda, 4857 sayılı İş Kanunu'nda mevcut olan denkleştirme esası da mevcut değildir. Yine İş Kanunu m. 41/f 7 hükmü uyarınca işverenin fazla çalışma yaptırabilmesi için işçinin onayının alınması gerekirken Deniz İş Kanunu kapsamında yapılacak fazla sürelerle çalışma için gemiadamının rızası ya da onayına gerek yoktur. Tuncay 112; Bedük, 177-178; Kar, 178. ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 238.

30 Bedük, 4857 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi Deniz İş Kanunu'nda fazla sürelerle çalışma-fazla çalışma ayırımının bulunmadığını ancak Deniz İş Kanunu'na tabi çalışan gemiadamı açısından da İş K. m. 41 hükmünde öngörüldüğü şekilde fazla çalışma-fazla sürelerle çalışma ayırımının yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Bedük, 190; Yamakoğlu, 167.

31 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 1262.

32 Ekmekçi, 42; Astarlı, 243-235; Kar, 179; Tuncay, 113; Öğretide Astarlı, normal çalışma süresinin iş sözleşmesi ile 48 saatin altında belirlendiği hallerde haftalık belirlenen çalışma süresini ve bunun günlere bölünmesi suretiyle bulunan günlük çalışma süresini geçen çalışmaların da fazla saatlerle çalışma olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Astarlı, 257-258; Güner, 20.

33 Tuncay, 112-113; Kar, 180; Astarlı, 235.

uzak sefer yapılan gemilerde çalışan- gemiadamlarının yaptıkları işin gereği olarak haftanın yedi gününde de çalıştırılmaları mümkün olup, böyle bir çalışma da Deniz İş K. m. 28 hükmü kapsamında fazla çalışmadır. İşverenin bu gemiadamlarına haftanın diğer bir günü tatil verme zorunluluğu mevcut değildir³⁴.

Deniz İş Kanunu'nda, İş Kanunu'ndaki gibi fazla çalışmaya günlük, aylık ya da yıllık olarak sınırlama getiren bir hüküm de mevcut değildir. Ancak Kanunun fazla saatlerle çalışma için yasal herhangi bir azami sınır öngörmemiş olması, gemiadamlarının herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın çalıştırılabilecekleri anlamına gelmemektedir. Zira böyle bir düşünce tarzı iş hukukunun temel ve varoluş amacı olan işçiyi koruma ilkesine aykırılık oluşturacağı şüphesizdir³⁵.

2. Fazla Saatlerle Çalışma Kapsamı Dışında Kalacak İşler

Deniz İş Kanunu m. 28/ f 3 hükmünde, denizde çalışmanın özellikleri gözönüne alınarak, yapılması zorunlu olan ancak günlük ve haftalık çalışma süresini aşsa dahi fazla çalışma olarak nitelendirilmeyecek işleri düzenlenmiştir. Bu tür işler şunlardır:

- Geminin, gemideki şahısların veya gemi hamesinin selameti için kaptanın yapılmasını zaruri gördüğü işler,
- Gümrük, karantina vesair sıhhi formaliteler dolayısıyla yerine getirilmesinde zorunluluk bulunan ilave işler,
- Gemi seyir halinde veya limanda iken gemide yaptırılan (yangın, gemiyi terketme, denizde çatışma, denizden adam kurtarma ve savun-

34 Tuncay, 112; Kar, 180.

35 Ekmekçi, 45; Astarlı, 239; Öğretide *Astarlı*, fazla çalışmaya Deniz İş Kanunu'nda da yasal bir sınırın getirilmesi gerekliliğini vurgulayarak yeni bir kanuni düzenleme yapılana kadar söz konusu sınırın *işçinin en çok çalışma gücü* olarak kabul edilmesi gerektiğini, işçinin en çok çalışma gücü kavramının göreceli olduğunu, yapılan işin kolay ya da zor olması, titizlik ve dikkat isteyip istememesi, çalışma ortamı ve niteliğine bakılarak işçinin sağlığını tehlikeye sokmaksızın yapabileceği azami çalışmayı ifade ettiğini belirtmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 239.

ma) talimleri.

Açık madde hükmü uyarınca yukarıda sayılan bu işler fazla çalışma olarak nitelendirilemeyecek ve gemiadamlarına çalıştığı bu saatler için fazla çalışma ücreti ödenmeyecektir. Ancak bu sürelerin normal çalışma sürelerine dahil olup olmadığı hususunda herhangi bir açıklık mevcut değildir. Öğretide ifade edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, bu süreler normal çalışma sürelerine dahil edilmelidir. Zira kanun koyucu Deniz İş K. m. 28/f 3 hükmü ile sadece bahsi geçen çalışmaları, nitelikleri gereği fazla çalışma kapsamının dışında bırakmayı amaçlamaktadır. Ancak madde hükmünün açık ifadesinden bu sürelerin normal çalışma süreleri içerisinde değerlendirilemeyeceği ve normal çalışma ücreti ödenemeyeceği anlamı da çıkmamaktadır. Zira kanun koyucunun iradesi aksi yönde olsa idi bu işlerin fazla çalışma sayılmayacağını değil, çalışma sürelerinden sayılmayacağını ifade ederdi. Bu sayede söz konusu işlerin fazla çalışmaya konu olmasının da önüne geçilmiş olurdu³⁶.

3. Kanuni Çalışma Sürelerinin Dışında Tutulan Gemiadamlarının Fazla Saatlerle Çalışması

Yukarıda ifade edilen³⁷ Deniz İş K. m. 27 hükmü kapsamında normal çalışma süresinin dışında tutulan gemiadamlarının fazla çalışma yapıp yapamayacakları hususu öğretilerde tartışma konusudur.

Bu konuda bizim de katıldığımız görüş, çalışma sürelerine tabi olmadan çalışan gemiadamlarının sürekli çalışmalarının ve bunun karşılığında bir ücret almayacaklarının düşünülmesinin mümkün değildir. Ancak bu kişilerin belirsiz olan iş sürelerinin yaptıkları işin özelliği de dikkate alınarak belirlenmesi gerekir ve bu sürenin üzerindeki

36 Şahlanan, 14; Astarlı, 242; Öğretide *Ekmekçi*, bu işleri yaparken geçen sürelerin normal çalışma süresinden dahi sayılmayacağını ve bu işlere karşılığında işçinin ücrete hak kazanamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Ekmekçi, 43; Yine *Tuncay*'da denizde çalışmanın gösterdiği özellik gereği ihem 57 sayılı hem de 76 sayılı ILO sözleşmelerinde bu çalışmaların ne fazla çalışma ne de normal çalışma sayıldığını ifade etmektedir. Bkz. Tuncay, 114-115.

37 Bkz. yukarıda I, A, 3.

çalışmalarının da fazla çalışma olarak değerlendirilmelidir³⁸. Bu kişilerin günlük çalışma süreleri hukukun genel ilkelerine göre belirlenmelidir. Günlük çalışma sürelerinin saptanmasında öncelikle iş sözleşmelerinde ya da toplu iş sözleşmelerinde bu konuda mevcut olan hükümlere gidilmeli, eğer hüküm yoksa işverenin yönetim hakkı kapsamında bu konuda bir düzenlemeye gidilebilmelidir. Bu yapılırken konuya ilişkin herhangi bir örf ve adetin de olup olmadığına bakılmalıdır³⁹. Bir diğer görüş ise, gemide bulunması gereken ancak arızı nitelikte hizmet gören ve devamlı bir çalışma düzeni içinde bulunmayan bu kişilerin bazı günler hiç çalışmadığını bazı günler ise 8 saatin çok üstünde çalıştıkları düşünüldüğünde, bu şekilde çalışma sürelerinin dengelendiğini ve bu kişilerin kanuni çalışma sürelerinin üzerinde bir çalışma yapsalar dahi fazla çalışma iddiasında bulunamayacaklarını ifade etmektedir⁴⁰.

II. Deniz İş Kanunu'na Göre Gemiadamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücreti

Normal çalışma saatleri haricinde yaptıkları fazla çalışma karşılığında gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretine Deniz İş K. m. 28/f 2 hükmünde yer verilmiştir. Madde hükmüne göre, "Yapılacak fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 oranında arttırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamaz." Fazla çalışmaya ilişkin bu hüküm nispi emredici nitelikte olup madde hükümü artırma oranının asgari sınırını göstermektedir. Bu nedenle taraflar sözleşmeye koyacakları bir hüküm ile Kanundaki %25'lik oranı arttırabileceklerdir. Böyle bir durumda, fazla çalışmanın hesabı taraflarca arttırılmış oran üzerinden yapılacaktır⁴¹.

Fazla çalışma karşılığında %25 ücret ödenmesine ilişkin söz konusu düzenleme, ILO'nun 93 sa-

yılı⁴² ve 109 sayılı⁴³ sözleşmelerinde fazla çalışma ücreti için alt sınır olarak kabul görmüş oran ile aynı olup bu ilgili sözleşmeler bu oranın ulusal kanunlar, yönetmelikler ya da toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilirliğini belirtmektedir. Ancak fazla çalışmanın karşılığı olan ücretin hem 4857 sayılı İş Kanununun da hem de 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda normal çalışma ücretinin %50 oranında arttırılarak belirlenmesine ilişkin düzenlemeler karşısında Deniz İş Kanunu'na tabi çalışanlar için bu oranın %25 olarak belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir⁴⁴. Fazla çalışmanın karşılığının tespiti konusunda, iş kanunları arasında mevcut olan bu farklılığın yapılan işin niteliğinden kaynaklanmayan gereksiz bir ayırım olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Son olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun fazla çalışma ücretine ilişkin m.402/f 1 hükmünde de bu oranın %50 olarak belirlenmesi söz konusu eleştiriye daha da güçlendirmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan bu değişikliğin ardından öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, Deniz İş Kanunu m. 28/f 2 hükmü ile "Yapılacak fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 oranında arttırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamaz." denilmek suretiyle kanun koyucu tarafından fazla çalışma oranının alt sınırı belirlenmiştir. Taraflarca iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile bu oranın üzerinde bir oran kararlaştırılmadığı takdirde, TBK 402 hükmünün emsal alınarak fazla çalışma ücreti normal çalışma ücretini %50 oranında arttırılarak belirlenmelidir. Aslında İş K. m. 41 hükmünde mevcut olan fazla çalışma-fazla sürelerle çalışma ayrımı Deniz İş

42 Fazla çalışma ücretine ilişkin düzenleme 93 sayılı ILO Sözleşmesi'nin m. 17 hükmündedir. Orijinal metin için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C093.

43 Fazla çalışma ücretine ilişkin düzenleme 109 sayılı ILO sözleşmesinin m. 18 hükmündedir. Orijinal metin için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C109.

44 Ekmekçi, 46; Tuncay, 113; Astarlı, 246; Bedük, 188-189; Kar, 184; Dündar, 150.

45 Ekmekçi, 46.

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 245-246; Tuncay, 116-117.

39 Tuncay, 116.

40 Şahlanan, 13; Ekmekçi, 44.

41 Astarlı, 246; Tuncay, 117; Kar, 184.

Kanunu'nda mevcut olmamakla beraber, gemiadamı için de uygulama alanı bulması gereken bir düzenlemedir. Yani eğer taraflar arasında yapılan sözleşme ile kanuni sürenin altında bir çalışma süresi kararlaştırılmış ise; gemiadamının taraflarca belirlenen bu süreden uzun ama kanuni süreden kısa çalışması halinde, tıpkı İş K. m. 41/f 3 hükmünde olduğu gibi gemiadamına her bir fazla saat için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %25 artırılarak ödenmelidir. Ancak taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, yasal sürenin aşılması halinde, gemiadamına İş K. m.43/f 2 hükmünde olduğu gibi, fazla çalışma karşılığı olarak her bir saatlik fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 arttırılarak ödenmesi gerekmektedir⁴⁶. Yine bir başka görüşe göre ise, TBK m. 402 hükmü ile bu oranın %50'den az olamayacağı kurala bağlanmıştır. Deniz İş Kanunu m. 48 hükmüne göre "Bu kanun hükümleri, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara halel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemiadamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz.". Genel kural olan TBK'daki fazla çalışma ücretine ilişkin m. 402 hükmü daha lehe olduğundan, Deniz İş K. m. 48 hükmünün yollaması ile bu tarihten itibaren gemiadamlarının fazla çalışma ücreti %50 zamlı olarak hesaplanmalıdır⁴⁷.

Deniz İş Kanunu m.28 hükmü uyarınca işveren veya işveren vekili, fazla saatlerle çalışmayı belgelemek için noterden tasdikli ayrı bir defter tutmalıdır. Bu defterde gemiadamına uygulanan zam nispetleriyle fazla çalışmanın yapıldığı gün ve o güne düşen miktarı ve gemiadamının hakettiği fazla çalışma ücreti gösterilecektir. Gemiadamının fazla saatlerle çalışma ücreti asıl ücretin ödenme zamanında ve ödenme yerinde tam olarak ödenmelidir.

III. Gemiadamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücreti Konusunda Yargıtay'ın Sergilediği Yaklaşım

Yargıtay'ın gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretine ilişkin olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklarda vermiş olduğu kararlar ile Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından ortaya çıkan uyuşmazlıklarda vermiş olduğu kararlar, dayandığı kanuni temeller açısından farklılık göstermektedir. Söz konusu kararları, hukuki dayanaklarına ilişkin farklılıkların daha açık bir şekilde ortaya konulabilmesi amacıyla iki ayrı grupta incelemek daha doğru olacaktır.

A. Yargıtay'ın Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Önceki Uyuşmazlıklara İlişkin Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 1995 tarihinde verdiği bir kararda⁴⁸, Deniz İş K. m. 28 hükmüne uygun olarak, "fazla çalışmadan bahsedebilmek için gemiadamının günlük normal iş süresinin çalışarak veya vardiya tutularak tamamlamasının ardından ayrıca çalışmış ya da vardiya tutmuş olması gerektiğini ve fazla çalışma süresi için %25 zamlı ücret hesaplanması gerektiğini" ifade etmiştir. Yine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de 2014 tarihinde vermiş olduğu başka bir kararda⁴⁹, öncelikle Deniz İş K. m. 27 hükmüne uygun olarak günlük sekiz saati geçen çalışmaları fazla saatle çalışma olarak nitelendirmiş ve fazla çalışma ücretini "işyerindeki uygulamayı dikkate alarak" %50 zamlı ücret üzerinden hesaplamıştır. İlgili Yargıtay kararında Deniz İş K. m.28/f 2 hükmünün taşıdığı nispi emredici niteliğe uygun olarak, madde hükmünde belirlenen %25'lik fazla çalışma ücret oranı yerine işyerinde

46 Bedük, 189-190.

47 Kar, 184.

48 Yarg. 9. HD., 01.06.1995, E. 1995/18197, K. 1995/19595, www.kazanci.com.

49 Yarg. 22. HD., 22.10.2014, E. 2013/16635, K. 2014/28747, www.kazanci.com.

yerleşik olarak uygulanan %50 oranının esas alınması karşımıza doğru bir yaklaşım olarak çıkmaktadır.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli bir kararında ise⁵⁰ gemiadamının fazla çalışmasına ilişkin uyuşmazlığın 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, 9. ve 22. Hukuk Dairelerine paralel olarak, gemiadamının günlük sekiz saati geçen çalışmasını Deniz İş K. m. 26 hükmü uyarınca fazla çalışma olarak nitelendirmiş ve bu çalışmanın %25 zamlı saat ücreti üzerinden hesaplanması gerektiğini ifade etmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2015 tarihli bir başka kararında da⁵¹ tıpkı diğer kararlarda olduğu gibi, gemiadamının fazla çalışma ücretinin Deniz İş K. m. 28/f 2 hükmüne göre normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %25 oranında arttırılmak suretiyle hesaplanacağını belirtilmektedir. Ancak davacı gemiadamı toplu iş sözleşmesinin uygulanmakta olduğu işletmede çalışıyorsa, Deniz İş K. m. 48 hükmünün "*Bu kanun hükümleri, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara halel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemiadamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz.*" ifadesi uyarınca, davacı gemiadamına toplu iş sözleşmesinin "*fazla çalışma ücretinin %50 zamlı ücret üzerinden hesaplanacağına ilişkin hükmü uygulanacaktır.*"

Görüldüğü gibi Yüksek Mahkeme'nin tüm daireleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin olarak verdiği kararlarda gemiadamının fazla çalışma ücretini belirlerken Deniz İş K. m. 28 hükmünü esas alınması gerektiğini vurgulayarak gemiadamının fazla çalışma ücretini %25 zamlı saat ücreti üzerinden belirlemiştir. Ancak madde

hükmünün nispi emredici olduğu hususunu da atlamayarak, eğer işyerinde fazla çalışma ücretinin oranını m. 28 hükmünden daha fazla belirleyen bir iş sözleşmesi hükmü, işyeri uygulaması ya da toplu iş sözleşmesi hükmü mevcut ise, Deniz İş K. m. 48 hükmü uyarınca, gemi adamının fazla çalışma ücretini bu oran üzerinden belirleneceği hususunda hüküm ihdas etmiştir.

B. Yargıtay'ın Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonraki Uyuşmazlıklara İlişkin Kararları

Yüksek Mahkeme 01.07.2012 tarihi itibarıyla, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonraki uyuşmazlıklara ilişkin olarak verdiği kararlarda bir içtihat değişikliğine gitmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin fazla çalışma ücret alacağına ilişkin bir diğer kararı 03.10.2017 tarihlidir⁵². Yüksek Mahkeme bu kararında davacı gemiadamının fazla çalışma ücret talebine hükmederken Deniz İş Kanunu'na göre genel kanun olarak nitelendirdiği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun fazla çalışma ücretini düzenleyen m. 402 hükmüne atıf yapmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m.402 hükmü uyarınca, "*İşverenin, fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretini en az yüzde elli fazlasıyla ödemekle yükümlüdür.*" Bu yasal düzenleme ile genel kanun özel kandan daha lehe bir hüküm getirmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, Deniz İş K. m. 48 hükmü de dikkate alındığında, kanun koyucunun "*kanun yanında, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaat getiren toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi hükümlerinin ya da örf ve adetlerden doğan ve süregelen uygulamaların dikkate alınmasını*" amaçladığı açıktır. Bu sebeple 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, gemiadamının fazla çalışma ücretinin belirlenmesinde artık TBK m. 402/f 1 hükmü dikkate alınmalıdır. Genel kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, gemiadamının fazla çalışma ücreti en az %50 zamlı olarak ödenmelidir⁵³.

50 Yarg. 7. HD., 21.10.2014, E.2014/13016, K. 2014/19237, www.kazanci.com.

51 Yarg. 22. HD., 23.12.2015, E. 2015/33399, K. 2015/35583, www.kazanci.com.

52 Yarg. 9. HD., 03.10.2017, E. 2015/27849, K. 2017/14749, www.kazanci.com.

53 "Nitekim işyerinde uygulanan Toplu İş Sözleşmesinin tarafı

Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.11.2018 tarihli bir kararında da⁵⁴ alt mahkemenin davacı gemiadamı için TBK m. 402 hükmünü uygulamak suretiyle fazla çalışma ücretinin %50 zamlı ücret üzerinden ödenmesine hükmetmesi gerektiğini, ancak alt mahkemenin 854 sayılı Deniz İş K. m. 28 hükmüne göre fazla çalışma ücretinin %25 zamlı olarak ödenmesini hüküm altına aldığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme fark fazla çalışma ücret alacağının tahsiline karar verilmesi gerektiğinden bahisle alt mahkemenin kararını bozmuştur. Burada davacının üzerinde durduğu husus ise yine bir önceki kararında olduğu gibi, Deniz İş K. m. 48 hükmünün atfı sonucunda 01.07.2012 tarihinden itibaren, 6098 sayılı TBK m. 402 hükmü uyarınca bundan böyle fazla çalışma ücretlerinin %50 zamlı olarak ödenmesi gerektiğidir.

Görüldüğü üzere Yargıtay önceki kararlarından farklı olarak, 01.07.2012 tarihinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, fazla çalışma ücretine ilişkin olarak verdiği yukarıdaki iki kararına da hukuki dayanak olarak Deniz İş Kanunu'nu değil 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu esas almaktadır. Yüksek Mahkeme bu duruma gerekçe olarak da Deniz İş Kanunu'na göre genel kanun niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nun sonradan yürürlüğe girdiğini, TBK m. 402'deki fazla çalışma ücretine ilişkin düzenlemenin Deniz İş K. m. 28'deki fazla çalışma ücretine ilişkin düzenlemeye göre gemiadamının daha lehine olduğunu ve her zaman daha lehe olan düzenlemeye atıf yapan Deniz İş K. m. 48 hükmü uyarınca, bundan böyle gemiadamının fazla çalışma ücretinin TBK m.402 hükmüne göre belirleneceğini ifade etmektedir.

Yine yukarıda da bahsettiğimiz üzere, Yargıtay'ın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürür-

lük kazanmasından sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin kararlarına dayanak yaptığı ve TBK m. 402 hükmü uyarınca gemiadamına fazla çalışma ücretinin %50 zamlı olarak ödenmesi gerektiği yolundaki görüşü, aslında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle beraber öğretilerde de kabul görmüştür⁵⁵.

C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2018 Tarihli Kararı'na Düşülen Karşı Oy Şerhi

1. Karşı Oy Şerhinde İleri Sürülen Hususlar

İçeriğine değindiğimiz Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2018 tarihli kararına karşı oy şerhi düşünülmüştür. Bu karşı oy şerhinde Yargıtay'ın karara esas aldığı tüm argümanlar tartışılmakta, Deniz İş K. m.28 hükmünde mevcut olan açık düzenleme karşısında fazla çalışma ücretinin %25 zamlı ücret üzerinden hesaplanması gerektiği, sonradan yürürlüğe giren TBK m. 402 hükmünün Deniz İş Kanunu'na tabi gemiadamları açısından uygulanamayacağı ifade edilmektedir.

Karşı oy şerhinde öncelikle 854 sayılı Deniz İş K. m. 48 hükmünün Türk Borçlar Kanunu hükümleri açısından uygulama alanının mevcut olmadığı ifade edilmiştir. Zira söz konusu hükme, 854 Sayılı Deniz İş Kanunu yürürlüğe girdiğinde, zaten yürürlükte olan 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nda⁵⁶ mevcut olan, gemiadamlarına ve onların haklarına ilişkin bazı düzenlemelerin uygulanabilirliğini devam ettirebilmek amacıyla Deniz İş Kanunu'nda yer verilmiştir⁵⁷. Bugün

55 Bkz. yukarıda III, B.

56 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu 29.06.1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

57 "...Deniz İş Kanunu 29.04.1967 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, bu tarihte 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda gemi adamlarının haklarına dair bazı düzenlemeler bulunmaktaydı. Sözü edilen Kanun 1956 yılında yürürlüğe girmiş olup, 822. maddesinde gemi adamlarının kimler olduğu belirlenmiş ve devam eden maddelerinde gemi adamlarının çalışma sistemi ve bazı haklarına dair düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin Kanun'un 1190. maddesinin 8. fıkrasında "Gerek bu bendin, gerekse müşterek avaraya ile ilgili diğer hükümlerin tatbikinde, donatanın kanun ile veya iş akdiyle bunları ödemeye mecbur olduğuna bakılmaksızın, kaptan ve diğer gemi adamlarına veya onlar lehine yapıl-

olan Sendikanın başvurusu üzerine T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu tavsiye kararında, aynı gerekçelerle şikayetin kabulüne, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihinden itibaren gemiadamlarına fazla mesai ücretinin %50 zamlı ödenmesinde yasal bir engel bulunmadığına talebin karşılanması ve mağduriyetin giderilmesi için işverene tavsiyede bulunulmasına karar verilmiştir." Bkz. Yarg. 9. HD., 03.10.2017, E. 2015/27849, K. 2017/14749, www.kazanci.com.

54 Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

hala, 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun⁵⁸ "Deniz Ticareti" başlıklı Beşinci Kitabında, gemiadamları ile ilgili düzenleme içeren otuziki hüküm mevcuttur⁵⁹. Bu sebeple, 2011 yılında Türk Ticaret Kanunu'nun kabulü aşamasında, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun m. 48 hükmünde bir değişiklik yapılmamış ve böylece gemi adamları yönünden lehe olan hükümlerinin uygulanmasının devamlılığı sağlanmıştır. Hali hazırda gemiadamlarına ilişkin ve Deniz İş Kanunu'na göre daha elverişli haklar

mış bulunan bütün ödemeler ücret sayılır" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Yine 1230. maddede, bir gemi veya yükün bir başka gemi tarafından kurtarılması halinde, kurtarma veya yardım ücretinin, donatan, kaptan ve diğer gemi adamları arasında ne şekilde paylaşılacağı düzenlenmiştir. Kanun'un 1341. maddesinde Kaptanın veya diğer gemi adamlarının hizmet veya iş akitlerinden doğan ücret alacakları kendileri tarafından sigorta ettirilemeyeceği düzenlenmiş, 1353. maddede ise, gemi adamlarına ödenecek ücretlerin gemi ile birlikte veya ayrı ayrı olarak yahut gayrisafi navlunun sigorta ettirilmesi suretiyle sigorta ettirilebileceği öngörülmüştür. Aynı Kanun'un 1467. maddesinde Kaptanın gemi adamlarının disiplin amiri olduğu ve yetkinin kullanılmasını bazı diğer gemi adamlarına bırakabileceği hususları düzenlenmiştir...Deniz İş Kanunu yürürlüğe girdiğinde, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu bakımından bir değişikliğe gidilmemiş, gemi adamlarının çalışması ve bazı haklarına dair hükümlerin yürürlükten kaldırılmamıştır. Bu nedenle ... Deniz İş Kanunu'nun 48. maddesinde saklı haklar düzenlenmek suretiyle Türk Ticaret Kanunu ve varsa diğer kanunların gemi adamlarına daha elverişli haklar sağlayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı belirtilmiştir". Karar metni için Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

58 RG. 14.02.2011, Sayı: 27846.

59 "...Örneğin Kanun'un "Gemi adamlarının çalıştırılması" başlıklı 1127. maddesinde, "Geminin gemi adamlarıyla birlikte kiracının emrine verildiği kira sözleşmelerinde, gemi adamlarının çalıştırılmasından doğan bütün borç ve yükümlülüklerden kiraya veren, kiracı ile birlikte ve müteselsilen sorumlu" olacakları öngörülmüştür. Yine Türk Ticaret Kanunu'nun 1320. maddesinde, gemi adamlarının "Ülkelere getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem hakları", Gemi Alacaklısı Hakkı kapsamında tanımlanmış ve geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı ileri sürülebileceği açıklanmıştır. Görüldüğü üzere Türk Ticaret Kanunu'nun gemi adamlarının haklarını güvence altına alan hükümleri, gemi adamına 854 Sayılı... Deniz İş Kanunu'na göre daha elverişli haklar sağlamakta ve mevcut 48. maddede kapsamında uygulanmaktadır". Karar metni için Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

sağlayan TTK hükümleri, Deniz İş K. m.48 hükmü kapsamında uygulanmaktadır. Burada kanun koyucunun amacı "ileride başka bir kanun ile daha elverişli bir hak sağlanması durumunda lehe olan kuralların uygulanmasına başlanacağı" şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer yandan, Deniz İş Kanunu özel bir kanundur. Bu özel Kanunun kendinden çok daha sonra yürürlüğe girmiş olan Türk Borçlar Kanunu gibi genel nitelikli bir kanunun herhangi bir hükmüne önceden çekince koyduğu şeklindeki bir yaklaşımın "Kanunun amacını aşan bir yorum" olacağı karşı oy şerhinde ifade edilmektedir. Deniz İş K. m. 48 hükmü gemi adamlarına mevcut kanunlar çerçevesinde daha elverişli haklar sağlayan hükümlerin uygulanmasına devam edileceği şeklinde bir anlam ifade etmektedir. Kanun koyucunun amacının ileride başka bir kanun ile daha elverişli bir hak sağlanması durumunda lehe olan kuralların uygulanmasına başlanacağı şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Hele özel kanun hükmünün kendisinden daha sonra yürürlüğe giren bir genel kanun hükmüne önceden çekince koyduğu şeklindeki varsayım, Kanunun amacını aşan bir yorum olacaktır⁶⁰.

Karşı oy şerhinde tartışılan bir diğer husus ise genel kanun-özel kanun ilişkisidir. Deniz İş Kanunu'nun özel kanun, Türk Borçlar Kanunu'nun genel kanun niteliği taşıdığı şüphesizdir. Eğer bir konuya ilişkin olarak özel kanunda boşluk varsa, bu durumda konuya ilişkin genel kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak gemi adamının fazla çalışma ücretinin hesaplanması noktasında Deniz İş Kanunu'nda bir boşluk bulunmayıp Deniz İş K. m. 28 hükmünde fazla çalışma ücretinin %25 zamlı ücret üzerinden hesaplanması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır. Karşı oy şerhinde Deniz İş Kanunu'nda mevcut olan bu açık hüküm karşısından artık Türk Borçlar Kanunu'nun fazla çalışmaya ilişkin m. 402 hükmünün uygulama

60 "...özel kanun hükmünün daha sonra yürürlüğe giren bir genel kanun hükmüne önceden çekince koyduğu şekilde varsayım, Kanunun amacını aşan bir yorum olacaktır". Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

alanı bulamayacağı ifade edilmektedir⁶¹. Yine özel kanun niteliği taşıyan Deniz İş Kanunu gemiadamlarının fazla çalışma ücretini düzenlemiş olup genel kanun niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nda gemiadamlarına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple, fazla çalışma ücretinin hesabı noktasında, genel kanun ile özel kanun arasında bir çatışma da mevcut değildir⁶².

Ayrıca karşı oy yazısında son olarak, Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmünün gerekçesi değerlendirilmiş, madde hükmünün gerekçe metninde Deniz İş Kanunu yönünden herhangi bir değerlendirmenin mevcut olmadığına işaret edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmü, iş kanunlarının kapsamı dışında kalan ve hizmet sözleşmesi ile çalışanlar bakımından fazla çalışma ücretinin hesaplanmasına ilişkin bir düzenleme içermektedir. Ne TBK m. 402 hükmü ne de hükmün gerekçe metni Deniz İş Kanunda mevcut olan fazla çalışma ücretinin hesap yöntemine ilişkin olarak gemiadamı lehine bir değişikliğe işaret etmemektedir.

2. Karşı Oy Şerhinde İleri Sürülen Hususların Değerlendirilmesi

a) Konunun "Kanun Boşluğu" Açısından Değerlendirilmesi

Kanun hükümlerinin araştırılması ve mevcut

hükümlerin yorumlanması sonucunda, hukuksal sorunlara cevap veren ve olaya uygulanabilir bir hükmün bulunmaması durumunda *kanun boşluğu* söz konusudur⁶³. Kanun boşluğundan bahsedebilmek için kanunda uygulanabilir hiçbir hükmün bulunmaması gerekmektedir. Kanunda mevcut bir hükümdeki boşluk ise *hüküm içi boşluk* olarak adlandırılmaktadır. Hüküm içi boşluktan bahsedebilmek için ise; kanunda konuya ilişkin mevcut bir hükmün bulunması ancak söz konusu hükmün uygulanabilmesi için hüküm dışı unsurlarla tamamlanması gerekmektedir. Hüküm içi boşluğun doldurulması o hükmün uygulanması ile ilgili iken, kanun boşluğu ancak örf ve âdet hukukuna başvurulmasını ya da gerektiğinde hâkimin hukuk yaratmasını –yeni kural koymasını– gerekli kılmaktadır⁶⁴.

Hukukun her alanında olduğu gibi iş mevzuatımızda da işçi-işveren arasındaki ilişkiyi düzenleyen tüm hususlar eksiksiz olmayıp, iş kanunlarında birçok konuda düzenleme boşlukları bulunmaktadır. İş kanunlarında boşluk bulunduğu bu hallerde genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerine, burada da bir düzenleme bulunmadığı takdirde aynı kanunun genel hükümlerine başvurma zorunluluğu ortaya çıkacaktır⁶⁵. Ancak Deniz İş K. m. 28 hükmü "Yapılacak fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 oranında artırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamaz." demek suretiyle fazla çalışma ücretinin hesaplanma yöntemini açıkça hükme bağlamıştır. Madde hükmü gayet açık olup bu konuda ne kanun boşluğundan ne de hüküm içi boşluktan söz edilebilecektir. Bu sebeple, karşı oy yazısında da doğru bir şekilde işaret edildiği gibi, gemiadamının fazla çalışma ücretinin en

61 "...Türk Borçlar Kanununun hizmet sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri kural olarak diğer iş kanunlarının uygulama alanı dışında kalan iş sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Bunun dışında diğer iş kanunlarında düzenlenmeyen hallerde yönelik kuralların da genel kanun olması sebebiyle uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Örneğin işçinin kişiliğinin korunması iş kanunlarında düzenlenmemiş olup, Türk Borçlar Kanununun 417. maddesi genel kanunun genel hükmü olarak uygulama alanı bulabilecektir. Yine aynı Kanun'un 440. maddesinde öngörülen ölüm tazminatı, diğer kanunlarda yer verilen kıdem tazminatından ayrı olarak düzenlendiğinden ve hak sahipliği mirasçılık belgesinden ayrı olarak belirlendiğinden, genel kanun hükmü olarak doğrudan uygulanabilecektir." Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

62 "...her iki kanun arasında bu konuda çatışma olduğunun kabulü halinde dahi, her iki düzenlemenin amacına uygun şekilde uygulama alanı belirlenmelidir. Amaçsal yorumda özel olarak her iki düzenlemenin amacı ve kanunların diğer hükümleri dikkate alınmalıdır. Salt işçi yararına yorumla hareket edilmesi de doğru olmaz." Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

63 Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983, 123 vd.; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), 25. Bası, İstanbul 2019, nr.321, 100; Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul 2017, nr.51, 99; Dinçkol, Abdullah: Hukuka Giriş, Genişletilmiş 14. Basım, İstanbul 2018, 264-265.

64 Edis, 122; Oğuzman/Barlas, nr.322-323, 101; Hatemi, nr.51, 99; Dinçkol, 264.

65 Süzek, 37, 234.

az yüzde yirmibeş zamlı olarak ödenmesine ilişkin Deniz İş K. m. 28 hükmünün varlığı karşısında, fazla çalışma ücretinin en az yüzde elli zamla ödenmesine ilişkin TBK m. 402 hükmü gemi adamları açısından uygulama alanı bulamayacaktır.

b) Konunun “Özel Kanun-Genel Kanun” ve “Eski Tarihli Kanun-Yeni Tarihli Kanun” İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi

aa) Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi Açısından Değerlendirme

Kanunlar, farklı ölçütler esas alınmak suretiyle bazı türlere ayrılmaktadırlar. Bu ayrımlardan bir tanesi de “genel kanun-özel kanun” ayrımıdır. Bur ayırmada esas alınan ölçüt, *kanunların düzenlediği menfaat ve durumların genellik derecesi* ile ilgilidir. İçerik olarak genellik gösteren ve kapsam itibarıyla geniş bir konuyu düzenleyen kanunlara “genel kanun” adı verilmektedir. Buna karşılık, sınırlı konuda düzenleme yapan ve belli bir alanla ilgili olarak çıkartılan kanunlar “özel kanun” niteliği taşımaktadır⁶⁶.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Türk İş Hukuku Mevzuatında bireysel iş ilişkilerini düzenleyen üç adet kanun mevcuttur. Bunlar, 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunudur. Üç kanunun da uygulama alanı ve kişiler bakımından kapsamı ayrıntılı olarak belirlenmiş olup İş Kanunu uygulama alanı diğer iki Kanuna göre en geniş olan Kanundur. Yine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Altıncı Bölümü hizmet sözleşmesine ayrılmış olup bu üç kanunun uygulama alanı dışında kalan işçiler de Türk Borçlar Kanunu’na tabi olarak çalışmaktadırlar.

Bireysel İş Hukuku Mevzuatını oluşturan İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması, gerek tüm bu Kanunların uygulama alanının belirlenmesi açısından, gerekse özel kanun-genel kanun ayrımının ortaya konulması açısından büyük önem taşımaktadır;

66 Yılmaz, Ejder: “Genel Kanun-Özel Kanun” İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, S: 22, 23-24.

Öğretide bir görüş, İş Kanunu’nun Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’na göre “ana kanun” niteliği taşıdığını, bu iki Kanunun aslında İş Kanunu’nun özelliği bulunan bölümleri olduğunu, bu durumun bir sonucu olarak da Deniz İş Kanunu’nda ve Basın İş Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallede öncelikle İş Kanunu’na gidileceğini, daha sonra Türk Borçlar Kanunu hükümlerine gidilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶⁷. Ancak öğretide baskın görüş, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmadığını, bu kanunların tümü açısından sadece Türk Borçlar Kanunu’nun genel kanun niteliği taşıdığını kabul etmektedir⁶⁸.

Uygulamada Yargıtay’ın da 4857 sayılı İş Kanunu’nu Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu için ana kanun olarak kabul ettiği, diğer İş Kanunlarının aslında 4857 sayılı İş Kanunu’nun özelliği olan bir bölümü olarak nitelendirdiği kararları mevcuttur⁶⁹. Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 2013 yılında verdiği bir kararına⁷⁰ konu olayda, işçi Deniz İş Kanunu kapsamında bir gemiadamı olup alt işveren işçisi olarak görev yapmaktadır. Olayda yerel mahkeme muvazaayı değerlendirirken İş Kanunu’nun asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenleyen m. 2/ f 7 hükmünü esas almak suretiyle, olayda asıl işin alt işverene verilebilme koşullarının bulunmadığından bahisle muvazaayı kabul etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, Deniz İş Kanunu’nda asıl işveren-alt işveren kavramlarına yer verilmemiş olduğunu, Deniz İş Kanunu kapsamındaki işyerinde ise 4857 sayılı İş Kanunu

67 Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Beşinci Bası, Ankara 1984, 37; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 60-61

68 Süzek, 38; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 20; Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:10, Sayı:38, Yıl:2013, 87.

69 Yarg. 9. HD., 21.10.1993, E. 1993/3494, K. 1993/1497, bkz. Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1994, 28-29.

70 Yarg. 9. HD., 25.02.2013, E. 2010/46245, K. 2013/6661, karar metni ve incelemesi için bkz. Aydın, İbrahim: 4857 Sayılı İş Kanunu’nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, Y:2013, S: 4, 36 vd.

hükümlerinin birebir veya kıyasen uygulanamayacağını belirterek, Türk Borçlar Kanunu'nun muvazaaya ilişkin genel hükümleri ile –olayın sosyal güvenlik boyutu dikkate alındığında- Deniz İş Kanunu'na göre genel kanun niteliği taşıyan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun alt işverene ilişkin m.12 hükmü kapsamında değerlendirme yapılması ve sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerektiğinden bahisle yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁷¹.

Gerçekten de Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun diğer iki kanuna göre daha ayrıntılı düzenlemeler içermesi ve daha geniş kapsamlı olması, onun ana kanun olduğu anlamına gelmemektedir. Zira bu kanunların hiçbirinde İş Kanunu'nun diğer iki kanuna göre genel kanun olduğuna ilişkin bir ifade mevcut değildir. Tam aksine, İş Kanunu'nun hangi hallerde uygulanacağını bu iki kanun da istisnalar halinde ayrıca ve açıkça belirtilmektedir. Örneğin; Deniz İş Kanunu m. 49 hükmünde iş hayatının denetimine ilişkin konularda ve bu alanda uygulanacak cezai yaptırımlarda İş Kanunun ilgili hükümlerinin uygulanacağı esaslı açık bir şekilde ifade edilmektedir⁷².

Diğer yandan Türk Borçlar Kanunu üç iş kanunu açısından da genel kanun niteliği taşımaktadır. Bu bağlamda, iş kanunlarında Türk Borçlar Kanunu'na genel kanun olarak atıf yapan herhangi bir hüküm mevcut olmamakla birlikte, Türk Medeni Kanunu m. 5 hükmü uyarınca Türk Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümleri, genel uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanacaktır. Söz konusu hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun temel kanun olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun genel gerekçesi de, bu Kanunu "temel kanun" olarak nitelendirmektedir⁷³. Öyleyse üç iş kanununda da

hüküm bulunmayan hallerde ortaya çıkacak olan norm boşluğu, Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri ile doldurulacaktır⁷⁴.

Tüm bu açıklamalara dayanarak, Türk Borçlar Kanunu ile Deniz İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu şu anlama gelmektedir: Uygulama sırası itibarıyla Deniz İş Kanunu önce gelecektir. Deniz İş Kanunu'nda açık hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır⁷⁵.

Yargıtay Kararında mevcut olan karşı oy yazısı da Deniz İş Kanunu'nun özel kanun, Türk Borçlar Kanunu'nun ise genel kanun olduğundan hareketle ancak özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanacağını ifade etmekte ve bunu örneklemektedir⁷⁶. Aynı örnekler Deniz İş Kanunu'na da uyarlanabilir niteliktedir. Örneğin; Deniz İş Kanunu'nda gemiadamının kişiliğinin korunmasına ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığından konuya ilişkin Türk Borçlar Kanunu m. 417 hükmü, gemiadamı için de genel kanunun genel hükmü olarak uygulama alanı bulacaktır. Ancak özel kanun niteliği taşıyan Deniz İş Kanunu m. 28 hükmünde zaten gemiadamının fazla çalışma ücretine ilişkin açık düzenleme mevcuttur. Bu sebeple gemiadamının fazla çalışma ücretini belirlemek için Türk Borçlar Kanunun m. 402 hükmüne gidilemeyecektir.

bb) Eski Tarihli Özel Kanun-Yeni Tarihli Genel Kanun İlişkisi Açısından Değerlendirme

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Deniz İş Kanunu eski tarihli özel bir kanun, Türk Borçlar Kanunu ise yeni tarihli genel bir kanundur. Karşı oy

71 Aydın, 36 vd.; Çil, Şahin: "10. Yılında İş Kanunu Uygulanması Genel Hükümler", 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Temmuz 2016, 85.

72 Süzek, 36-39; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 20; Karaçöp/Yamakoğlu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 87.

73 Genel Gerekeçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>.

74 Yılmaz, 28; Karaçöp/Yamakoğlu, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, 87.

75 Yılmaz, 28.

76 "...Örneğin işçinin kişiliğinin korunması iş kanunlarında düzenlenmemiş olup, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi genel kanunun genel hükmü olarak uygulama alanı bulabilecektir. Yine aynı Kanun'un 440. maddesinde öngörülen ölüm tazminatı, diğer kanunlarda yer verilen kıdem tazminatından ayrı olarak düzenlendiğinden ve hak sahipliği mirasçılık belgesinden ayrı olarak belirlendiğinden, genel kanun hükmü olarak doğrudan uygulanabilecektir.". Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

şerhinde, bu iki kanundan birinin eski tarihli özel kanun diğerinin ise yeni tarihli genel kanun olması sebebiyle, her iki kanun arasında çatışma olup olmadığı hususu değerlendirilmiştir.

Gerçekten de eski tarihli özel kanun ile yeni tarihli genel kanun ilişkisi özellikle bu iki kanun arasında bir çatışmanın mevcut olduğu durumlarda önem kazanmaktadır. Zira aralarında bir çatışma olması halinde yeni tarihli genel kanun hükümlerinin eski tarihli özel kanun hükümlerini yürürlükten kaldırıp kaldırmayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Bu konuda elimizde uygulanabilecek sabit bir ilke mevcut olmadığından, sonucuna varmak her zaman çok da kolay değildir. Bir sonuca varabilmek için özellikle kanun koyucunun, her iki kanunu ayrı tarihlerde çıkartırken güttüğü amacın tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. Eğer kanun koyucu aynı konuda farklı amaçlar gütmüş ve bu amaçlar geçerliliklerini aynen sürdürmekte ise, genel kanun hükümlerinin özel kanunu hükümlerini yürürlükten kaldırdığını söylemek doğru olmayacaktır. Zira kanun koyucu, bu genel kanunu kabul ederken, bu özel kanunun yürürlüğünü muhafaza etmeyi amaçlamaktadır⁷⁷.

Yine yeni tarihli özel genel kanun hükümlerinin eski tarihli özel kanunu hükümlerini ortadan kaldırması için, her iki kanunun da aynı konuyu düzenlemesi yeterli değildir. Bu kanunların kişiler açısından kapsamının ve içeriğinin de aynı olmaması gerekmektedir. Örneğin; İş Kanunu da Türk Borçlar Kanunu da ilk bakışta iş sözleşmesini düzenlemekte ise de her iki Kanunun da kişiler açısından uygulama alanı aynı değildir. Kanun koyucunun bu iki Kanunda da iş sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri yaparken güttüğü amacın farklı olduğu Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanununun gerekçe

metinlerinden de ortaya çıkmaktadır⁷⁸. Bu sebeple her iki kanunun kapsamında bir örtüşme ya da çelişmeden bahsedilemez⁷⁹.

Yargıtay kararında yer alan karşı oy yazısında Deniz İş Kanunu ile Türk Borçlar Kanunu arasında herhangi bir çatışma olmadığı ifade edilmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz konuluş amacı, kişiler bakımından kapsamı ve içeriği dikkate alındığında, iki kanun arasında bir çatışma olmadığı gibi işçinin fazla çalışma ücretini belirleyen TBK m. 402 hükmü ile gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretini düzenleyen Deniz İş K. m. 28 hükmünün yürürlükten kalktığını söylemek de mümkün değildir.

Deniz İş Kanunu m. 2/B hükmünde gemiadamını tanımlamaktadır. Buna göre, "*Bir hizmet aktine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemiadamı" denir.*" Ancak Kanun hükmünde tanımlanan gemiadamlarının Deniz İş Kanunu'na tabi olabilmesi için Deniz İş K. m. 1 hükmü gereğince *denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde hizmet akti ile çalışıyor olmaları gerekmektedir.* Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanı gayet spesifik olup bu durum gemiadamlarının çalışma sürelerinin ve yaptıkları işin niteliğinin diğer işçilere göre büyük farklılıklar göstermesinden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu'nda gemiadamına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmü ancak iş sözleşmesi ile çalışmasına rağmen iş kanunlarına tabi olmayan işçiler için uygulama alanı bulacaktır.

c) Konunun Türk Borçlar Kanunu m. 402 Hükmü ve Gerekçesi Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi TBK m. 402 hükmü, Borçlar Kanunu'na tabi çalışanlar için fazla çalışma ücretine ilişkin bir düzenlemedir. Madde hükmü uyarınca "*İşveren, fazla çalışma için*

77 Edis, 172; Oğuzman/Barlas, 87-88; Serozan, Rona: Hukukta Yöntem, İstanbul 2015, 148; Yılmaz, 27; Gözler ise öğretilerde ağır basan görüşün önceki tarihli özel kanunun, sonraki tarihli genel kanun ile ortadan kaldırılamayacağı yönünde olduğunu, burada "*genel hükmün, önceki özel hükümle düzenlenen şeyleri sona erdirmeyeceği*" ilkesinin geçerli olduğunu ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Gözler, Kemal: Hukuka Giriş, Onaltıncı Bası, Bursa 2019, 395-396; Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Ankara 2019, 156.

78 Türk Borçlar Kanununun gerekçe metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> ve İş Kanununun gerekçe metni için bkz. https://www.tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf, 71 vd.

79 Yılmaz, 30.

işçiye normal çalışma ücretini en az %50 fazlasıyla ödemekle yükümlüdür.” Maddenin ikinci fıkrası ise işçinin isteği halinde fazla çalışmanın ücret yerine fazla çalışmayla orantılı olarak serbest zaman şeklinde kullanılmasına cevaz vermektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmünün iş kanunlarının kapsamı dışında kalan ve hizmet sözleşmesi ile çalışan işçiler bakımından fazla çalışma ücretinin hesaplanmasına ilişkin bir düzenleme olduğu şüphesizdir. Ancak uygulama alanını belirlerken madde hükmünün lafzının yanında, kanun koyucunun amacına tam olarak vakıf olabilmek için tıpkı karşı oy şerhinde olduğu gibi, hükmün gerekçe metni de değerlendirilmelidir.

Kanun koyucu m. 402 hükmünün gerekçe metninde⁸⁰, hükümde mevcut olan düzenlemeyi 4857 sayılı İş Kanunu ile karşılaştırma yoluna gitmekte ve uygulama açısından her iki Kanun arasındaki benzerliğe işaret etmektedir. Ancak gerekçe metninde Deniz İş Kanunu yönünden herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemektedir. Bu nedenle, karşı oy yazısındaki değerlendirme kanaatimizce de doğru olup, tıpkı TBK m. 402 hükmü gibi hükmün gerekçe metninin de fazla çalışma ücretinin hesaplanması açısından gemiadamı lehine bir değişikliğe işaret etmediğini söylemek yanlış olmayacaktır⁸¹.

d) Konunun Deniz İş Kanunu m. 48 Hükmünün Uygulama Alanı Açısından Değerlendirilmesi

aa) Deniz İş Kanunu m. 48 Hükmünün Kapsamı Açısından

“Saklı Haklar” başlıklı Deniz İş Kanunu m. 48 hükmüne göre, “*Bu kanun hükümleri, gemiada-*

mına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara halel getirmez.”

Öğretide bir görüş, gemiadamının fazla çalışma ücretinin Deniz İş K. m. 28 hükmüne göre normal çalışma saat ücretinin %25 oranında arttırılarak değil de TBK m. 402 hükmüne göre %50 oranında arttırılarak belirlenmesinin nedeninin Deniz İş K. m. 48 hükmü olduğunu ifade etmektedir. Madde hükmü ile “*daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan*” kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi hükümlerine hatta örf ve adete açık atıf yapılmaktadır. Deniz İş K. m. 48 atfı ile Deniz İş K. m. 28 yerine, TBK’nın lehe olan m. 402 hükmü uygulanacak ve gemiadamının fazla çalışma ücreti %50 zamlı olarak hesaplanacaktır⁸². Uygulamada Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin yukarıda incelediğimiz iki kararı da bu durumu gerekçe göstermek suretiyle, gemiadamının fazla çalışma ücretinin, Deniz İş K. m. 28 hükmü yerine TBK m. 402 hükmünün esas alınmak suretiyle belirleneceği yönünde karar vermiştir⁸³.

Buradaki tartışma konusu, Deniz İş K. m. 48 hükmünün kendisinden daha sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri açısından uygulama alanının olup olmadığı meselesidir. Deniz İş Kanunu m. 48 hükmü aslında özel bir amaca hizmet etmektedir. Bu durum karşı oy şerhinde tarihi dayanakları da gösterilmek suretiyle açıklanmaktadır:

854 sayılı Deniz İş Kanunu 29.04.1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun yürürlüğe girmeden önce, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’nda gemiadamlarına ve bazı haklarına ilişkin olan bazı düzenlemeler mevcut idi. O dönemde Deniz İş Kanunu’nda, m. 48 hükmü gibi bir hükme yer verilmesinin esas nedeni, Türk Ticaret Kanunu’nda zaten mevcut olan gemiadamlarına ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğinin devam ettirmekten başka bir şey değildi. Bu şekilde, Türk Ticaret Kanunu’nun gemiadamları için daha lehe haklar sağlayan elverişli hükümlerinin uygulanabilirliği

80 Gerekçe metni için bkz. Başöz, Lütfi/Çakmakçı, Ramazan: Gerekçeli Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, 513-514.

81 “...Düzenleme... diğer iş kanunlarının kapsamı dışında kalan hizmet sözleşmesi ile çalışanlar bakımından fazla çalışma ücreti hesap yöntemi gösterilmiştir. Deniz İş Kanunda yer alan hesap yönteminin gemi adamı lehine değiştirildiği yönünde bir sonuca varılamamaktadır. Aksine bir yorum, gemi adamları bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin öncelikle uygulama alanı bulacağı, daha sonra özel kanun niteliğindeki Deniz İş Kanunu’nun uygulanması gerektiği şeklinde sonuca götürülecektir.”. Bkz. Yarg. 9. HD., 20.11.2018, E. 2018/5567, K. 2018/20999, www.kazanci.com.

82 Kar, 184.

83 Bkz. yukarıda III, B.

sağlanmıştı. Daha sonra 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun⁸⁴ "Deniz Ticareti" başlıklı Beşinci Kitabında, gemiadamları ile ilgili otuziki hüküme yer verilmesi sebebiyle, Deniz İş Kanunu'nda bir değişiklik yapılmaksızın m. 48 hükmü aynen korunmuştur. Bu şekilde gemiadamları yönünden lehe olan hükümlerinin uygulanmasının devamlılığı sağlanmıştır.

bb) Hukuk Güvenliği ve Hukuki Belirlilik Açısından

"Hukuk güvenliği" ve "hukuki belirlilik" ilkele-ri hukuk devleti kavramını belirleyen iki önemli ve evrensel ilkelerdir. Anayasa Mahkemesi 07.04.2016 tarihli bir kararında⁸⁵ da bu iki ilkedden ve öneminden bahsetmektedir. Söz konusu karara göre, "...Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Bu ilkeye göre kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk Devletinin unsurları doktrinde de belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili iki tanesi 'Hukuki Güvenlik' ve 'Belirlilik' ilkeleridir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilecektir..."

Anayasa Mahkemesinin kararında açıkça ifade ettiği üzere, kişinin hangi somut eylem ve olguya

hangi hukuki yaptırımın veya neticenin bağlandığını, bunun kimlere hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmesi, "belirlilik ilkesi"nin önemli bir kısmını oluşturmakta olup bu ilke tümüyle hukuki güvenlikle bağlantılıdır. Diğer bir söylemle, belirlilik ilkesi gereği kişi, hangi hukuk kurallarına tabi olduğunu önceden bilecek ve davranışlarını da ona göre ayarlayacaktır. Bu durumun aksi hukuki belirsizlik doğurur⁸⁶. Yine "Belirlilik" ilkesinin bir gereği olarak, maddi hukuk ve usul kuralları önceden öngörülebilir bir açıklıkta olmalı ve kişilerin haklı beklentilerini bertaraf etmeyecek düzenlemeler yapılmalıdır. Aksi takdirde, yetkilerin sınırlarının belirsizliği, takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesine neden olacak ve kanunun verdiği ucu açık yetki kullanımıyla tesis edilen işlemlerin hukuki denetimi de yasal engel nedeniyle gerektiği gibi yapılamayacaktır⁸⁷. Yine Hukuki güvenlik ilkesi gereği hukuk kurallarında sık sık değişiklik yapılarak hukuki istikrarı ve belirliliği yok eden kurallar da ihdas edilmemelidir⁸⁸.

Deniz İş Kanunu m. 48. hükmünün amacı, doğrudan ve açık bir şekilde gemiadamına ilişkin olan her türlü yasal düzenlemenin lehe olan kısımlarının Deniz İş Kanunu'na rağmen uygulanmasına imkân vermektir. Karşı oy şerhinde de belirtildiği üzere, bu durum madde metninde yer alan ve "gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan" ibaresinden açıkça anlaşılmaktadır. Aksi takdirde başka birçok kanunda doğrudan gemiadamına yönelik olmayan ancak Deniz İş Kanu-

84 RG. 14.02.2011, Sayı: 27846.

85 AYM, 07.04.2016, E.2015/94, K.2016/27, RG. 03.05.2016-29701 Sayı. Söz konusu kararın tam metni için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2016-27.pdf.

86 Köküarı, İsmail: Hukuk devletinde bireyin hukuki güvenliği ve önemi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.51-52, 18-19.

87 Yavuz, Ersen: Hukuk Devletinde Hukuk Güvenliği ve Belirlilik Kavramları Üzerine, Gelenek ve Gelecek, Nisan 2019, <http://gelenekvegelecek.com/hukuk-devletinde-hukuk-guvenligi-ve-hukuki-belirlilik-kavramlari-uzerine-ersen-yavuz/>; Köküarı, 19; Ayrıca belirlilik ilkesine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Gülçür, Abdülkadir: AIHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi, MÜHF. Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.1, Haziran 2018, 149 vd., <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/509543>; Köküarı, 7 vd.

88 Altundış, Mehmet: Hukuki Güvenlik İlkesi, 61, Yasama Dergisi, Sayı:10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, <http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/alintilar/428.pdf>.

nu'nda yer alan düzenlemelere göre daha lehe olan pek çok düzenleme karşımıza çıkacaktır. Her lehe düzenleme için Deniz İş K. m. 48 hükmünü devreye sokmak, Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanı için büyük bir belirsizlik yaratacaktır. Böylesi bir durum ise hukukun önemli amaçlarından olan "hukuki güvenlik" ve "hukuki belirlilik ilkelerine aykırı düşecek, hatta "hukuki belirsizlik" sonucunu beraberinde getirecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Deniz İş K. m. 48 hükmünün uygulama alanını gösteren en doğru örnek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun gemiadamlarına ilişkin düzenlemeleridir. Türk Ticaret Kanunu'nun beşinci kitabında yer alan gemiadamlarına ilişkin düzenlemelerin daha lehe olanları ancak Deniz İş K. m. 48 hükmü sayesinde uygulanabilecektir. Genel kanun niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerin hiçbirisi açıkça ve doğrudan gemiadamına yönelik hak veya menfaatler sağlayan düzenleme niteliği taşımamaktadır. Zaten Türk Borçlar Kanunu'nun sadece Deniz İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde başvurulabilecek bir genel kanun olduğu tartışmasızdır. Kaldı ki gemiadamına verilecek fazla çalışma ücreti Deniz İş Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olup, bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine gitmek için de herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ve fazla çalışma ücretini düzenleyen m. 402 hükmü, Deniz İş K. m. 48 hükmünün uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Sonuç

Gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücreti Deniz İş K. m. 28 hükmünde hiçbir şüpheye yer vermeyecek açıklıkta düzenlenmiştir. Buna göre, *gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücreti, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktardan %25 oranında artırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamayacaktır.* Madde hükmü ile ödenecek fazla çalışma ücretinin alt sınırını belirlemiştir. Taraflar istedikleri takdirde aralarında anlaşarak bu oranın üzerinde bir fazla çalışma ücreti belirleyebileceklerdir. Ancak taraflar ara-

sında herhangi bir belirleme mevcut değil ise açık Kanun hükmü uyarınca fazla çalışma ücreti %25 arttırılarak belirlenmek durumundadır. Bu açıdan bakıldığında Deniz İş Kanunu'nda belirlenen fazla çalışma ücreti diğer bireysel iş kanunlarında belirlenenden daha düşüktür. İş Kanunu'nda ve Basın İş Kanunu'nda fazla çalışma ücreti normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 oranında yükseltilmesi suretiyle hesaplanmaktadır. Son olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.402 hükmünde de fazla çalışma ücret oranı %50 olarak belirlenmiştir.

Bireysel İş Mevzuatımızda mevcut düzenleme boşlukları bu kanunlara göre "*genel kanun*" niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerine başvurulmak suretiyle doldurulmaktadır. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu ile Deniz İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi mevcuttur. Bu şu anlama gelmektedir: Uygulama sırası itibarıyla Deniz İş Kanunu önce gelecektir. Deniz İş Kanunu'nda açık hüküm bulunmayan hallerde ise Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Deniz İş K. m. 28 hükmü fazla çalışma ücretinin miktarını ve hesaplanma yöntemini açıkça hükme bağlamıştır. Madde hükmü gayet açık olup bu konuda kanun boşluğu ya da hüküm içi boşluk söz konusu değildir. Bu sebeple, fazla çalışma ücretine ilişkin Deniz İş K. m. 28 hükmünün varlığı karşısında, TBK m. 402 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

Yine yeni tarihli genel kanun hükümlerinin eski tarihli özel kanun hükümlerini ortadan kaldırdığından bahsedebilmek için, her iki kanunun da aynı konuyu düzenlemesi yeterli değildir. Bu kanunların kişiler açısından kapsamının ve içeriğinin de aynı olması gerekmektedir. Deniz İş Kanunu'nun kişiler açısından uygulama alanı gayet spesifik olup gemiadamlarına ilişkindir. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu'nunda gemiadamına ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Türk Borçlar Kanunu m. 402 hükmü ancak iş sözleşmesi ile çalışmasına rağmen İş Kanunlarına tabi olmayan işçiler için uygulama alanı bulacaktır. Madde hükmünün gerekçe metninde de fazla

çalışma ücretinin hesaplanması açısından gemiadamı lehine bir değişikliğe işaret edilmemektedir. Konuluş amacı, kişiler bakımından kapsamı ve içeriği dikkate alındığında TBK m. 402 hükmünün gemiadamına ödenecek fazla çalışma ücretini düzenleyen Deniz İş K. m. 28 hükmünü yürürlükten kaldırdığını söylemek mümkün değildir.

Diğer yandan Deniz İş Kanunu m. 48 hükmünün amacı, doğrudan ve açık bir şekilde gemiadamına ilişkin olan her türlü yasal düzenlemenin lehe olan kısımlarının Deniz İş Kanunu'na rağmen uygulanmasına imkân vermektir. Bunların başında Türk Ticaret Kanunu'nun gemiadamları için daha lehe haklar sağlayan hükümleri gelmektedir. Aksi halde başka kanunlarda, doğrudan gemiadamına yönelik olmamakla beraber Deniz İş Kanunu'ndaki hükümlere göre daha lehe olan pek çok düzenleme bulmak mümkündür. Ancak her lehe düzenleme için Deniz İş K. m. 48 hükmünü devreye sokmak, Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanı bakımından büyük bir belirsizlik yaratacaktır. Böylesi bir durum ise hukukun önemli amaçlarından olan "hukuki güvenlik" ve "hukuki belirlilik" ilkelerine aykırı düşecek, hatta "hukuki belirsizlik" sonucunu beraberinde getirecektir.

Deniz İş Kanunu'nun fazla çalışma ücretini diğer bireysel iş kanunlarından daha düşük olarak belirlemesi yapılan işin niteliğinden kaynaklanmamaktadır. Bu durumun kanunlar arasında bir eşitsizlik yarattığı şüphesizdir. Ancak bu sorunun çözümü gemiadamının fazla çalışma ücretini düzenleyen Deniz İş K. m. 28 hükmünü bir yana bırakarak TBK m. 402 hükmünü esas almak değildir. Kanaatimizce yapılması gereken şey, Deniz İş Kanunu m. 28 hükmündeki fazla çalışma ücretinin diğer bireysel iş kanunlarına paralel olarak değiştirilmesidir.

KAYNAKÇA

- Altundış, Mehmet: "Hukuki Güvenlik İlkesi", Yasama Dergisi, Sayı:10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/alintilar/428.pdf>.
- Astarlı Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008.

- Aydınlı, İbrahim: "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, Y: 2013, S: 4.
- Başöz, Lütfi/Çakmakçı, Ramazan: Gereçeli Karşılaştırma Tablolu Eski ve Yeni Kanun Maddeleri ile Birlikte Yeni Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2011.
- Bedük, Mehmet Nusret: Deniz İş Sözleşmesi, Bursa, 2012.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul 2019.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Beşinci Bası, Ankara 1984.
- Çil, Şahin: "10. Yılında İş Kanunu Uygulaması Genel Hükümler", 10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu, Temmuz 2016.
- Dinçkol, Abdullah: Hukuka Giriş, Genişletilmiş 14. Basım, İstanbul 2018.
- Dündar, Esra: Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Ankara 2012.
- Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983.
- Ekmekçi, Ömer: "Deniz İş Hukukunda İş Süreleri ve Fazla Çalışma", Deniz Hukuku Dergisi, Y:1, S: 3-4, Eylül-Aralık 1996.
- Ekonomi Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.
- Gözler, Kemal: Hukuka Giriş, Onaltıncı Bası, Bursa 2019.
- Gülçür, Abdülkadir: "AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi", MÜHF. Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, Haziran 2018, 149 vd., <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/509543>.

- Güner, M. Deniz: "Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri", ÇMİS Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 6, 2001, 12, <http://mail.ceis.org.tr/dergiDocs/makale-21.pdf>.
- Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Ankara 2019.
- Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul 2017.
- Kar, Bektaş: Deniz İş Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2014.
- Karaçöp, Eda/Yamakoğlu, Efe: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin hükümleri ve İş Kanunları ile ilişkisi (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 38, Yıl: 2013.
- Köküarı, İsmail: "Hukuk devletinde bireyin hukuki güvenliği ve önemi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 51-52.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), 25. Bası, İstanbul 2019.
- Serozan, Rona: Hukukta Yöntem, İstanbul 2015.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019.
- Şahlanan, Fevzi: "Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar", TÜHİS, Kasım 1988.
- Tuncay, Can: "ILO Normları Işığında Gemi Adamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008.
- Yamakoğlu, Efe: Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, İstanbul 2011.
- Yavuz, Ersen: "Hukuk Devletinde Hukuk Güvenliği ve Belirlilik Kavramları Üzerine", Gelenek ve Gelecek, Nisan 2019, <http://gelenekvegelecek.com/hukuk-devletinde-hukuk-guvenligi-ve-hukuki-belirlilik-kavramlari-uzerine-ersen-yavuz/>.
- Yılmaz, Ejder: "Genel Kanun-Özel Kanun" İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, S: 22.

Makale Gönderim Tarihi: 29 Mayıs 2020

Makale Kabul Tarihi: 5 Haziran 2020

Covid-19 Salgınlarının Çalışma Şekilleri ve İşçinin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi

Öz

Yeni Koronavirüs Hastalığı (Covid-19) Aralık 2019 tarihinde Çin'de tespit edilmiş olup, kısa zaman içinde pek çok ülkeye yayılmış ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilmiştir. Bu küresel salgın, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de toplum sağlığını, ekonomik ve sosyal hayatı ciddi derecede etkilemiştir. Dünya genelinde salgın nedeniyle üretim faaliyetleri ciddi yavaşlama göstermiş, birçok sektör ağır hasar

görmüş, buna bağlı olarak çalışma hayatı da etkilenmiştir. Bu çerçevede ülkemizde de salgının ekonomik ve sosyal hayata etkilerinin azaltılması, çalışma hayatının zarar görmemesi, istihdamın devamlılığının sağlanması amacıyla iş mevzuatında pek çok düzenleme yapılmıştır. Bu çalışmada da salgın sürecinde işçi ve işveren ilişkileri, salgının iş sözleşmesinin devamına, çalışma şekillerine, işçinin ücret ve diğer haklarına etkisi incelenmektedir.

Anahtar Sözcükler:

Covid-19, salgın hastalık, kısa çalışma, ücretsiz izin.

The Effect of Covid-19 Pandemic on Labour Contract in Terms of Types of Work and Right to Leave and Wages

Abstract

The new Coronavirus disease (Covid-19), which was first reported in China in December 2019 and spread to many countries over a short period of time, was declared a pandemic by the World Health Organization. This global pandemic has had a serious impact on community health care, economic and social life all over the world, as well as in Turkey. Production activities have slowed down due to the pandemic worldwide, many sectors have been heavily damaged, therefore,

working life has been affected negatively. In this context, many regulations have been made in the labour legislation in our country in order to reduce the effects of the pandemic on economic and social life harming working life, and to ensure the continuity of employment. In this study, the relationship between the worker and employer, the effects of the pandemic on the continuation of the labour contract, types of work, the wages, and other rights of the worker are examined.

Keywords:

Covid-19, epidemic, short time working, unpaid leave.

*Hâkim-eda_manav@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3183-0325

Giriş

Covid-19 salgını, ilk olarak 2019 yılı Aralık ayında Çin'in Wuhan şehrinde tespit edilmiş ve 2020 yılının ilk aylarından itibaren tüm dünyayı etkisi almıştır. Covid-19 Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11 Mart 2020 tarihinde bir pandemi olarak ilan edilmiştir¹. Pandemi veya pandemik hastalıklar, bir kıta hatta tüm dünya yüzeyi gibi çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalıklara (epidemilere) verilen genel ad olarak tanımlanmaktadır². Söz konusu virüs sebebiyle dünya genelinde pek çok vaka ve ölüm olayı gerçekleşmiştir. Dünya Sağlık Örgütü'nün 28 Mayıs 2020 tarihli verilerine göre dünyada 217 ülke ya da bölgede salgından etkilenenlerin tespit edilebilen sayısı 5.556.679'e, Covid-19 hastalığından ölenlerin sayısı da 351.866'a ulaşmıştır³.

Vakaların ve ölümlerin dünya genelinde hızla artış göstermesiyle beraber devletler önlem almaya başlamışlardır. Ülkemizde de ilk vaka 10 Mart 2020 tarihinde görülmüştür. Ülkemiz bu salgınla mücadelede önleyici tedbirleri en erken alan ülkelerden biri olup, salgının vatandaşlar ve toplum sağlığı ile ekonomi üzerindeki olumsuz etkilerini en aza indirmek, ortadan kaldırmak ve salgının yayılmasını önlemek amacıyla pek çok tedbir almıştır⁴. İlk olarak uzaktan eğitime geçilmesi, umuma açık yerlerin faaliyetlerinin durdurulması, 20 yaş altı ve 65 yaş ve üstü ile kronik rahatsızlığı olanların sokağa çıkmasının sınırlandırılması, hafta sonları bazı şehirlerde sokağa çıkma yasaklarının uygulanması gibi çok sayıda tedbir alınmış olup, alınan önlemlere her geçen gün bir yenisi eklenmektedir.

Bu süreçte salgının yayılmaması adına Hükümet tarafından tavsiye olunan tedbirler dikkate alınarak çalışma hayatında da yenilikler olmuştur.

Covid-19'un kısa çalışma kapsamına alınması, kısa çalışma başvuru süreçlerinin kolaylaştırılması; feshi yasası ve ücretsiz izin uygulaması, iki ay olan telafi çalışma süresinin dört aya çıkarılması, yıllık izin kullanımında esneklik yaratılması, asgari ücret desteği sağlanması, işyerlerinde esnek ya da uzaktan çalışma modelleri uygulanmaya başlanması bu çerçevede uygulanan yöntemlerdir. İşçi ve işverenlerin bu süreçten en hafif şekilde etkilenmesi gerek çalışanların sağlığının korunması gerek istihdamın devamının sağlanması amacıyla çalışma hayatında alternatif çözüm yolları bulunmaya çalışılmıştır.

Tüm vatandaşların sağlığının korunması amacıyla alınan tedbirlerin gündelik yaşam ve ekonomi üzerinde birtakım etkileri olduğu gibi, çalışma hayatındaki bu değişiklikler hukuki bazı soruları da gündeme getirmiştir. Özellikle sokağa çıkma yasası, işyerlerinin geçici olarak kapatılması, feshi yasası, ücretli ya da ücretsiz izin uygulamaları, kısa çalışma, uzaktan çalışma ya da telafi çalışması gibi farklı çalışma yöntemleri gibi hususlar hem işçi hem işveren kesimi bakımından bazı problemler konuların açıklığa kavuşturulmasını gerektirmiştir.

Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle zorlayıcı sebep kavramı ve Covid-19 virüsünün bir zorlayıcı sebep olup olmadığı, Covid-19'un iş sözleşmesinin devamına etkisi, bu bağlamda işçinin çalışma şekline ve izin haklarına, ücret ve diğer alacak haklarına etkisi anlatılmıştır. Çalışma konusunun kapsamı nedeniyle iş sözleşmesinin feshine ve diğer sona erme hallerine etkisine sadece ilgili bölümlerde yer verilmiş olup, bir başka çalışmanın konusu olması sebebiyle ayrıntıya girilmemiştir.

I. Covid-19 Salgını ve Mücbir Sebep

A. Genel Olarak

Mücbir sebep (zorlayıcı sebep), beklenmeyen, önceden tahmin olunamayan sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelip, dışarıdan gelen, öngörülmesi ve objektif

1 <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>
2 <https://tr.wikipedia.org/wiki/Pandemi>
3 <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>
4 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss213.pdf>

olarak önlenmesi ya da karşı konulması imkânı bulunmayan ve ifayı imkânsız kılan olaydır⁵. Diğer bir ifade ile mücbir sebep, borçlunun mutlak olarak ve kaçınılmaz şekilde borcu ihlal etmesine sebep olan, dıştan gelen, objektif olarak bertaraf edilmesi mümkün olmayan bir olaydır⁶. Alman Temyiz Mahkemesi eski tarihli bir kararında mücbir sebebi, "Müessesese sahibinin kesretle vaki olmalarından dolayı hesaba katması lazım gelen hadiselerden olmayan ve hariçten gelen ve işletmeye tesir eden ve bütün işletmeyi ve teşebbüsün iktisadi neticesini tehlikeye koymadan en büyük takayyüt ve ihtimam ile dahi bertaraf edilemeyen ve evvelden derpiş ve tahmin olunamayan fevkalade bir hadise" olarak tanımlamıştır⁷.

Mücbir sebebin unsurları; mücbir sebep teşkil eden olay, haricilik, bir davranış normunun veya borcun ihlali, illiyet bağı, kaçınılmazlık ve öngörülmezlik olarak sayılabilir⁸. Mücbir sebep zorlayıcı ya da zorunlu neden olup, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi, insana bağlı beşerî bir olay veya davranış da olabilir. Mücbir sebep sadece doğa olaylarına indirgenemez. Yıldırım düşmesi, don, aşırı fırtına, kasırga, deprem gibi doğa

olayları, savaş, darbe, isyan vb. beşerî olaylar mücbir sebep olarak nitelendirilmektedir⁹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararında mücbir sebep, "bir sorumluluğun yerine getirilmesini veya bir hakkın veya hukuksal imkanın veya kanuni bir avantajın kullanılmasını veya talep edilmesini, kısmen veya tamamen, geçici veya daimi surette engelleyen, bu niteliği dolayısıyla sorumluluğu kaldıran veya yerine getirilmesini, süresini ve vadesini geciktiren veya sorumluluğun niteliğini değiştiren, bir hakkın veya hukuksal imkanın veya kanuni bir avantajın kullanılmasına ilişkin sürelerin yeniden tanınmasını, sürelerin uzatılmasını veya eski hale iade edilmesini gerekli ve zorunlu kılan, kişinin önceden beklemediği, öngöremeyeceği ve tahmin edemeyeceği, beklese ve tahmin etse bile, kişilerin alabilecekleri her türlü tedbirlere rağmen meydana gelmesini engelleyemeyeceği, kişilerin tedbir alma ve ihmalde bulunmama yükümlülüklerini aşan nitelikte ve ağırlıkta olan, dıştan gelen, olağanüstü, olağan dışı ve mutad ve devamlı olanın dışında gerçekleşen nitelikte bir olay, olgu veya durum" olarak tanımlanmıştır¹⁰. Yine aynı Dairenin eski tarihli bir kararına göre mücbir sebepten söz edebilmek için bu olayın önceden tahmin edilememiş bulunması, borçluya isnadının mümkün olmaması ve önlenemeyen, bertaraf edilemeyen, giderilemeyen, yenilemeyen bir nitelik taşıması ve borcun ifasını imkânsız bir hale getirmesi gerekir¹¹.

B. İş Hukukunda Mücbir Sebep

1. İş Hukukunda Zorlayıcı Sebep Kavramı

İş hukukunda terminolojik olarak mücbir sebep kavramı yerine zorlayıcı neden kavramı kullanılmaktadır. İş Kanunu'nda sadece "Ücretin gününde ödenmemesi"ni düzenleyen 34 üncü maddede

5 Andreas von Tuhr, Borçlar Hukuku, 1-2, çev. Cevat Edege, Ankara 1983, s.589; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2019, s.628; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genişletilmiş 21. Bası, Ankara 2017, s.403; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, C.1, İstanbul 2018, s.408; Emile Thilo, "Laesi O Enormis,, ve "Clausul A Rebus Sic Stantibus,, İle Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not. (çev. Bülent N. Esen), <http://static.dergipark.org.tr/article-download/imported/1023005635/1023005171.pdf>

6 M. İhsan Seçkin, Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma, İstanbul 2015, <https://legal.com.tr/Book/7tv-N1mv9kGC7ILZQbmh3A/78f99015af044797802d9daaaa60309f?s=m%3%bccbir+sebeb> s.104.

7 Bkz. Von Tuhr, s.589, dn.57.

8 Eren, s.629-633 Seda Öktem Çevik, İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Yayın Sayısı 5, <https://legalbank.net/belge/isverenin-is-kazalarindan-dogan-sorumluluğu/824887/%22m%3%bccbir+sebeb%22>; Ertuğrul Yuvalı, İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Kamu-İş, C:12, S:3/2012, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1231.pdf> s.4 vd.; Hasan Kayırgan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, İstanbul 2019, s.12-13.

9 Eren, s.629.

10 Yarg. 11.HD., 15.12.2014, 2014/13893 E., 2014/19777 K. Bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBanksistemciWeb/>

11 Yarg. 11.HD. 16.12.1979, 1976/5406 E., 1976/5406 K. <https://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-1976-5406-k-1976-5406-t-16-12-1976-mucbir-sebebin-niteliği/248234/m%3%bccbir+sebeb>

mücbir sebep ifadesi kullanılmış, bunun dışında bu ifadeye yer verilmemiştir. İş Kanunu'nun 34 üncü maddesinde, ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir sebep dışında ödenmeyen işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği düzenlenmiştir. Yangın, toprak kayması, sel gibi bir doğa olayı veya yürütme organı tarafından işyerinin kapatılması gibi durumlar zorlayıcı nedene örnek teşkil eder¹².

İş Kanunu'nda zorlayıcı sebep tanımlanmamıştır. Ancak Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğin üçüncü maddesinin h bendinde bir tanım getirilmiştir. Buna göre zorlayıcı sebep, "İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları" ifade eder. Bu anlamda işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanan sebepler, diğer bir ifade ile işletmesel sebepler, işyerinin ekonomik kriz içinde olması zorlayıcı sebep oluşturmaz¹³.

Sözleşme yapıldığı sırada öngörülemeyen, ortaya çıktığında karşı konulamayan, harici bir neden olup, mutlak ifa imkansızlığına yol açan mücbir sebep daha çok borçlar hukuku karakterli bir kavramdır¹⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun 136 ncı maddesi çerçevesinde borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona ererken, iş hukukunda mücbir sebep ya da zorlayıcı sebep iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez. Bu çerçevede zorlayıcı neden geçici ifa imkansızlığına yol açmışsa iş sözleşmesini askıya alan bir neden, sürekli ifa imkansızlığına yol açmışsa iş sözleşmesini fesih hakkı veren bir neden olarak nitelendirilir¹⁵. Borcun ifa süresi içinde meydana gelen engeller devamlı nitelikte değilse, ifa engelleri

ortadan kalktığı zaman edimin ifası mümkün hale geliyorsa ifanın geçici imkansızlığından söz edilir. Geçici imkansızlığın temerrüt ya da askı hali olduğu konusunda öğretilerde tartışma olmakla birlikte¹⁶ öğretilerde ileri sürülen ve kanaatimizce de isabetli olan bir görüşe göre¹⁷; zorlayıcı sebebe bağlı olarak iş sözleşmesinde ifanın geçici imkansızlığı iş sözleşmesini sona erdirmez, sözleşmenin askıya alınması sonucunu doğurur. Borç ilişkisinin sona ermesi için ifa imkansızlığının devamlı olması, diğer bir ifade ile borcun ifasının kesin suretle imkansızlaşması gerekmektedir¹⁸. Sözleşmenin askıya alınması için ise bir ifa imkansızlığının ortaya çıkması, bu imkansızlığın geçici olması, imkansızlığın borçluya yüklenememesi ve ifa zamanının esaslı olmaması gerekmektedir¹⁹.

İş Kanunu'nda zorlayıcı sebep, işçi ve işverenin iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen 24 ve 25 inci maddelerin üçüncü bentlerinde, yarım ücreti düzenleyen 40 ıncı maddesinde, zorunlu nedenlerle fazla çalışmayı düzenleyen 42 nci maddede²⁰, hafta tatili ücretini düzenleyen 46 ncı maddede²¹, yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan halleri düzenleyen 55 inci maddede²² düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nda zorlayıcı neden kavramının yanında zorunlu nedenle fazla çalışmayı düzenleyen 42 nci maddede ve telafi çalışmasını düzen-

12 Seçkin, s.104.

13 Seçkin, s.105-106.

14 Seçkin, s.104.

15 Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s.793.

16 Tartışmalar için bkz. Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s.23 vd.

17 Süzek, Askı, s.34, 39.

18 Süzek, Askı, s.23.

19 Süzek, Askı, s.25, 45 vd.

20 "... yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir."

21 "Bir işyerinde işin bir haftadan fazla bir süre ile tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı sebepler ortaya çıktığı zaman, 24 ve 25 inci maddelerin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebeplerden ötürü çalışılmayan günler için işçilere ödenen yarım ücret hafta tatili günü için de ödenir."

22 "Aşağıdaki süreler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır: ... d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla)"

leyen 64 üncü maddede zorunlu neden kavramı düzenlenmiştir.

Zorunlu neden ve zorlayıcı neden kavramları birbirleriyle bağlantılı kavramlar olup, her ne kadar zorunlu nedenin varlığı için bir olayın mevcut olması gerekmeseyse de zorunlu neden zorlayıcı neden ve umulmayan halleri kapsayan geniş ve üst bir kavramdır²³. Nitekim İş Kanunu'nun 42 nci maddesi zorunlu nedenlerle fazla çalışmayı düzenlemiş olup, zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması da bu kapsamda düzenlendiği için, maddenin yazılış şekline göre zorlayıcı nedenin zorunlu nedenin bir alt kavramı olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda her zorlayıcı nedenin aynı zamanda bir zorunlu neden olduğu, buna karşılık her zorunlu nedenin bir zorlayıcı neden olmadığı söylenebilir²⁴. Bu çerçevede deprem, yıldırım düşmesi, su baskını, çok şiddetli bir fırtına gibi zorlayıcı sebepler aynı zamanda zorunlu nedendir ve bu durumda işyerinde faaliyetin durması halinde işveren zorunlu nedenlerle fazla çalışma veya telafi çalışması yaptırabilecektir²⁵.

İş hukukunda zorlayıcı sebep İş Kanunu'nun 24/III ve 25/III maddeleri çerçevesinde iş gör-

me edimini ifa imkansızlığının bir haftayı aşması halinde iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşur. Zorlayıcı sebepten doğan ifa imkansızlığı bir haftayı aşmıyorsa iş sözleşmesi askıya alınır, bir haftayı aşılıyorsa iş sözleşmesinin derhal fesih hakkı doğar²⁶. İşletmenin faaliyete ara vermesine, geçici olarak kapatılmasına neden olan zorlayıcı nedenler işletmeye ilişkin askı nedeni olarak kabul edilir ve iş sözleşmesinin zorlayıcı neden süresince askıya alınması sonucunu doğurur²⁷.

İş Kanunu'nun 24/III maddesi uyarınca işçinin çalıştığı işyerinde işin bir haftadan uzun süre ile durmasını gerektirecek zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Sel, deprem, yangın gibi maddi engeller veya devletçe işyerine el konulması, ithalat yasağı sebebiyle hammadde sağlanamaması gibi nedenlerle işyerinde faaliyetin bir haftadan fazla süre ile durması halinde işçi iş sözleşmesini derhal feshedebilir. İşyerinin idari mercilerce kapatılması da İş Kanunu'nun 24/III maddesi bağlamında haklı neden oluşturur²⁸.

İş Kanunu'nun 25'inci maddesinin (III) numaralı bendine göre işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde, işverenin derhal fesih hakkı vardır. İşçiyi çalışmaktan alıkoyan nedenler, işçinin çevresinde meydana gelmelidir. Bu madde çerçevesinde işçinin mücbir sebepten kaynaklanan geçici ifa imkansızlığının bir haftayı aşması işveren bakımından haklı fesih nedeni oluşturur. Sel, deprem, heyelan gibi doğa olayları, sokağa çıkma yasağı, karantina gibi hukuki olaylar işçinin çevresinde oluşan zorlayıcı sebeplere örnek gösterilebilir²⁹. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler işveren bakımından haklı neden oluşturmaz. Bu çerçevede işyerinde çalışma devam etmesine rağmen işçi kendi çevresinden

23 Münir Ekonomi, Telafi Çalışması, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/4, s.1249; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1277; Nurşen Caniklioğlu, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası Semineri, 21-25 Eylül 2005, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, s.189; Ömer Ekmekçi, 4857 Sayılı İş Kanununda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2005, sh.32-34; Ercan Akyiğit, Telafi Çalışması, TÜHİS, Şubat, 2005 s.3-4; Öner Eyrenci, 4857 sayılı İş Kanununda Telafi Çalışmaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s.33; Muhittin Astarlı, Telafi Çalışması, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Yayın Sayısı: 7, 2008, <https://legalbank.net/belge/telafi-calismasi/824898/%22k%4%b1sa+%c3%a7al%4%b1%-c5%9fma%22>; Sezgi Öktem Songu/Erhan Birben, Çalışılmayan Cumartesi Günü telafi Çalışması Yaptırılması Mümkün Müdür? <https://legalbank.net/pdf/b4546c1da3612a2f30e9ccb888caaf1b>, s.278-279. Ayrıca bkz. Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2019, s.322; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Baskı, İstanbul 2017, s.647.

24 Muhittin Astarlı, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, s.323-324; Yuvalı, s.24.

25 Yuvalı, s.14.

26 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.793.

27 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.770-772.

28 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.834; Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019, s.688-689; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.549.

29 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.861; Süzek, İş, s.679-680; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.564.

kaynaklanan zorlayıcı nedenler yüzünden işyerine gidememektedir. İşçi kusuru olmaksızın geçici ifa imkansızlığı içine düşmekte, iş görme borcunu ifa edememektedir. Bu nedenle de iş sözleşmesi askıya alınmaktadır³⁰. İşçinin bu devamsızlığının bir haftadan uzun sürmesi halinde işverenin işçinin sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı vardır. İşçinin oturduğu bölgede aşırı yağışa bağlı olarak yolların kapanması, köprünün çökmesi, deprem, su baskını, işçinin uzun süreli lodos nedeniyle işyerine gidememesi, ulaşımın kesilmesi, salgın hastalığa bağlı olarak işçinin yaşadığı bölgede karantina ilan edilmesi ve bölgenin dışına çıkışın yasaklanması işçinin işyerine gidip iş görme borcunu yerine getirmesine engel olan zorlayıcı nedenler olarak sayılmaktadır³¹.

Bu bağlamda Yargıtay'ın bir kararına göre, örneğin işyerinin kapatılması İş Kanunu'nun 25/III maddesi çerçevesinde zorlayıcı neden sayılmaz. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler İş Kanunu'nun 24/III maddesi çerçevesinde işçiye derhal fesih hakkı veren nedenlerdir³². An-

cak, sel, kar, deprem gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi, salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar zorlayıcı neden olarak kabul edilmektedir. İş Kanunu'nun 40 ncı maddesi uyarınca, işçinin zorlayıcı nedenlerle Kanununun 25/III maddesi kapsamında çalışmadığı süreler için yarım ücret ödenir. İşçinin iş sözleşmesinin zorlayıcı nedenlerle 25/III bendi çerçevesinde feshi halinde, işverenin bildirim şartına uyma ya da ihbar tazminatı yükümlülükleri bulunmamakta, fakat 1475 sayılı Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca şartları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödemesi gerekmektedir³³.

Yargıtay kararına konu bir olayda davacının çalıştığı işyerinin bulunduğu Libya'da iç savaş çıkmış ve savaş hali nedeniyle zorunlu olarak işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. İlgili daire iç savaş halini İş Kanunu'nun 25/III maddesi çerçevesinde zorlayıcı sebep olarak kabul etmiştir³⁴.

2. Covid-19 Salgınının Zorlayıcı Sebep Olup Olmadığı Sorunu

Covid-19, İşkur tarafından yayınlanan kısa çalışma talep formunda dışsal etkilerden kaynaklanan zorlayıcı sebep olarak nitelendirilmiştir³⁵.

30 Süzek, İş, s.679; F. Burcu Savaş, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, s.132.

31 Savaş, s.133.

32 "Davacının iş sözleşmesi, hizmet alım sözleşmesinin dayanağı ihalenin İdare Mahkemesi'nce iptali nedeni ile işin sona erdiği gerekçe gösterilerek davalı işverence feshedilmiştir. Mahkemece, feshin zorlayıcı sebebe dayandığı kabulü ile davacının ihbar tazminatı isteği reddedilmiş ise de, 4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin (III) numaralı bendinde işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde işverenin derhal fesih hakkının olduğu belirtilmiştir. Yani işçiyi çalışmaktan alıkoyan nedenler işçinin çevresinde meydana gelmelidir. İşyerinden kaynaklanan ve çalışmayı önleyen nedenler bu madde kapsamına girmez. İşyerinden kaynaklanan nedenler bu madde kapsamında zorlayıcı neden sayılmaz. İşyerinden kaynaklanan zorlayıcı nedenler ise değinilen madde kapsamında olmayıp aynı Kanununun 24/III maddesinde düzenlendiği üzere işçiye derhal fesih hakkı veren nedenlerdir. Dosya kapsamı ile işyerinin ihalenin feshi nedeni ile kapandığı ve feshin davalı işveren tarafından bu nedenle yapıldığı açıktır. İşyerinin kapanması nedeni ile İş Kanununun 24/III. maddesi uyarınca fesih hakkı davacı işçiye aittir. Mahkemece davalı işverenin feshinin İş Kanununun 25/III. maddesine dayanılarak feshedildiği, bu nedenle davacının ihbar tazminatına hak kazanamayacağı belirtilerek bu talebin reddine karar verilmiş ise de davalı işverenin bu maddede dayanılarak haklı fesih hakkı bulunmadığı anlaşıldığından ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken bu hususun gözetilmemesi

hatalı olmuştur." Yarg. 22 HD. 13.01.2020, 2017/26701 E., 2020/91 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilmecimWeb/>

33 Yarg.9. HD., 18.09.2019, 2016/9116 E., ss.2019/16141 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilmecimWeb/>

34 "... Somut uyumsuzlukta, Mahkemece iş sözleşmesinin davalı tarafça haksız olarak feshedildiği kabul edilmiş ise de bu kabul dosya kapsamına uygun değildir. ... Davalı taraf, davacının son olarak çalıştığı işyerinin bulunduğu Libya'da iç savaş çıktığını, iç karışıklık ve savaş hali nedeniyle zorunlu olarak iş sözleşmesinin feshedildiğini savunmuş olup fesihle ilgili belgede de çıkışın işin durdurulması nedeniyle yapıldığı yazılıdır. Yine davacı tanıkları da savunmayı doğrulamışlardır. Buna göre fesih nedeni olan iç savaş halinin 4857 sayılı İş Kanununun 25/ III madde hükmünde belirtilen zorlayıcı sebep niteliğinde olduğu, bu durumda işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı ancak ihbar tazminatı hakkı bulunmadığı anlaşılmıştır. Açıklanan nedenle Mahkemece ihbar tazminatı isteğinin reddi gerekirken hatalı değerlendirme ile ihbar tazminatının hüküm altına alınması bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD., 09.04.2019, 2016/26112 E., 2019/8165 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilmecimWeb/>

35 <https://www.iskur.gov.tr/isveren/kisa-calisma-odeneği/basvuru-icin-gerekli-belgeler-ve-il-iletisim-adresleri/>

7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da yeni koronavirüs (Covid-19) salgını, zorlayıcı sebep gerekçesi olarak kabul edilmiş ve bu çerçevede bazı düzenlemeler yapılmıştır³⁶.

Genel olarak sözleşme hukuku çerçevesinde baktığımızda mücbir sebep ya da zorlayıcı sebep nisbi bir kavramdır ve olayın öncesinde bazı olayların mutlaka zorlayıcı sebep olduğu söylenemez. Her olay meydana geldiği an, içinde bulunulan durum, işletmenin niteliği çerçevesinde somut olayın şartlarına göre değerlendirilir³⁷. Kaçınılmazlık uygun illiyet bağıni kesen sebeplerden biri olup, zorlayıcı sebebin bir unsurudur. İş Kanunu'nda kaçınılmazlık tanımlanmamıştır, ancak Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 45 nci maddesinin üçüncü fıkrası bu kavramı düzenlemiştir. Yönetmeliğe göre, *"İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır. Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. İşveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez."*

Yargıtay kararlarında kaçınılmazlık, hukuksal ve teknik anlamda; fennen önlenmesi mümkün bulunmayan diğer bir ifade ile işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan, önüne geçmenin imkânsız olduğu veya ne kadar özen gösterilirse gösterilsin, hangi tedbir alınırsa alınsın meydana gelmesi engellenemeyen bir durumu ifade eder. Bu bağlamda işveren mevzuatta yer almasa bile, iş sağlığı ve güvenliği yönünden

aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü her türlü önlemi almak zorundadır³⁸.

Covid-19 salgını da bir işletme için kaçınılmazlık unsurunu taşımaktadır. Bu virüsün tüm dünyayı etkilemesi ve halen bir çözüm üretilmemiş olması işverenin hareketsiz kalmasını gerektirmez. İşveren işçiyi gözetme borcu çerçevesinde bu riski gidermek için elinden geleni yapmalıdır³⁹. Bu salgının ortaya çıkışı engellenememiş ve bu virüs kaçınılmaz olarak tüm dünyaya yayılmış olmasına karşın, bu salgın hastalıkla tüm dünya mücadele etmekte ve çare aranmaktadır. Bu bağlamda zaman içinde koşullar değişecek ve mücbir sebep ortadan kalkacaktır⁴⁰. Bu çerçevede her olayın meydana geldiği an ve koşullar çerçevesinde bir değerlendirme yapılması önem arz etmektedir.

Örneğin Covid-19 nedeniyle idari bir kararla kapatılmış bir işyeri ya da karantinaya alınmış bir şehir veya sokağa çıkma yasakları nedeniyle faaliyetin devam ettirilemediği ya da bulaş riski olan veya bu virüse yakalanmış işçilerin olduğu bir işyerinin kapatılması ya da karantinaya alınması gibi durumlar için söz konusu salgın bir zorlayıcı sebep olarak değerlendirilecektir. Diğer bir ifade ile İçişleri Bakanlığı genelgesiyle kapatılan sinema, gösteri merkezi, bar, spor salonları, hamam, eğlence mekanları, düğün salonları gibi işyerleri veya İçişleri Bakanlığının 22 Mart 2020 tarihli Ek Genelgesi uyarınca, 65 yaş üstü olanlar veya kronik rahatsızlığı bulunanların sokağa çıkmasının yasaklanması sebebiyle işe gidemeyen ya da salgın hastalık nedeniyle işyerinin karantina alınması durumunda işini ifade edemeyen işçiler için zorlayıcı nedenin olduğu söylenebilecektir. Ancak sadece şu anda ülkemizde Covid-19 salgınının olması zorlayıcı neden olarak nitelendirilemez. Bu çerçevede örneğin sokağa çıkma yasaklarına rağmen işyerinde faaliyetin devam ediyor olması ya da işyerinin idari bir kararla kapatılmaması olması

36 Ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman Başterzi, Pandemi Sürecinde İş Hukuku, <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4PHUpivk>; Talat Canbolat, Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkisi, <https://www.youtube.com/watch?v=EJnQea2zmVg>; Gülsevil Alpagut, Pandemi Sürecinde İş Hukuku, <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4PHUpivk>.

37 Eren, s.630; Levent Akın, Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri, Çimento İşveren, Mayıs 2020, s.31; Kayırgan, s.9.

38 Yarg.10.Hukuk Dairesi 15.01.2020, 2018/5151 E., 2020/164 K.Yarg. 21. HD., 20.02.2020, E.2019/5246, 2020/975 K. bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilisitemciWeb/>

39 Akın, s.17-18.

40 Akın, s.32.

gibi durumlarda bu işyerlerinde çalışan işçi ya da işçileri çalıştıran işverenler zorlayıcı nedene bağlı olarak iş sözleşmesini feshedemez.

II. Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesine Etkisi

A. Edimlerin İfasına Etkisi

1. Ücretsiz İzin

İş Kanunu'nda ücretsiz izin tanımlanmamıştır, ancak yıllık ücretli izne ve analık iznine ilişkin düzenlemelerde ücretsiz izne yer verilmiştir. Uygulamada işveren ya da işçi tarafından ücretsiz izin uygulaması talepleri olduğu görülmekle birlikte, ücretsiz izin işçi ve işverenin anlaşması doğrultusunda şekillenmektedir.

İş Kanunu'nun 56 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinlerin veya dinlenme ve hastalık izinlerinin yıllık izne mahsup edilemeyeceği, beşinci fıkrasında da yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelenmeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işverenin toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorunda olduğu düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 74 üncü maddesinin beşinci fıkrasında da isteği halinde kadın işçiye, yasal doğum izninin tamamlanmasından sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilebileceği düzenlenmiştir. Ücretsiz izin süresince iş sözleşmesi askıdadır⁴¹.

Salgın sürecinde 7244 sayılı Kanunun dokuzuncu maddesi ile İş Kanunu'na geçici onuncu madde olarak ücretsiz izne ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, söz konusu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir ve bu kapsamda ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez. Cumhurbaşkanı bu üç

aylık süreyi altı aya kadar uzatmaya yetkilidir.

Bu süreçte istihdamın korunması ve toplum sağlığı ve iş güvenliğinin sağlanması amacıyla alınan tedbirler kapsamında işverenler işçilere ücretsiz izin kullanılabilmektedir. Ücretsiz izin kullanılarak 7244 sayılı Kanun öncesi ve sonrası olarak değerlendirmek gerekmektedir. 10 Mart 2020 tarihinde ülkemizde Covid-19 salgınının tespiti ile bazı işyerlerinde, örneğin müşteri gelmemesi nedeniyle faaliyetlerine son vermek zorunda kalan turistik otellerde işçiler ücretsiz izne çıkarılmak istenmiştir. 7244 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar işverenin işçileri tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarma hakkı bulunmamaktaydı. İş Kanunu'nun 22 nci maddesi çerçevesinde ancak işçinin yazılı rızası ile bu mümkün olabilmekteydi. Nitekim ücretsiz izin sırasında iş sözleşmesi askıda kabul edildiği ve bu süreler çalışma süresi olarak kabul edilmediği için işçilerin ücretsiz izne çıkarılması çalışma şartlarında esaslı değişiklik olarak kabul edilmektedir⁴². Yine 7244 sayılı Kanun öncesinde işçi çalışma koşullarında esaslı değişiklik nedeniyle iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/II-f maddesi uyarınca haklı nedenle feshedebilmekteydi⁴³. İşverenin işçilerin yazılı rızasını almaksızın ve İş Kanunu'nun 22 nci maddesindeki hükümleri işletmeksizin, işçilerin öneriyi kabul etmemelerine rağmen işçileri tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarması halinde, söz konusu işçilerin iş güvenliği hükümlerine tabi olup olmamasına göre kötü niyetli, geçersiz veya haksız fesih söz edilir⁴⁴.

7244 sayılı Kanun ile üç aylık süre ile hem işverene fesih yasağı hem işçileri rızaları aranmaksızın ücretsiz izne çıkarma hakkı getirilmiştir. Bu bağlamda söz konusu Kanunun yürürlüğü ile ücretsiz izin teklifine işçinin uyması zorunludur. İşçinin bu sebeple iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı da bulunmamaktadır.

İşverenin işçiye ücretsiz izin kullanması halinde bu sürenin yıllık ücretli iznin hesabında esas

42 Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, <https://legalbank.net/pdf/81843b10942cbbc2214648e2a60173c9>, s.127.

43 Süzek, Ücretsiz İzin, 129.

44 Süzek, İş, s. 487; Süzek, Ücretsiz İzin, s.133.

41 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.770.

alınıp alınmayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. İş Kanunu'nun 55 inci maddesinin j bendine göre işveren tarafından verilen diğer izinler yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır. Kanunda ücretsiz iznin yıllık ücretli izin hesabına dahil edilmesini engelleyici bir düzenleme yoktur. Bu çerçevede ücretsiz izin diğer izinler kapsamında değerlendirilebilir ve yıllık izin ücretinin hesabında dikkate alınır⁴⁵.

Ücretsiz izin bağlamında diğer bir problem işverenin kısa çalışma ödeneğinden yararlanmak için başvuru yapmadan işçileri ücretsiz izne ayırma yoluna gitmesi hususudur. 7244 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar ücretsiz izin işçinin yazılı onayına bağlı olduğu için işverenler öncelikle işçilere yıllık ücretli izinlerini kullandırmaya ya da kısa çalışma uygulamasını seçme yoluna gitmişlerdir. 7244 sayılı Kanun ile birlikte bazı işverenler kısa çalışma başvurusu yapmaksızın doğrudan işçileri ücretsiz izne çıkarmışlardır. Ancak bu durum kısa çalışma ödeneğinden yararlanma hakkı olan işçiler aleyhine sonuç doğurmaktadır. Nitekim kısa çalışma ödeneğinden yararlanma hakkına sahip olup, ücretsiz izne çıkarılan işçi kısa çalışma ödeneği yerine daha düşük miktarda nakdi ücret desteği alacak ve kısa çalışma ödeneği alan işçilere göre gelirinde düşme olacaktır. Bu çerçevede aynı işyerinde çalışan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanma hakkı olan bazı işçiler bu ödenekten yararlandırılıyor, bazı işçiler ücretsiz izne çıkarılıyorsa, bu durum işverenin eşit işlem yapma borcuna aykırılık olarak değerlendirilebilir⁴⁶. Öğretide bir görüşe göre kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilme imkanına sahip olmasına rağmen işverence ücretsiz izne çıkarılan işçinin gelirinde bir düşüş meydana geldiği için, bu uygulama çalışma şartlarında esaslı değişiklik sayılacaktır⁴⁷. Diğer bir görüşe göre, *ücretsiz izin uygulaması kısa çalışma ödeneğinden veya işsizlik sigortasından yararlanamayan işçileri yasal*

olarak koruma altına alma amacı taşımaktadır. Bu bağlamda kısa çalışma ödeneğinden yararlanma hakkına sahip işçinin işveren tarafından ücretsiz izne ayrılması işçi açısından haklı fesih nedeni ortaya çıkarabilir⁴⁸.

Bu bağlamda işverenlerin öncelikle kısa çalışma başvurusu yapması ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanma hakkına sahip olan işçilerin ücretsiz izne çıkarılmaması isabetli gözükmektedir. Bu bağlamda hiçbir işverene zorla kısa çalışma uygulaması yaptırılamaz. Yasal düzenlemeye bakıldığında da 7244 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işverenin işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabileceği düzenlenmiş olup, işverenin önce kısa çalışmaya başvurması ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanması ön şartı getirilmemiştir. Bu çerçevede işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanma hakkı olsa bile işveren ücretsiz izne ayırma hakkına sahiptir. Söz konusu Kanunun yedinci maddesinde nakdi ücret desteğine ilişkin olarak *"Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesi bulunmakla birlikte 4857 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ..."* denilerek nakdi ücret desteğinden kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçilerin yararlanabileceği düzenlenmiş olsa da kısa çalışma ödeneği için başvuru yapılması da kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşulu olup, işverenin başvuru yapmamış olması kısa çalışma ödeneğinin koşullarının gerçekleşmediği şeklinde değerlendirilebilir.

2. Yıllık Ücretli İzin

Yıllık ücretli izin hakkı hem İş Kanunu'nun 53 üncü maddesi hem Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğin sekizinci madde-

45 Akın, s.53.

46 Ayrıca bkz. Şahin Çil, 7244 sayılı Kanunun İş Hukukuna Etkileri ve Zorlayıcı Nedenler, <https://www.youtube.com/watch?v=b-EhknZeaAl>.

47 Bu konuda ayrıca bkz. Akın, s.53.

48 Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, <https://www.sabah.com.tr/memurlar/haberler/2020/04/20/isverenler-kisa-calisma-odeneği-yerine-keyfi-olarak-uccretsiz-izne-basvuramaz>.

sine göre işçi yıllık ücretli izin isteminde bulunur. İzin kurulu veya işveren işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir. İşveren yönetim hakkı çerçevesinde işçinin talebi, iş durumu, aynı tarihe rastlayan izin isteklerinde; işyerindeki kıdem ve bir önceki yıl iznini kullandığı tarihi dikkate alarak öncelik belirleyebilir. Bu bağlamda salgın döneminde de olsa, işçi işverenin onayı olmaksızın yıllık ücretli iznini kullanamaz⁴⁹.

Covid-19 salgını sürecinde 7244 sayılı Kanun ile işverene getirilen ücretsiz izne ayırma imkanı çerçevesinde işverenin yıllık ücretli izni olan işçiye bu izni kullanılmak yerine işçiyi ücretsiz izne ayırması ve yıllık ücretli izin hakkı olmayan işçiye avans olarak bir sonraki yılın ücretli iznini kullanarak kullanılmaması bağlamında bazı problemler doğurmuştur.

Öncelikli olarak 7244 sayılı Kanun işçileri ücretsiz izne ayırma ya da işçilere yıllık ücretli izin kullanma konusunda işverene bir seçim hakkı vermiştir. İşveren yönetim hakkı çerçevesinde bu tercihi yapar. Öğretide bir görüşe göre işveren ücretsiz izne ayırma uygulamasına geçmesine rağmen işçi yıllık ücretli iznini kullanmak isterse veya işveren işçiye yıllık ücretli izin kullanılmak istemesine rağmen işçi ücretsiz izin kullanmak isterse tercih hakkı kanunen işverene bırakıldığı için işçinin işverenin verdiği karara uyması beklenmelidir⁵⁰. Kanaatimizce her ne kadar yıllık ücretli izin işverenin yönetim hakkı çerçevesinde kullanılırsa da, salgın sürecinde işçinin yıllık ücretli izin hakkını kullanmak istemesi halinde işçinin tercihi öncelik verilmesi isabetli olacaktır. Bununla birlikte işçinin birikmiş izinleri varsa ücretsiz izin yerine bu izinlerin tamamı kullanılmalıdır. Amaç işçiyi salgına karşı korumak olduğu için bu noktada işçi birikmiş izinlerini kullanmak istemiyorsa dahi işçinin ücretsiz izne ayrılması yerine bu izinlerin kullanılmasının uygun olacağı

değerlendirilmektedir. Salgın sürecinde işyerini kapatmak zorunda kalan işveren de işçiye birikmiş olan yıllık izinlerini işçinin rızasını almaksızın kullanabilir⁵¹. Salgın gibi zorlayıcı bir sebebin olmadığı bir dönemde işçinin rızası veya talebi olmaksızın işçiye birikmiş izin kullanılmak mümkün olmamasına karşın yaşanan bu süreçte işçinin işverenin bu teklifine itiraz etmesi, sadakat borcuna aykırılık oluşturur⁵².

İş Kanunu'nun 53 üncü maddesine göre, işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir. İşçinin geçmiş yıllara ilişkin yıllık ücretli izinlerinin tamamını kullanmış olması ya da henüz bir yılını doldurmadığı için yıllık ücretli izne hak kazanmamış olması halinde avans olarak bir sonraki yıla ilişkin yıllık ücretli izin hakkını kullanıp kullanamayacağı da tartışmalı bir husustur⁵³. Uygulamada pek çok işyerinde işçilere daha sonraki yıllara ilişkin yıllık ücretli izin hakkının kullanıldığı görülmektedir. Anayasa'nın 50 nci maddesine göre dinlenmek çalışanların hakkıdır ve yıllık ücretli izin hakkının temeli de çalışanların dinlenmesidir. İş Kanunu'nda yıllık ücretli iznin avans olarak kullanılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Avans izin yıllık ücretli iznin tanımına ve amacına aykırıdır. İş Kanunu'nun 54 üncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre işçi her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır. Kanunun 53 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre de yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez. Bu iki mad-

49 Hakan Keser, "Korona Virüs (Covid-19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", Legal İHSGHD, C.17, S.65, 2020, s.33.

50 Akın, s.55.

51 Keser, s.45; Gaye Baycık, Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri, <http://gayebaycik.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-VI%CC%87RU%CC%88S-SALGINININ-1%CC%87S%CC%A7-1%CC-87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%CC%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>

52 Baycık, <http://gayebaycik.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-VI%CC%87RU%CC%88S-SALGINININ-1%CC%87S%CC%A7-1%CC%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%CC%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>

53 Alpogut, <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4PHUpivk>; Zeki Okur, Pandemi Sürecinde İş Hukukunda Güncel Sorunlar, <https://www.youtube.com/watch?v=EkbFLVW6Rmo>; Bektaş Kar, Zorlayıcı Nedenlerin İş Hukukuna Etkisi, <https://www.youtube.com/watch?v=TsK3rEadV8A>.

de birlikte değerlendirildiğinde hak edilen yıllık iznin gelecek hizmet yılı içinde kullanılması yasal bir zorunluluktur⁵⁴. Öğretide bir görüşe göre de işçinin henüz hak kazanmadığı yıllık izin hakkının avans olarak kullandırılması, Anayasal dinlenme hakkının ihlali anlamına gelir. Bununla birlikte işçiye doğmamış bir hakkın kullandırılması, borçlar hukuku bağlamında geçersiz olacağı için, işçi avans izin kullansa dahi, işçinin ileride doğan yıllık izin hakkını talep edebileceği kabul edilmelidir⁵⁵.

Öğretide aksi yönde bir görüşe göre ise, mevcut sürecin atlatılması amacıyla iş sözleşmesinin feshi yerine işçiye sonradan düşülmek üzere henüz hak etmemiş olduğu yıllık ücretli izinlerin işverence işçinin talebi dışında önceden kullandırılması mümkündür⁵⁶.

Kanaatimizce salgın sürecinde işçilerin maddi kayıp da yaşamaması adına işçinin talebi veya rızası ile bir sonraki yıla ilişkin yıllık ücretli izin hakkının belirli bir kısmının avans olarak kullanılmasının kabulü isabetli gibi gözükse de öncelikli olarak yıllık ücretli iznin avans olarak kullanılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte işçinin avans olarak yıllık iznini önceden kullanması ve bir sonraki yıl yıllık izin hakkını kullanamaması hem dinlenme hakkının ihlalini oluşturacak hem yıllık ücretli iznin mantığı ile bağdaşmayacaktır. Aynı zamanda bir yıl sonra işçinin sözleşmesinin devam edip etmeyeceğinin belirsiz olması nedeniyle de bazı problemler doğması muhtemeldir. İşçi ya da işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilebilir. Bu durumda kullanılan avans izin bazı sorunları ortaya çıkaracaktır.

3. Ücretli İzin

İşveren yıllık ücretli izin hakkı olmayan işçileri ücretsiz izne ayırmak yerine yönetim hakkı çerçevesinde tek taraflı olarak ücretli izne gönder-

rebilir ve işçileri salgının etkilerine bağlı olarak çağırabilir ya da sonrasında 7244 sayılı Kanun uyarınca ücretsiz izne ayırabilir. Bu bağlamda işçiler her an iş görmeye hazır bir şekilde çalışmasızın işveren tarafından çağrılmayı beklemelidir. Bu süreçte işçiler çalışmadıkları halde ücretlerini alırlar. İşçilerin ücretli izne ayrılması ücretlerini almaya devam etmeleri nedeniyle çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturmaz, bu çerçevede söz konusu değişiklik için işçinin rızasının alınması gerekmez.

4. Toplu İzin

Covid-19 salgını ile birlikte bu salgının etkilerinin önüne geçebilmek ve işyerlerinde çalışanların sağlığını korumak amacıyla işverenler tarafından işçilere toplu izin kullandırıldığı görülmektedir. Toplu izin uygulaması; Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin onuncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işveren veya işveren vekili Nisan ayı başı ile Ekim ayı sonu arasındaki süre içinde, bu dönemlerde henüz yıllık ücretli izin hakkını kazanmayan işçileri de dahil edecek şekilde işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayan toplu izin uygulayabilir.

Yönetmeliğin 11 inci maddesinde toplu izin uygulaması dışında tutulacak işçiler düzenlenmiştir. Buna göre, işveren işyerinin korunması, işyerindeki araç, gereç, donatım veya makinelerin bakımı, hazırlanması, temizlenmesi veya güvenliğinin sağlanması gibi zorunlu durumlar için yeterli sayıda işçiyi toplu izin dışında tutabilir. Bu durumda olan işçilerin yıllık izinleri toplu izin döneminden önce veya sonra diledikleri tarihte verilir. Bu durumda işveren toplu izin uygulaması dışında bıraktığı işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin korunması için gereken önlemleri almalı ve işçilerin bu kurallara ve tedbirlere uymasını sağlamalıdır.

5. İşyerinde Faaliyetin Durdurulması

a. İdari Karar ile İşyerinin Kapatılması Suretiyle Faaliyetin Durdurulması

Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın 14 Mart 2020 tarihli Genelgesi ile Bakanlık izniyle açılan özel kreş, gündüz bakımevi ve çocuk kulüp-

54 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.1334. Ayrıca bkz. Süzek, İş, s.823.

55 Baycık, <http://gayebaycik.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-V1%CC%87RU%CC%88S-SALGINININ-1%CC%87S%CC%A7-1%CC%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%CC%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>

56 Keser, s.46.

lerinin bir sonraki açıklamaya kadar tatil edileceği belirtilmiştir⁵⁷.

İçişleri Bakanlığının 15 Mart 2020 tarihli Genelgesinde; pavyon, diskotek, bar, gece kulüplerinin⁵⁸, 16 Mart 2020 tarihli Genelgesi ile 81 ilde, tiyatro, sinema, gösteri merkezi, konser salonu, nişan/düğün salonu, çalgılı/müzikli lokanta/kafe, gazino, birahane, taverna, kahvehane, kıraathane, kafeterya, kır bahçesi, nargile salonu, nargile kafe, internet salonu, internet kafe, her türlü oyun salonları, her türlü kapalı çocuk oyun alanları (AVM ve lokanta içindekiler dahil), çay bahçesi, dernek lokalleri, lunapark, yüzme havuzu, hamam, sauna, kaplıca, masaj salonu, SPA ve spor merkezlerinin⁵⁹, 21 Mart 2020 tarihli Genelgesi ile berber, kuaför, güzellik merkezlerinin faaliyetlerinin geçici süreliğine durdurulacağı bildirilmiştir⁶⁰.

Yargıtay kararları çerçevesinde de sokağa çıkma, karantina gibi devlet otoritesi ile yapılan sınırlamalar zorlayıcı sebep sayılır⁶¹. 7244 sayılı Kanun öncesinde bu sebeple iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshi mümkündür. İşyerlerinin idari kararlarla kapatılarak geçici süreliğine faaliyetinin durdurulması İş Kanunu'nun 24/III maddesi anlamında zorlayıcı sebep niteliğindedir⁶². Öğretide

bir görüşe göre işyerinin idari kararlarla kapatılması halinde de, eğer iş evden çalışmaya uygun bir iş ise işçiye evden çalışma talimatı verilebilir⁶³. Uzakta çalışma yapılması mümkün değilse, işverenin işçilere İş Kanunu'nun 40 ıncı maddesi uyarınca bir haftalık yarım ücret ödemesi yapması gerekmektedir. İşçi iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına sahip olup, bu hakkını kullanmazsa askı süresi içinde işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak 7244 sayılı Kanun ile üç ay süre ile işverenin işçileri ücretsiz izne ayırma imkânı getirildiği için idari kararlarla işyerinde faaliyeti geçici bir süre durdurulan işveren işçilerini ücretsiz izne ayırdığı takdirde işçilerin bu sebeple iş sözleşmesini fesih hakkı olmayacaktır.

b. İşverenin Kendi Kararı ile İşyerinin Kapatılması Suretiyle Faaliyetin Durdurulması

Anayasanın 48 nci maddesine göre herkes, dediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. İşyeri açmak ve faaliyeti sürdürmek serbest olduğu gibi işverenler dürüstlük ilkesi çerçevesinde işyerini kapatma, faaliyetlerini durdurma hakkına da sahiptir. İşyerinin işverenin kararı ile kapatılması iş sözleşmesinin feshi bakımından zorlayıcı neden sayılmaz⁶⁴. Nitekim işyerinin kapatılması o işyerinde, faaliyetin kesin ve devamlı olarak son bulmasıdır. Bu durumda geçici bir imkânsızlık değil, sürekli olarak faaliyetin durması söz konusudur. Bu nedenle de işletme riskini işçi değil, işveren taşır⁶⁵. İşveren İş Kanunu'nun 17 nci maddesi çerçevesinde iş sözleşmesini süreli fesihle feshedebilir ve işçi şartları oluşmuşsa kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanır⁶⁶.

57 <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/haberler/bakan-selcuk-81-ilde-yeni-tip-koronavirus-ile-mucadelede-mevcut-tedbirlerimiz-sahadaki-etkinligini-daha-da-artirmak-icin-yeni-tedbirlerimiz-d-e-yer-aldigi-genelgemizi-gonderdik/>

58 <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-coronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderdi>

59 <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi>

60 <https://www.icisleri.gov.tr/bakanligimiz-81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-bir-genelge-daha-gonderdi>

61 "... 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/III'e göre işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması durumunda zorlayıcı bir sebepten söz edilir. Böyle hallerde geçici ifa imkansızlığı oluşur. İş sözleşmesi askıda kabul edilir. Zorlayıcı sebepler tüketici olarak sayılmamakla birlikte gerek öğretisi gerek uygulamada sel, kar, deprem gibi doğal olaylar ile sokağa çıkma karantina gibi devlet otoritesi ile yapılan sınırlamalar sayılabilir. İşçi böyle hallerde ihbar tazminatına hak kazanamaz." Yarg. 9. HD., 25.04.2008, 2007/16205E., 2008/10253 K.; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2007-16205-k-2008-10253-t-25-04-2008>.

62 Akın, s.57.

63 Jens Günther/Matthias Böglmüller, COVID-19-Pandemie und Home-Office, ArbRAktuell 2020, beck-online.beck.de, s.187.

64 Yarg. 9. HD., 25.04.2008, 2007/16205E., 2008/10253 K.; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2007-16205-k-2008-10253-t-25-04-2008>; Yarg. 9. HD., 18.09.2019, 2016/9116 E., 2019/16141 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>

65 Yarg. 9. HD., 25.04.2008, 2007/16205E., 2008/10253 K.; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2007-16205-k-2008-10253-t-25-04-2008>

66 Süzek, İş, s.207.

İşveren işyerini sürekli olarak kapatmayı, ekonomik sebeplerle geçici olarak işyerinde faaliyeti durdurursa, bu bir işletmesel karar olacağı için işveren bakımından zorlayıcı sebep olarak değerlendirilemez. Covid-19 çerçevesinde işveren talep azlığı, satış ya da pazarlama olanağının kalmaması veya işyerinde bulaş riski nedeniyle faaliyetini durdurabilir. Örneğin salgın sürecinde özellikle turistik oteller müşteri gelmemesi nedeniyle faaliyetlerini geçici olarak durdurmuştur. Bu durumda 7244 sayılı Kanun öncesinde işveren kısa çalışma ya da işçinin yazılı rızasını almak suretiyle ücretsiz izin uygulamasına gidebilirdi. İşverenin bu süreçte İş Kanunu'nun 17 nci maddesi çerçevesinde fesih hakkı da bulunmaktaydı ve işçi şartları oluşmuşsa kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanabilmekteydi. Ancak 7244 sayılı Kanun sonrasında işverenin fesih hakkı sadece İş Kanunu'nun 25/II maddesi çerçevesinde olduğu için işveren kısa çalışma ya da işçinin rızasına gerek olmaksızın ücretsiz izin uygulamasına gidebilmektedir.

İşyerinde faaliyetin geçici olarak durdurulması mevsimlik iş sözleşmelerini de etkilemektedir. Mevsim sonunda iş sözleşmesi sona ermemekte, gelecek mevsim dönemine kadar iş sözleşmesi askıda kalmaktadır⁶⁷. Yeni mevsim döneminde işe başlatılmayan işçinin yeni dönem başı itibarıyla sözleşmesinin feshedildiği kabul edilmektedir. Ancak askı süresi açık veya örtülü olarak uzatılabilir⁶⁸. Sezonun başlaması gereken tarihte o işyeri Covid-19 nedeniyle halen faal durumda değilse, işverenin işçiyi işe başlatamaması nedeniyle iş sözleşmesinin askı hali devam edecektir⁶⁹. Buna karşın işveren mevsim başında işçiyi işe çağırıp Covid-19 nedeniyle faaliyetini devam ettirememesine bağlı olarak çalıştırmaya devam edemiyorsa, bu durumda işçi işe davet edilip başladığı için sezon başlamış sayılır. İşçi bir haftaya kadar yarım ücretini alır, bir haftadan sonra iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 24/III maddesi çerçevesinde

feshedebilir ya da işveren işçiyi ücretsiz izne ayırabilir veya kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilir. Ancak sezon başlamasına ve işyeri faaliyetine devam etmesine rağmen işveren işçilerin bir kısmını işe başlatıp bir kısmını başlatmıyorsa işe başlatılmayan işçinin iş sözleşmesi haksız feshedilmiş olur⁷⁰.

6. Sokağa Çıkma Yasakları

İçişleri Bakanlığının 21 Mart 2020 tarihli Genelgesi ile 65 yaş ve üzeri ile bağışıklık sistemi düşük ve kronik akciğer hastalığı, astım, KOAH, kalp/damar hastalığı, böbrek, hipertansiyon ve karaciğer hastalığı olanlar ile bağışıklık sistemini bozan ilaçları kullanan vatandaşların sokağa çıkmaları yasaklanmıştır⁷¹. 3 Nisan 2020 tarihi itibarıyla 20 yaş altı vatandaşlara da sokağa çıkma kısıtlaması getirildi. İçişleri Bakanlığının 5 Nisan 2020 tarihli Genelgesi ile 18-20 yaş arasında olup kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların, özel sektörde düzenli çalıştığını sosyal güvenlik belgesiyle ortaya koyanların ile mevsimlik tarım işçilerinin sokağa çıkma yasağından muaf tutulacağı belirtildi⁷².

Covid-19 salgınının görüldüğü andan itibaren, Sağlık Bakanlığı ve Bilim Kurulu'nun önerileri de dikkate alınarak, ülkemizde birçok tedbir alınmış olup; bu kapsamda İçişleri Bakanlığınca, önce 30 büyükşehir ve Zonguldak'ta il sınırları içerisinde ve daha sonra 15 büyükşehirde belirli dönemlerde, Ramazan Bayramı süresince de 81 ilde sokağa çıkma yasağı uygulamasına da gidilmiştir.

Sokağa çıkma yasakları çalışma hayatını da etkilediği için bazı sorulara da cevap bulunmasını gerektirmektedir. Öncelikli olarak sözü edilen sokağa çıkma yasağının zorunlu neden ya da zorlayıcı neden olup olmadığı tartışılabilir. Bir borcun yerine getirilmesini engelleyen, borçlunun işletmesel faaliyeti ile ilgisi olmayan, dışarıdan gelen, öngörülemez ve kaçınılmaz olaylar zorlayıcı sebep olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda

67 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.463; Süzek, İş, s.257.

68 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.463-464.

69 Ayrıca bkz. Okur, <https://www.youtube.com/watch?v=EkbFLVW6Rmo>; Kar, <https://www.youtube.com/watch?v=Tsk3rEadV8A>.

70 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.464.

71 <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-ra-hatsizligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>

72 <https://www.icisleri.gov.tr/sokaga-cikma-yasagi-bulunan-18---20-yas-arasindaki-genclerle-ilgili-istisnalar>

sokağa çıkma yasağı da zorlayıcı sebep niteliğindedir. Öğretide bir görüşe göre sokağa çıkma yasağı kapsamında olan işçilerin işe devamlarını engelleyici bu durum işçi bakımından zorlayıcı sebep sayılır⁷³.

İşveren 7244 sayılı Kanun öncesinde İş Kanunu'nun 25/III maddesi çerçevesinde söz konusu maddede belirtilen bir haftalık süre sonrasında iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmekteydi. Bu Kanun sonrasında üç ay süreyle fesih yasaklandığı için işverenin zorlayıcı sebebe dayalı fesih hakkı bulunmamaktadır. Kanaatimizce 7244 sayılı Kanun öncesinde 65 yaş ve üzeri olan ve kronik hastalığı olan sokağa çıkma yasağı kapsamında kiler bakımından işverenin İş Kanunu'nun 25/III maddesi çerçevesinde derhal fesih hakkı vardı. Ancak hafta sonları ya da resmi ya da dini bayramlarda ara günlerle birleştirilmek suretiyle istisnalar dışında tüm vatandaşlar için uygulanan sokağa çıkma yasaklarında hem İş Kanunu'nun 24/III hem 25/III maddesi çerçevesinde zorlayıcı sebepten bahsedilebilir. Bu bağlamda sokağa çıkma yasağı, dışardan gelen, öngörülme, kaçınılmayan ve kusuru ortadan kaldıran bir zorlayıcı sebeptir. Sebebi ne olursa olsun genel sokağa çıkma yasağı iş sözleşmesinin her iki tarafı açısından zorlayıcı sebep etkisi meydana getirir.

7. Çalışanların veya İşyerinin Karantinaya Alınması

Kendisinde Covid-19 şüphesi olan işçinin öncelikle bir sağlık kurumuna başvurması ve durumu ivedilikle işverene bildirmesi, Covid-19 nedeniyle enfekte olması durumunda da derhal bu işçinin tedavi sürecinin başlatılması, sağlık problemi nedeniyle istirahatli sayılması ve bu işçinin karantinaya alınması gerekmektedir.

Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı İşyerlerinde Koronavirüse (Covid-19) Karşı Alınması Gereken Önlemleri yayınlamıştır. Buna göre hastalık şüphesi bulunan kişi maske takarak işyeri hekimine gitmeli ve muayenesi yapılarak şüpheli Covid-19 durumu bulunduğu takdirde diğer çalış-

şanlardan izole edilerek daha önceden belirlenen ve enfeksiyonun yayılmasını önleyecek nitelikte olan kapalı alanda bekletilmelidir. Covid-19 şüphesi bulunan bu çalışanın işyeri hekimi ile iletişime geçmesi sağlanır ve Sağlık Bakanlığının tedbirlerine uyulur. Sağlık kuruluşları tarafından rapor verilen çalışan, işvereni işyerine gitmeden bilgilendirmelidir⁷⁴.

İşçinin kendisinde böyle bir şüphe olmasa dahi, yakınlarının enfekte olması halinde yine bu işçinin karantinaya alınması söz konusu olacaktır. İşyerinde çalışan işçilerden bir ya da birkaçının kendisinin Covid-19 ile enfekte olması ya da bulaş riski olması işyerinin karantinaya alınmasını da gerektirebilir. Bu durum zorlayıcı sebep sayılır.

İş Kanunu'nun 40'inci maddesine göre, 24 ve 25'inci maddelerin III numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışmayan veya çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenir. İşyerinde çalışan işçinin ya da işyerinin karantinaya alınması halinde işçilere bir haftaya kadar yarım ücret ödendikten sonra iş ilişkisi askıya alınacaktır.

İşçinin, iş görme borcu gereği yurtdışına çıkması ve ülkeye dönmesi üzerine on dört gün süreyle zorunlu olarak karantinaya alınması durumunda ise, iş görme borcunun ifasına bağlı olarak karantina uygulaması yapıldığı için, işverenin İş Kanunu'nun 25/III maddesi uyarınca iş sözleşmesini feshi, öğretide bir görüşe göre isabetli olarak hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır. Nitekim işçi, tamamen iş görme borcunun bir sonucu olarak karantinaya alınmaktadır. Bu çerçevede işletme rizikosunun işçi üzerinde bırakılması iş hukukunun temel ilkelerine ve hakkaniyete aykırıdır. Söz konusu işçiye ücretinin tam olarak ödenmesi gerekmektedir⁷⁵. Nitekim edimin ifa edilememesi

74 <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/40969/isyerlerinde-koronaviruse-covid-19-karsi-alinmasi-gereken-onlemler.pdf>

75 Baycık, <http://gayebaycik.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-VI%CC%87RU%CC%88S-SALGINININ-I%CC%87S%CC%A7-I%CC%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%CC%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>

73 Akın, s.58.

işverenin talimatı ile iş görme borcunu ifa etmek üzere seyahat eden işçiden kaynaklanmamaktadır. Ancak işçinin, seyahat kısıtlamaları öncesinde işi ile bağlantılı olmaksızın kendi inisiyatifiyle yurtdışına çıkıp dönmesi nedeniyle karantina uygulanması durumunda, işçiye bir hafta boyunca yarım ücret ödenmesi gerekir. Bu sürecin bir haftadan fazla sürmesine bağlı olarak işverenin de İş Kanunu'nun 25/III maddesi anlamında derhal fesih hakkı vardır⁷⁶.

B. İşçinin Çalışma Şekline ve Sürelerine Etkisi

1. İşyerinde Tam Zamanlı/Kısmi Zamanlı ya da Vardiyalı Çalışma

2020 yılının Mart ayından bu yana bazı işyerleri üretime devam etmek zorunda kalmıştır. Bu bağlamda bazı çalışanlar tam zamanlı olarak Covid-19 öncesi çalışma saatleriyle aynı şekilde çalıştırılarak, bazı işçiler ise kısmi süreli ya da vardiyalı çalışmaya geçirilmek suretiyle faaliyete devam edilmektedir. Nitekim işyerinde faaliyetin devam ediyor olması halinde, yapılan iş uzaktan çalışmaya uygun nitelikte değilse, işçi İçişleri Bakanlığı Genelgesi çerçevesinde 65 yaşın altında ise veya kronik hastalığı yoksa işveren işçiyi işyerinde çalıştırmaya devam edebilir.

İşveren işçiyi gözetme borcu çerçevesinde işçilerin işyerinde sağlıklı bir ortamda çalışmalarını sağlamak zorundadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 417 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; bunun karşılığında işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSG Kanunu) ve ilgili diğer mevzuat uyarınca, işverenler işyerinde çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. İSG Kanunu'nun

dördüncü maddesi işverenin genel yükümlülüklerini düzenlemiştir. Buna göre işverenin, işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini korumak için mesleki riskleri önlemek, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbiri almak, organizasyonu yapmak, gerekli araç ve gereçleri sağlamak, sağlık ve güvenlik tedbirlerini değişen şartlara uygun hale getirmek ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapmak, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlamak, risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmak, çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne almak, yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri almak yükümlülükleri vardır.

Salgın sürecinde üretimi sürdüren işverenler de bu süreçte çalışanların iş sağlığı ve güvenliği korumak için gereken tedbirleri en üst düzeyde almalıdır. Bu çerçevede işverenler tarafından işyerinde gerekli dezenfektanlar ve hijyenik ürünler temin edilmeli, işçilere maske ve eldiven dağıtılmalı, işyerinde Covid-19 hastası olup olmadığı denetlenmeli ve bu yönde bir şüphe var ise gerekli önlemler alınmalıdır. Servis araçları sağlanmalı, çalışanlar işe başlamadan önce ve belirli aralıklarla hijyen kurallarına dikkat etmeli, parmak okutma gibi ortak araçlar kullanılmamalı, ortak kullanım alanlarında hijyen kurallarına uyulmalı, ateş, öksürük, grip benzeri rahatsızlığı olan kişilerle temastan kaçınılmalı, iş seyahatleri mümkün olduğunca ertelenmeli, toplantılar konusunda öncelikle teknoloji imkanları kullanılarak görüntülü iletişim imkanları kullanılmalıdır⁷⁷.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun karşısında işçinin de işverenin aldığı tedbirlere uyma yükümlüğü bulunmaktadır. İSG Kanunu'nun 19 uncu maddesi çerçevesinde çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten

⁷⁶ Baycık, <http://gayebaycik.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-VI%CC%87RU%CC%88S-SALGINININ-1%CC%87S%CC%A7-1%CC%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%CC%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>

⁷⁷ <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19>

etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür. Ayrıca kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak, işyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek, görev alanlarında, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile iş birliği yapmak da diğer yükümlülükleri arasında sayılabilir. Bu çerçevede işçiler işyerinde Covid-19 salgını çerçevesinde işveren tarafından alınan tüm tedbirleri uygulamak ve uyarılara uymak, sosyal mesafeyi korumak ve kendilerine verilen koruyucu malzemeleri kullanmak zorundadır. İşçiler bu hastalığa yakalanması ya da bulaş riski olan kişilerle yakın temaslarının bulunması halinde işvereni derhal bilgilendirmelidir.

Covid-19 salgını ile mücadele sürecinde işyerinde tam ya da yarı zamanlı çalışmaya devam eden işçiler iş görme edimini özenle ifa etmelidir. İşveren İSG Kanunu doğrultusunda tüm önlemleri aldığı halde işçinin, iyi niyetli olmaksızın işin ifasından kaçınma hakkı bulunmamaktadır. İşverence iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmasına rağmen salgın sürecinde işini ifa etmek istemeyen işçi yıllık ücretli izin ya da ücretsiz izin kullanma talebinde bulunmalıdır.

İşyerinde Covid-19 enfeksiyonun tespit edilmesi gibi ciddi ve yakın bir tehlike ortaya çıkarsa, tehlike giderilinceye kadar çalışanlar iş görmekten kaçınabilir. Nitekim İSG Kanunu'nun 13 üncü maddesine göre, işyerinde ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar İSG kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli ted-

birler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir⁷⁸. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. Bir işyerinde çalışan işçilerin Covid-19'u ciddi ve yakın tehlike görmeleri ve bu maddedeki prosedürü uygulamadan çalışmaktan kaçınmaları mümkündür. Bu durumda işçiler yasal prosedürün işletilmemesi nedeniyle mağdur edilmemelidir⁷⁹.

Salgın sürecinde kargo şirketleri, perakende gıda şirketleri, hijyenik malzemelerin üretim yerleri gibi bazı işyerlerinde işçi ihtiyacı doğmuş, buna karşın bazı işyerlerinde de azalan işe ya da geçici ekonomik sorunlara bağlı olarak küçülme ya da işçi maliyetini azaltma ihtiyacı oluşmuştur. Bu çerçevede kimi işyerlerinde yeni işçi alımı olurken; bazı işverenler de tam süreli çalışanlara kısmi süreli iş teklif etmiştir. Kısmi süreli işe geçiş, çalışma süresinde azalmaya bağlı olarak ücrette de bir azalma sonucunu doğurduğu için çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturmaktadır. Bu bağlamda işveren İş Kanunu'nun 22 nci maddesi çerçevesinde çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçinin bu değişikliği kabul etmemesi halinde söz konusu madde çerçevesinde işverenin geçerli nedenle fesih hakkı bulunmaktadır. Ancak 7244 sayılı Kanunun dokuzuncu maddesi ile iş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık dışında üç ay süreyle işveren tarafından feshedilemeyeceği düzenlenmiştir. Fesih yasağı nedeniyle işveren bu teklifinin işçi tarafından kabul edilmemesi nedeniyle sözleşmeyi feshedemez. Bu durumda fesih yasağı getirildiği için üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Söz konusu düzenleme 17 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe girdiği için bu tarih öncesinde iş güvencesi hükümlerine uygun olarak yapılmış fesih bildirimleri geçerlidir. Salgın

78 Ayrıca bkz. Canbolat, <https://www.youtube.com/watch?v=EJnQea2zmVk>.

79 Akın, s.35.

sebebiyle ülkemizde yaşanan ekonomik problemler işletmeden kaynaklanan geçerli sebep sayılır⁸⁰.

Bazı işyerlerinde aynı anda çok sayıda işçinin bir arada olmamasını sağlamak ve sosyal mesafeyi korumak amacıyla vardiya usulüne geçilmiş ya da çalışanların vardiyaları değiştirilmiştir. Vardiya sisteminin değiştirilmesi de çalışma şartlarında esaslı değişiklik oluşturduğu için İş Kanunu'nun 22 nci maddesindeki usul çerçevesinde yapılmalıdır⁸¹. Bu bağlamda kısmi süreli çalışmaya geçişte söylediklerimiz, vardiyalı çalışmaya geçiş için de geçerli olacaktır.

2. Kısa Çalışma

Kısa Çalışmanın yasal dayanağı, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek ikinci maddesi ile Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliktir. Bu bağlamda genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir. İşsizlik Sigortası Kanunu'na göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren, kısa çalışma talebini, derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumu'na, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Kısa çalışma halinde İşsizlik Sigortası Fonu'ndan kısa çalışma ödeneği ödenir⁸².

80 Akın, s.38.

81 "... Somut olayda; davalı işyerinde çalışan bir işçinin ayrılması üzerine davacıdan ayrılan işçinin vardiyasında da çalışması istenilmiştir. Bu talep fazla çalışma olgusunu da aşan, iş koşullarında esaslı değişiklik mahiyetindedir. Davacı bu durumu kabul etmeyerek kendi vardiyasında işyerine gelmiş ancak işverence işyerine alınmayarak iş sözleşmesi haksız olarak fesih edilmiştir. Buna göre davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD., 23.09.2010, 2010/26258 E., 2010/25378 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/>

82 Kısa çalışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nurşen Caniklioğlu, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s.501 vd.; Tuba Kayalı Çetinkaya, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, Ankara Barosu Dergisi,

Kısa çalışma ile ilgili düzenlemelere bakıldığında, kısa çalışma yaptırılması için işçiye yapılması gereken yazılı bir bildirim veyahut işçinin kısa çalışmaya yazılı bir onayı öngörülmemiştir. Bu bağlamda öğretide genel olarak kısa çalışma uygulaması iş sözleşmesinde esaslı değişiklik olarak değerlendirilmemektedir. Diğer bir ifade ile kısa çalışma uygulaması işçinin kabulüne bağlı değildir⁸³.

Aynı yönde kanaatimizce de isabetli olan diğer bir görüşe göre kısa çalışma kanunda sayılan nedenlerin meydana gelmesi halinde işverenin, devletin onayı ile çalışma şartlarını geçici süre ile değiştirebilmesine imkân tanıyan hukuki bir yol olup, işçinin onayına tabi değildir. Bu durum her ne kadar işçiler açısından esaslı değişiklik oluştursa da, işin korunması amacıyla özel bir kanun hükmü ile getirilmiş geçici bir çözüm olduğu için kanun koyucu işverene işçinin onayına tabi olmadan geçici süre ile esaslı değişiklik yapma imkanı tanımıştır. Bu çerçevede kısa çalışma uygulaması İş Kanunu'nun 22 nci maddesi kapsamı dışında kalacaktır⁸⁴.

Kısa çalışma uygulaması ile ekonomik kriz veya zorlayıcı sebepler altındaki işverene, içinde bulunduğu zor durumdan kurtulması için geçici bir sürede olsa hem kendisine hem de işçilerin yararına olacak şekilde sözleşme şartlarında tek taraflı değişiklik yapma yetkisi vermektedir. Bu nedenle işçi de rızası dışında dahi olsa, işyerindeki bu ge-

2014/4,file:///C:/Users/AB137690/Downloads/K__sa%20__al____ma%20ve%20K__sa%20__al____ma%20__dene__i[%23374529]-398219.pdf, s.420 vd.

83 Kübra Doğan Yenisey, Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum, s.126; Sarper Süzek, Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, C.1, S.1, Mart 2006, <https://www.tisk.org.tr/yayin/Akademi-Mart-2006.pdf>, s.15; Fatih Uşan, 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz9ozel/fusan.pdf> s.242; Caniklioğlu, s.503; Çetinkaya, s.424.

84 Keser, s.52; Cem Kılıç, İşverenler ve çalışanlar açısından kısa çalışma hakkında her şey, 8 Nisan 2020, <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/cem-kilic/isverenler-ve-calisanlar-acisindan-kisa-calisma-hakkinda-her-sey-6183766>. Ayrıca bkz. Çil, <https://www.youtube.com/watch?v=b-EhknZeaAl>.

çici uygulamaya uymak zorundadır⁸⁵.

Aksi yöndeki görüşe göre ise kısa çalışmanın çalışma süresinin azaltılması şeklinde uygulanması durumunda tarafların İş Kanunu'nun 22 nci maddesine göre iş sözleşmesinin koşullarında esaslı değişikliğe gitme hususunda anlaşmalarını kabul etmek gerekir. İşçinin çalışma saatlerinin azaltılması biçimindeki kısa çalışma uygulamasını reddetmesi halinde İş Kanunu'nun 22 nci maddesi hükümlerinin işletilmesi mümkün olacaktır⁸⁶.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında kısa çalışma uygulamasına geçilmesi için işçinin rızasının aranmayacağı ve bu uygulamanın çalışma şartlarında esaslı değişiklik olmadığı sonucuna varmıştır⁸⁷.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında işverenin işçinin rızası bulunmaksızın kısa çalışma uygulamasına gidebileceğini kabul etmekle beraber zorlayıcı nedenlere bağlı kısa çalışma halinde işçinin İş Kanunu'nun 24/III, diğer sebeplerle kısa çalışma uygulamasına gidilmesi halinde ise 24/II-f maddesi uyarınca haklı nedenle fesih hakkı olduğuna hükmetmiştir⁸⁸.

Kısa çalışma, işyerinde haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması veya faaliyetin durdurulması şeklinde uygulanabilir. Haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılması yöntemiyle gerçekleşen kısa çalışma, sözleşmenin askıya alınması sonucunu doğurmaz. İş sözleşmesi geçici bir süre için kısmi süreli olarak devam eder. Buna karşılık, faaliyetin durdurulması suretiyle yapılan kısa çalışma, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurur. Kısa çalışma nedeniyle iş sözleşmesinin askıya alınması kısa çalışma uygulamasının süresi ile sınırlıdır. Başka bir anlatımla, kısa çalışma uygulaması sona erince iş sözleşmesinin askı hali sona erer. Bu çerçevede kısa çalışma uygulaması sırasında iş sözleşmesi sona ermemekte, kanun gereği askıya alınmaktadır⁸⁹.

Kısa çalışma genel ekonomik kriz, sektörel ve bölgesel kriz ve zorlayıcı sebeplerin bulunması halinde işverenin başvurduğu bir uygulama olup, işçilerin iş sözleşmeleri kanun gereği üç aya kadar askıya alınmakta ve işçiler bu süre zarfında kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmektedir. Bu üç aylık sürenin bitiminde de askı halinin sona erdiğinin kabulü gerekir⁹⁰. Kısa çalışma dönemi bir askı hali olması sebebiyle bu dönemde işçi herhangi bir çalışma yapmamakta ve işveren de ücret ödeme borcunu geçici olarak ifa etmemektedir. İşçi İşsizlik Sigortası Fonu'ndan kısa çalışma ödeneği almaktadır. İşyerinde faaliyetin durdurulması halinde kısa çalışma döneminde işçi herhangi bir çalışma yapmayacağı için fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağı

85 Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.522.

86 Görüşler için bkz. Nurtaç Endes, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.13-14,dn.44; <http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/14619/377663.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

87 "Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2013 yılına ait bir başka kararında da, kısa çalışma yaptırılabilir haller kanunda genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebep olarak sınırlanmış ve bakanlık onayına tabi tutularak geçici olduğu belirtilmiş ancak işçinin rızasının gerektiği hususunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kısa çalışma sistemi kanundan doğan işçiye yüklenmiş bir yükümlülük olup, işçinin rızasının aranmayacağı işveren lehine yapılan nadir düzenlemelerden biridir ve bu çalışma sisteminde işçinin ücretinde düşüş olması doğaldır. Kısa çalışma sistemine geçilmesi kanundan kaynaklı olup, İş Kanununun 22.maddesinde düzenlenen iş şartlarında esaslı değişiklik şartları gerçekleşmediğinden kıdem tazminatının reddi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg.9. HD. 08.07.2013, E.2011/26182, K.2013/20765. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/>

88 "Kısa çalışma uygulaması ile işverene, Kanun'da yer alan belirli koşulların gerçekleşmesi halinde işçilerin rızaları bulunmaksızın çalışma koşullarında geçici olarak değişiklik yapma, Kanun ve sözleşme hükümleriyle belirlenen çalışma koşullarını yine geçici bir süre uygulamama imkânı verilmektedir. Buna karşın, uygulamada da görül-

düğü üzere çoğu zaman ne kadar süreceği de belli olmayan kısa çalışma uygulaması bakımından ücret kaybı da olmasına rağmen işçiye haklı nedenle fesih hakkının verilmemesi ise menfaatler dengesine ve hakkaniyete uygun düşmez. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu açısından kısa çalışma ödeneğinden yararlanıp yararlanmadığından bağımsız bir değerlendirme ile işçinin, kısa çalışma uygulamasının kaynağı zorlayıcı nedenler ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin III numaralı bendi uyarınca, diğer kısa çalışma nedenleri yönünden ise yine aynı maddenin II numaralı bendinin "f" alt bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğinin kabulü yerinde olacaktır." şeklinde karar vermiştir." Yar.22. HD. 05.12.2012, E.2012/4892, K. 2012/27269. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/>

89 Caniklioğlu, s.518.

90 Çetinkaya, s.428.

da doğmayacaktır⁹¹. Askı süresi içinde işçinin iş görme borcundan kurtulduğu oranda işverenin yönetim hakkı ile işçinin itaat borcu da ortadan kalkar⁹². Buna karşılık, işçinin sadakat borcu ve işverenin gözetme borcu gibi yan borçları devam eder. Askı halinin sona ermesi ile birlikte iş sözleşmesi önceki şartlarıyla işlerlik kazanır⁹³.

Covid-19 sebebiyle 25 Mart 2020 tarihinde 7226 sayılı Kanunla kısa çalışma alanında ödeneğe hak kazanmayı kolaylaştırıcı geçici düzenlemeler yapılmıştır⁹⁴. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir. Bu bağlamda hizmet akitlerinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş ve işten ayrılmadan önceki son 120 gün içinde prim ödeyerek sürekli çalışmış olma koşulu 7226 sayılı Kanun ile 29 Şubat 2020 tarihinden geçerli olmak üzere kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödenmiş olma şeklinde değiştirilmiştir.

7226 sayılı Kanun ile İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen geçici 23 üncü madde kapsamında kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, işyerinde kısa çalışma uygulanan dönemde İş Kanunu'nun 25/II maddesinde bendinde yer alan sebepler hariç olmak üzere işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir. Bu bağlamda işveren tarafından süreli ya da sağlık sebeplerine ya da zorlayıcı sebeplere veya gözaltı ya da tutuklanma nedenlerine dayalı derhal fesih imkânı ortadan kaldırılmıştır.

Yine bu madde kapsamında yapılan başvurular, uygunluk tespitleri hariç olmak üzere başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde sonuçlandırılır.

91 Çetinkaya, s.452.

92 Ercan Akyiğit, Kısa Çalışma, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S.1-2, Ağustos-Kasım 2004, s. 19.

93 Süzek, Askı, s. 419; Akyiğit, Kısa Çalışma, s. 19; Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s. 519.

94 Ayrıntı için bkz. Başterzi, <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4PHUpivk>

Cumhurbaşkanı bu madde kapsamında yapılan başvuru tarihini 31/12/2020 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir.

7244 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanuna geçici 25 inci madde eklenmiştir. Buna göre yeni koronavirüs (Covid-19) sebebiyle işverenlerin yaptıkları zorlayıcı sebep gerekçeli kısa çalışma başvuruları için, uygunluk tespitinin tamamlanması beklenmeksizin, işverenlerin beyanı doğrultusunda kısa çalışma ödemesi gerçekleştirilir. İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ve yersiz ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir.

3. Uzaktan Çalışma

4857 sayılı İş Kanunu'nun 14 üncü maddesinde uzaktan çalışma düzenlenmiştir. Buna göre işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi uzaktan çalışma olarak isimlendirilmektedir. İnternet ağının ve mobil telefon kullanımının artması uzaktan çalışmayı daha da gerekli kılmış ve 2016 yılında 6715 sayılı Kanun ile bu esnek çalışma modeli düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu çalışma biçimi, işçinin genellikle kendi evinde, işverenin doğrudan bir yönetimi ve denetimi olmaksızın bir malın üretilmesi veya bir hizmetin sunulması şeklinde yapılmaktadır. Çalışma mevzuatının, değişen ekonomik koşulları takip eden dinamik bir yapıya kavuşturulması amacıyla evden çalışma ve tele çalışma biçimleri uzaktan çalışma adı altında birleştirilerek uzaktan çalışma tanımı yapılmıştır. Bu bağlamda uzaktan çalışma, işçinin mal ve hizmet üretmek amacıyla işyeri dışında, işverenin gözetiminden uzak bir yerde iş görme edimini ifa ettiği ve bunun karşılığında işverenden ücret aldığı iş ilişkisidir. Uzaktan çalışma iş ilişkisinde, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurları varlığını devam ettirmektedir⁹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 461 inci maddesinde

95 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss170.pdf>

de evde hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir. Buna göre evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu madde çerçevesinde işçi, evde hizmet sözleşmesinde örneğin bir mağazaya, kendi evinde bizzat veya aile bireyleriyle birlikte çeyiz, yatak örtüleri, giysiler dikip vermeyi, kendisine teslim edilen ürünleri paketlemeyi üstlenebilir⁹⁶.

Evde hizmet sözleşmesi ile tele çalışma birbirinden farklıdır. Öncelikle tele çalışmada işin görülmesinde teknolojik araçlar önem taşır ve bu çalışmada, işyerinde yapılabilecek bir iş bilgi ve iletişim teknolojisi araçları ile ifa edilip, işin sonuçları yine bu araçlar yardımı ile işverene gönderilir. Bu kapsamda evde halı dokuma veya kendisine teslim edilen ürünleri paketleme gibi el emeği gerektiren bir faaliyette bulunan kişi tele çalışan değil, Türk Borçlar Kanunu kapsamında evde hizmet sözleşmesi ile çalışandır⁹⁷.

Covid-19'un Türkiye'de ilk görüldüğü Mart ayından itibaren salgının daha fazla kitleye yayılmaması amacıyla Sağlık Bakanlığı ve Bilim Kurulu'nun tavsiyeleri doğrultusunda pek çok tedbir alınmış ve zorunlu olmadıkça vatandaşların evde kalması tavsiye edilmiştir. Yetkili kişi, kurum ve kuruluşlar tarafından vatandaşların zorunlu olmadıkça evden çıkmamaları yönünde duyurular yapılmış ve tavsiyeler verilmiştir. Bu bağlamda pek çok işveren de işyerindeki riskleri bertaraf edebilmek amacıyla işçilere evden çalışma imkânı tanımıştır. Bu çerçevede Covid-19 çerçevesinde sözü edilen evden çalışma İş Kanunu'nun 14 üncü maddesi bağlamında uzaktan çalışmadır⁹⁸.

Kural olarak işveren tek taraflı olarak bir işçi-

sini işyerinden eve ya da evden işyerine geçirme yetkisine sahip değildir. İş Kanunu'nun 22 nci maddesi çerçevesinde çalışma şartlarında esaslı değişiklik usulüne göre işçinin yazılı onayı ile bu değişiklik yapılabilir. Ancak Covid-19 salgını sürecinde sosyal mesafeyi ve iş sağlığı ve güvenliğini korumak amacıyla işverenin fiziki olarak işyerinde çalışan işçileri evden çalıştırması, çalışma koşullarında başka bir değişiklik olmaması koşuluyla, esaslı değişiklik olarak kabul edilmez⁹⁹. Nitekim bu geçici bir değişiklik olup, işverenin işçiyi işyeri ortamında ya da işe gidiş-dönüşü sırasında bulaş riskinden korumak amacıyla iş sağlığı ve güvenliği bağlamında uyguladığı bir yöntemdir. İşveren riskli olan bir bölgeye gidip dönmüş ya da bulaş riski olan kişilerle iletişim kurmuş olan ya da hamileliği sebebiyle işyerine gelmesi riskli olan veya küçük çocuğu olan işçilere hem işletme menfaatlerini korumak hem çalışanların sağlığını korumak için evden çalışma talimatı verebilir¹⁰⁰. Bu bağlamda işveren işçiyi gözetme borcu çerçevesinde bu değişikliği yapmaktadır¹⁰¹.

Salgın sürecine bağlı olarak işçilerin geçici bir süre evden çalıştırılması İş Kanunu'nun 22 nci maddesi kapsamında değerlendirilmezken, işveren çalışmasını evden sürdüren işçinin ücretinde tek taraflı olarak indirim yaparsa, bu durum çalışma şartlarında esaslı değişiklik oluşturur. İş Kanunu'nun 62 nci maddesine göre, her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi ya da işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle veya bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun indirim yapılamaz. Ücretin eksiltilmesi iş şartlarında esaslı değişiklik oluşturacağı için, işveren ancak İş Kanunu'nun 22 nci maddesi çerçevesinde işçinin yazılı onayı ile ücretini eksiltebilir. Aksi halde işçi İş Ka-

96 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>

97 Seda Güneş Emrağ, 4857 Sayılı İş Kanununun Değişik 14. Maddesi İşliğinde Tele Çalışma, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Yayın Sayısı: 51, Cilt: 13, <https://legalbank.net/belge/4857-sayili-is-kanununun-degisik-14-maddesi-isiginda-tele-calisma/3382823/%22uzaktan+%c3%a7al%c4%b1%c5%9fma%22>

98 Ayrıca bkz. Akın, s.40.

99 Ayrıca bkz. Alpagut, <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4PHUpivk>.

100 Michael Fuhlrott/Katharina Fischer: Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, beck-online. beck.de, s.349; Günther/Böglmüller, s.188.

101 Bu konuda ayrıca bkz. Alpagut, <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4PHUpivk>.

nunu'nun 24/II-e maddesi uyarınca işveren tarafından ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Açıkladığımız bu sebepler çerçevesinde işveren yönetim hakkı çerçevesinde Covid-19 salgını nedeniyle işçilerin işlerini, yürütülen işte bir değişiklik olmamak ve ücrette indirim yapılmamak koşuluyla, evden görmelerini isteyebilir. Evden çalıştırma yetkisi işverene verilmiş olup, işçinin tek taraflı olarak evden çalışmaya karar verme yetkisi bulunmamaktadır. İşveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini tam olarak alıyorsa ve işçinin işyerinde çalışmasında risk yoksa işçinin evde kalarak iş görme edimini ifa etme hakkı yoktur. Bu çerçevede salgın sürecinde işverenin talimatı ile geçici olarak evden çalışan işçinin de salgın bitiminde işverenin çağrısı ile işyerine gelerek çalışmaya devam etmesi gerekmektedir¹⁰².

İşverenin işyerinde çalışan işçileri salgın sürecinde geçici olarak evde çalıştırabilmesi için öncelikle yapılan işin evde çalışmaya uygun bir iş olması, işverenin laptop, telefon ya da diğer malzemeleri işçiye temin etmesi, bu bağlamda teknik destek sağlaması gerekmektedir¹⁰³. Öğretide evde çalışmanın, uzaktan bir çalışma olması ve çalışanları yalnızlığa itmesi sebebiyle işverenlere güvenli internet programları üzerinden toplantılar yaparak çalışanları sosyalleştirmesi tavsiye edilmektedir¹⁰⁴.

Öğretide bir görüşe göre işveren işçilere yol masrafı ve yemek ücreti veriyorsa, bu ödemelerde kesinti yapılması iş sözleşmesinin ihlaline yol açmaz¹⁰⁵. Kanaatimizce işçi artık işe gelmediği için aynı ya da nakdi yol yardımında kesinti yapılabilir, ancak yemek yardımının ödenmeye devam edilmesi isabetli olacaktır. Nitekim bu yardım fiili çalışmaya bağlıdır ve işçi evden çalış-

masını devam ettirmektedir.

Çalışma şartlarında esaslı değişiklik olmamasına rağmen işçinin işverenin kendisine yapmış olduğu uzaktan çalışma teklifini kabul etmemesi halinde bu durum işverenin yönetim hakkı çerçevesinde vermiş olduğu talimata aykırılık olarak kabul edilerek, işverene İş Kanunu'nun 25/II-h maddesi çerçevesinde işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesine dayanarak haklı nedenle fesih hakkı verir¹⁰⁶. İşveren uzaktan çalışma talimatını işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak amacıyla verdiği için, işverenin bu teklifinin işçi tarafından reddi işverene aynı zamanda İş Kanunu'nun 25/II-ı maddesi bağlamında işçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesine dayalı olarak da derhal fesih hakkı verir¹⁰⁷. İşverenin bu sebeple dayalı fesih hakkı 7244 sayılı Kanun öncesinde olduğu gibi, fesih sebebinin İş Kanunu'nun 25/II maddesine dayanması nedeniyle bu Kanun sonrasında da söz konusudur.

Uzaktan çalışmada işverenin işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlaması, bu bağlamda işçilerin kendini koruyabilmesi için gerekli eğitimi vermesi ve tavsiyelerde bulunması gerekmektedir. Diğer önemli husus da kişisel verilerin korunmasıdır. İş Kanunu'nun 14 üncü maddesinin son fıkrasına göre uzaktan çalışmada verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin işletme kurallarının uygulanması ile diğer hususlar Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir. Ancak bu Yönetmelik henüz çıkarılmamış olup, öğretide Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin özen ve sadakat borcunu düzenleyen 396 ncı maddesi hükmünün, işçinin işi ile ilgili verileri koruma yükümlülüğünü de kapsar şekilde yorumlanabileceği belirtilmiştir¹⁰⁸. Bu maddenin

102 Günther/Böglmüller, s.188.

103 Joachim Schwede, Homeoffice wegen Covid-19 – Arbeitsschutzrechtliche Erwägungen, ArbRAktuell 2020, beck-online.beck.de, s.161-162; Fuhlrott/Fischer, s. 349.

104 Schwede, s.161-162.

105 Akin, s.40. Ayrıca bkz. Alpagut, <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4PHUpivk>; Kar, <https://www.youtube.com/watch?v=Tsk3rEadV8A>.

106 Akin, s. 41.

107 Akin, s. 41.

108 Mustafa Alp, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul, 2011, s.830; Emrağ, <https://legalbank.net/belge/4857-sayili-is-kanununun-degisik-14-maddesi-isiginda-tele-calisma/3382823/%22uzaktan+%c3%a7al%c4%b1%c5%9fma%22>.

dördüncü fıkrasına göre işçi, işi ifa ettiği sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz.

Salgın sona erdikten sonra işverenin işçiyi evden çalıştırmaya devam etmek istemesi halinde İş Kanunu'nun 22 nci maddesi uyarınca işçinin yazılı onayını alması gerekmektedir. Nitekim burada amaç salgın sürecinde çalışanların mümkün olan en az derecede birbirleriyle sosyal temasının olması olup, evden çalışma geçici niteliktedir¹⁰⁹.

4. Telafi Çalışması

İş Kanunu'nun 64 üncü maddesi telafi çalışmasını düzenlemiştir. Buna göre, *"Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren dört ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir."* 25/3/2020 tarihli ve 7226 sayılı Kanununun 43 üncü maddesiyle daha önce "iki ay" olan süre "dört ay" şeklinde değiştirilmiştir. Süre şu an için dört ay olmakla birlikte Cumhurbaşkanı bu süreyi iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

Salgın sürecinde Covid-19'un somut olayın şartları çerçevesinde zorlayıcı neden olması sebebiyle sokağa çıkma yasakları ya da işyerinde faaliyetin geçici süre durdurulması hallerinde işçilere çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırılıp yaptırılmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Bir haftaya kadar olan sokağa çıkma yasaklarında çalışılmayan bu sürelerin daha sonra telafi edilmesi mümkündür. Aynı şekilde 65 yaş ve üstünde olan ya da kronik hastalığı olup yaklaşık 3 aydır sokağa çıkma yasağı olan veya idari kararla kapatılan işyerlerinde çalışan işçilerin çalışmadığı sürelerin telafi edilmesi mümkündür. İşyerinde faaliyetin yürütülmediği zamanın kısa ya da uzun olması bir fark yaratmamaktadır¹¹⁰. İş Kanunu'nun 40 ıncı

maddesi uyarınca işveren, zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışamayan veya çalıştırılmayan işçiye bir haftaya kadar her gün için yarım ücret öder. Kanun gereği ödenmesi gereken bu ücret sosyal bir ürettir ve telafi çalışmasından bağımsız bir ödemedir¹¹¹. Öte yandan, zorlayıcı sebeplerle işyerindeki faaliyet tamamen durmuşsa, işveren işçinin çalıştırılmadığı sürelerin telafi edilmesine karar verdiğinde, telafi çalışmasının yapıldığı süre için işçiye kalan ücretinin ödenmesi gerekir¹¹².

Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 7 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre telafi çalışması yaptıracak işveren; bu çalışmanın 4857 sayılı İş Kanunu'nun 64 üncü maddesinde sayılan nedenlerden hangisine dayandığını açık olarak belirtmek ve ilgili işçilere hangi tarihte çalışmaya başlanacağını bildirmek zorundadır. İşçi telafi çalışması uygulamalarına uymakla yükümlüdür, işçilere telafi çalışması yaptırmak için işçinin onayı aranmaz¹¹³. İş Kanunu'nun 64 üncü maddesinde işverenin dört ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabileceği belirtildiği için işçinin onayına gerek olmaksızın işveren telafi çalışması yaptırabilir¹¹⁴. Ancak işveren telafi çalışması yaptıracığı işçiye iyi niyet kuralları çerçevesinde uygun bir süre öncesinde telafi çalışması yaptıracığı zamanı bildirmelidir¹¹⁵. Uygulamada telafi çalışmasının bu çalışmanın yapılmasını gerektiren durumun sona ermesinden sonra yapılabileceği gibi bu durumun ortaya çıkmasından önce de yapılabileceğini kabul eden görüşler¹¹⁶ olmasına karşın kanaatimizce de isabetli olan görüşe göre telafi çalışmasının, bu çalışmanın yapılmasını gerektiren zorlayıcı sebebin ortadan kalkmasından sonra yapılmasının daha uygun olacağı değerlendirilmektedir¹¹⁷.

111 Eyrenci, s.40.

112 Eyrenci, s.40.

113 Ekonomi, s.1254-1255; Ekmekçi, s.35; Keser, s.49.

114 Keser, s.50.

115 Ekmekçi, s.35.

116 Ekonomi, s.1255-1256. Ayrıca bkz. Keser, s. 50, dn.30 da belirtilen eserler.

117 Keser, s.50; Tuba Oyuktaş/Tuğba Bayraktar, Sokağa Çıkma Yasağı Nedeni ile Çalışılmayan Günlerde Yıllık İzin Uygulaması ve Telafi Çalışması, <https://lexist.com.tr/blog/2020/04/27/sokaga-cikma-yasagi-nedeni-ile-cali>

109 Günther/Böglmüller, s.187-188.

110 Keser, s.50.

Telafi çalışması yapılması halinde bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz. Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz ve tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılamaz (İş K.m.64).

C. İşçinin Ücret ve Diğer Haklarına Etkisi

1. Kısa Çalışma Halinde Ücret ve Diğer Haklar

a. Kısa Çalışma Uygulamasının İşçinin Kıdeme Bağlı Haklarına Etkisi

Kısa çalışma uygulaması çalışma süresinin kısaltılması suretiyle uygulandığında, iş sözleşmesi askıda değildir. Bu durumda kısa çalışma süresinin işçinin tüm kıdeme bağlı haklarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı açıktır. Kısa çalışma uygulamasının faaliyetin durdurulması şeklinde gerçekleşmesi halinde ise, sözleşme askıda kalmakta olup¹¹⁸, sözleşmenin askıda kaldığı sürenin işçinin kıdemine bağlı haklarının tespitinde dikkate alınıp alınmayacağı önem arz etmektedir.

İşçinin kıdemine bağlı olarak belirlenen bir hak olan yıllık ücretli izin İş Kanunu'nun 53 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir. Aynı Kanununun 55 inci maddesinde ise, yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller sayılmış; (j) bendinde kısa çalışma sürelerinin de çalışılmış gibi sayılan hallerden olduğu öngörülmüştür. Kanunun açık hükmü karşısında faaliyetin durdurulması suretiyle uygulanan kısa çalışma süresinin yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınması gerekir.

Salgın sürecinde kısa çalışma uygulaması esnasında çalışılmayan sürenin işçinin kıdem taz-

silmayan-gunlerde-yillik-izin-uygulamasi-ve-telafi-calismasi/

118 Akyiğit, Kısa Çalışma, s.19; Caniklioğlu, s.518; İş sözleşmesinin askıya alınması hakkında geniş bilgi için bkz. Süzek, Askı, s.13 vd.

minatına esas alınacak hizmet süresine etkisi de tartışma konusu olmuştur. Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte bulunan 14 üncü maddesine göre, iş sözleşmesi maddede belirtilen şekilde sona eren işçiye, işe başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Öğretide, kanuni grev ve lokavt nedeniyle iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler hariç olmak üzere iş sözleşmesinin kanunen askıda kaldığı sürelerin de çalışılmış sayılan süreler gibi, kıdem tazminatının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür¹¹⁹. Yargıtay ise, raporlu sürenin bildirim süresine altı haftanın eklenmesiyle oluşan kısmı hariç, askıda geçen sürelerin kıdem tazminatına esas süreye eklenemeyeceğine karar vermektedir¹²⁰. Ancak Yargıtay kısa çalışma uygulaması kapsamında askıda geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabında göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermiştir¹²¹.

119 Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2014, s. 556; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 24.Baskı, Ankara 2019, s. 129.

120 "Mahkemece fiili çalışma süresi yanında çalışılmayan süre için de kıdem tazminatı ödemesi yapılmasının işyeri uygulamasına dönüştüğü kabul edilmiş ise de, 1475 sayılı Yasanın 14/2. maddesine kıdem tazminatının işçilerin işyerinde geçen çalışma sürelerine göre hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. İş sözleşmesinin askıya alındığı ve işçinin fiili çalışmasının olmadığı dönem için kıdem tazminatı ödenmesi yasaya aykırıdır. Davalı işverence birkaç işçiye hatalı olarak askıda geçen süreler için kıdem tazminatı ödenmesi, aksine işyeri uygulamasının varlığını ortaya koymaz...". Yarg. 9.HD, 18.03.2015, E.2013/16764, K.2015/11083. (Kişisel arşiv). Aynı yönde, Yarg. 9.HD., 22.03.2016, E.2014/31195, K.2016/6844, Yarg. 22.HD., 16.06.2014, E.2013/15220, K.2014/17334. (Kişisel arşiv). "İşçinin işyerinde çalıştığı sırada almış olduğu istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olur. İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır..." Yarg. 22.HD, 16.09.2019, E.2016/18428, K.2019/16294. (Kişisel arşiv). Aynı yönde, Yarg. 9.HD, 14.10.2019, E.2016/7714, K.2019/18059. (Kişisel arşiv).

121 "Somut olayda davacı işçinin 22.12.2008-18.06.2009 tarihleri arasında Yasa'ya uygun biçimde 5 ay 27 gün kısa çalışma yaptığı ve kısa çalışma süresinin çalışılmış sayılan süre kapsamında kıdemine eklenmesi gerektiği tartışmasıdır. Dosyada sorun "çalışılmış gibi sayılan ve bu nedenle kıdem süresine eklenecek kısa çalışma süresinin Yasa'da ilk olarak belirtilen azami 3 aya kadar ki süre mi, yoksa 5838 sayılı yasanın 1.maddesi ile değiştirilen Geçici 8. maddesinde

İş Kanunu'nun 55/j maddesine göre kısa çalışma süreleri yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır. Buradan yola çıkılarak kanaatimizce de kısa çalışma uygulaması esnasında çalışılmayan sürelerin kıdem tazminatının hesabında işçinin kıdem süresinden sayılması gerekir.

b. Kısa Çalışma Uygulamasının Ücret ve Diğer Haklara Etkisi

Kısa çalışma uygulamasının işçinin ücret ve diğer haklarına etkisi, kısa çalışma yöntemine göre farklılık gösterir. Yukarıda belirtildiği gibi, kısa çalışma, çalışma süresinin azaltılması şeklinde uygulanması halinde, iş sözleşmesi geçici bir süre için değiştirilen çalışma şartlarıyla devam eder¹²². Bu süre içinde işçinin iş görme, işverenin ise ücret ödeme borçları tamamen ortadan kalkmaz. İşçiye çalıştığı süreyle orantılı ücret ödenecektir. Kısa çalışma sona erince, iş sözleşmesi kısa çalışmadan önceki şartları çerçevesinde devam eder. İşçi, çalışmadığı süre açısından kısmi bir işsizlik yaşadığı için, diğer şartları haiz olmak kaydıyla, kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilecektir. Kısa çalışmanın bu yönteminde çalışılan süre ücretine ilave olarak işveren tarafından ödeme yapılabilir.

Kısa çalışmanın işyerinde faaliyetin kısmen veya tamamen durdurulması şeklinde uygulanması halinde, işçinin iş görme işverenin ise ücret ödeme borcu askıdadır¹²³. İşçi, bu durumda diğer

şartlarını taşımak kaydıyla kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilir.

4447 sayılı Kanun ek madde ikiye göre kısa çalışma halinde İşsizlik Sigortası Fonu'ndan kısa çalışma ödeneği ödenir. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir. Bu bağlamda kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmek için işverenin kısa çalışma talebinin uygun bulunması, işçinin kısa çalışmanın başladığı tarihte, 4447 sayılı Kanunun 50 nci maddesine göre çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanmış olması şarttır¹²⁴.

4447 sayılı Kanunun ek ikinci maddesine göre günlük kısa çalışma ödeneği; sigortalının son on iki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ıdır. Bu çerçevede hesaplanan kısa çalışma ödeneğinin miktarı, İş Kanunu'nun 39 uncu maddesine göre 16 yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçemez. Zorlayıcı sebeplerle kısa çalışma yapılması halinde, kısa çalışma ödeneği ödemeleri İş Kanunu'nun 24/III ve 40 ıncı maddelerinde öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar. Cumhurbaşkanı kısa çalışma ödeneğinin süresini altı aya kadar uzatmaya ve işsizlik ödeneğinden mahsup edilip edilmeyeceğini belirlemeye yetkilidir. İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir.

Kısa çalışma ödeneği ile işçilerin bu süreçte gelir kaybı kısmen telafi edilse de çalışanların gelirindeki bu eksilmenin işveren tarafından tamamlanıp tamamlanamayacağı bir sorun olarak ortaya çıkmıştır¹²⁵. Öğretide bir görüşe göre, işyerinde

belirtilen ve 2008, 2009 ve 2010 yıllarında geçerli 6 aylık sürenin mi uygulanacağıdır. Yasa koyucu 5838 sayılı yasanın 1.maddesi ile yapılan değişiklik ile 2008,2009 ve 2010 yılları için azami kısa çalışma süresini 3 aydan 6 aya çıkarmıştır. Bu nedenle davacının kıdemine eklenen kısa çalışma yaptığı süre Yasanın Geçici 8.maddesinde 5838 sayılı yasanın 1.maddesi ile yapılan değişiklik kapsamında kaldığından 5 ay 27 günlük fiili kısa çalışma süresinin kıdemine eklenmesine ilişkin Mahkeme kararının Yasa koyucunun iradesine ve Yasaya uygun olduğu açıktır". Yarg. 9.HD., 14.07.2011, E.2010/50993, K.2011/27305. (Kişisel arşiv). <https://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2010-50993-k-2011-27305-t-14-07-2011-bakiye-kidem-tazminatı-alacağı/916082>. Buna karşılık, kısa çalışmanın sadece üç aylık süresini kıdem tazminatı hesabında dikkate alan ilk derece mahkemesinin kararının onandığına ilişkin karar için bkz. Yarg. 7.HD., 23.02.2016, E.2015/5639, K.2016/4112. (Kişisel arşiv).

122 Akyiğit, Kısa Çalışma, s. 19; Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s. 519, dn. 52.

123 Caniklioğlu, Kısa Çalışma, s.518.

124 Cem Baloğlu, Koronavirüsle (Kovid-19) İlgili Bir "Kısa Çalışma" ve İki Öneri, <http://www.alomaliye.com/2020/03/30/koronavirus-kisa-calisma/>

125 Bu konudaki tartışmalar için bkz. İrem Kartal/Tuba Köse, İşyerinde Çalışmanın Durdurularak Kısa Çalışma Ödeneğine Geçiş Yapılması Hallerinde İşveren İşçinin Ücretini Tamamlayabilir mi? <https://lexist.com.tr/blog/2020/04/10/is-yerinde-calismanin-durdurularak-kisa-calisma-odenegine-gecis-yapilmasi-hallerin->

faaliyetin durması halinde iş sözleşmesi askıda olacağı ve prim gün sayısı bildirilmeyeceği için bu mümkün olmamasına karşın, çalışma sürelerinin azaltılması suretiyle uygulanan kısa çalışma uygulamasında çalışılan süreler için daha yüksek bir ücret belirlenmesi suretiyle işçilerin gelir kaybından doğan mağduriyetlerinin giderilebileceği belirtilmiştir¹²⁶. Kanaatimizce işverenin kısa çalışma ödeneği ile işçiye normal şartlarda ödenen ücret arasındaki farkı tamamlaması mümkündür. Pasif İşgücü Hizmetleri Genelgesi'ne göre kısa çalışma ödeneği alanların işe girmesi, yaşlılık aylığı almaya başlaması, herhangi bir sebeple silah altına alınması, herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılması hallerinde veya geçici iş göremezlik ödeneğinin başlaması durumunda geçici iş göremezlik ödeneğine konu olan sağlık raporunun başladığı tarih itibariyle kısa çalışma ödeneği kesilir/durdurulur¹²⁷. Bu çerçevede işçinin ek bir ödeme alması kısa çalışma ödeneğinin kesilmesine sebep olan bir hal olarak belirlenmemiştir. Ancak faaliyetin durdurulması şeklinde uygulanan kısa çalışma kapsamındaki işçiye ilave ödeme yapılması mümkün ise de, bunun teknik anlamda ücret olarak gösterilmesi imkânı yoktur. Çünkü işçi bu dönemde çalışmamaktadır. Kanaatimizce işveren tarafından yapılacak ilave ödemenin sosyal yardım niteliğinde gösterilmesinin Sosyal Güvenlik Kurumu yönünden sorun oluşturmaması gerektiği değerlendirilmektedir¹²⁸.

Kısa çalışma uygulaması ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin, bu dönemde bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılmış olan sosyal ücret ödemesinin yapılıp yapılmayacağı tartışmalıdır. Zorlayıcı sebebe dayalı kısa çalışmanın faaliyetin durdurulması şeklinde uygulanması halinde, bir haftalık süreden sonra işverenin ücret ödeme

borcu askıda olduğundan, ücret ve ücret eklerinin ödenmesi söz konusu olmaz. Ancak, sosyal ücret niteliğindeki ödemeler bakımından aynı sonuca varılamaz. Çünkü sosyal ücret, doğrudan çalışma karşılığı olmayan bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle, sosyal düşüncelerle bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle ödeneceği kararlaştırılan sosyal ücret, fiili çalışmaya bağlanmamışsa, işçiye tam olarak ödenmelidir. Şayet fiilen çalışılan günler için ödeme yapılacağı kararlaştırılmışsa, iş sözleşmesinin askıda olduğu süre için sosyal ücret niteliğindeki ödemeler yapılamaz. Çalışma süresinin azaltılması suretiyle uygulanan kısa çalışmada ise, sosyal ücretin fiili çalışmaya bağlı olarak ödenmesi kararlaştırılmışsa, işçinin çalışma süresiyle orantılı olarak ödenmesi gerekir.

Covid-19 çerçevesinde kısa çalışma uygulamaları çerçevesinde kısa çalışma yapılırken yıllık ücretli izin kullandırılıp kullandırılmayacağı sorunu da oluşmuştur. Ancak kısa çalışma ve yıllık ücretli izin uygulamasının iç içe geçmesi mümkün değildir. Nitekim kısa çalışma ile iş ilişkisi askıya alınmaktadır ve askı süresinde işçinin iş görme borcu olmadığı için yıllık ücretli iznin kullanımından da söz edilemeyecektir.

2. Nakdi Ücret Desteği

Covid-19 salgınıyla bağlantılı olarak, 7244 sayılı Kanunla 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 24 üncü maddenin birinci fıkrası ile ücretsiz izne ayrılan işçilere nakdi ücret desteği yapılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Nakdi ücret desteği, ücretsiz maaş desteği olup, ücretsiz izne ayrılan, kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan, 15 Mart'tan sonra iş sözleşmesi feshedilen ancak işsizlik ödeneğine hak kazanmamış olan ve yaşlılık aylığı almayan işçilere yönelik bir uygulamadır.

Geçici 24 üncü madde uyarınca bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesi bulunmakla birlikte İş Kanunu'nun geçici onuncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15/03/2020 tarihinden sonra 51 inci madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve bu Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik öde-

de-isveren-iscinin-ucretini-tamamlayabilir-mi/. Ayrıca bkz. Çil, <https://www.youtube.com/watch?v=b-EhknZeaAl>.

126 Baloğlu, <http://www.alomaliye.com/2020/03/30/koronavirus-kisa-calisma/>

127 <http://www.alomaliye.com/wp-content/uploads/2020/04/pasif-isgucu-genelgesi-2020-1.pdf>

128 Ayrıca bkz. Okur, <https://www.youtube.com/watch?v=EkFLVW6Rmo>.

neğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamak kaydıyla ve İş Kanunu'nun geçici 10 uncu maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, bu süre içinde ücretsiz izinde buldukları veya işsiz kaldıkları süre kadar, Fondan günlük 39,24 Türk Lirası nakdi ücret desteği verilir. Yapılan ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılamaz.

İş Kanunu'nun geçici 10 uncu maddesi uyarınca verilen ücretsiz izin süresi, 17/04/2020 tarihinden itibaren üç ay ile sınırlıdır. Cumhurbaşkanı bu süreyi altı aya kadar uzatabilir. İş sözleşmesi 17/04/2020 tarihi itibarıyla devam edenler bakımından nakdi ücret desteği üç ayı geçmemek üzere verilen ücretsiz izin süresiyle sınırlıdır. Bu süre içinde işe alınıp ücretsiz izne ayrılanlar nakdi ücret desteğinden yararlanamazlar. Nitekim söz konusu maddenin yürürlüğe girdiği sırada iş sözleşmesi bulunan işçiler diğer koşulların da gerçekleşmesi ile nakdi ücret desteğinden yararlanır.

4447 sayılı Kanun'un geçici 24 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre, nakdi ücret desteğinden yararlananlardan 5510 sayılı Kanuna göre genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına girmeyenler, aynı Kanunun 60. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve genel sağlık sigortası primleri, işsizlik sigortası fonundan ödenir.

Geçici 24 üncü maddenin ikinci fıkrasında, nakdi ücret desteğinden yararlanmakta olan işçinin işveren tarafından fiilen çalıştırıldığına tespiti halinde cezai ve hukuki yaptırım düzenlenmiştir. Buna göre, bu şekilde çalıştırılan her işçi ve çalıştırıldığı her ay için ayrı ayrı olmak üzere fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında Kurumu İl Müdürlüklerince idari para cezası verilir. Ayrıca ödenen nakdi ücret desteği ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte işverenden tahsil edilir. İşçinin bu süre içerisinde başka bir işyerinde çalışması halinde nakdi ücret desteği kesilir. Bundan dolayı işveren hukuki veya

cezai yaptırıma tabi tutulamaz.

3. Sokağa Çıkma Yasağı ve Karantina Durumunda Ücret ve Diğer Haklar

Covid-19 salgını nedeniyle 20 yaşından küçükler ve 65 yaşından büyükler veya kronik hastalar için konulan ya da hafta sonları veya dört güne kadar getirilen sokağa çıkma yasakları, bu yasak kapsamındaki için geçici ifa imkânsızlığına yol açar. İş Kanunu'nun 40 ıncı maddesi uyarınca zorlayıcı sebeple ifa ya da ifayı kabul imkânsızlığı halinde, bir haftaya kadar çalışılmayan süre için işçiye yarım ücret ödenmesi gerekir. Bunun için zorlayıcı sebebin hangi taraf üzerinde etki meydana getirdiği önemli değildir. Bir haftayı aşan süre için ücret ödenmez. Bir hafta süreyle işçiye ödenen bu ücret herhangi bir çalışma karşılığı olmadığı için sosyal ücret niteliğindedir¹²⁹.

Sokağa çıkma yasaklarının olduğu kişilere bir haftalık yarım ücret ödendikten sonra işveren iş sözleşmesinin ayakta tutulması ve istihdamın devamı amacıyla yıllık ücretli izin ya da telafi çalışması uygulamalarına gidebilmektedir. Bazı işverenlerin işçilerin evde kaldığı bu günleri yıllık ücretli izinden düştüğü görülmektedir. Ancak yıllık ücretli iznin amacının dinlenme hakkı olduğu düşünüldüğünde sokağa çıkma yasaklarında zorunlu olarak evde kalmanın bu amacı tam olarak gerçekleştirip gerçekleştirmediği de tartışılabilir. Bu bağlamda söz konusu sürenin yıllık ücretli izin süresi olarak kullanılması için işçinin de onayının alınmasının uygun olacağı söylenebilir de salgın sürecinde bu yasakların amacının toplum sağlığını korumak olduğu dikkate alındığında işveren işçilerin onayını almadan birikmiş izinlerini kullanılabılır¹³⁰. Kronik hastalığı olan ya da 65 yaş üzeri işçilerin birikmiş yıllık izinlerinin olmaması halinde bir haftadan sonraki kısım için iş sözleşmesi askı halindedir. İşveren bir haftalık yarım ücret süresinden sonraki dönem için kısa

129 Süzek, Askı, s.101 vd.; Savaş, s.136.

130 Aksi görüş için bkz. <https://www.pwc.com.tr/tr/Hizmetlerimiz/sosyal-guvenlik/bultenler/2020/covid-19-ozelinde-isveren-bilgilendirme-rehberi.pdf>

çalışma başvurusu yapabilir.

İş Kanunu'nun telafi çalışmasını düzenleyen 64 üncü maddesine göre, zorunlu nedenlerle işin durması halinde işverenin dört ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabileceği düzenlenmiştir. Sokağa çıkma yasakları da bir zorlayıcı neden olması ve zorunlu nedenin zorlayıcı nedeni de kapsamı nedeniyle işçilerin çalışmadıkları bu süreyi daha sonra telafi çalışması ile telafi edebilecekleri kabul edilmelidir. Bu çerçevede sokağa çıkma yasağında zorlayıcı nedenle çalışılmaması halinde, işçiler çalışılmayan süreler için zorlayıcı sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren dört ay içinde günlük 11 saat çalışma süresini aşmamak ve günde üç saatten fazla olmamak koşulu ile telafi çalışması yapabilir. Bu işçilere daha önce bir haftaya kadar olan süre için yarım ücret ödendiği için, işçiler daha sonra yapmış oldukları çalışma nedeniyle kalan yarım ücretlerini alırlar ve fazla çalışma ücreti talep edemezler. İşçi iznili sayıldığı dönemde ücretini tam olarak almışsa işçiye telafi çalışması yaptığı saatler karşılığında normal ücreti de ödenmez. Nitekim işçi iznili sayıldığı süreçte telafi çalışması yapacağı sürenin ücretini önceden almış olmaktadır¹³¹. Telafi çalışması için ödenecek ücret işçinin normal çıplak ücretidir. Ancak işverenin bu gibi çalışmalar için de zamlı ücret kararlaştırmasına bir engel bulunmamaktadır¹³².

Sokağa çıkma yasağı nedeniyle bazı işçiler çalışmadığı için diğer bazı işçiler fazla çalışma yapmak durumunda kalabilir. Bu durumda işçi İş Kanunu'nun 41 inci maddesi çerçevesinde fazla çalışma ücretine hak kazanır.

İş Kanunu'nun 55/d maddesine göre, çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın on beş günü işçinin yeniden işe başlaması şartıyla yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılır. Bu çerçevede kronik hasta ya da 65 yaş üstünde olup, sokağa çıkma yasağı nedeniyle bir haftadan uzun

süredir çalışamayan işçilerin bu süreçte çalışmadan geçirdiği zamanın on beş günü yıllık izin bakımından çalışılmış sayılacaktır.

Hafta sonları ya da örneğin dört güne kadar yapılan sokağa çıkma yasaklarında işçinin bu süreçte çalışmaması nedeniyle hafta tatilinin nasıl belirleneceği de bir sorundur. Hafta tatili İş Kanunu'nun 46 ncı maddesinde düzenlenmiş olup, İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat hafta tatili verilir. Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir. Zorlayıcı nedene bağlı olarak çalışılmayan süreler çalışılmış sayılan sürelerden sayılmamıştır. Söz konusu maddeye göre işin bir haftadan fazla bir süre ile tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı sebepler ortaya çıktığı zaman, 24 ve 25 inci maddelerin III numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebeplerden ötürü çalışılmayan günler için işçilere ödenen yarım ücret hafta tatili günü için de ödenir. Bu çerçevede çalışılmayan sokağa çıkma yasaklarının olduğu günler hafta tatili bakımından çalışılmış sayılmaz.

Türk Borçlar Kanunu'nun 409. maddesinde uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçinin, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edememesi halinde, işverenin, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Kuşkusuz İş Kanunu'nda boşluk bulunması halinde genel hükmün uygulanması gerekecektir. Zorlayıcı sebeple iş görme borcunun ifa edilememesi halinde İş Kanunu'nun 40. maddesinde bir haftaya kadar ücret ödeneceği belirtilmiştir. Buna göre, İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde genel hükme başvurulmasını gerektiren bir boşluk söz konusu değildir.

İşçinin salgın nedeniyle karantinaya alınması da ifa imkânsızlığına yol açar. Bu durumda da,

131 Ekmekçi, s.37.

132 Ekmekçi, s.38.

kural olarak İş Kanunu'nun 40 ıncı maddesi uyarınca bir haftaya kadar süre için işçiye yarım ücret ödenmesi gerekir. Ancak, işçinin salgına yakalanmasından dolayı tedavisinin yapılması amacıyla karantina altına alınması durumunda, İş Kanunu'nun 48 inci maddesi hükmünün uygulanması söz konusu olur. Anılan hükme göre, "işçilere geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi gerektiği zamanlarda geçici iş göremezlik süresine rastlayan ulusal bayram, genel tatil ve hafta tatilleri, ödeme yapılan kurum veya sandıklar tarafından geçici iş göremezlik ölçüsü üzerinden ödenir. Hastalık nedeni ile çalışılmayan günlerde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından ödenen geçici iş göremezlik ödeneği aylık ücretli işçilerin ücretlerinden mahsup edilir".

Yurtdışından dönüp evlerinde veya yurt, okul vb. yerlerde veya sağlık tesislerinde karantina tedbirleri uygulananlara ve Covid-19 teşhisi nedeniyle tedavi görenlere, istirahat raporu almaları halinde hastalık sebebiyle iş göremezliklerinin başladığı tarihten önceki son bir yıl içinde en az 90 gün prim ödenmiş ise istirahat raporunun üçüncü gününden itibaren Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından geçici iş göremezlik ödeneği verilir¹³³.

Sonuç

Covid-19 dünyayı etkisi altına almış olup, ülkemizde de ekonomik ve sosyal hayatı önemli ölçüde etkilemiştir. Mart ayında Ülkemizde ilk Covid-19 vakasına rastlanması ile birlikte tüm vatandaşların sağlığının korunması ve istihdamın devamlılığının sağlanması için pek çok tedbir alınmış ve çalışma mevzuatında bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda kısa çalışma başvuru süreçleri kolaylaştırılmış, iki ay olan telafi çalışma süresi dört aya çıkarılmış, yıllık izin kullanımında esneklik getirilmiş, uzaktan çalışma, kısmi süreli çalışma ya da vardiyalı gibi esnek çalışma modelleri uygulanmıştır. Her ne kadar işveren tarafından işçinin onayı alınmaksızın ücretsiz izne çıkarılması İş Kanunu'nun 22 nci maddesi gereği

mümkün değilse de, 7244 sayılı Kanun ile işverene 17 Nisan 2020 tarihinden itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere İş Kanunu'nun 25/II maddesi dışındaki sebeplere dayalı fesih yasağı ve işçiye tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırma hakkı getirilmiştir. Bu düzenleme kapsamında işverenin işçiye ücretsiz izne ayırması, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez. Yine aynı Kanun ile ücretsiz izne ayrılan işçilere nakdi ücret desteği yapılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır.

Çalışmada bu çerçevede öncelikle sadece şu anda ülkemizde Covid-19 salgınının olmasının doğrudan iş hukukunda zorlayıcı neden olarak nitelendirilemeyeceği, mücbir sebep ya da zorlayıcı sebebin nisbi bir kavram olduğu, bu çerçevede örneğin Covid-19 nedeniyle idari bir kararla kapatılmış bir işyeri ya da karantinaya alınmış bir şehir veya sokağa çıkma yasakları nedeniyle faaliyetin devam ettirilemediği bir işyeri ya da bulaş riski olan veya bu virüse yakalanmış işçilerin olduğu bir işyerinin kapatılması ya da karantinaya alınması gibi durumlar için söz konusu salgının bir zorlayıcı sebep olarak değerlendirileceği belirtilmiştir.

Yeni düzenlemelerle kısa çalışma koşulları kolaylaştırılmış olup çalışmada kısa çalışma ve ücretsiz izin uygulamalarından hangisine öncelik verilmesi gerektiği hususu tartışılmıştır. İşverenlerin öncelikle kısa çalışma başvurusu yapması ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanma hakkına sahip olan işçilerin ücretsiz izne çıkarılmaması isabetli gözükmesine karşın kısa çalışma uygulamasını işverenin işletmesel karar hakkı bağlamında değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda hiçbir işverene zorla kısa çalışma uygulaması yaptırılamaz. Bunun yanı sıra kanunda da ücretsiz izin uygulamasından önce kısa çalışma başvurusunda bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır.

İşveren işçilere yönetim hakkı çerçevesinde yıllık ücretli izinlerini kullanabilir. İşçinin birikmiş izinleri varsa işveren bu izinlerin tamamını kullanırdır. Bu hususta işçinin rızası aranmaz. Salgın döneminde pek çok işyeri işçilere yıllık ücretli

133 <https://www.pwc.com.tr/Hizmetlerimiz/sosyal-guvenlik/bultenler/2020/covid-19-ozelinde-isveren-bilgilendirme-rehberi.pdf>

izinlerini avans olarak kullandırmıştır. Ancak hukukumuzda avans izin uygulaması yoktur. İşçinin avans olarak yıllık iznini önceden kullanması ve işçinin bir sonraki yıl yıllık izin hakkını kullanmaması hem dinlenme hakkının ihlalini oluşturacak hem de yıllık ücretli iznin mantığı ile bağdaşmayacaktır. İşveren işçilerin sağlığını korumak amacıyla ücretli izin ya da toplu izin de kullandırabilmektedir.

Bu süreçte bazı işyerleri idari kararlar kapatılmıştır. İşyerlerinin idari kararlar kapatılarak geçici süreliğine faaliyetinin durdurulması İş Kanunu'nun 24/III maddesi anlamında zorlayıcı sebep niteliğindedir. Yine bu süreçte bazı işçiler kendisinde Covid-19 şüphesi olmasa dahi, yakınlarının enfekte olması ya da bulaş riski nedeniyle karantinaya alınmış ve işyerine gidememiştir. Bu durum da İş Kanunu'nun 25 inci maddesi çerçevesinde zorlayıcı sebep sayılmaktadır. Ancak işçinin görevli olarak yurtdışına gitmesi sonrası döndüğünde karantinaya alınması zorlayıcı sebep sayılmamalı, işçi ücretini tam olarak alabilmelidir. Nitekim bu durumda işçi işverenin talimatı ile iş görme borcunun ifası çerçevesinde yurtdışına seyahat etmiştir. Edimin ifa edilememesi işçinin kendisinden kaynaklanmamaktadır.

Mevsimlik iş sözleşmelerinin durumu da tartışma konusu olmuştur. Sezonun başlaması gereken tarihte o işyeri Covid-19 nedeniyle halen faal durumda değilse, işverenin işçiyi işe başlatamaması nedeniyle iş sözleşmesinin askı hali devam edecektir.

Salgın sürecinde hafta sonları ve belli yaş grubundaki kişiler ile kronik hastalar için sokağa çıkma yasakları uygulanmış ve uygulanmaya devam etmektedir. Sokağa çıkma yasağı, dışardan gelen, öngörülme, kaçınılmayan ve kusuru ortadan kaldıran bir zorlayıcı sebeptir. Sebebi ne olursa olsun genel sokağa çıkma yasağı iş sözleşmesinin her iki tarafı açısından zorlayıcı sebep etkisi meydana getirir. Sokağa çıkma yasakları, bu yasak kapsamındaki için geçici ifa imkânsızlığına yol açar. İş Kanunu'nun 40 inci maddesi uyarınca zorlayıcı sebeple ifa ya da ifayı kabul imkânsızlığı

halinde, bir haftaya kadar çalışılmayan süre için işçiye yarım ücret ödenmesi gerekir.

Salgın sürecinde bazı işyerlerinde faaliyet geçici ya da sürekli olarak durdurulmuş olmasına karşın, bazı işyerlerinde faaliyet kesintisiz devam etmektedir. Üretimi sürdüren işverenler de bu süreçte çalışanların iş sağlığı ve güvenliği korumak için gereken tedbirleri en üst düzeyde almalıdır. Bu bağlamda işveren işçiyi gözetme borcu kapsamında işçileri uzaktan çalıştırabilir. Amaç iş sağlığı ve güvenliğini korumak olduğu için, çalışma koşullarında başka bir değişiklik olmaması koşuluyla, bu durum İş Kanunu'nun 22 nci maddesi kapsamında değerlendirilmez. İş Kanunu'nun 22 nci maddesi çerçevesinde işçilerin yazılı onayı ile kısmi çalışma ya da vardiyalı çalışmaya geçirilmesi de mümkündür.

Covid-19 sebebiyle 25 Mart 2020 tarihinde 7226 sayılı Kanunla kısa çalışma alanında ödeneye hak kazanmayı kolaylaştırıcı geçici düzenlemeler yapılmıştır. Kısa çalışma kanunun özel hükmü ile düzenlenmiş olup, işgücü piyasasının ve istihdamın devamlılığı amacıyla getirildiği için İş Kanunu'nun 22 nci maddesi kapsamında değerlendirilmemektedir. Kısa çalışma halinde İşsizlik Sigortası Fonu'ndan kısa çalışma ödeneği ödenir. Kanaatimizce işverenin kısa çalışma ile işçinin gelir kaybı olduğu için kısa çalışma ödeneği ile işçiye normal şartlarda ödenen ücret arasındaki farkın sosyal yardım adı altında bir ödeme ile tamamlaması mümkündür. Kısa çalışma esnasında yıllık ücretli izin kullanılıp kullanılmayacağı da tartışılmakla birlikte kısa çalışma ve yıllık ücretli izin uygulamasının iç içe geçmesi mümkün değildir. Nitekim kısa çalışma ile iş ilişkisi askıya alınmaktadır ve askı süresinde işçinin iş görme borcu olmadığı için yıllık ücretli iznin kullanımından da söz edilemeyecektir.

Ülkemizde küresel düzeydeki salgınla mücadele konusunda pek çok önleyici tedbir alınmış olup, çalışma hayatında da istihdamı koruyucu ve kolaylaştırıcı bazı geçici düzenlemeler yapılmıştır. Salgın kontrol altında tutulmakta olup, önümüzdeki dönemde de vaka sayılarına bağlı

olarak yeni tedbirlerin alınabileceği ve/veya bazı kısıtlamaların kaldırılabilmesi düşünülmektedir. Bu çerçevede çalışanların ve işverenlerin alınan tedbirlere uyması, faaliyetine devam eden işyerlerinde maskeyle dolaşılması, sosyal mesafeye ve hijyene dikkat edilmesi önem arz etmektedir. Son olarak Covid-19 sürecinde çalışma hayatında salgın durumlarına ilişkin bir düzenleme olmadığı görülmüş ve ivedi olarak geçici düzenlemeler yapılmıştır. Tabii ki bu süreçten hem işçiler hem işverenler etkilenmekte ve uygulamada pek çok konu tartışılmaktadır. Zaman içinde öğretici görüşleri ve yargı kararları ile bu sorular cevap bulacaktır. Bu noktada önemli olan istihdamın devamlılığının sağlanması ve salgından işveren ve işçilerin asgari düzeyde etkilenmesidir.

KAYNAKÇA

- Akın Levent, Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri, Çimento İşveren, Mayıs 2020.
- Akyiğit Ercan, Kısa Çalışma, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S.1-2, Ağustos-Kasım 2004 (Kısa Çalışma).
- Akyiğit Ercan, Telafi Çalışması, TÜHİS, Şubat, 2005.
- Alp Mustafa, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul, 2011.
- Alpagut Gülsevil, Pandemi Sürecinde İş Hukuku, <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4P-HUpivk>.
- Astarlı Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008.
- Astarlı Muhittin, Telafi Çalışması, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Yayın Sayısı: 7, 2008.
- Baloğlu Cem, Koronavirüsle (Kovid-19) İlgili Bir "Kısa Çalışma" ve İki Öneri, <http://www.alomaliye.com/2020/03/30/koronavirus-kisa-calisma/>.
- Başterzi Süleyman, Pandemi Sürecinde İş Hukuku, <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4P-HUpivk>.
- Baycık Gaye, Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkileri, <http://gayebaycık.av.tr/wp-content/uploads/2020/04/CORONA-VI%CC%87RU%C-C%88S-SALGINININ-I%CC%87S%CC%A7-I%C-C%87LI%CC%87S%CC%A7KI%CC%87LERI%C-C%87NE-ETKI%CC%87LERI%CC%87.pdf>.
- Canbolat Talat, Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkisi, <https://www.youtube.com/watch?v=EJnQea2zmVk>.
- Caniklioğlu Nurşen, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005. (Kısa Çalışma).
- Caniklioğlu Nurşen, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası Semineri, 21-25 Eylül 2005, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını.
- Çelik Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul 2017.
- Çetinkaya Tuba Kayalı, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, file:///C:/Users/AB137690/Downloads/K__sa%20__al____ma%20ve%20K__sa%20__al____ma%20__dene__i[%23374529]-398219.pdf.
- Çevik Seda Öktem, İşverenin İş Kazalarından Doğan Sorumluluğu, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Yayın Sayısı 5, <https://legalbank.net/belge/isveren-in-is-kazalarindan-dogan-sorumlulugu/824887/%22m%c3%-bccbir+sebeb%22>.
- Çil Şahin, 7244 Sayılı Kanunun İş Hukukuna Etkileri ve Zorlayıcı Nedenler
- <https://www.youtube.com/watch?v=b-EhknZeaAI>
- Ekmekçi Ömer, 4857 Sayılı İş Kanununda Telafi Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri, Çimento İşveren Dergisi, Kasım 2005.
- Ekonomi Münir, Telafi Çalışması, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/4.
- Emrağ Seda Güneş, 4857 Sayılı İş Kanununun Değişik 14. Maddesi Işığında Tele Çalışma, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku

- Dergisi, Yayın Sayısı: 51, Cilt: 13, 2016. <https://legalbank.net/belge/4857-sayili-is-kanununun-degisik-14-maddesi-isiginda-tele-calisma/3382823/%22uzaktan+%c3%a7al%c4%b1%c5%9fma%22>
- <https://legalbank.net/belge/telafi-calismasi/824898/%22k%c4%b1sa+%c3%a7al%c4%b1%c5%9fma%22>.
 - Endes Nurtaç, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, <http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/14619/377663.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
 - Eren Fikret, Borçlar Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2019.
 - Eyrenci Öner, 4857 sayılı İş Kanununda Telafi Çalışmaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007.
 - Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/ Ulucan Devrim, İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2019.
 - Fuhlrott Michael / Fischer Katharina, Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, beck-online.beck.de
 - Gümrükçüoğlu Yeliz Bozkurt, <https://www.sabah.com.tr/memurlar/haberler/2020/04/20/isverenler-kisa-calisma-odenegi-yerine-keyfi-olarak-ucretsiz-izne-basvuramaz>.
 - Günther Jens/ Böglmüller Matthias, COVID-19-Pandemie und Home-Office, ArbRAktuell 2020, beck-online.beck.de.
 - Kar Bektaş, Zorlayıcı Nedenlerin İş Hukukuna Etkisi, <https://www.youtube.com/watch?v=TsK3rEadV8A>.
 - Kartal İrem/Köse Tuba, İşYerinde Çalışmanın Durdurularak Kısa Çalışma Ödeneğine Geçiş Yapılması Hallerinde İşveren İşçinin Ücretini Tamamlayabilir mi? <https://lexist.com.tr/blog/2020/04/10/is-yerinde-calismanin-durdurularak-kisa-calisma-odenegine-gecis-yapilmasi-hallerinde-isveren-iscinin-ucretini-tamamlayabilir-mi/>
 - Kayırgan Hasan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, İstanbul 2019.
 - Keser Hakan, Korona Virüs (Covid-19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme, Legal İHSGHD, C.17, S.65, 2020.
 - Kılıç Cem, İşverenler ve Çalışanlar Açısından Kısa Çalışma Hakkında Her Şey, 8 Nisan 2020, <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/cem-kilic/isverenler-ve-calisanlar-acisinden-kisa-calisma-hakkinda-her-sey-6183766>.
 - Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku, Genişletilmiş 21. Bası, Ankara 2017.
 - Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
 - Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2014.
 - Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 16. Baskı, C.1, İstanbul 2018.
 - Okur Zeki, Pandemi Sürecinde İş Hukukunda Güncel Sorunlar <https://www.youtube.com/watch?v=EkbFLVW6Rmo>.
 - Oyuktaş Tuba/Bayraktar Tuğba, Sokağa Çıkma Yasağı Nedeni ile Çalışılmayan Günlerde Yıllık İzin Uygulaması ve Telafi Çalışması, <https://lexist.com.tr/blog/2020/04/27/sokaga-cikma-yasagi-nedeni-ile-calisilmayan-gunlerde-yillik-izin-uygulaması-ve-telafi-calismasi/>.
 - Savaş F. Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.
 - Schwede Joachim, Homeoffice wegen Covid-19 –Arbeitsschutzrechtliche Erwägungen, ArbRAktuell 2020, beck-online.beck.de.
 - Seçkin M. İhsan, Çalışma Ekonomisi ve İş Hukuku Açısından Kısa Çalışma, İstanbul 2015, <https://legal.com.tr/Book/7tv-N1mv9kGC7ILZQbmh3A/78f99015af044797802d9daaaa60309f?s=m%-c3%bccbir+sebeb>.
 - Songu Sezgi Öktem/Birben Erhan, Çalışılmayan Cumartesi Günü telafi Çalışması Yaptırılması Mümkün Müdür? <https://legalbank.net/pdf/b4546c1da3612a2f30e9ccb888caaf1b>.
 - Sümer Haluk Hadi, İş Hukuku, 24.Baskı, Ankara 2019.

- Süzek Sarper İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019 (İş Hukuku)
- Süzek Sarper, Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, C.1, S.1, Mart 2006, <https://www.tisk.org.tr/yayin/Akademi-Mart-2006.pdf>.
- Süzek Sarper, İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, <https://legalbank.net/pdf/81843b10942cbbc2214648e2a60173c9>. (Ücretsiz İzin).
- Süzek Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989. (Askı).
- Thilo Emile, "Laesi O Enormis,, ve "Clausul A Rebus Sic Stantibus,, İle Bir Para Borcunda Mücbir Sebep Hakkında Not. (çev. Bülent N. Esen), <http://static.dergipark.org.tr/article-download/imported/1023005635/1023005171.pdf?>.
- Uşan Fatih, 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz9ozel/fusan.pdf>.
- Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukuku, 1-2, çev. Cevat Edege, Ankara 1983.
- Yenisey Kübra Doğan, Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005, Bodrum.
- Yuvalı Ertuğrul, İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Kamu-İş, C:12, S:3/2012.
- <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Pandemi>
- <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/40969/isyerlerinde-koronaviruse-covid-19-karsi-alinmasi-gereken-onlemler.pdf>
- <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/haberler/bakan-selcuk-81-ilde-yeni-tip-koronavirus-ile-mucadelede-mevcut-tedbirlerimizin-sahadaki-etkinligini-daha-da-artirmak-icin-yeni-tedbirlerimizin-de-yer-aldigi-genelgemizi-gonderdik/>
- <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>
- <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-coronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderdi>
- <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi>
- <https://www.icisleri.gov.tr/bakanligimiz-81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-bir-genelge-daha-gonderdi>
- <https://www.icisleri.gov.tr/sokaga-cikma-yasagi-bulunan-18---20-yas-arasindaki-genclerle-ilgili-istisnalar>
- <https://www.iskur.gov.tr/isveren/kisa-calisma-odeneği/basvuru-icin-gerekli-belgeler-ve-il-iletisim-adresleri/>
- <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2007-16205-k-2008-10253-t-25-04-2008>.
- <https://www.pwc.com.tr/tr/Hizmetlerimiz/sosyal-guvenlik/bultenler/2020/covid-19-ozelinde-isveren-bilgilendirme-rehberi.pdf>
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss170.pdf>
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss213.pdf>
- <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>
- <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.

İşçi Alacakları Bakımından İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı

Öz

İşçinin alacağı için takip neticesinde işverenin yaptığı itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında işverenin icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi için alacağın likit olması gerekmektedir. Likit bir alacak; miktarı belirli ya da borçlu tarafından hesaplanmak suretiyle belirlenebilir olan ve bunun için mahkeme kararına gerek göstermeyen alacaktır. Bununla

birlikte işçi alacaklarının her halükârda likit olduğu söylenemez. İcra inkâr tazminatının sözü konusu olması bakımından işverenin itirazının "haksız" olması gerekmektedir. İşverenin haksızlığının belirlenmesinde likit alacak kriterinin yanında Medeni Kanun'un ikinci maddesindeki dürüstlük kuralından da yardımcı kriter olarak yararlanılabilir.

Anahtar Sözcükler:

İtirazın iptali davası, likit alacak, icra inkâr tazminatı.

The Action for Annulment of Objection and Execution Denial Compensation in Terms of Employee Receivables

Abstract

The receivable must be liquid for the employer to be sentenced to execution denial compensation in the action for annulment of objection which filed upon employer's objection against execution proceeding which was commenced for employee's receivable. A liquid receivable is a certain or determinable amount which can be determined by the calculation of the debtor and does not require a

court decision. However, worker's receivables cannot be said to be liquid in every case. For execution denial compensation, the employer's objection must be "unfair". In the determination of the unfairness of the employer, in addition to the criteria of liquid receivables, the fairness rule in the second article of the Civil Code can be used as an auxiliary criterion.

Keywords:

The action for annulment of objection, liquid receivable, execution denial compensation.

*Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı- eyuvali@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7272-0897

I. Genel Olarak İtirazın İptali Davası

Borç ilişkilerinde borçlu borcunu zamanında ve alacaklı ile anlaşıkırları biçimde ifa etmez ise alacaklı, dava ve takip yoluna başvurarak alacağını elde etmeye çalışacaktır¹. Bu durumunda borçlu alacaklının yaptığı takibe karşılık İİK. md. 62 vd. hükümleri çerçevesinde bu takibe itiraz edebilir. Alacaklının bu itirazı bertaraf etmesi, başka bir ifadeyle hükümden düşürebilmesinin iki yolu mevcuttur². Bunlardan ilki genel mahkemede açılacak olan itirazın iptali davası iken, diğeri ise icra mahkemesinde itirazın kaldırılmasının istenmesidir³.

İcra Mahkemesinden itirazın kaldırılmasının istenebilmesi ancak alacaklının elinde İİK md. 68 anlamında belge⁴ bulunması halinde mümkündür. Nitekim elinde bu türden belge bulunan bir alacaklı itirazın kaldırılması isteyebileceği gibi, itirazın iptali davası da açabilecektir. Buna karşılık elinde İİK md. 68 anlamında bir belge bulunmayan alacaklının başvurabileceği tek yol itirazın iptali davası açmak olacaktır⁵. Başka bir deyişle itirazın iptali davası her durumda açılabilirken itirazın kaldırılması ancak alacaklının elinde İİK. md. 68 anlamında belge bulunmasına bağlıdır. Bununla birlikte itirazın iptali davası açma yolunu tercih eden alacaklı artık icra mahkemesine başvurarak itirazın kesin olarak kaldırılmasını istemez⁶. Buna mukabil itirazın kaldırılması yönünde

talepte bulunan ve bu talebi reddedilen alacaklı itirazın iptali davası açabilir⁷.

İtirazın iptali davasının hukuki niteliği hususu gerek doktrin gerek uygulamada tartışmalıdır. Nitekim doktrinde bu davanın bir eda davası, tespit davası ve icra hukukuna özgü bir dava olduğu yönünde görüşler mevcuttur⁸. Yüksek Mahkeme'nin de itirazın iptali davasının hukuki niteliği noktasında kararlarının istikrar göstermediğini belirtmekle birlikte ağırlıklı olarak bu davanın bir tespit davası niteliğinde olduğu yönünde içtihat oluşturduğu ifade edilmelidir. Nitekim Yüksek Mahkeme; itirazın iptali davası neticesinde mahkemenin sadece itirazın iptaline karar verebileceği ve alacağın tahsiline karar veremeyeceği görüşündedir⁹.

talı Davası, Doktora Tezi, Ankara 2010, s. 28.; Kiraz, Taylan, Ö.; İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, Ankara 2007, s. 92.

- 7 "17.07.2003 tarihli ve 4949 sayılı Kanununun 15. maddesi ile değiştirilen İİK'nın 67/1. maddesinde "takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir." hükmü mevcut olup, eski kanun maddesinde yer alan "ve itirazın kaldırılması için merciie müracaat etmek istemeyen" ibareleri kanun metninden çıkarılmıştır. Anılan kanun değişikliği ile merciide itirazın kaldırılması için dava açan ve ancak davası reddedilen alacaklıya da itirazın iptali davası açma olanağı tanınmıştır. Davacı 4949 sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra 10.09.2004 tarihinde icra takibi yaptığına göre, merciie müracaat etmesine rağmen genel mahkemede de itirazın iptali davası açma hakkına sahiptir. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek işin esasına girilip hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır." (Yarg. 13. HD., 1.5.2006, E. 2006/2174, K. 2006/6885)
- 8 Söz konusu tartışmalar için bkz.: Yılmaz, Ejder: İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 599 vd.; Erdem, Murat; s. 8 vd.
- 9 "Davacı vekili, dava dilekçesinde alacağın tahsili ile birlikte takibin devamına karar verilmesini istemiştir. Mahkemece itirazın iptali yanında alacağın tahsiline de karar verilmiştir. Oysa ki; İLY'nun 67. maddesine göre açılan itirazın iptali davası açılış, biçim ve süreyle, doğrudan sonuçlar bakımından tahsil davasından farklıdır. İtirazın iptali davalarında mahkemece, itirazın iptaliyle yetinilecek istem varsa icra inkar tazminatına hükmedilecektir"; Yarg. 19. HD., 19.3.2004, E. 2003/4746, K.2004/3086.; aksi yönde; "Davacı alacaklı, dava dilekçesinde, borcun inkar edildiğinden, takibin durduğunu, bu nedenle alacağın tahsil edilemediğini etraflı şekilde açıkladıktan sonra, alacağın ödettirilmesi ile birlikte, icra inkar tazminatının tahsiline de karar verilmesini dava ve talep etmiştir. Bu

- 1 Özkan, Yönel; İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 3.
- 2 Pekcanitez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara 2012, s. 194.
- 3 Kuru, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 107.
- 4 İİK md. 68'e göre; "Talebine itiraz edilen alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye müstenitse, alacaklı itirazın kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını isteyebilir."
- 5 Pekcanitez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet; s. 194.
- 6 Üstündağ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 131.; Erdem, Murat; İcra ve İflas Hukukunda İtirazın İp-

II. İtirazın İptali Davasının Şartları

1) Geçerli Bir İcra Takibinin Bulunması

İtirazın iptali davası, icra takibi ile bağlantılı olduğundan, davalı aleyhine yapılmış geçerli bir icra takibi söz konusu olmadıkça, itirazın iptali davası açılmaz¹⁰. Başka bir ifadeyle yetkili icra dairesinde yapılmış usulüne uygun bir icra takibi söz konusu değilse, itirazın iptali davası açılmaz¹¹.

2) Borçlunun Geçerli Bir İtirazının Bulunması

Borçlu tarafından ödeme emrine itirazın süresi kaçırılmışsa^{12,13} veyahut süresinde itiraz edilmiş

olmakla birlikte yetkisiz veya görevsiz yere itiraz edildiği için takip kesinleşmişse veya takip, borçlunun itirazı nedeniyle değil de icra mahkemesinin kararıyla durdurulmuşsa bu gibi durumlarda itirazın iptali davası açmakta hukuki yarar bulunmayacaktır¹⁴.

3) Davanın Süresi İçinde Açılması

İtirazın iptali davası, itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıl içinde açılmalıdır (İİK. md. 67/1). Söz konusu bir yıllık süre, hak düşürücü süre niteliğindedir ve hâkim tarafından re'sen gözetilir¹⁵. Ancak süre bakımından iki durum özellik arz etmektedir. Nitekim İİK. md. 65'de düzenlenmiş olan gecikmiş itirazda ve İİK. md. 264'de düzenlenmiş olan ihtiyati hacizde itirazın iptali davası yedi gün içerisinde açılmazsa haciz veya ihtiyati haciz kalkar.

Yukarıda da ifade edildiği üzere bir yıllık dava açma süresinin başlangıcı, itirazın alacaklıya tebliğ tarihidir. Dolayısıyla; borçlunun itirazı, alacaklıya tebliğ edilmemişse, söz konusu bir yıllık süre işlemeye başlamayacaktır¹⁶. İtirazın iptali davasını borçlunun itirazının alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıl içinde açılması gerekirse de borçlu alacaklının itirazını daha önce öğrenmiş ise, bu tarihten itibaren bir yıl içinde itirazın iptali davası açılabilecektir¹⁷.

hali ile davanın, alacağın tespitini de kapsadığı tabiidir. Dava dilekçesinde, "İtirazın iptali veya kaldırılması" kelimeleri geçmese dahi, icra takibinin safahatından bahsedildikten sonra, icra inkar tazminatı da yer aldığına göre, alacağın varlığının ispatı suretiyle, itirazın iptali istemi, alacağın tahsili hakkındaki davanın kapsamı içinde bulunmaktadır. Bu itibarla, İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesindeki diğer şartların tahakkuku halinde ve harç noksanı bulunduğu takdirde bu da ikmal ettirilerek tazminata da karar verilmesi icap eder." (Yarg. HGK, 21.11.1979, 4-993/1378).

10 "İtirazın iptali davası itirazın hükümden düşürülmesi ana başlığı altında düzenlenmekte takip hukuku içinde ve takip talebiyle sıkı sıkıya bağlantılı ele alınmak gereken, sonucuyla takibin devamına etkili bir dava türü olarak karşımıza çıkmaktadır ve takip talepnamesinde dayanılan borç ve borcun sebebi ile bağlılık asıldır." (Yarg. HGK 3.5.2006, E. 2006/1-260, K. 2006/251).

11 Uyar, Talih; İtirazın İptali Davası ile Tahsil (Eda) Davası, Bilge Yayınevi, Ankara 2017, s. 14.

12 İİK. md. 62/1'e göre "İtiraz etmek isteyen borçlu, itirazını, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmeye mecburdur."

13 "Davacı, fener ve tahlisiye ücreti alacağından dolayı başlatılan icra takibine itirazın iptalini, takibin devamını, %40 icra inkar tazminatının tahsilini istemiştir. Davaya konu Beyoğlu 2.İcra Müdürlüğü'nün 2000/52 sayılı takip dosyasında yapılan incelemede, ödeme emrinin mümeyyiz davalıya 20.01.2000 tarihinde tebliğ edilmiş olmasına karşın, onun tarafından söz konusu takibe yedi günlük itiraz süresi geçtikten sonra, 28.1.2000 tarihli dilekçe ile itiraz edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, alacaklı davacının İİK'nun 67.maddesi uyarınca itirazın iptali davası açmasında hukuki yararı bulunmadığı gözetilerek, mümeyyiz davalı açısından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne

karar verilmesi doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenle bozulması gerekmiştir." (Yarg. 11. HD., 23.6.2003, E. 2003/1117, K. 2003/6719).

14 Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 2001, C. 1, s. 890.

15 Kuru, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, Üçüncü Baskı, C.1, İstanbul 1988, s. 291; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı 23. Baskı, Ankara 2009, s. 163.; Uyar, Talih; İcra Hukukunda İtiraz, 2.Bası, Manisa 1990, s. 836.

16 "...Somut olaya bakıldığında, borçlular yasal süresi içinde vekilleri aracılığıyla takibe, borca itiraz etmişler, ancak bu itiraz alacaklı vekiline tebliğ edilmediğinden İİK.nun 67. ve 68. maddelerinde belirtilen altı aylık ve bir yıllık hak düşürücü süreler işlemeye başlamamıştır. Bu sebeple İİK.nun 78. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında yazılı haciz talep müddeti başlamamış, haciz istemek hakkı da düşmemiştir." (Yarg. 12. HD., E. 2010/23896, K. 2011/4098).

17 Kuru, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, Üçüncü Baskı, C.1, İstanbul 1988, s. 260; aynı yönde: Yarg. 19. HD. 14.1.2003, E. 2003/ 8928, K. 2003/190.

İtirazın iptali davası, alacaklı tarafından, itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıllık süre geçtikten sonra açılmışsa itirazın iptali davası reddedilmelidir¹⁸. Nitekim Yargıtay'a göre de "Bu bir yıl içinde de tahsil davası açılabileceği gibi bir yıldan sonra da ve zamanaşımı süresi içinde (hatta zamanaşımı geçtikten sonra dahi) her zaman tahsil davası açılabilir. Bu bir yıl geçtikten sonra ise itirazın iptali davası açılmaz. Bu bir yılın geçip geçmediğini hâkim re'sen araştırarak ve bu süreden sonra açılmış itirazın iptali davası, süre geçmiş olması nedeniyle reddedilecektir. Süre geçtikten sonra açılmış itirazın iptali davasının HUMK'nun 74 üncü maddesine aykırı olarak tahsil davası olarak kabul ve rüyeti mümkün değildir."¹⁹

Buna karşılık diğer bir görüşe göre itirazın iptali davası, alacaklı tarafından, itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıllık süre geçtikten sonra açılmışsa dava "tahsil davası" olarak kabul edilerek dava neticesinde davacı haklı bulunursa "alacağın tahsiline" karar verilmelidir²⁰.

III. İtirazın İptali Davasında Yargılama Usulü

İtirazın iptali davası, yargılama usulü bakımından genel hükümlere, başka bir ifadeyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabidir. Nitekim İİK'nun 67. maddesinin ilk fıkrası hükmünce takip talebi-

ne itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir.

İtirazın iptali davasında görevli mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1-5. madde hükümlerince belirlenir. Görevli mahkemenin tespitinde asıl alacak dikkate alınırken; faiz, icra tazminatı ve giderler hesaba katılmaz.

İtirazın iptali davası, özel mahkemelerin görevine girmekte ise, bu davanın söz konusu mahkemelerde açılması gerekir²¹. Nitekim takip konusu alacak iş mahkemesinin görevine girmekte ise, itirazın iptali davası, iş mahkemesinde, iş mahkemesi bulunmayan yerlerde ise iş mahkemesi sıfatıyla o yerdeki asliye hukuk mahkemesinde açılır (İMK. md. 2/III)²². Zira işçi; ücret alacağı, ihbar ve/veya kıdem tazminatı gibi işçilik alacaklarına karşılık işverene karşı dava açmak zorunda olmayıp ilamsız takip yoluna başvurmuş olabilir. Bu durumda işveren, işçinin takibine itiraz edecek olursa, alacaklı işçi, icra mahkemesinde söz konusu itirazın kaldırılması yoluna gidebileceği gibi, elinde İİK'nun 68. maddesinde belirtilen belgelerden biri yoksa iş mahkemelerinde itirazın iptali davasını da açabilir²³. Bunun gibi Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kalan uyuşmazlıklar bakımından tüketici mahkemeleri görevlidir.

İtirazın iptali davasının düzenlendiği İcra İflâs

18 Uyar, Talih; İtirazın İptali Davası, s. 19.

19 Yarg. 11. HD., 15.3.1988, E. 1988/7571, K. 1988/1612; Aynı yönde: "İİK'nun 67/1. maddesi hükmüne göre itirazın iptali davasının; itirazın davalıya tebliği tarihinden itibaren 1 sene içerisinde açılması gerekir. Davacı tarafından önce açılan davanın HUMK'nun 409. maddesi gereğince açılmamış sayılmasına karar verilmiş olmakla anılan dava hukuki sonuçları ile birlikte ortadan kalktığından ve bu davanın da 1 yıllık yasal süre geçtikten sonra açıldığı anlaşıldığından, itirazın iptali davası olarak görülmesi olanaksız ise de, Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da gözetilerek alacak davası olarak görülüp sonuçlandırılması gerektiği düşünülmeden yazılı şekilde reddinde isabet görülmemiştir....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir." (Yarg. HGK. 26.11.1997, E. 1997/19-761, K. 1997/999)

20 Muşul, Timuçin; icra ve İflâs Hukuku, C.I, 1. Bası, İstanbul 2001, s. 323.; Postacıoğlu, İlhan; İcra Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982, s. 182.

21 Uyar, Talih; İtirazın İptali Davası, s. 95.

22 Ocak, Uğur; İşçilik Alacakları, 2. Kitap, Gaziantep 2018, s. 987.

23 Deynekli, Adnan/Kısa, Sedat; "İtirazın iptali Davaları, 1. Bası, Ankara 1999, s. 123.; Postacıoğlu, İlhan; s. 181.; Muşul, Timuçin; s. 324.; aynı yönde: "İcra İflâs Kanunu'nun 67 nci maddesi hükmü açıktır. Bu madde hükmüne göre alacaklı, itirazını tebliğ tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak umumi hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir ve icra inkar tazminatı talebinde bulunabilir. Bunun için ayrıca alacağın tahsili isteminin açıklanmasına gerek yoktur. Olsa dahi isteğin içinde tahsil isteğinin de varlığını kabul etmek gerekir. Alacağı tahsil etmek hakkı bu maddenin son fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir. Davanın, itirazın tebliğ tarihinden itibaren bir sene içinde açıldığının anlaşılmasına göre, 67/1 inci fıkrası hükmünce davaya bakılarak işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekir." (Yarg. 9. HD., 16.2.1987, E. 1987/1370, K. 1987/1743)

Kanunu'nun 67.nci maddesinde, itirazın iptali davası için özel bir yetki kuralı öngörülmediğinden, bu davada yetkili mahkeme genel hükümlere (HMK. md. 5-19) göre belirlenir²⁴. Buna göre; itirazın iptali davası; açıldığı tarihte borçlunun Türk Kanunu Medenisi gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür (HMK md. 6). Davalının ikametgâhı belli değilse, davaya Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılır. Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır (HUMK. md. 7/1).

İtirazın iptali davası sözleşmeden kaynaklanan bir alaktan kaynaklanıyorsa, dava sözleşmenin ifa yeri mahkemesinde de açılabilir (HMK. md. 10). İtirazın iptali davası, haksız fiilden kaynaklanıyorsa, haksız fiilin vuku bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir (HMK md. 16).

HMK md. 14 hükmü itibariyle, itirazın iptali davası, karşı dava olarak açılmışsa, asıl davanın açılmış olduğu mahkeme itirazı iptali davasına da bakmaya yetkilidir. İtirazın iptali davasında mahkemenin yetkisi, kamu düzenine ilişkin değildir ve dolayısıyla taraflar yetki sözleşmesi de yapabilirler (HMK md. 17).

İtirazın iptali davasında borçlu, ödeme emrine

24 "İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde yetkili icra dairesi İİK.nun 50. maddesinde öngörülen genel yetkili icra dairesi veya gayrimenkulün bulunduğu yer icra dairesidir. Bu durumda, kesin yetkili mahkemenin, ipotekli taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olduğu söylenemeyeceğinden ve itirazın iptali yönünden özel bir yetki kuralı getirilmediğinden, genel hükümlere göre yetkili mahkeme belirlenecektir. İcra Dairesinin yetkisine itiraz edilmemesi o yerdeki mahkemeyi itirazın iptali davası yönünden yetkili hale getirmez. Mahkemenin ve icra dairesinin yetkisine itiraz bulunmadığından ve bu uyumsuzluk yönünden yetki kamu düzeninden olmadığından yetki yönü mahkeme res'en dikkate alınamaz. Bu yönler gözetilerek mahkemece işin esasının incelenip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle yetkisizlik kararı verilmesinde isabet görülmemiştir." (Yarg. 19. HD., 16.4.2001, E. 2001/2193, K. 2001/2927).

itiraz ederken bildirmiş olduğu itiraz sebepleri ile bağlı bulunmamaktadır²⁵. Dolayısıyla borçlu kendisine karşı açılmış olan itirazın iptali davasında önceden ileri sürmediği itiraz sebeplerini de ileri sürebilecektir²⁶. Bununla birlikte cevap dilekçesi ve ikinci cevap dilekçesinde bildirdiği savunmaları genişletir veya değiştirirse savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı söz konusu olabilecektir.

İtirazın iptali davasında mahkeme, normal bir alacak davasında olduğu gibi tarafların iddia ve savunmalarını genel hükümlere göre değerlendirir ve borçlunun borçlu olup olmadığını araştırır. Mahkeme genel hükümler itibariyle inceleme yapılacağından tarafların ileri süreceği delilleri de genel hükümlere göre değerlendirecektir. Dolayısıyla alacaklı yukarıda bahsi geçen İİK. md. 6'de sayılan belgelerle sınırlı olmaksızın alacağını her türlü delille ispat edebilir²⁷.

Alacaklı, itirazın iptali davasını ıslah ederek genel hükümler itibariyle bir alacak davasına dönüştürebilir²⁸. Nitekim İtirazın iptali davasında

25 Pekcanitez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özkes, Muhammet; s. 151.

26 Örnek olarak bkz.: "Borçlu, itirazın iptali davasında icra takibine itirazında bildirdiği sebeplerle bağlı olmayıp, bütün savunma sebeplerini ileri sürebilir. Borçlunun borca itiraz etmesi üzerine, alacaklı İİK.nun 67. maddesi uyarınca itirazın iptali davası açmış ise, borçlu, icra dairesine yaptığı itirazında zamanaşımını bildirmemiş olsa bile, itirazın iptali davasında (esasa cevap süresi içinde) takip ve davaya konu borcun zamanaşımına uğramış olduğunu ileri sürebilir. Davalı vekili, cevap dilekçesinde zamanaşımı definde bulunmuş olup, mahkemece bu konuda olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiştir. Bu itibarla, mahkemece davanın niteliği ve taraflar arasındaki hukuki ilişki belirlenmek suretiyle, davalının zamanaşımı savunması üzerine durularak, öncelikle bu konuda bir karar verilmesi gerekirken, zamanaşımı definin incelenmemiş olması hatalı olmuş, kararın bu sebeple davalı yararına bozulması gerekmiştir." (Yarg. 11. HD., E. 2015/11939, K. 2015/102).

27 Pekcanitez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özkes, Muhammet; s. 153.

28 "Davacı vekili, müvekkili tarafından davalıya satılıp teslim edilen faturalı ve sevk irsaliyeli mal bedellerinin tahsili için başlatılan icra takibinin itiraz sonucu durduğunu belirterek itirazın iptaline, yüzde 40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davacı vekili, 15.2.2005 tarihli ıslah dilekçesi ile davayı alacak davasına dönüştürerek, 14.412.250.000.TL'nin 13.9.2000 tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte tahsilini talep etmiştir.

dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması mümkün olup, arttırılan kısım yönünden alacak davası olarak hüküm kurulmalıdır. Davaya konu miktarın ıslah yoluyla arttırılması itirazın iptali davasının niteliğini değiştirmez ve tamamını alacak davasına dönüştürmez²⁹.

IV. İtirazın İptali Davasında Karar ve Sonuçları

İtirazın iptali davasının genel mahkemelerce yapılan yargılaması neticesinde red veya kabul şeklinde iki tür karar verilebilir³⁰.

1) Davanın Reddi

Mahkeme, alacaklının takip konusu alacağın mevcut olmadığı kanaatine varırsa, itirazın iptali davasını reddeder. Aynı şekilde mahkeme alacağın zamanaşımına uğramış olduğunu tespit ederse itirazın iptali davası reddedilir³¹. Belirtelim ki; zamanaşımına uğramış alacak nedeniyle davanın reddine karar verilecekse, zamanaşımının mahkemede de ileri sürülmüş olup olmadığına dikkat edilmelidir.

İtirazın iptali davasının reddi ile birlikte takip konusu alacağın bulunmadığı tespit edilmiş olur ve söz konusu karar kesin hüküm teşkil eder. HMK md. 303 hükmü itibariyle alacaklı borçluya karşı, aynı alacağa dayanarak, yeni bir alacak davası açamaz³².

İtirazın iptali davası neticesinde takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, kötüniyet tazminatına mahkûm edilir (İİK. md. 67/II). Görüldüğü üzere söz konusu tazminata mahkûm edilebilmesi için alacaklının takipte hem haksız hem de kötü niyetli olması gerekmektedir³³. Ayrıca davanın reddi ile birlikte yargılama giderlerinin davacıdan tahsiline ve davalının vekili mevcutsa davalı yararına nisbi vekalet ücretine de hükmedilir³⁴.

2) Davanın Kabulü

Mahkeme yapılan yargılamaya neticesinde davacı haklı, davalı haksız bulunmuş ise, borçlunun itirazının iptali yönünde karar alınır³⁵. Davanın kabulünün iki önemli neticesi mevcuttur. Bunlar; takibin devamı ve icra inkâr tazminatıdır.

a. İtiraz ile Durmuş Olan Takibe Devam Edilmesi

Mahkeme kararıyla borçlunun itirazı iptal edilmiş olduğundan alacaklı, icra dairesine başvurarak takibe devam edilmesi ve haciz yapılmasını isteyebilir³⁶. Söz konusu talep bakımından ödeme

Davalı vekili, Üsküdar İcra Daireleri ve mahkemelerinin yetkili olduğunu, davacıya borçlu bulunmadıklarını ve mal teslim almadıklarını bildirerek, davanın reddine ve yüzde 40 tazminata karar verilmesini istemiştir. Mahkeme toplanan delillere göre mahkemenin yetki çevresi içindeki icra dairelerinde usulüne uygun yapılmış icra takibi bulunmadığından davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dava, itirazın iptali talebine ilişkin olarak açılmışsa da, davacı vekili 15.2.2005 tarihli dilekçesi ile alacak davasına dönüştürmüştür." (Yarg. 19. HD., 1.2.2006, E. 2006/10973, K.2006/742).

29 Yargıtay 9. HD., 13.10.2009, E. 2008/20967, K. 2009/26802.

30 Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı 23. Baskı, Ankara 2009, s. 165.

31 Özkan, Yönel; s. 178.

32 Deynekli, Adnan/Kısa, Sedat; s. 171.; Muşul, Timuçin; s. 349.

33 Pekcanitez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet; s. 155.; Aynı yönde: "Şu yönün de önemle belirtilmesinde yarar vardır: İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenen ve uygulamada "kötüniyet tazminatı" olarak adlandırılan gelen tazminat türü, sadece ve ancak yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde takibe girişmekte kötüniyetli bulunduğu borçlu tarafından açıkça kanıtlanmış olan ya da öyle olduğu ayrıca kanıtlanmasına gerek bulunmaksızın dosya kapsamından açıkça anlaşılabilen alacaklıya yönelik bir yaptırım niteliğindedir. Alacağının varlığına maddi hukuk kuralları çerçevesinde inanarak icra takibine girişen, ancak bunu usul hukuku kurallarına uygun şekilde kanıtlayamadığı için itirazın iptali istemi reddedilen bir alacaklı, İİK.nun 67. maddesi anlamında "haksız" ise de, kötüniyetli olarak kabul edilebilmesine ve dolayısıyla, bu iki koşulun birlikte gerçekleşmesini açıkça şart koşan söz konusu hüküm çerçevesinde tazminatla sorumlu tutulmasına hukuken olanak yoktur." (Yarg. HGK. 10.4.2002, 19-282/299).

34 Özkan, Yönel; s. 178.

35 Berkin, Necmeddin M.; Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 422., Uyar, Talih; s.280.

36 Nitekim İİK. md. 78'e göre; "Ödeme emrindeki müddet

emrinin tebliği ile başlayan ve itirazın iptali ile duran bir yıllık süre dikkate alınmalıdır (İİK. md. 78/II).

b. İcra İnkâr Tazminatı³⁷

aa. Genel Olarak

Mahkemece itirazın iptali davası kabul edilirse, davacının dilekçesinde talep etmesi koşuluyla, davalı icra inkâr tazminatına mahkûm edilir³⁸. Nitekim İİK. md. 67/II'ye göre; borçlunun itirazının haksızlığına karar verirse borçlu, diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir. Söz konusu tazminat itirazın iptali davası dışında ayrı bir dava ile talep edilemez. Belirtelim ki; söz konusu talep, davanın esasına ilişkin taleplerden bağımsız, fer'i nitelikte bir taleptir³⁹.

İcra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için, alacaklı tarafından talep edilmiş olması şarttır (İİK. md. 67/II). Mahkeme, istem olmadan kendiliğinden icra inkâr tazminatına hükmedemez. Bununla birlikte alacaklı tarafından dava dilekçesinden sonra bu isteğin ileri sürülmesi halinde, iddia (ve savunmanın) genişletildiği itirazı ile karşılaşılma-dıkça icra inkâr tazminatına hükmedilebilir⁴⁰. Şu hâlde, Mahkeme, re'sen icra inkâr tazminatına hükmedemez⁴¹.

Alacaklı lehine icra inkâr tazminatına karar verilmesinin kabulünde kanun koyucu tarafından hedeflenen amaç; borçlunun borçlu olduğunu ve miktarını bildiği halde, borcunu inkâr ederek takibi uzatmasını önlemektir⁴². Bunun yanında borçlunun borçlu olduğunu bilerek itiraz etmek suretiyle icra daireleri ve mahkemelerinin boşuna meşgul etmesine engel olmak istenmektedir. 18.02.1965 tarihli ve 538 sayılı Kanun⁴³ ile öngörülen değişiklik sonucunda bu tazminata borçlu lehine de hükmedilmesi sağlanmıştır. Söz konusu değişikliğin amacı da, haksız ve kötü niyetle yapılacak icra takiplerinin önüne geçmektir.

İcra inkâr tazminatı teknik anlamda bir tazminat olmayıp, şartları tamamen icra hukukunda düzenlenen ve borçlulara karşı cebri icrayı daha etkili kılmak için konulmuş bir tür müeyyidedir. Dolayısıyla borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilebilmesi bakımından alacaklının zarara uğramış olması şart değildir⁴⁴.

İcra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için itirazın iptali davasının şartlarının oluşması gerekir ki bunlar; geçerli bir takip olması, süresi içinde geçerli bir itiraz olması ve süresi içinde itirazın iptali davasının açılmış olmasıdır⁴⁵. Bu genel şartlar yanında borçlunun ödeme emrine karşı yapmış olduğu itirazın haksız olması gereklidir. Buna mukabil borçlunun kötü niyetli olması şart değildir⁴⁶.

Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 693.

42 "İcra İflas Kanunu 67. maddesinin 2. fıkrası hükmünce, icra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için, borçlunun takip sırasında ödeme emrine itiraz etmesi ve alacaklının icra hakimliğine başvurmadan, alacağını mahkemede dava ederek haklı çıkması yasal koşullardandır. Borçlunun itirazının kötüniyetli olması ise yasal koşullardan değildir. İcra inkâr tazminatı, aleyhindeki icra takibine itiraz edilerek işin çabuk bitirilmesine engel olan borçluya karşı konulmuş bir yaptırımdır. Bunlardan başka, alacağın likit ve belli olması da gerekir." (Yarg. 13. HD., 6.7.2004, E. 2004/3627, K. 2004/10843)

43 Resmî Gazete: 06.03.1965 Sayı: 11946.

44 Sunar, Gülcan; s. 14.; Deyneklî, Adnan/Kısa, Sedat; s. 172-173.

45 Özkan, Yönel; s. 242.

46 "Davacı dava dilekçesinde inkâr tazminatı talebinde bulunmuş, davalı asıl alacağı kabul ettiğini bildirmiştir. İİK. 67/2 maddesi hükmüne göre icra inkâr tazminatına hükmedilmesi için borçlunun takip sırasında ödeme emrine itiraz etmesi ve alacaklının icra hakimliğine başvurmadan alacağını, mahkemede dava ederek, haklı çık-

geçtikten ve borçlu itiraz etmiş ise itirazı kaldırıldıktan sonra mal beyanını beklemezsizin alacaklı haciz konmasını isteyebilir."

37 Hukukumuzda icra inkâr tazminatı ilk defa 16.3.1928 tarihli ve 1215 sayılı Kanunda öngörülmüştür. Akabinde 1929 yılında İsviçre İcra ve İflâs Kanunu iktibas edildiğinde 1215 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmışsa da icra inkâr tazminatı kurumu İcra ve İflâs Kanunu'na nakledilmiş ve günümüze değin mevcudiyetini korumuştur.

38 Pekcanitez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özkes, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, yetkin yayınları, Ankara 2014, s. 152.

39 Sunar, Gülcan: icra Hukukunda İcra Tazminatı, İstanbul 1995, s. 45.

40 "İİK.nun 67/2. maddesi hükmü gereğince inkâr tazminatına karar verilebilmesi için davacının inkâr tazminatını talep etmesi gerekir. Talep bulunmadığı halde HMK.nun 74. maddesi gözetilmeden davacı yararına inkâr tazminatını karar verilmesi yanlıştır." (Yarg. 19. HD. 15.6.1994, E. 1993/6338, K. 1994/6181)

41 Yılmaz, Ejder: "İcra Tazminatı", Haluk Konuralp Anısına

bb. İtirazın Haksız Olması

aaa. Genel Olarak

İcra inkâr tazminatına hükmedilmesi için borçlunun itirazının haksız olması gerekir⁴⁷. Belirtelim ki; alacaklının açmış olduğu itirazın iptali davasını kazanmış olması, borçlunun itirazının mutlaka haksız olduğu anlamına gelmez⁴⁸. Dolayısıyla itirazın ne zaman haklı ve ne zaman haksız sayılması gerektiğinin tespiti, bunun ölçülerinin tespiti gerekir.

Borçlunun itirazında haksız kabul edilmesi için takibe söz konusu alacağın likit olup olmadığının tespiti gereklidir⁴⁹. Likit bir alacak; miktarı belirli ya da borçlu tarafından hesaplanmak suretiyle belirlenebilir olan ve bunun için mahkeme kararına gerek göstermeyen alacaktır⁵⁰.

Borçlunun borcun miktarını bilmesi subjektif değil, objektif esaslara göre değerlendirilmelidir. Borçlunun itirazında kötü niyetli yahut iyi niyetli olup olmamasının bir önemi olmadığından borçlu ödeme emrine itiraz ederken iyi niyetli de olsa icra inkâr tazminatıyla karşılaşabilecektir. Buna karşılık İcra ve İflas Kanunu'nun 67. maddesinin 3. fıkrası hükmünce ödeme emrine itiraz eden borçlu olmayıp, borçlunun velisi, vasisi veya mirasçısı ise, asıl borç, bu kişilerin kendi fiillerinden doğan bir işlem olmadığından, borçlu aleyhine icra inkâr tazminatına karar verilebilmesi bu kişilerin kötü niyetli olarak itiraz ettiklerinin ispat edilmesi gerekir⁵¹. Bu durumda alacaklı, itiraz eden veli, vasi veya mirasçının, takip konusu borcun borçlusu olan miras bırakana, velayet veya vesayet altındaki kişiye ait olduğunu bilerek itiraz ettiğini veya bunu bilebilecek durumda olduğunu yahut bunu bilmemesinin kendi kusurundan ileri geldiğini yahut da gereken incelemeyi yapsaydı söz konusu borcu öğrenebilecek durumda olduğunu ispatlarsa, borçlu icra inkâr tazminatına mahkûm edilir.

Doktrinde, icra inkâr tazminatının hükmedilmesi bakımından likit alacak kriterinin yanında Medeni Kanun'un ikinci maddesindeki "dürüstlük kuralından yararlanılmasının daha doğru olacağı"

ması yasa gereğidir. Burada borçlunun kötüniyetli itiraz etmiş olması da yasal koşullardan değildir. İcra inkâr tazminatı, aleyhinde yapılan icra takibine itiraz eden ve işin çabuk bitirilmesine engel olan borçluya karşı konmuş bir yaptırımdır. Bunlardan ayrı, alacağın likit ve belli olması gerekir. Daha geniş bir açıklama ile borçlu tarafından alacağın gerçek miktarı belli, sabit veya belirlenmek için bütün unsurlar bilinmekte ise, yani borçlu yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tesbit edebilir durumda ise alacağın likit ve muayyen olduğunun kabulü zorunludur. Açıklanan hususlara göre mahkemece likit ve belli olan alacak yönünden davacı lehine inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile bu hususun reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedeni ise de, yapılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden HUMK. 438/7 maddesi gereği mahkeme kararının aşağıdaki şekilde düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir." (Yarg. 13. HD. 11.10.2001, E. 2001/7778, K. 2001/9046)

47 Akil, Cenk; "İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, Yıl 2012, s. 319.

48 Uyar, Talih; "Takip Hukukunda İtirazın İptali Davası", Yargıtay Dergisi 1985/3, s. 275.; Muşul, Timuçin; s. 344.

49 Pekcanitez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özkes, Muhammet; s. 206.

50 "İİK.nun 67. maddesi, alacaklının icra takibine karşı borçlunun yaptığı itirazın iptali ile İİK.nun 66. maddesine göre itiraz üzerine duran takibin devamını sağlamayı amaçlamaktadır. Takip hukukundan doğan bu davada tesbit edilecek husus, borçlunun icra takibine yapmış olduğu itirazında takip tarihi itibarı ile haklı olup olmadığının belirlenmesidir. İİK.m.62. maddesinin 2. fıkrasındaki icra inkâr tazminatının Kanuna konuluş amacı da borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya bu miktarı tayin edilecek durumda olan borçlunun, ödeme emrinin tebliği üzerine icrada borcunu inkâr etmesini önlemektir.

Genel hükümlere göre açılan alacak davalarında, davada haklılık durumu dava tarihi itibarı ile tesbit edilebilir ise de, Kanunundan kaynaklanan itirazın iptali davalarının sonuçları farklılık arz ettiğinden bu davalarda haklılık durumunun takip tarihi itibarı ile belirlenmesi gerekir. Borçlunun sonradan yaptığı ödemeler veya borcu kabul beyanı Mahkemenin yargılamayı devam ettirip davayı sonuçlandırılmasına, takibe yapılan itirazda haksızlık durumuna göre inkâr tazminatına hükmetmesine engel teşkil etmez. Ancak verilecek kararda, sonradan yapılan ödemelerin tahsilde tekkerrüre meydan verilmemesi kaydıyla infazda nazara alınması belirtilebileceğine ve delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir." (Yarg. HGK, E. 1996/19-391, K. 1996/671); Aynı yönde: Yılmaz, Ejder; "İcra İnkâr Tazminatı Açısından "Likid Alacak" Kavramı", Bankacılar Dergisi 2008/67, s. 85 vd.; Kuru, Baki; s. 111.; Pekcanitez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özkes, Muhammet; s. 155.

51 Akil, Cenk; "İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, Yıl 2012, s. 323.

ileri sürülmüştür⁵². Belirtelim ki; dürüstlük kuralı kriterinin kabul edilmesi ile "likit alacak" kıstası tümüyle göz ardı edilmiş de değildir. Buna göre; hâkim kararını verirken öncelikle öğretilen ege- men görüş konumundaki likit olan-olmayan ayırımı- ndan yararlanacaktır. Bununla birlikte likit alacak-likit olmayan alacak ayırımı- ndan bir sonuca varamazsa dürüstlük kuralına başvuracak ve artık bu aşamada alacağın likit olup olmamasıyla bağlı olmayacak, itirazın haksız olup olmadığını tespit edecektir.

bbb. İşçi Alacakları Bakımından Likit-Likit Olmayan Alacak Ayırımı

Yukarıda da ifade edildiği üzere likit bir alacak; miktarı belirli ya da borçlu tarafından hesaplan- mak suretiyle belirlenebilir olan ve bunun için mahkeme kararına gerek göstermeyen alacak- tır. Buna mukabil borç tarafların anlaşması veya mahkeme kararı ile belirlenebiliyorsa likit olma- dığı söylenmelidir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında⁵³ belirtildiği üzere, "ala- cağın gerçek miktarı belli ve sabit ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmekte veya bilinmesi gerekmekte ve böyle- ce, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesi mümkün ise başka bir ifadeyle, borçlu yalnız baş- şına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir dur- rumda ise" alacak likittir. Söz konusu kararda dile getirilen borcun "yalnız başına" tespiti hususu, alacağın ve miktarının borçlu tarafından bütün unsurları ile bilinebilir (hesap edilebilir) olması ve bu konuda alacağın tespiti için ayrıca yargılama yapılmasına gerek olmamanı ifade etmektedir⁵⁴. İcra inkâr tazminatına hükmedilebilmesi bakımın- dan Yargıtay da egemen görüşü benimsemekte ve likit olan-olmayan alacak ayırımını esas al- maktadır⁵⁵. Yine Yargıtay'a göre, işçi alacağın likit

olarak kabul edilmesi için belgeye bağlı olmasına gerek yoktur. Belirtelim ki; işçi alacağı likit olma- makla beraber taraflar kendi aralarında anlaşarak alacak miktarını belirlemişler ve buna rağmen iş- veren ödeme emrine itiraz etmişse mahkemenin icra inkâr tazminatına hükmetmesi gerekir. Nite- kim bu halde tarafların anlaşmasıyla likit olmayan alacak likit alacak haline gelmiştir⁵⁶.

Çalışmamızın sınırları çerçevesinde takip ve iti- raz konusu alacakların tümünün likit alacak olup olmadığını değerlendirmesi yapılmayacak, buna mukabil işçi alacakları bakımından bu husus ince- lenecektir. Yüksek Mahkeme'nin likit olarak kabul ettiği veyahut etmediği işçi alacakları aşağıda be- lirtilmiştir:

-Kıdem ve İhbar Tazminatı: İşçinin kıdem ve ihbar tazminatı alacağını Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından likit alacak olarak kabul edil- memiştir⁵⁷. Söz konusu karara ilişkin "Karşı Oy

mut itirazlarda bulunmuştur. Davacının açmış olduğu iti- razın iptali ve icranın devamı isteğini içeren bu davanın yargılaması sonucunda takip taleplerinde belirtilen, ihtarlardan daha az ve farklı rakamlar tespit edilmiş ol- ması alacakların likit olmadığını bir başka anlatımla yar- gılamayı gerektirdiğini göstermektedir. Bu itibarla icra inkâr tazminatı isteğinin reddine karar verilmesi gerekir- ken kabulü hatalıdır... gerekçesiyle bozularak dosya ye- rine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonun- da, mahkemece önceki kararda direnilmiştir." (Yarg. HGK, 30.1.2002, E. 2002/9-4, K. 2002/29); Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz.: Özkan, Yönel; s. 246-247.

56 "...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerekçesiyle ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve tazminat alacağı likit alacak niteliği- ni haiz değilse ise de, davadan önce taraflar ödenecek tazminat miktarı konusunda anlaşmış ve zarar miktarını müştereken belirlemiş oldukları anlaşmış olmasına göre olayın bu özelliği itibarıyla icra inkâr tazminatına hükmedilmesi yasaya aykırılık teşkil etmediğinden ka- rarin onanması gerekmektedir..." (Yarg. 11.HD, 9.2.1998, E. 1997/9863, K. 1998/595).

57 "Davalı işveren icra takibine karşı somut itirazlarda bu- lunmuştur. Davacının açmış olduğu itirazın iptali ve icranın devamı isteğini içeren bu davanın yargılaması sonucunda takip taleplerinde belirtilen, miktarlar- dan daha az ve farklı rakamlar tespit edilmiş olması ala- cakların likit olmadığını bir başka anlatımla yargılamayı gerektirdiğini göstermektedir. Bu itibarla icra inkâr taz- minatı isteğinin reddine karar verilmesi gerekir." (Yarg. HGK. 12.6.2002, E. 2002/9-497, K. 2002/487); Aynı yön- de: "...Sözleşmenin ihbar tazminatına hak kazandıra- cak şekilde feshedilmiş olup olmadığı taraflar arasında uyuşmazlık konusu oluşturduğu için yargılamayı gerek-

52 Arpacı, A.; "Borcu Likit "Liguide" Olmayan Borçlunun, İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatına Mahkûm Edilmesi Mümkün müdür?"; Yargı Dünyası, 1980/52, s. 22.; Deynekli, Adnan/Kısa, Sedat; s. 178.; Sunar, Gülcan; s. 65.

53 Yarg. HGK, 12.3.2003, E. 2003/19-109, K. 2003/152.

54 Yılmaz, Ejder; "İcra İnkâr Tazminatı Açısından "Likid Ala- cak" Kavramı"; Bankacılar Dergisi, Sayı 67, 2008, s. 89.

55 Örnek olarak bkz.: "Davalı işveren icra takibine karşı so-

Yazısında" ise; takibe ve itiraza konu alacaklardan ihbar ve kıdem tazminatı alacakları belirlenebilir bir alacak olup, borçlu itirazında haksız olduğundan buna dayanarak davacı işçi yararına bu alacaklar yönünden icra inkâr tazminatına hükmeden yerel mahkemenin direnme kararı yerinde olup onanması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁸.

Buna mukabil Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, kıdem ve ihbar tazminatı bakımından icra inkâr tazminatına hükmedilmesini karara bağlamıştır⁵⁹. Söz

tirmektedir. Gerçekten mahkemece taraf delilleri toplamış, yargılama yapıldıktan sonra davacının ihbar tazminatına hak kazandığı görülmüştür, bu da göstermektedir ki, alacak likit değildir. Böyle olunca icra inkâr tazminatı isteğinin reddine karar verilmelidir..." (YHGK, 15.5.2002, E. 2002/9, K. 2002/4299).

58 "Somut olay ele alındığında; davacı alacaklı işçinin iş aktinin haksız feshi nedeniyle fesih tarihinden önce imzalanan ve fesih tarihinde yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerine göre hesapladığı alacak isteminde haklı olduğu, işverenin Toplu İş Sözleşmesi tarafı olan işveren sendikası üyeliğinden Toplu İş Sözleşmesinin imza tarihinden sonra ayrıldığı olgusu karşısında borçlunun bu yöndeki itirazında haksız olduğu mahkemenin dairece de kabul edilen kararı ile kesinleşmiştir. Bu durumda borçlunun alacakların hesabında Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağı yönündeki itirazını kabule de olanak bulunmamaktadır. Zira, bu konu yoruma ve hâkimin takdirine açık olmadığı gibi, hakimin takdiri ile belirlenebilecek bir husus ta değildir. Takibe konu alacaklardan kıdem ve ihbar tazminatları alacaklarının borçlu tarafından bilindiği ve belirlenebilir olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. Sonuç olarak takibe ve itiraza konu alacaklardan ihbar ve kıdem tazminatı alacakları belirlenebilir bir alacak olup, borçlu itirazında haksız olduğundan buna dayanarak davacı işçi yararına bu alacaklar yönünden icra inkâr tazminatına hükmeden yerel mahkemenin direnme kararı yerinde olup onanması gerekir. Aksi düşünce ile bozma yönünde oluşan çoğunluk görüşüne katılmıyorum." (Yarg. HGK. 12.6.2002, E. 2002/9-497, K. 2002/487).

59 "Gerek kıdem tazminatı gerek ihbar tazminatı için takip taleplerinde geçmiş günler faizleri de hesap edilmek sureti ile tahsili istenmiştir. Mahkemece her iki tazminatın faizleri için icra ihbar tazminatına karar verilmemiş ise de kıdem tazminatı bakımından faiz başlangıç tarihi fesih tarihi olup, icra takibine kadar geçen süre belli olduğuna ve en yüksek mevduat faizi oranda fesih tarihi itibarıyla kolaylıkla bankalar nezdinde yapılacak bir girişimle tesbit edilebileceğine, davacının bu yöntemle faizi tesbit edip taleplemede miktarını bildirdiğine davalı işverenin soyut şekilde buna itirazla yetindiğine ve hangi oranda faizin kabul edilmesi gerektiğini de açıklamadığına ve mahkemece aynı faiz oranı hüküm altına alındığına göre, kıdem tazminatı geçmiş günler faizi açısından icra inkâr tazminatının hüküm altına alınması gerekir. İhbar taz-

minatı bakımından faiz başlangıç tarihi fesih tarihi olup, icra takibine kadar geçen süre belli olduğuna ve en yüksek mevduat faizi oranda fesih tarihi itibarıyla kolaylıkla bankalar nezdinde yapılacak bir girişimle tesbit edilebileceğine, davacının bu yöntemle faizi tesbit edip taleplemede miktarını bildirdiğine davalı işverenin soyut şekilde buna itirazla yetindiğine ve hangi oranda faizin kabul edilmesi gerektiğini de açıklamadığına ve mahkemece aynı faiz oranı hüküm altına alındığına göre icra inkâr tazminatının hüküm altına alınması gerektiği belirtilmiştir. Aynı yöndeki başka bir kararında Yüksek Mahkeme; "Özellikle, işçinin kıdemi, ücreti gibi hesap unsurları, işverence bilinen ya da belirlenebilecek hususlardır. 4857 Yasanın 8'inci ve 28'inci maddelerinin, işverene bu gibi konularda belge düzenleme yükümü yüklediği de gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak, hak tartışmalı ise icra inkâr tazminatına hükmedilemez."⁶⁰ şeklinde karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre; kıdem, ihbar ve yıllık izin alacaklarının Yargıtay denetiminden geçmiş olmakla kısmi davada tespiti konu olacak miktarları taraflar açısından bağlayıcı hale gelmiştir. Artık alacak likit ve hesaplanabilir niteliktedir. Alacakların zamanaşımı ve hakkaniyet indirimi dışında değişmesi mümkün değildir. Mahkemece kıdem, ihbar ve yıllık izin alacaklarının belirli olduğu dikkate alınarak borcun tamamına itiraz nedeniyle kısmen kabul edilen bu alacaklar üzerinden icra inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekir⁶¹.

minatına gelince, davacı daha önce işvereni temerrüde düşürmüş ve buna göre gecikme süresi dikkate alınarak % 50 yasal faizini yargılamayı gerektirmeyecek şekilde tesbit edilip hüküm kurulmuş bulunduğu için ihbar tazminatı faizi içinde icra inkâr tazminatının hüküm altına alınması gerekir." (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2.2.2000, E. 1999/18843, K. 2000/903).

60 Yarg. HGK. 4.3.2009, E. 2009/ 9-57, K. 2009/ 110.

61 "Davalı kıdem, ihbar ve yıllık izin alacaklarının bakiye miktarları belirli olmasına rağmen borcun tamamına itiraz etmiştir. Yargıtay denetiminden geçmiş olmakla kısmi davada tespiti konu olacak miktarları taraflar açısından bağlayıcı hale gelmiştir. Artık alacak likit ve hesaplanabilir niteliktedir. Alacakların zamanaşımı ve hakkaniyet indirimi dışında değişmesi mümkün değildir. Mahkemece kıdem, ihbar ve yıllık izin alacaklarının belirli olduğu dikkate alınarak borcun tamamına itiraz ne-

Yargıtay sonraki tarihli kararlarında ise; kıdem ve ihbar tazminatı alacağını likit olarak kabul etmemektedir⁶².

-Sair İşçilik Alacakları: Yüksek Mahkeme'nin likit olmayan işçi alacaklarına ilişkin şu örnekler verilebilir: Fazla çalışmaya alacağı kesinleşmiş bir yargı kararı ile hüküm altına alınmadığından ve alacağın özü tartışmalı olduğundan icra inkâr tazminatı kabul edilmemelidir⁶³. İkale iddiası ve fark tazminat talebinde hesap unsurları tartışmalı olup, alacak likit değildir. Dolayısıyla icra inkâr tazminatı talebi reddedilmelidir⁶⁴. Taraflar arasında tazminat ve alacaklara esas ücret tartışmalı olup, ücret miktarı alacağı belirsiz hale getirdiğinden ve alacak miktarlarının belirlenmesi yargılamayı gerektirdiğinden alacak likit olmadığından

deniyle kısmen kabul edilen bu alacaklar üzerinden icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg.9. HD. 2012/17442 E. 2012/18874 K. 29.05.2012)

- 62 Örnek olarak bkz.: "Somut uyumsuzlukta; icra takibine konu edilen kıdem tazminatı ve ücret alacaklarının varlığının taraflar arasında ihtilafı olduğu, mahkemece hesap raporu alındığı ve işverence yapılan bir kısım ödemelerin mahsubu yoluna gidildiği, hesap raporu alınmasından sonra davacı vekilinin 26.08.2015 tarihli dilekçesi ile takip talebindeki miktarlardan farklı şekilde talepte bulunduğu dikkate alındığında uyumsuzluk konusu alacakların likit olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yanlışlıklarla değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi hatalıdır." (Yarg.9. H.D, 27.3.2019, E. 2015/36034, K. 2019/6945); "Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için, ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusuna tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez. Şayet alacak tartışmalı ve yargılamayı gerektiriyorsa likit olduğundan söz edilemez. Somut olayda, davacının kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı taraflar arasında ihtilafı olup, alacak likit değildir." (Yarg.22. HD. 16.01.2017, E. 2015/15308 K. 2017/21)
- 63 "Hükümde yer almayan, sadece gerekçe kısmında bahsedilen bir alacağın özü halen tartışmalı olup, mahkeme kararının kesin hüküm niteliğinde olduğundan da bahsedilemeyecektir. Fazla çalışma alacağı kesinleşmiş bir yargı kararı ile hüküm altına alınmadığından alacağın özü tartışmalı olduğundan icra inkar tazminatının kabul edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg.9. HD. 03.04.2012, E. 2012/ 12402. K. 2012/12160)
- 64 Yarg. 9. HD., 30.11.2017, E. 2015/16580, K. 2017/19533.

icra inkâr tazminatına hükmedilmemelidir⁶⁵.

İşe başlatmama tazminatı yargılamayı gerektirdiğinden icra inkâr tazminatı kabul edilmemelidir⁶⁶. Fahiş cezai şarttan indirim yapılmaması ve hak kazanma hususundaki tartışmalar sebebiyle alacak likit olmamasına rağmen icra inkâr tazminatına hükmedilmesi doğru değildir⁶⁷. İşçi alacağına ilişkin olarak Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün raporu dayanak olarak gösterilmiş olsa bile raporda söz edilen alacakların likit olduğu kabul edilemez. Bu nedenle, icra inkâr tazminatı isteğinin reddi gerekir⁶⁸.

65 Yarg. 9. HD., 15.11.2017, E. 2017/7118, K. 2017/18371.

66 "Dosya içeriğinden kesinleşen işe iade kararından sonra davacının eski işine verilmediği çalışma koşulları ağırlaştırılarak temizlik işlerine verildiği, işverenin işe başlatma zorunluluğunu yerine getirmediği bu nedenle davacının işe başlatmama tazminatını istemekte haklı olduğu anlaşılmakta ise de, davacının bu tazminata hak kazanıp kazanmadığı tespiti yargılamayı gerektirdiğinden icra inkar tazminatının reddi gerekirken kabulü hatalıdır. Mahkeme davacının hak kazandığı tazminat miktarının belirlenmesi için hesap bilirkişi tahkikatı yaptırılmamış, davacı vekilinin açıklaması ile sonuca gidilmiştir. Davacının hak kazandığı işe başlatmama tazminat miktarı, mahkemece re'sen veya hesap bilirkişisi vasıtasıyla saptanmalı, icra takip dosyasındaki miktarda nazara alınarak sonuca gidilmelidir." (Yarg. 9.HD. 02.05.2006, E. 2006/10540, K. 2006/12294)

67 "Davalının işyerinde henüz çalışmaya başlamamış olması sözleşmenin sözü edilen geçersizlik durumunu etkilemez. İşçinin işyerinde çalışmaya başlaması durumunda gerçek ücret ve tavan esaslı yerine, sigorta priminin daha düşük ücret üzerinden yatırılacağı ve bunun da işçi açısından sosyal güvenlik hakları bakımından kayba neden olacağı açıktır. Şu hale göre işçinin belirtilen şekilde çalışması yasaya aykırı olduğundan sözleşmeyi feshetmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24 /il e bendine göre haklı nedene dayanmaktadır. Davacı işçi fesih yazısında açıkça bu nedene dayanmış olmakla davacı işverenin davaya konu cezai şartta hak kazanmadığının kabulü gerekir. Bu nedenle mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Kabule göre de, fahiş cezai şarttan indirim yapılmaması ve hak kazanma hususundaki tartışmalar sebebiyle alacak likit olmasına rağmen icra inkar tazminatına hükmedilmesi doğru değildir." (Yarg. 9. HD. 11.10.2011, E. 2009/17302, K. 2011/36866)

68 "Somut olayda, davacı Bölge Çalışma Müdürlüğü raporunu dayanak göstererek takibe girişmiştir. Bölge Çalışma Müdürlüğü raporu davalı işveren tarafından ibraz edilen kayıtlara göre düzenlenmiş dayanakları sınırlı bir belgedir. Bu itibarla takip ve dava konusu alacaklar yargılamayı gerektirdiğinden, anılan raporda söz edilen alacakların likit olduğu kabul edilemez. Bu nedenle, icra inkar tazminatı isteğinin reddi gerekirken kabulü hatalı

Yargıtay'a göre iş sözleşmesinin işverence feshedildiği ve işçinin işçilik alacaklarının tahsili için açtığı davanın Yargıtay tarafından onanıp kesinleşmesinden sonra kısmi davada belirlenen talepler bakımından icra takibine geçildiği için alacaklar belirlidir. Bu durumda alacak likit kabul edilmeli ve icra inkâr tazminatına hükmedilmelidir⁶⁹. Buna karşılık kısmi dava kesinleşmeden talepler icraya konulduğunda alacak belirli ve dolaşısıyla likit kabul edilmemelidir⁷⁰.

İşçi alacağı işverence düzenlenen şirket iç yazışmasında tespit edilmiş ise davacı işçinin icra takip konusu alacağı miktar itibarıyla bu belgeyle örtüştüğüne göre alacağın likit olduğunun kabulü gerekir⁷¹. Görülmektedir ki; Yüksek Mahkeme

tarafından işveren tarafından düzenlenmiş bir belge ile alacak tutarı çekişmeye konu olmaksızın tespit edilebilecek bir mahiyet taşıyorsa işçi alacağı likit olarak kabul edilmektedir.

Nihayet belirtelim ki; Yüksek Mahkeme'nin içtihatlarında dahi işçi alacağının gerçekten likit olup olmadığı konusunda ciddi tereddütler doğabilmektedir. Bu hususta doktrinde iki çözüm tarzı gündeme getirilmiştir⁷². Bunlardan ilki; kötü niyetle mücadeleyi sürdürmek bakımından, tereddüt halini tazminat ödeyecek olanın aleyhine yorumlamak; ikincisi ise, genel hukuk ilkeleri çerçevesinde ve özel olarak cezada geçerli olan "şüphe sanığın lehine yorumlanır" ilkesini uygulamaktır. Kanımızca ikinci çözüm benimsenmeli ve genel hukuk ilkeleri çerçevesinde tereddüt halini, icra inkâr tazminatına mahkûm edilecek kimse lehine yorumlamak esas olmalıdır. Nitekim aksine bir yoruma üstünlük tanındığı takdirde borçlular haklı olduklarını düşünseler dahi itiraz etmekten imtina edebilirler. Bunun neticesinde Anayasamızca güvence altına alınmış bulunan hak arama özgürlüğü zarar görecektir.

Sonuç

İtirazın iptali davası takip prosedürü çerçevesinde takip alacaklısı tarafından borçluya karşı açılan, genel mahkemelerde genel kurallara göre görülen, borçlu tarafından yapılan itirazdan itibaren bir yıl içerisinde açılırsa ve alacaklı da bu yönde talepte bulunmuş ise, takip hukuku bakımından da bir takım özel sonuçlar doğuran bir alacak (eda) davasıdır. Mahkemece itirazın iptali davası kabul edilirse, davacının dilekçesinde talep etmesi koşuluyla, davalı icra inkâr tazminatına mahkûm edilir. Nitekim İİK. md. 67/II'ye göre; borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu, diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir. Söz konusu tazmi-

olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9. HD., 12.6.2008, E. 2007/22320, K. 2008/12941)

69 "Ankara 15. İş Mahkemesi'nin 26.06.2007 Tarih, 2006/54 E, 2007/388 K. sayılı kararının temyizine Dairemizin 9.12.2008 Tarih, 2007/29709 E., 2008/33705 K. sayılı kararı ile onanarak kesinleştiği, mahkeme kararına dayanak bilirkişi raporunda hesaplanıp tespit edilen bakiye ücret ve yıllık izin ücreti alacaklarının tahsili için Ankara 12. İcra Müdürlüğü'nün 2009/1060 Sayılı dosyasıyla ilamsız icra takibine geçildiği, takibin davalının itirazı üzerine durduğu anlaşılmıştır. Tüm dosya kapsamında davacının, icra takibinden önce kesinleşen kısmi davada belirlenen miktarlar üzerinden hesaplanıp tahsil etmek amacıyla takibe girildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, takibe konu asıl alacak miktarı likit olduğundan, icra inkâr tazminatının kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır." (Yarg. 9. HD. 12.3.2012, E. 2009/49398, K. 2012/8042)

70 "Somut olayda davacı 7.10.2005 tarihli ödeme emri ile takibi başlatmış, kısmi dava 2.3.2006 tarihli Dairemiz ilamı ile onanmıştır. Davacı karar kesinleşmeden icra takibi yapmış olduğundan alacak henüz likit hale gelmemiştir. Bu nedenle icra inkâr tazminatı isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9. HD. 29.01.2010, E. 2008/16220, K. 2010/1574)

71 "Mahkemece davacı işçinin icra inkâr tazminatı isteği alacağının likit olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Takip konusu asıl alacak mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde tespit edilmiştir. Öte yandan söz konusu alacak davalı işverence düzenlenen ve takipten önce davalı şirket iç yazışmasında tespit edilmiştir. Genel müdürlükçe aynı miktar kabul edildiği dosyadaki hak ediş prim miktarın gösterir listeden anlaşılmaktadır.

Davacı işçinin icra takip konusu alacağı miktar itibarıyla bu belgeyle örtüştüğüne göre alacağın likit olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle takip konusu asıl alacak miktarı üzerinden davacı işçi lehine icra inkâr tazminatına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi hatalıdır." (Yarg. 9. HD., 25.12.2006, E. 2006/16053, K. 2006/33820)

72 Ejder, Yılmaz; s. 93.

nat itirazın iptali davası dışında ayrı bir dava ile talep edilemez.

Alacaklı lehine icra inkâr tazminatına karar verilmesinin kabulünde kanun koyucu tarafından hedeflenen amaç; borçlunun borçlu olduğunu ve miktarını bildiği halde, borcunu inkâr ederek takibi uzatmasını önlemektir. Bunun yanında borçlunun borçlu olduğunu bilerek itiraz etmek suretiyle icra daireleri ve mahkemelerinin boşuna meşgul etmesine engel olmak istenmektedir.

İcra inkâr tazminatına karar verilebilmesi için itirazın iptali davasının şartlarının oluşması gerekir ki bunlar; geçerli bir takip olması, süresi içinde geçerli bir itiraz olması ve süresi içinde itirazın iptali davasının açılmış olmasıdır. Bu genel şartlar yanında borçlunun ödeme emrine karşı yapmış olduğu itirazın haksız olması gereklidir. Buna mukabil borçlunun kötü niyetli olması şart değildir. Alacaklının açmış olduğu itirazın iptali davasını kazanmış olması, borçlunun itirazının mutlaka haksız olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla itirazın ne zaman haklı ve ne zaman haksız sayılması gerektiğinin tespiti, bunun ölçülerinin belirlenmesi gerekir.

Borçlunun itirazında haksız kabul edilmesi için takibe söz konusu alacağın likit olup olmadığının tespiti gereklidir. Likit bir alacak; miktarı belirli ya da borçlu tarafından hesaplanmak suretiyle belirlenebilir olan ve bunun için mahkeme kararına gerek göstermeyen alacaktır. Borçlunun borcun miktarını bilmesi sübjektif değil, objektif esaslara göre değerlendirilmelidir. Borçlunun itirazında kötü niyetli yahut iyi niyetli olup olmasının bir önemi olmadığından borçlu ödeme emrine itiraz ederken iyi niyetli de olsa icra inkâr tazminatıyla karşılaşabilecektir.

İşçi alacakları bakımından işverence yapılan itirazın haksızlığının tespiti bakımından alacağın likit olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Ancak bu husustaki Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde; işçi alacaklarının kategorik olarak likit veya likit olmayan alacak olarak değerlendirilmediğini söylemek mümkündür. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin bu hususa ilişkin kararları bakımından işçi alacağı-

nın gerçekten likit olup olmadığı konusunda ciddi tereddütler doğabilmektedir. Bu hususta doktrinde iki çözüm tarzı gündeme getirilmiştir. Bunlardan ilki; kötü niyetle mücadeleyi sürdürmek bakımından, tereddüt halini tazminat ödeyecek olanın aleyhine yorumlamak; ikincisi ise, genel hukuk ilkeleri çerçevesinde ve özel olarak cezada geçerli olan "şüphe sanığın lehine yorumlanır" ilkesini uygulamaktır. Kanımızca ikinci çözüm benimsenmeli ve genel hukuk ilkeleri çerçevesinde tereddüt halini, icra inkâr tazminatına mahkûm edilecek kimse lehine yorumlamak esas olmalıdır. Nitekim aksine bir yoruma üstünlük tanındığı takdirde borçlular haklı olduklarını düşünseler dahi itiraz etmekten imtina edebilirler. Bunun neticesinde Anayasamızca güvence altına alınmış bulunan hak arama özgürlüğü zarar görecektir.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk; "İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, Yıl 2012, s. 317-338.
- Arpacı, A.; "Borcu Likit "Liguide" Olmayan Borçlunun, İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatına Mahkûm Edilmesi Mümkün Müdür?", Yargı Dünyası, 1980/52, s.22-32.
- Berkin, Necmeddin M.; Tatbikatçılara İcra hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Deynekli, Adnan/Kısa, Sedat; İtirazın İptali Davaları, 1. Bası, Ankara 1999.
- Erdem, Murat; İcra ve İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, Doktora Tezi, Ankara 2010.
- Kiraz, Taylan, Ö.; İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, Ankara 2007.
- Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, Ankara 2001.
- Kuru, Baki; İcra ve İflâs Hukuku, Üçüncü Baskı, C.1, İstanbul 1988.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; İcra ve İflâs Hukuku, Ders Kitabı 23. Baskı, Ankara 2009.

- Kuru, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Muşul, Timuçin; İcra ve İflas Hukuku, C.I, 1. Bası, İstanbul 2001.
- Ocak, Uğur; İşçilik Alacakları, 2. Kitap, Gaziantep 2018.
- Özkan, Yönel; İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Pekcanıtez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara 2012.
- Pekcanıtez, Hakan;/Atalay, Oğuz/Surtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Postacıoğlu, İlhan; İcra Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982.
- Sunar, Gülcan; İcra Hukukunda İcra Tazminatı, İstanbul 1995.
- Uyar, Talih; "Takip Hukukunda İtirazın İptali Davası", Yargıtay Dergisi 1985/3, s.265-281.
- Uyar, Talih; İtirazın İptali Davası ile Tahsil (Eda) Davası, Bilge Yayınevi, Ankara 2017 (İtirazın İptali Davası).
- Uyar, Talih; İcra Hukukunda İtiraz, 2. Bası, Manisa 1990.
- Üstündağ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.
- Yılmaz, Ejder; "İcra İnkâr Tazminatı Açısından Likid Alacak" Kavramı", Bankacılar Dergisi 2008/67, s. 85-93.
- Yılmaz, Ejder; İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Saim Üstündağa Armağan, Ankara 2009.
- Yılmaz, Ejder; "İcra Tazminatı", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 675- 754.

Makale Gönderim Tarihi: 18 Mayıs 2020

Makale Kabul Tarihi: 27 Mayıs 2020

Performans Değerlendirme Sistemi ve Mesleki Yetersizlik

Öz

İnsan kaynakları yönetiminin önemli fonksiyonlarından biri olan performans değerlendirme sistemi, günümüzde işverenlerin sıklıkla kullandığı bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Mesleki yetersizliğin 4857 sayılı İş Kanunu m. 18'de geçerli fesih nedenleri arasında düzenlenmiş olması, işçinin mesleki yeterliliğini ve becerilerini ölçmeye yarayan performans değerlendirme sistemlerini iş hukukumuz açısından dikkate değer bir konu hâline getirmiştir.

İşverenin yönetim yetkisine dayalı olarak uygulayacağı performans değerlendirme sisteminin süreç ve özelliklerinin hukuka uygunluğu bakımından işverenin yönetim hakkını sınırlandıran temel ilkeler ile Yüksek Mahkememiz tarafından belirlenen prensipler dikkate alınmalıdır. Performans değerlendirme sistemi ile amaçlanan, işçiye kendini geliştirme imkânı sağlanarak onun işletmedeki etkinliğini ve verimliliğini arttırmak olmalıdır.

Anahtar Sözcükler:

Performans değerlendirme kriterleri, mesleki yetersizlik, iş sözleşmesinin mesleki yetersizlik nedeniyle feshi, geçerli neden.

Performance Evaluation System and Professional Insufficiency

Abstract

Performance evaluation system, which is one of the important functions of human resources management, is an application frequently used by employers today. As professional insufficiency is regulated among valid reasons for termination in the article 18 of Labour Law numbered 4857, it has turned performance evaluation system for measuring the employee's professional competence and skills into a remarkable subject in terms of our labour law. The basic principles limiting the

employer's right to manage and the rules determined by the Turkish Court of Cassation should be taken into consideration to bring the process and features of the performance evaluation system to be executed by the employer based on his authority to manage in compliance with law. The aim of the performance evaluation system is supposed to increase the employee's effectiveness and efficiency in the enterprise by providing the opportunity to improve himself.

Keywords:

Performance evaluation criteria, professional insufficiency, termination of the employment contract based on professional insufficiency, valid reason.

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-ilke.kazikdas@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7212-2953

Giriş

Performans değerlendirme sistemi bugün itibariyle etkili bir insan kaynakları politikasının önemli öğelerindendir. İşçinin mesleki becerisi, başarısı, işe uygunluğu sübjektif bir kavram olduğundan ve bunların ölçülmesi insana yönelik bir değerlendirmeyi içerdiğinden zorlu bir faaliyet olarak kabul edilir¹. Tutarlı bir değerlendirme süreci yürütebilmek için işverenler performans değerlendirme sistemlerine başvururlar. Performans değerlendirme sistemlerinden işçinin kişisel/mesleki gelişimine yarayacak birçok faydalı geri bildirim elde edilse bile, konu mesleki yetersizlik kavramına geldiğinde tarafların (işçi ile işverenin) odak noktası karşılıklı kazanımların yaşanacağı başarılı bir insan kaynakları yönetiminden maalesef mesleki yetersizliğe dayalı fesih ihtimaline ve sonuçlarına kaymaktadır. Bu nedenle, performans değerlendirme sistemlerinin iş hukuku boyutunda da ele alınmasına duyulan ihtiyaç ön plana çıkmaktadır.

Çalışmamızda performans değerlendirme sistemi ilk olarak kavramsal ve amaçsal yönüyle ele alınmış, daha sonra işverenin hangi hukuki temelle dayalı olarak performans değerlendirme yetkisini kullanabileceği açıklanmaya çalışılmıştır. Devamında uygulamada karşılaşılan değerlendirme yöntemleri incelenmiş ve yabancı yargı kararlarında hukuka aykırı bulunan yöntemlere ana hatlarıyla değinilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde performans değerlendirme sisteminden elde edilen sonuçların mesleki yetersizliğe dayalı bir feshi geçerli kılabilmesi için Yüksek Mahkemenin aradığı özellikler ile mesleki yetersizliğe dayalı feshin geçerliliğini etkileyen diğer koşullar irdelenmiştir. Çalışmamızda yeri geldikçe Fransız hukukunda performans değerlendirme sistemlerinin uygulanışı hakkında da bilgi verilmeye çalışılmıştır.

1 Zeki Atıl Bulut, "İşletmelerde Performans Değerlendirme Çalışmaları ve Uygulanan Yöntemler", *Mevzuat Dergisi*, S. 79, Temmuz 2004, <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/07a/05.htm#>, (06.05.2020).

I. Performans Değerlendirme Sisteminin Genel Özellikleri

1. Anlamı ve Amacı

Performans değerlendirmesi, bir bireyin ya da kuruluşun belirli bir süre boyunca verilen görevleri yerine getirirken ya da belirlenen hedeflere ulaşırken elde ettiği başarının önceden tasarlanmış şekilde değerlendirilmesini içeren bir süreçtir². İşletmelerin başarısını etkileyen birçok unsur içinde insan kaynakları yapısı/niteliği önemli bir yere sahiptir. İşletmelerin işçileri olmadan amaçlarına ulaşması mümkün olmayacağından, her türlü işletme bakımından işçiler ve performansları önemli bir unsur hâline gelmiştir³. Bu tespitten hareketle, performans değerlendirme sistemleri, işletmelere yalnızca işçilerin performans düzeylerinin ne olduğunu değil, aynı zamanda insan kaynağından azami şekilde faydalanılacaksa bu düzeyin hangi alanlarda iyileştirilmesi gerektiğini belirleme olanağı sunmaktadır⁴. Performans değerlendirme sistemleri ile kurumsal performans içinde bireysel performansın ölçülmesi amaçlanır⁵.

Performans ölçümleri personel alımı, iş rotasyonu, eğitim, ücret, terfi gibi konulara temel olarak şekilde bilgi toplama ve karar alma süreçlerini birbirine bağlayıcı fonksiyona sahip olduğundan,

2 Chris Obisi, "Employee Performance Appraisal and Its Implication for Individual and Organizational Growth", *Australian Journal of Business and Management Research*, Vol. 1, No. 9, 2011, s. 93.

3 Liza Estino Daoanis, "Performance Appraisal System: It's Implication to Employee Performance", *International Journal of Economics and Management Sciences*, Vol. 2, No. 3, 2012, s. 55; Joel Rodriguez/Kelley Walters, "The Importance of Training and Development in Employee Performance and Evaluation", *World Wide Journal of Multidisciplinary Research and Development*, 3(10), 2017, s. 206.

4 Obisi, s. 93.

5 Bektaş Kar, "Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesihte Yargısal Denetim", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 11, 2008, s. 36; Erol Akı/Tunç Demirbilek, "Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I, Beta, İstanbul, 2010, s. 6; Ulaş Baysal, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 103.

işletmeler açısından kayda değer bir araç olarak görülmelidir. Ölçümler neticesinde elde edilecek veriler ve alınacak kararlar, aynı zamanda işletmedeki terfi ve yetkilendirme, ücret revizyonu, eğitim ve gelişim planlamalarında standart oluşturulmasını da sağlayacaktır⁶.

Performans değerlendirme uygulamaları rastlantısal işlemlere dayalı olamayacağından, işletme tarafından önceden belirlenmiş kuralların ortaya konulması şarttır⁷. Ayrıca, her işletme, performans değerlendirmesini etkili kılmak için işçinin görev ve sorumluluğunun ne olduğunu bilmesini sağlamalıdır⁸. Nitekim, performans değerlendirme sistemlerindeki gerçekleştirilmesi mümkün olmayan hedefler kadar işçilerin zihinsel sağlıkları üzerinde olumsuzluk yaratan bir diğer yön, performans kriterlerinin önceden tanımlanmamış ve/veya işçiye açıklayıcı bir iş tanımının verilmemiş olmasıdır. Bu yönüyle, etkili bir performans değerlendirmesi işçilerin sorumluluklarını ve işletmeye sunacakları katkıları açıkça belirleyecek, işçileri motive edecek, istihdam kararlarında geçerli ve önemli bilgiler sağlayacak şekilde bir sistemin kurulabilmesine bağlıdır⁹. Değerlendirme neticesinde performans düşüklüğünün nedenlerine ve bunların ortadan kaldırılmasına odaklanılması, önce işçinin ardından çalıştığı işletmenin performansı üzerinde olumlu etkiler doğurur¹⁰. Performans değerlendirme sistemlerine salt geçerli fesih nedeni yaratma niyetiyle yaklaşılması, psikolojik baskı altında kalan işçinin performansını ve dolayısıyla kurumsal performansı olumsuz şekilde etkileyecektir.

İşçinin mesleki yeteneklerini ve çalışırken ulaştığı sonuçları değerlendirme amacı taşıyan ve insan kaynakları yönetiminde önemli veriler sağlayan performans değerlendirme sistemlerinin işletmede uygulanmaya başlanması işveren

verir. Fransız yargı kararları ile hukuk öğretisinde, işverenin iş sözleşmesinden doğan *yönetim yetkisi* doğrultusunda işletmede görev alan işçilerin çalışmalarını değerlendirme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir¹¹. Türk hukukunda ise performans değerlendirme yetkisinin hukuki temelini değerlendiren bir yargı kararına erişilememiştir. Bununla birlikte, doktrinimizde *Güzel* tarafından ifade edildiği gibi, işverenin yönetim yetkisine iş sözleşmesinin uygulanması sürecinde alınacak tek taraflı kararlar bütünü olarak geniş anlamda yaklaşılmalı ve performans değerlendirme sistemi oluşturma/uygulama yetkisinin işverenin yönetim yetkisine gireceği kabul edilmelidir¹². Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin esasen çalışma koşullarında esaslı değişikliği değerlendirdiği bir kararında *işyerinin kârlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirlerin işveren tarafından yönetim hakkı çerçevesinde alınacağı* vurgulanmıştır¹³. Performans değerlendirme sisteminin amaçlarından biri yararlanan insan kaynağının iyileştirilmesi ve dolayısıyla işletmenin veriminin artırılması olduğuna göre, hukukumuz bakımından da performans değerlendirme sistemlerinin işverenin yönetim hakkının kapsamına girdiği sonucuna ulaşılabilir.

2. Performans Değerlendirme Yetkisini Sınırlandıran Temel İlkeler

Yukarıda yer verdiğimiz birçok yararına karşılık, iş ilişkisi bakımından (iş sözleşmesinin feshi,

6 Obisi, s. 94; Daoanis, s. 58.

7 Rodriguez/Walters, s. 209; Obisi, s. 93.

8 Obisi, s. 93.

9 Thomas S. Clausen/Keith T. Jones/Jay S. Rich, "Appraising Employee Performance Evaluation Systems- How to Determine If an Overhaul Is Needed", The CPA Journal, February 2008, s. 64.

10 Akı/Demirbilek, s. 6; Baysal, s. 103.

11 Gilles Auzero/Dirk Baugard/Emmanuel Dockès, Droit du Travail, Dalloz, 2017, s. 809; Françoise Favennec-Héry/Pierre-Yves Verkindt, Droit du travail, LGDJ, 2014, s. 255; Marianne Collignon-Trocme/Laure Muller, "L'évaluation des salariés", Les Cahiers Lamy du CE, no. 98, Novembre 2010, s. 27; İşçileri değerlendirme hakkının iş sözleşmesinden doğan yönetim yetkisinden kaynaklandığı yönünde bkz. Cour de cassation, Chambresociale, 10.07.2002,00-42368; Courdecassation, Chambre sociale, 16.10.2013, 12-18229, <https://www.legifrance.gouv.fr>, (24.04.2020).

12 Bu yönde bkz. Ali Güzel, "İş Hukukunda Yetki ve Değerlendirme", Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, 3. cilt, Seçkin, 2016, s. 363-364; İşverenin geniş anlamda yönetim hakkı için bkz. M. Aymelek Aydemir, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Seçkin, Ankara, 2015, s. 49-54.

13 Yarg. 22. HD., 11.06.2019, 2016/15101 E. – 2019/12624 K., www.calismatoplum.org, (30.04.2020).

görev değişiklikleri, terfi alamama, işçinin bedensel ve ruhsal sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri vb.) doğabilecek sonuçları nedeniyle performans değerlendirme sistemlerinin denetime tâbi tutulması bir gerekliliktir. Yargısal denetim değerlendirmenin içeriğine göre değişebilmekle birlikte, temel olarak kabul edilen husus işverenin gerçekleştirdiği uygulamanın hiçbir zaman keyfi olamayacağıdır¹⁴.

Hukukumuz açısından, en başta *dürüstlük kuralı* uyarınca performans değerlendirme yetkisi kullanılırken sözleşmenin karşı tarafına (değerlendirmeye tâbi tutulan işçiye) zarar verecek ya da onu güç duruma sokacak davranışlardan kaçınılmalıdır¹⁵ (Türk Medeni Kanunu m. 2). Gerek dürüstlük kuralının bir gereği olan gerek mevzuatımızda işverenin borçları arasında görülen *işçiyi gözetme borcu*¹⁶ (Türk Borçlar Kanunu m. 417) doğrultusunda, işveren değerlendirme süreci boyunca işçinin kişiliğini, maddi ve manevi varlığını, onur ve saygınlığını korumalıdır. Yine, yönetim hakkının bir gereği olarak işveren performans değerlendirme süreçlerinde *eşit davranma ilkesi ile ayırım yasaklarına* (Anayasa m. 10, İş Kanunu m. 5, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25) uygun davranmalıdır¹⁷. Aynı işi yapan işçi-

lerin tâbi tutulacakları değerlendirme kriterlerinin oluşturulmasında, değerlendirmeye alınacak işçi gruplarının belirlenmesinde, değerlendirme sonucunda ücretlendirme, eğitim, terfi ile ilgili olarak kararlar alınmasında eşit davranma borcu gözetilmelidir¹⁸. İşverenin yönetim hakkını sınırlayan diğer bir ölçüt olan *ölçülülük ilkesi* gereğince, yine performans değerlendirme sisteminin işverenin meşru amacına hizmet edip etmediği, amaca ulaşmak için seçilen değerlendirme sisteminin uygun olup olmadığı, işçi ile işverenin çatışan menfaatleri arasında makul bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı hususlarında bir inceleme yapılmasına ihtiyaç duyulabilir¹⁹.

Performans değerlendirme sisteminden elde edilen sonuçların aynı zamanda kişisel veri niteliği taşıdığı göz ardı edilmemelidir. Kişisel veri kavramı 2016 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanununda (KVKK) tanımlanmış; fakat hangi bilgilerin kişisel veri kapsamına gireceğine yönelik (hassas kişisel veriler dışında) sınırlayıcı bir sayım yapılmamıştır. Kişisel veri, *kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi* olduğundan, çalışma konumuzu oluşturan performans değerlendirme sistemlerinden elde edilen bilgi ve kayıtlar da işçiler bakımından kişisel veri niteliği taşımaktadır²⁰. Kişisel veri niteliği taşıyan bilgilerin KVKK hükümlerine tâbi olması, bunların otomatik araçlarla (örneğin, bilgisayar ile) kıs-

14 Auzero/Baugard/Dockès, s. 809; Fransız hukukunda, işçinin temel hak ve özgürlüklerine saygı, ayrımcılık yasağı, işçi temsilini sağlayan organlara danışma ve bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi, işçi sağlığının korunması olmak üzere işverenin yönetim yetkisi kişisi sınırlamaya tâbi tutulur. Bu yönde bkz. Favennec-Héry/Verkindt, s. 253-254.

15 "...Objektif iyiniyet olarak da tanımlanan ve dürüstlük kuralını düzenleyen madde, bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edileceğini ve bir kimsenin başkasını zararlandırmak ya da güç duruma sokmak amacıyla haklarını kötüye kullanılmasını yasanın korumayacağını belirtmiştir.", Yarg. 9. HD., 01.07.2019, 2019/1458 E. – 2019/14639 K., www.kazanci.com.tr, (29.04.2020); Ayrıca bkz. Güzel, s. 376.

16 İşçiyi gözetme borcunun hukuki dayanakları ve içeriği hakkında bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2019, s. 386 vd.; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2019, s. 349 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykedion, Ankara, 2019, s. 182-190; Güzel, s. 376/377.

17 "Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı dav-

ranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır.", Yarg. 9. HD., 10.12.2018, 2015/28698 E. – 2018/22722 K.; Yarg. 9. HD., 15.01.2015, 2013/7613 E. – 2015/741 K.; Yarg. 9. HD., 01.04.2013, 2011/276 E. – 2013/10657 K., www.calisma-toplum.org, (30.04.2020).

18 Değerlendirme yetkisinden doğması muhtemel sonuçların ayrımcılık yasağını düzenleyen Fransız İş Kodu m. L 1132-1, m. L 1142-1 (cinsiyete, ailevi duruma ve hamileliğe dayalı ayrımcılık) ve m. L 2141-5 (sendikal ayrımcılık) hükümleri ile kısıtlandığı yönünde bkz. Auzero/Baugard/Dockès, s. 810.

19 Ölçülülük ilkesinin yönetim hakkını sınırlandırma fonksiyonuna ilişkin olarak bkz. Aydemir, s. 102-105.

20 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, 5062/01/EN WP 48, 13.09.2001, s. 7; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, KVKK Yayınları, Ankara, 2018, s. 19; İlke Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 179-180.

men veya tamamen işlenmesi ya da elle işlene dahi bir veri kayıt sisteminin parçasını oluşturması koşuluna bağlıdır (KVKK m. 2, m. 3(e), m. 3(h)). Dolayısıyla, işçi ile yapılan performans görüşmesindeki bilgiler, elle kâğıt üzerine kaydedilse bile hemen ardından bilgisayar ortamına aktarıldığında ya da kâğıt ortamında muhafazasına devam edilmesine rağmen veriye kolay ulaşım sağlanacak ve bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturacak şekilde saklandığında KVKK'nın uygulama alanına girecektir. Bu bağlamda, KVKK m. 4/2'de yer alan temel ilkeler (hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma; doğru ve gerektiğinde güncel olma; belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme; işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma; ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme)²¹ performans değerlendirme süreçleri boyunca dikkate alınmalıdır. Bunun yanında, performans değerlendirme kayıtlarının güvenliğini sağlayacak şekilde teknik ve organizasyonel önlemler işveren tarafından alınmalı, yetkisiz üçüncü kişilerin bu bilgilere erişimi engellenmelidir. Örneğin, Fransız Veri Koruma Otoritesi tarafından hazırlanan görüşte, yöneticiler tarafından sorumlu oldukları işçilerin değerlendirme verilerine ulaşılabilmesi, yine personel yönetiminden sorumlu olan çalışanların tüm işçilere ait değerlendirme kayıtlarına erişim izni olduğu; ancak sayılan bu kişilerin gizlilik yükümlülüğü altında oldukları vurgulanmıştır²². Performans değerlendirme uygulamaları KVKK anlamında kişisel veri işleme faaliyeti olduğundan, işveren ya da değerlendirme süreci bakımından yetkili kılınmış kişilerin görüşmeye katılan işçileri aydınlatma yükümlülüğü mevcuttur. Bu doğrultuda, işçilere kişisel verilerinin işleme amaçları, verilerin akta-

rılacağı kişiler ve nedenleri, veri işleme yöntemi, m. 11 gereğince sahip olunan haklar gibi konularda bilgilendirme yapılmalıdır (KVKK m. 10). Kişisel verileri işlenen *ilgili kişi (veri öznesi)* olarak işçiye değerlendirme kayıtlarına ilişkin bilgi talep etme hakkı (KVKK m. 11(b))²³ tanınmalı, performans sonuçlarının tamamen otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle aleyhine bir sonuç çıkması hâlinde işçiye bu karara itiraz etme (KVKK m. 11(g)) imkânı verilmelidir.

3. Performans Değerlendirmesinde Kullanılan Yöntemler

Uygulamaya başlayacağı performans değerlendirme sistemine karar verirken, işveren işletmenin yapısına ve sistemden beklentilerine göre istediği yöntemi seçebilir. İşletmelerin ekonomik/teknik/yönetimsel yapılarının yıllar itibarıyla değişikliğe uğraması farklı performans değerlendirme yöntemlerinin geliştirilmesine neden olmuştur. Yöntemler çeşitlilik arz etmekle birlikte, içerikleri itibarıyla bireysel yöntem, karşılaştırmalı yöntem ve 360 derece yöntemi şeklinde temel bir sınıflandırma yapılması mümkündür²⁴. Bireysel yöntemde, işçiyi diğer işçilerle karşılaştırmak yerine belirli ölçütler ışığında kendi başına değerlendirme amaçlanır²⁵. Karşılaştırmalı yöntemde ise, işçileri birbirleriyle karşılaştırma amacı taşıyan ölçekler vasıtasıyla değerlendirme gerçekleştirilir²⁶. Normalde performans değerlendirmesi işçiler ve amirleri arasındaki bir geri bildirim sürecini içerir. Bununla birlikte, ekip çalışması, çalışan gelişimi ve müşteri hizmetlerine

21 Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin temel ilkeler hakkında bilgi için bkz. Gürsel, s. 209 vd.

22 Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), L'évaluation des salariés: droits et obligations des employeurs, 11.05.2011, para. 6, <https://www.cnil.fr/fr/evaluation-des-salaries-droits-et-obligations-des-employeurs-0>, (13.05.2020); Mesleki değerlendirme metod ve yöntemleri ile elde edilen sonuçların gizliliği yönünde ayrıca bkz. Fransız İş Kodu m. L 1222-3-2.

23 Fransız hukukunda veri öznesine erişim hakkını kullanırken kendisine ait veri kayıtlarından örnek talep edebilme imkânı dahi sağlanmıştır. Bu yönde bkz. Fransız Bilişim ve Özgürlükler Kanunu (La loi informatique et libertés) m. 49 ve bu hükmün atıfta bulunduğu Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation) m. 15/3.

24 Performans değerlendirme yöntemlerine ilişkin tablo için bkz. Akı/Demirbilek, s. 9.

25 Akı/Demirbilek, s. 10; Bireysel yöntemin alt gruplarını oluşturan grafik dereceleme, davranışa dayalı değerlendirme ölçeği, serbest anlatım, amaçlara göre yönetim, değerlendirme merkezi, kritik olay gibi yöntemler hakkında bilgi için bkz. Rodriguez/Walters, s. 211; Obisi, s. 96.

26 Akı/Demirbilek, s. 10.

odaklanmanın artmasıyla birlikte, 360 derece değerlendirme yöntemi kullanılmaya başlanmıştır. Bu yöntemde, hem ast hem üst birbirini değerlendirebilmekte, ekip üyeleri, müşteriler ve hatta bireyin kendisi dahi kendi değerlendirme sürecine katılmakta ve nihai değerlendirme sonucuna ulaşmak için elde edilen tüm değerlendirmeler kullanılmaktadır²⁷.

Hukumumuzda bir performans değerlendirme sisteminin süreç ve içerik olarak hukuka uygunluğunu sağlamak üzere yargı kararlarıyla yerleşen birçok kriter mevcuttur. Bir sonraki başlıkta yer vereceğimiz bu kriterler dışında, yargı kararlarımızda belirli bir değerlendirme yönteminin ele alınarak hukuka aykırılığının incelenmesi henüz söz konusu olmamıştır. Fransız yargı kararlarında ise, bazı yöntemlerin yıllar içinde uyumsuzluk konusu yapıldığı görülmektedir. Örneğin, anonim şekilde belirlenen kişilerin verdiği geri bildirimlere dayalı 360 derece değerlendirme yönteminin incelendiği 2014 tarihli bir karardan, söz konusu sistemin yargı organı tarafından olumlu karşılandığı anlaşılmaktadır²⁸. Esasen tartışmalara konu olan yöntemlerden biri *sıralama* (évaluation par ranking) yöntemidir. Bu yöntem işçinin bireysel performansının işyerinde benzer işlevi gören diğer işçilerle karşılaştırılarak değerlendirilmesinden oluşmakta olup, değerlendirme sonucunda işçiler performanslarına göre gruplar hâlinde sınıflandırılmaktadır. Sıralama yönteminin gizli bir parasal ceza niteliği taşıdığı ileri sürülmüş ve bu nedenle söz konusu yöntem ciddi şekilde eleştirilmiştir²⁹. Grenoble İstinaf Mahkemesi 2002 yılında verdiği bir kararda, önceden belirlenmiş, objektif, işçinin bilgisine sunulmuş ve denetlenebilir kriterlere sahip olması şartıyla sıralama yönteminin geçerliliğine hükmetmiştir. Bu yöntem cezalandırıcı bir mahiyet taşımamalıdır. Diğer bir

deyişle, düşük puanlı bir grupta birçok kez ardı ardına sınıflandırılan bir işçinin ücretinde azalma gibi bir yaptırımla karşılaşmaması gerekir; aksi takdirde, bu sonuç mali bir yaptırımın uygulandığı anlamına gelir³⁰. Kaldı ki, işçinin ücretinde yahut pozisyonunda yaşanacak düşüşler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik (Fransız hukukunda iş sözleşmesinin değiştirilmesi) anlamına geleceğinden işçinin (yazılı) onayını gerektireceği kuşkusuzdur³¹.

Önceden belirlenmiş kotalara göre yapılan sıralama yöntemi ise, Fransız Yargıtayı tarafından hukuka aykırı bulunmuştur. *Zorunlu sıralama/kotalara göre sıralama* (forced ranking/ranking par quotas) adını taşıyan bu yöntemde, değerlendirici kişi işçileri seviye gruplarına ayırmak zorundadır ve her bir grubun önceden saptanmış belirli oranda işçiyi içermesi zorunluluğu mevcuttur³². Fransız Yargıtayı, işverenin yönetim hakkını kullanırken işçinin sağlık ve güvenliği üzerinde tehlike yaratacak önlemler almaması gerektiğini belirtmiş ve mesleki yeteneklere kısmen yabancı olan kriterlere göre işçilerin birbirleriyle yarışmasına neden olacak değerlendirme sistemlerinin (kotalara göre sıralamada olduğu gibi) stres ve acı kaynağı olduğu sonucuna ulaşmıştır³³. Benzer şekilde, işletme içindeki iyi örneklerin tanımlanması, karşılaştırılması ve analiz edilmesinden sonra elde edilen sonuçlar temel alınarak işçilerin

30 Cour d'appel de Grenoble, 13.11.2002, 02-02794, Durand, dn. 6.

31 Türk hukukunda ücret ve işin niteliğinde esaslı değişiklik yaratacak örnekler için bkz. Süzek, s. 650-652; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 588; Fransız hukukunda kabul edilen iş sözleşmesinin değiştirilmesi kavramı ile ücret ve işin niteliğindeki değişiklikler hakkında bkz. Jean Pélissier/Alain Supiot/Antoine Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, Paris, 2006, s. 463, 464-466; İşçinin sözleşme değişikliğine açık şekilde onay vermesi gerektiği yönünde bkz. Favennec-Héry/Verkindt, s. 415.

32 Auzero/Baugard/Dockès, s. 810-811.

33 Cour de cassation, Chambre sociale, 27.03.2013, 11-26539, <https://www.legifrance.gouv.fr>, (02.05.2020); Zorunlu bir kotaların olmadığı sıralama yöntemi, ceza verme mantığının bir parçası olmadığında ve personeli özellikle eğitim yoluyla şirketin gereksinimlerine adapte etme bakış açısıyla uygulandığında geçerli bulunmaktadır. Bkz. Jacques Uso, L'évaluation des salariés, 03.04.2019, para. 4, <https://www.lawsen-avocats.com/evaluation-des-salaries-1/>, (01.05.2020).

27 Obisi, s. 96; Daoanis, s. 56; Rodriguez/Walters, s. 211; Aki/Demirbilek, s. 10.

28 Cour d'appel de Versailles, 19.12.2014, 13/03952, Alice Durand, "L'évaluation des salariés: l'encadrement d'un outil managérial", Le Petit Juriste, 27.01.2017, dn. 5, <https://www.lepetitjuriste.fr/evaluation-salaries-lencadrement-dun-outil-managerial/>, (02.05.2020).

29 Collignon-Trocme/Muller, s. 29; Durand, para. 4.

değerlendirildiği *kıyaslama* (benchmark) sistemi de mahkemeler tarafından eleştirilmiş ve bu tür bir sistemi uygulamaya yönelik süreçlerin işte ıstırap kaynağı hâline dönüşmemesi gerektiği noktasında uyarılarda bulunulmuştur³⁴.

Görüldüğü gibi, işveren tarafından hangi yöntem seçilirse seçilsin işçilerin bedensel ve ruhsal sağlığına zarar verecek uygulamalardan kaçınılmalıdır. Performansın değerlendirilmesi başlı başına stres yaratıcı bir süreç olduğundan, işçiler üzerindeki baskıyı daha fazla arttıran kıyaslama, kotalara göre sıralama gibi yöntemler uygulamamız bakımından da tercih edilmemelidir. Performans değerlendirme sistemleri işçinin mesleki uygunluk ve faaliyetlerini ölçmeye yönelik olmalıdır. Bu nedenle, tercih edilecek yöntemde işçinin özel hayatını sorgulayan ya da mesleki uygunluğunun değerlendirilmesi için gerekli ve doğrudan bağlantılı olmayan kriterlerin kullanılmaması gerekir³⁵.

II. Performans Değerlendirme Sistemi ile İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi Arasındaki İlişki

4857 sayılı İş Kanunu m. 18'de iş güvencesi kapsamındaki işçilere ait sözleşmelerin feshinde geçerli neden bulunması zorunluluğu öngörül-müş, geçerli sebep teşkil edecek durumlar işçinin yetersizliği³⁶ ve davranışları ile işletme gerekle-

rinden doğan nedenler şeklinde düzenlenmiştir. Hükümde geçerli neden oluşturabilecek durumlar başlık hâlinde sayılmış olmakla birlikte, herhangi bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Madde gerekçesinde ise, işçinin fiziki ve mesleki yetersizlik hâlleri için örnekler verilmesiyle yetinilmiştir. Bu bağlamda, mesleki yetersizliğe dayalı feshin hangi durumlarda yaşanabileceği bakımından *ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmanın giderek azalması, işe yatkın olmama, öğrenme, kendini yetiştirme ve uyum yetersizliği* yönündeki örnekler yol gösterici olacaktır.

1. Mesleki Yetersizlik Kavramı

Mesleki yetersizliğin iş sözleşmesinin feshine neden olabilmesi, "*işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olmasına*" bağlıdır³⁷. Mesleki yetersizlik, işe fiziksel uygunluk ile bağlantısı olmaksızın, işçinin işveren tarafından verilen görevleri yerine getirme yeterliliğine sahip olmamasıdır³⁸. Bu yetersizlik, işçinin beceri ya da verim eksikliğinden, mesleki anlamda işe uygun olmamasından kaynaklanabilir. Mesleki yetersizlik işçinin hizmet verdiği bölümün ya da işletmenin işleyişini aksatması/bozması şeklindeki yansımalarla kendini gösterir. Ancak, feshin geçerliliği için işçideki mesleki yetersizliğin işletmede ölçülebilir bir zarara yol açması gibi bir zorunluluk mevcut değildir. Burada önem taşıyan husus, mesleki eksikliğin iş sözleşmesinin feshini gerekli kılacak kadar ciddi, önemli ve sürekli olduğunun işveren tarafından ortaya konulabilmesidir³⁹.

34 Cour d'appel de Lyon, 21.02.2014, 12-06988, Durand, dn. 8.

35 Güzel, s. 366; Collignon-Trocme/Muller, s. 29; İşçinin özel hayatından elde edilen unsurların fesih gerekçesinde kural olarak etkisiz kabul edileceği, aksi takdirde bireysel özgürlüklerinin ihlal edileceği yönünde bkz. Favennec-Héry/Verkindt, s. 451.

36 Madde 18 hükmünde geçen "işçinin yeterliliği" kavramı yerine anlam bilimi bakımından "işçinin yetersizliği" kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı yönündeki haklı görüşler için bkz. Baysal, s. 34-35; Ali Cengiz Köseoğlu, "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:36, 2012, s. 107, dn. 78.

37 Yarg. 9. HD., 01.12.2009, 2009/8399 E. – 2009/32595 K., www.calismatoplum.org, (05.05.2020).

38 <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000551#>, (06.05.2020); Tanım için ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 282; Mahmut Kabakçı, Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta, İstanbul, 2012, s. 167; Köseoğlu, s. 106-107.

39 Emilie de la Motte, Le motif de licenciement d'un représentant du personnel, Master Droit et Pratique des Re-

Mesleki yetersizlik tamamen işçiye atfedilen bir yetersizlik hâli olmalıdır⁴⁰. İşverenden ya da dış etkenlerden kaynaklanan bir durum sonucunda mesleki yetersizlik ortaya çıktığında, söz konusu yetersizliğin doğrudan geçerli feshe yol açacağı kabul edilemez. Örneğin, ilaç tanıtım temsilcisine ait iş sözleşmesinin yalnızca hedeflenen satış rakamına ulaşamadığı gerekçesiyle feshedildiği durumlarda, satış değerlerinin (tanıtım yapılan doktorun ilacı yazması, hastane ve eczanelerin ilacı talep etmesi gibi) işçinin dışındaki etkenlere bağlı olması nedeniyle feshin geçersiz olacağına hükmedilmektedir⁴¹. Aynı şekilde, işyerinde uygulanmaya başlanan yeni bir tekniğe ya da verilen yeni bir göreve adapte olmada işçinin zorluk yaşaması doğrudan fesih nedeni oluşturmaz. Çünkü, bu ihtimalde işverene düşen yükümlülük, uyum sağlamasına yarayacak araçların işçiye sunulması ve belli bir zaman aralığının tanınmasıdır. Örneğin, işçinin yeni teknolojiye adaptasyonunu sağlamak için verilen eğitime rağmen işçi uyum gösteremezse, mesleki yetersizlik nedeniyle fesih mümkün hâle gelebilir⁴². Yine, somut olayda işçinin çalış-

tığı makinenin arızalı ya da donanımının eksik olması, istenen performansa ulaşması için işçiye gerekli teknolojinin sağlanmaması, işçinin özelliklerine uygun bir işte çalıştırılmaması gibi ihtimaller mevcutsa, öncelikle işçiden kaynaklı olmayan bu olumsuzlukların çözümü için adım atılmalıdır⁴³. Aksi takdirde, makinedeki aksaklığın giderilmediği ya da rızası olmadığı halde yeni bir göreve atanan işçiye adaptasyonu için eğitim verilmediği durumlarda geçerli sebepten söz edilemez⁴⁴. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, iş sözleşmesi kurulmadan önce işçinin çalışmaya başlayacağı pozisyon için açıkça yetersiz olduğu işveren tarafından bilinmesine rağmen, işçi işe alındıktan sonra onun mesleki yetersizliğinin/performans düşüklüğünün gerekçe gösterilmesi geçerli bir neden olarak görülmemelidir⁴⁵.

Mesleki yetersizlik sonucunda oluşan verim düşüklüğü ile davranıştan kaynaklı verim düşüklüğü arasında çelişkiye düşülmesi uygulamada karşılaşılabilecek bir sorundur. Bu çelişkili duruma cevap ararken mesleki yetersizliğe dayalı fesihle kusurun gerekli olmadığına yönelik kuraldan hareket edilebilir⁴⁶. Çünkü, mesleki yetersizliğe dayalı fesihlerde, işçi daha fazlasını yapmak istediği hâlde misal olarak işe yatkın olmaması ya da uyum yetersizliği sebebiyle verim düşüklüğü yaşamaktadır. Tam tersine, davranıştan kaynaklanan verim düşüklüğünde

lations de Travail, Université Panthéon-Assas, 2012, s. 49, [40 Cour de cassation, Chambre sociale, 02.04.2014, 13-12670, \[41 "...Çalışanlara, ulaşmak için yapılması gerekenleri kontrol etme yetkisinde ve görev tanımı içinde olmadıkları hedef ve standartlar vermenin hiçbir yararı yoktur. Çalışanın görev tanımı içinde kalmayan ve kendisinden kaynaklanmayan, özellikle dış etkenlere bağlı kriterler dikkate alınmamalıdır... Dairemiz özellikle tıbbi tanıtım temsilcilerinin, dış etkenlere bağlı satış değerlerinden sorumlu tutulacaklarına birçok kararında yer vermiştir. \\(23.01.2007 gün ve 2006/28041 E, 2007/361 K\\). Zira ilaç tanıtımı yapan temsilcisinin performansını belirleyen satış değerleri, doktorun yazması, hastane ve eczanelerin talep etmesine bağlı tutulmaktadır. Burada satış değerlerini, temsilci dışındaki etkenler belirlemektedir.", Yarg. 9. HD., 27.06.2018, 2017/27643 E. – 2018/14018 K.; Yarg. 7. HD., 03.06.2015, 2015/7682 E. – 2015/10869 K.; \\[42 Cour de cassation, Chambre sociale, 16.02.1977, 75-40624, bkz. \\\[L 6321-1-1 ve L 6321-1-3\\\\); Benzer yönde bkz. Baysal, s. 96-97; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, \\\\(2012\\\\), s. 889.\\\]\\\(https://cassius.fr/avocat-droit-du-travail/insuffisance-de-resultat/, \\\(06.05.2020\\\); İşçinin adaptasyonu için dijital becerileri de kapsar şekilde yeteneklerinin gelişimine katkı sağlayacak eğitimlerin işveren tarafından verileceği düzenlenmiştir \\\(Fransız İş Kodu m.</p>
</div>
<div data-bbox=\\\)\\]\\(http://www.kazanci.com.tr, \\(06.05.2020\\); Aynı yönde bkz. Akı/Demirbilek, s. 15; Kar, s. 36.</p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(https://www.legifrance.gouv.fr, \(05.05.2020\).</p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupersivisions/5853bd28-1891-4fec-a0c4-d890ed42b54c?inline, (10.05.2020).</p>
</div>
<div data-bbox=)

43 Nurşen Caniklioğlu, "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin, Ankara, 2017, s. 80; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 512-513; Akı/Demirbilek, s. 15.

44 Bu yöndeki Yargıtay kararları için sırasıyla bkz. Yarg. 9. HD., 09.03.2009, 2008/20570 E. – 2009/6142 K.; Yarg. 9. HD., 28.09.2009, 2008/42886 E. – 2009/24409 K., Caniklioğlu, s. 80-81.

45 Baysal, s. 96; [46 Tankut Centel, İş Güvencesi, Legal, İstanbul, 2020, s. 85; Süzek, s. 553; Caniklioğlu, s. 75; Köseoğlu, s. 105; Fransız hukukunda da mesleki yetersizliğin kusur niteliği taşımadığı yönünde bkz. Cour de cassation, Chambre sociale, 28.11.2006, 05-42062, \[Sicil Issue: 43 / Year: 2020\]\(https://www.legifrance.gouv.fr, \(25.05.2020\).</p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://cassius.fr/avocat-droit-du-travail/insuffisance-de-resultat/, (06.05.2020).</p>
</div>
<div data-bbox=)

ise işçi var olan yetileriyle daha fazlasını yerine getirebilecekken kendi iradesiyle bu sonuca ulaşmayı istemez⁴⁷. Dolayısıyla, sözleşmenin ifasında işçinin somut olarak akde aykırı bir davranışı nedeniyle iş edimi yerine getirilemediğinde davranıştan kaynaklanan geçerli fesih gündeme gelecektir⁴⁸.

İşçinin görevini ifa edebilmesi (çalışma izni, sürücü belgesi, uçuş lisansı, yeterlilik belgesi vb.) idari bir izne ya da belgeye bağlı olduğunda, söz konusu belgenin/iznin yitirilmesi işçiyi mesleki yükümlülüklerini yerine getirmekten alıko-yabileceğinden, mesleki yetersizliğin meydana gelmesi muhtemeldir. Örneğin, geniş bir sorumluluk sahasına sahip bir müşteri yöneticisinin ehliyetine iki yıl süre ile el konulması üzerine yaşanan feshite, işçinin araç kullanmadan görevini gereği gibi yapamayacağı ve işin yürütümünün olumsuz etkileneceği belirtilerek feshin geçerliliğine hükmedilmiştir⁴⁹. Görüldüğü gibi, mesleği şoförlük

olmayan ancak görevini gereği gibi ifa edebilmesi için sürücü belgesine ihtiyaç duyan işçiler bakımından ehliyete el konulması mesleki yetersizlik sonucunu yaratacaktır. Öte yandan, işin ifası mutlak surette bir belge ya da izne tâbi olan mesleklere/pozisyonlara yönelik farklı bir değerlendirme yapılması mümkündür. Zira, işletmede şoför olarak çalışan bir işçinin ehliyetine el konulması durumunda ehliyetsiz araç kullanılması mümkün olmayacağından, artık mesleki yetersizlik yerine çalışma imkânının bütünüyle ortadan kalkması sonucunun doğacağı kabul edilebilir. Bu sebeptendir ki, doktrinde söz konusu koşulun gerçekleşmesi sonucu işçinin düşeceği borçlu temerrüdü nedeniyle işverenin sözleşmeyi bildirimli fesihle (İş K. m. 25/III gereğince) sona erdirebileceği görüşü ileri sürülmüştür⁵⁰. Nitekim, Yüksek Mahkememiz de özel halk otobüsü şoförü olarak istihdam edilen işçinin görev ve mesaisi dışında kişisel aracını kullanırken alkollü olması sebebiyle ehliyetine el konulması vakiasını İş K. m. 25/III'deki zorlayıcı sebep çerçevesinde değerlendirmiştir⁵¹.

47 Baysal, s. 110; Köseoğlu, s. 104-105; Kabakçı, 181-182.

48 "İşçinin yetersizliğine dayanan feshlerde, iş edimi işçinin yeteneği gibi kendisinde objektif olarak bulunan hal ve hususiyetlerden dolayı sözleşmeye uygun olarak yerine getirilemezken, işçinin davranışından kaynaklanan feshite, sözleşmenin ifasında işçinin somut olarak akde aykırı bir davranışı sebebiyle iş edimi yerine getirilememektedir. Başka bir anlatımla, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebebinin kabulü için, işçinin verim düşüklüğünün işçinin icra ettiği iş için gerekli olan fiziki veya fikri özellikleri haiz olmamasından kaynaklanmalıdır. Buna karşılık, yaptığı iş için gerekli olan şahsi özellikleri haiz ve mesleki bilgilerle donanımlı; yani mesleki yetenek ve uygunluk açısından aranan niteliklere sahip olan bir işçinin, daha önce kendisine ihtiar edilmiş olmasına rağmen, aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışmaya devam etmesi, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih sebebidir.", Yarg. 7. HD., 03.06.2015, 2015/7682 E. – 2015/10869 K.; Yarg. 9. HD., 08.04.2008, 2007/27829 E. – 2008/7831 K.; Yarg. 9. HD., 18.03.2008, 2007/27584 E. – 2008/5327 K.; www.kazanci.com.tr, (25.05.2020).

49 Yarg. 9. HD., 21.06.2010, 2009/22987 E. – 2010/19429 K.; Yarg. 7. HD., 10.03.2014, 2014/829 E. – 2014/1664 K., www.kazanci.com.tr; Ticari hizmet mümessili olarak işe alınan işçinin görevlerini yerine getirebilmesi için gerekli olan sürücü belgesinden altı ay süreyle yoksun kalmasının gerçek ve ciddi bir fesih gerekçesi olduğu yönünde bkz. Cour de cassation, Chambre sociale, 24.01.2007, 05-41598, <https://www.legifrance.gouv.fr>, (24.05.2020); Doktrinde Alp tarafından isabetle belirtildiği üzere, sürücü belgesi elinden alınan işçinin ifa ettiği görev önem taşımakta olup, misal olarak farklı adliye ve icra dairelerine gidebilmesi için kendisine araç verilen şirket avuka-

tının sürücü belgesine el konulması hâlinde işçinin işini gereği gibi ifa etmesini engel bir durum söz konusu olmayacağından mesleki yetersizlik gündeme gelmez. Bu yönde bkz. Mustafa Alp, "Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.3, 2007, s. 70.

50 Ufuk Aydın, "İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, 2010, s. 235-236; Baysal, s. 122; Kabakçı, s. 180; İşçinin işini yürütebilmesi için ihtiyaç duyduğu resmi izni kaybetmesinin mesleki yetersizliğe dayalı feshine yol açacağı yönündeki öğretisi görüşleri için bkz. Süzek, s. 560; Alp, s. 70-72; Centel, s. 103; Caniklioğlu, s. 95; Hakan Keser, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Seçkin, Ankara, 2016, s. 167.

51 Yarg. 22. HD., 26.03.2019, 2016/6070 E. – 2019/6626 K.; Yarg. 9. HD., 29.05.2014, 2012/10932 E. – 2014/17580 K.; Yarg. 7. HD., 15.01.2014, 2013/15701 E. – 2014/313 K.; "Davacı işçinin davalı işyerinde şoför olarak çalıştığı ve 100 ceza puanını doldurması sonrasında ehliyetine el konulması üzerine, ehliyetsiz olarak araç sürmesi mümkün olmadığından işverence iş akdine bu sebeple son verildiği anlaşılmıştır. Bu husus 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/III. maddesindeki zorlayıcı sebep niteliğinde olup, ...", Yarg. 9. HD., 30.11.2017, 2017/7054 E. – 2017/19527 K.; Geçerli nedenle fesih sonucuna ulaşılan kararlar için bkz. Yarg. 22. HD., 25.01.2016, 2015/35609 E. – 2016/1797 K.; Yarg. 7. HD., 24.12.2015, 2015/29742 E. – 2015/26678 K.; www.

Mesleki yetersizliğin geçerli fesih nedeni sayılması için, iş görme borcunun içeriği bakımından objektif performans ölçütünün benimsenmesi gerektiği görüşü hâkimdir. Örneğin, Yüksek Mahkememiz feshin geçerliliğini değerlendirirken *iş sözleşmesi mesleki yetersizlikten feshedilen işçi ile aynı işi yapmakta olan işçilerin performansının ne olduğuna dair dosyaya bilgi sunulmasını ve feshe konu dönemde ilgili işçinin performansının emsal işçilerin altında olduğunu gösterir delillerin ibrazını* gerekli görmektedir⁵². Şu hâlde, m. 18 gerekçesinde yer alan *"işçinin ortalama benzer işi görenlere göre daha az verimli çalışması"* şeklindeki objektif ölçütün dikkate alındığı kabul edilebilir. Öte yandan, olması gereken düzeydeki performanstan hangi oranda sapma gerçekleşirse geçerli fesih nedeni oluşabilir sorusuna yönelik olarak yargı kararlarında yapılan muhakemede, işçinin kişiliğiyle ilgili subjektif şartlara da değinildiği görülmektedir⁵³.

kazanci.com.tr, (24.05.2020).

- 52 Yarg. 22. HD., 04.07.2018, 2018/8007 E. – 2018/16757 K.; Yarg. 9. HD., 26.03.2018, 2017/21990 E. – 2018/6271 K.; Yarg. 9. HD., 14.11.2017, 2017/398 E. – 2017/18166 K.; Yarg. 7. HD., 09.11.2016, 2016/14296 E. – 2016/19101 K., www.kazanci.com.tr, (15.05.2020); Öğretide feshin geçerliliği için işçinin aynı veya benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışması şartını arayan görüşler için bkz. Süzek, s. 557; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 283; Konu hakkındaki çeşitli öğretici görüşleri ile Yargıtay uygulamasına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Kabakçı, s. 66 vd.
- 53 *"İşçinin verimsizliğinin iş sözleşmesinin geçerli fesih nedenini oluşturabilmesi için, iş sözleşmesi feshedilen işçi ile aynı veya benzer işi gören işçinin verimi arasında bir karşılaştırma yapılır. Bu konuda işveren, işçinin verimindeki eksikliği tespit etmek için tam bir veri araştırmakla yükümlüdür. Ancak bu karşılaştırma yapılırken, her insanın farklı yapı ve farklı çalışma kabiliyetine sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Kuşkusuz işçinin verim düşüklüğünün yaşlanma gibi bünyedeki doğal bir gelişime dayanması hâlinde işveren, işçinin verim ve performans düşüklüğüne katlanmalıdır."* Yarg. 9. HD., 03.06.2008, 2007/37515 E. – 2008/13801 K., bkz. Kabakçı, s. 69-70; bu yöndeki diğer Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 22. HD., 12.12.2011, 2011/4093 E. – 2011/7195 K.; Yarg. 9. HD., 21.06.2010, 2009/22987 E. – 2010/19429 K.; Yarg. 9. HD., 01.12.2009, 2009/8399 E. – 2009/32595 K., www.kazanci.com.tr, (16.05.2020); Nitelik aranan işler için subjektif performans ölçütünün, niteliksiz işler için ise objektif performans ölçütünün esas alınabileceği yönünde bkz. Centel, s. 92; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 512.

2. Geçerli Nedenle Feshe Dayanak Teşkil Edebilecek Performans Değerlendirme Sisteminin Özellikleri

Madde 18 hükmü ile mesleki yetersizlik geçerli fesih nedeni olarak kabul edildiğinden, mesleki yeterliliği ölçme amacı taşıyan performans değerlendirme sistemleri işverenler tarafından sıklıkla tercih edilir hâle gelmiştir. Gerçekten, Yüksek Mahkemenin kararlarında yer verdiği *"Kanunun gerekçelerinde ifade olunan yetersizlikten kaynaklanan sebepler dışında, işçiyle yapılan iş sözleşmesi, işyeri personel yönetmeliği, kurumsal çalışma ilkeleri veya işyerine özgü performans değerlendirme kriterlerinde yer alan işçinin verimliliği ile ilgili beklentilerin karşılanamaması hâlinde de geçerli sebeple fesih uygulanabilir."*⁵⁴ şeklindeki ifadelerinden mesleki yetersizliğin tespitinde performans değerlendirme sisteminden gelen bilgilerin uygulamada önemli bir yer edindiği anlaşılmaktadır. Bunun yanında, İş Kanunu m. 20/2 gereğince mesleki yetersizliğin varlığını kanıtlama yükümlülüğü işveren üzerindedir ve değerlendirme sisteminden elde edilecek sonuçlar ispat yükümlülüğünün yerine getirilmesi yönünden de fonksiyon gösterir⁵⁵. Ayrıca, işletme gereklerine dayalı fesihlerde işveren işten çıkarılacak işçilerin seçiminde yeterlilik kriterine başvurmak isterse, performans değerlendirme sisteminden elde edilen bilgiler işletme gereklerine dayalı feshin yargısal denetimi sırasında dahi ön plana çıkacaktır⁵⁶.

İş Kanunu m. 18 ile mesleki yetersizliğe dayalı fesih somut bir düzenlemeye kavuşmuş olsa bile, performans değerlendirme sisteminden elde edilen sonuçların geçerli bir feshe temel oluşturabilmesi için aranan nitelikleri hakkında özel

54 Yarg. 9. HD., 08.05.2017, 2016/12678 E. – 2017/8046 K.; Yarg. 9. HD., 02.07.2015, 2015/14407 E. – 2015/23883 K.; Yarg. 9. HD., 18.03.2014, 2013/13121 E. – 2014/8762 K.; Yarg. 9. HD., 21.04.2010, 2008/24861 E. – 2010/11656 K., www.kazanci.com.tr, (15.05.2020).

55 Benzer yönde, Baysal, s. 101; Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, Albi, İzmir, 2018, s. 328.

56 Baysal, s. 102; İşten çıkarılma sırasının belirlenmesinde yeterlilik kriterinin kullanılabilirliği yönünde bkz. Auze-ro/Baugard/Dockès, s. 809.

bir düzenleme yapılmamıştır. Yıllar içinde Yüksek Mahkememizce benimsenen kriterler aracılığıyla performans değerlendirme sistemlerinin hukuka uygunluğu bakımından belli başlı kuralların ortaya çıktığı söylenmelidir.

a. Kriterlerin Somut ve Ölçülebilir Olması

Performans değerlendirme sisteminin içerik olarak *somut/önceden saptanmış ve ölçülebilir* kriterlerden oluşması beklenir⁵⁷. Somut olarak ortaya konulamayan ve ölçmeye elverişli olmayan kriterleri içeren sistemlerin sağlıklı sonuçlar vermeyeceği açıktır. Davranışa dayalı kriterlerin belirlenmesi de değerlendirmeyi ölçülebilir olmaktan uzaklaştıracağı için tercih edilmemelidir. Ne var ki, değerlendirmeye alınacak bazı işçilerin pozisyonları gereği ölçmeye elverişli (nicel) kriterler getirilmesi güçtür. Örneğin, takım yönetimi ya da proje yönetimi gibi her zaman ölçülebilir faaliyetler üstlenmeyen yönetici sıfatını haiz işçilerin mesleki yeterliliklerinin değerlendirilmesi bu tür zorlukları içerir. Bu gibi durumlarda davranışa dayalı ölçütler belirlenmişse, söz konusu sistem sorgulanmaksızın hukuka aykırı kabul edilmemeli; işçinin somut faaliyetle bütünleşmesine ve değerlendiricinin mümkün olan en nesnel şekilde değerlendirmesine izin verecek kadar mesleki ve kesin kriterlerin var olup olmadığı incelenmelidir. Bu nedenle, belirli bir mesleki faaliyet ile doğrudan bağlantı kurulmasını sağlayacak kesinlikte olmayan, değerlendiricinin fazlasıyla öznel takdirde bulunmasını gerektirecek kriterler geçerli kabul edilemez. Bu doğrultuda, “cesaretle hareket etme” şeklinde belirlenmiş olan bir değerlendirme kriterinin subjektif nitelik taşıdığı açıktır⁵⁸. Benzer şekilde, “iletişim, etki yarat-

ma ve işbirliği; katılımcılık ve gelişim odaklılık” gibi değerlendirme kriterlerinden oluşan bir sistemin işçinin yapmakta olduğu işle ilgili veriler üzerinden oluşturulan bir değerlendirme sisteminden ziyade bireysel izlenimlerden ve kişisel görüşlerden oluştuğu sonucuna ulaşılmalıdır⁵⁹.

b. Kriterlerin Objektifliği

Kriterlerin objektif nitelik taşıması ile amaçlanan, değerlendirmeyi keyfi olma tehlikesinden uzaklaştırmaktır. Yukarıda açıkladığımız somut ve ölçülebilir kriter ölçütü, aynı zamanda kriterlerin objektifliğine hizmet eder. Doktrinde değerlendiricinin kişisel görüş ve gözlemlerine daha az yer verilecek şekilde performans değerlendirme sistemlerinin geliştirilebileceği ve örneğin beyin gücüne dayanan avukatlık, danışmanlık gibi işlerde daha nesnel olacak (müşteriler, diğer çalışanlar gibi) kişilerin değerlendirmeye dâhil edilebileceği ifade edilmektedir⁶⁰. Bu bağlamda, yeterliliği ölçmenin zor olduğu meslekler bakımından anonim şekilde belirlenen kişilerin verdiği geri bildirimlere dayalı 360 derece değerlendirme yönteminin tercih edilmesi düşünülebilir.

Objektiflik ölçütünün sağlanabilmesi için ayrıca işyerinde aynı işi yapan işçilerin tümüne aynı kriterlerin uygulanması önem arz eder⁶¹. Başka bir deyişle, değerlendirme kriterlerinin nesnel ve doğrulanabilir kabul edilmesi, performans değerlendirme sisteminin aynı/benzer işte çalışan tüm işçilere eşit şekilde uygulanan şartlardan oluşmasına bağlıdır⁶². Bu nedenledir ki, aynı iş-

57 Akı/Demirbilek, s. 14; “...dosya arasında bulunan performans değerlendirme kriterlerinin objektif olarak ölçülebilir olmadığı”, Yarg. 9. HD., 10.12.2015, 2015/24521 E. – 2015/35075 K.; Yarg. 22. HD., 23.12.2013, 2013/36477 E. – 2013/29951 K.; Kriterlerin önceden belirlenmesi ve somut olarak ortaya konulması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 9. HD., 28.06.2010, 2009/23840 E. – 2010/20703 K.; Yarg. 9. HD., 02.11.2009, 2009/773 E. – 2009/29684 K., www.kazanci.com.tr, (07.05.2020).

58 Cour d’appel de Toulouse, 21.09.2011, 11-00604, bkz. <https://juri-ce.com/guide-de-lentretien-devaluation/>, (13.05.2020).

59 Yarg. 22. HD., 04.07.2018, 2018/8007 E. – 2018/16757 K., www.kazanci.com.tr, (15.05.2020).

60 Baysal, s. 105.

61 Centel, s. 94; Baysal, s. 105; Süzek, s. 559; “Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır”, Yarg. 22. HD., 18.10.2016, 2016/21027 E. – 2016/23554 K.; Yarg. 9. HD., 02.07.2015, 2015/14407 E. – 2015/23883 K., www.kazanci.com.tr, (07.05.2020).

62 Kabakçı, s. 142; Objektiflik bakımından karşılaştırmanın aynı koşullar altında ya da benzer durumdaki işçiler arasında yapılacağı yönünde bkz. Benoît Maréchal/Catherine Graff, “Les critères retenus par la jurisprudence pour licencier valablement un salarié en situation de sous-performance ou d’insuffisance professionnelle”, s. 14, <https://www.hrone.lu/pdf/CollinMarechal.pdf>, (10.05.2020); de la Motte, s. 51.

letme içinde dahi beyaz yaka personel ile mavi yaka personel için farklı performans değerlendirme kriterlerinin belirlenmesi zorunludur⁶³. Fakat, bu noktada eklemek gerekir ki, işçinin engelliliği gibi özel bir durumu varsa işçiye özgü bu özellik gözetilerek kendisinden beklenen performans düzeyi belirlenmelidir. Aynı şekilde, işçinin hastalığı ya da hamileliği nedeniyle performansının belirli bir süre düşük seyredebileceği öngörülmesi ve performans beklentisi işçi lehine revize edilmelidir⁶⁴.

c. Kriterlerin İşyerine Özgü Olması

Her işletme faaliyet gösterdiği sektöre göre farklı performans standartlarına ihtiyaç duyar. İşletmelerde yapılan işlerin özellikleri dikkate alınmak suretiyle işletme yönetimi kendi gerekliliklerine özgü kriterler belirleme imkânına sahip olmalıdır⁶⁵. Nitekim, Yargıtay kararlarında yer verilen “kriterlerin işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak ortaya konacağı, işyerine özgü olarak işçilerin performanslarının değerlendirileceği” yönündeki ifadeler⁶⁶ de işverenlerin bu yöndeki gereksinimlerinin haklı bulunduğunu gösterir.

d. Kriterlerin İlişkili Olması

Değerlendirme sistemi için belirlenecek kriterlerin işçinin görev tanımı, yetkileri, sorumlulukları ve işin gerektirdiği bilgi, beceri ve deneyim gibi yetkinliklerle ilişkili olmasına özen gösterilmeli ve dış etkenlere tâbi kriterlerden kaçınılmalıdır⁶⁷. Bu ku-

ral, aynı zamanda performans değerlendirme sisteminin işçinin kendisi ile değil, işi ile ilgili olmasının bir gereğidir⁶⁸. Örneğin, Fransız İş Kodu m. L 1222-2’de, hangi şekilde olursa olsun, işçiden talep edilecek bilgilerin işçinin mesleki uygunluğunun değerlendirilmesiyle doğrudan bağlantılı ve bunun için gerekli olması koşulu getirilmiştir. Söz konusu koşul performans değerlendirme sistemleri bakımından da bağlayıcı bir hüküm olduğundan, işçinin mesleki uygunluğunun değerlendirilmesiyle doğrudan bağlantılı ve bunun için gerekli olmayan kriterlerin dikkate alınmaması kabul edilmektedir⁶⁹. Benzer şekilde, mevzuatımızda yer alan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 4/2(ç)’deki kişisel verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması gerektiğine yönelik hüküm ile Türk Borçlar Kanunu m. 419’daki işçiye ait kişisel verilerin ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanılabilmesine ilişkin hüküm gereğince, değerlendirme kriterleri, işçinin mesleki uygunluğunu (yeterliliğini, kapasitesini, yeteneklerini) ölçmek için gerçekten gerekli olan bilgileri toplamaya yönelik olmalıdır. Yukarıda yer verdiğimiz kriterleri bir araya getirerek vurgulayacak olursak, performans değerlendirmesi kesin, objektif ve mesleki uygunluğun değerlendirilmesi amacıyla uygun kriterlere dayalı olmalıdır⁷⁰.

e. Kriterlerin Gerçekliği

İşçinin yetki ve görev tanımıyla uyumlu olan değerlendirme kriterleri aynı zamanda gerçekçi ve makul olmalıdır. Dolayısıyla, insan bünyesini zorlayacak kadar yüksek ya da ulaşılmaması mümkün olmayacak ölçüde standartlar konulamaz⁷¹.

etkenlerin rol oynadığı, feshin geçerli nedene dayandığını ispat yükünün işverene ait olduğu, davacının performansının düşüklüğünün kanıtlanmadığı gözetilmeksizin davanın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.”, Yarg. 9. HD., 14.04.2016, 2015/29057 E. – 2016/9446 K., www.calismatoplum.org, (08.05.2020).

63 Demir, s. 328.

64 Caniklioğlu, s. 80; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 512; Benzer yönde Dilek Dulay, “İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:27, 2010, s. 975.

65 Demir, s. 328; Baysal, s. 105-106; Centel, s. 94; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2012, s. 888.

66 Yarg. 9. HD., 19.10.2015, 2015/19779 E. – 2015/28828 K.; Yarg. 22. HD., 02.02.2015, 2014/36277 E. – 2015/2019 K.; Yarg. 22. HD., 17.09.2014, 2014/17261 E. – 2014/24231 K. www.kazanci.com.tr, (07.05.2020).

67 Ahmet Selamoğlu/Murat Özveri, “İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesih Nedeni Olarak Performans Değerlendirmesi”, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2016, s. 217; Kar, s. 38; Demir, s. 328; Caniklioğlu, s. 82; “...bu dönemde bir kısım hedefleri gerçekleştirdiği, bir kısım gerçekleşmeyen hedeflerin gerçekleşmemesinde davacının dışındaki

68 Güzel, s. 380; Süzek, s. 559; Kar, s. 38.

69 Collignon-Trocme/Muller, s. 29.

70 Cour de cassation, Chambre sociale, 14.12.2015, 14-17152, bkz. Durand, dn. 3.

71 Kar, s. 38; Baysal, s. 106; “...Performans ve verimlilik standartları, verilen hedefler gerçekçi ve makul olmalıdır.”, Yarg.

Yüksek Mahkememize göre, ulaşılması zor hedefler belirlendiğinde söz konusu hedeflere ulaşıl-maması tek başına geçerli neden teşkil etmeyecektir⁷². Benzer şekilde, Fransız Yargıtayına göre sonuçların yetersizliği tek başına bir fesih gerek-çesi yaratmaz. Belirlenen hedeflere ulaşıl-mamasının gerekçesi hedeflerin çok yüksek belirlenmiş olması ya da ekonomik konjonktür gibi sebepler olduğunda, fesih gerçek ve ciddi nedenden yok-sun kalır⁷³.

f. İşçinin Bilgilendirilmesi Koşulu

Performans değerlendirme sisteminin hukuka uygunluğu açısından aranılan bir diğer özellik, tâbi olacağı değerlendirme kriterleri ile bu kri-terlere uygun olmayan performansın doğuracağı sonuçlar hakkında işçinin *önceden, yazılı olarak ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmesi* zorunlu-luğudur⁷⁴. Böylece, işçi işverenin mesleki anlamda kendisinden beklentileri hakkında bilgi sahibi olabilir. Yüksek Mahkememizin kararlarında vur-guladığı üzere, *performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebil-mek için, performans değerlendirme kriterleri ön-ceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmelidir*⁷⁵.

Fransız hukukuna bakıldığında, iş ilişkisi sürer-ken işçiye uygulanacak mesleki değerlendirme metot ve teknikleri hakkında işçinin açıkça bil-gilendirilmesi ve bu teknikler kullanılırken belir-

lenen amaçların dışına çıkılmaması gerektiğinin somut şekilde düzenlendiği görülür (Fransız İş Kodu m. L 1222-3-1, m. L 1222-3-3). Fransız huku-kunda işçiyi bireysel olarak bilgilendirme yüküm-lülüğünün ötesinde, işçi temsiliyi sağlayan or-ganlara bilgi verme ve danışma yükümlülüğü de getirilmiştir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, 2017 yılında yapılan değişiklikte işletme komitesi (*comité d'entreprise*), hijyen, güvenlik ve çalışma koşulları komitesi (*comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail - CHSCT*) gibi işçi temsili-ni sağlayan kurumlar ekonomik ve sosyal komite (*comité social et économique*) çatısı altında birleş-tirilmiştir⁷⁶. Fransız İş Kodu m. L 2312-38-3'e göre, işçinin faaliyetlerini kontrol etmeye yarayan yön-tem ve tekniklerin işletmede uygulanması kararı alınmadan önce konu hakkında ekonomik ve sos-yal komiteye bilgi verilip danışılmalıdır. Dolayı-sıyla, ekonomik ve sosyal komitenin performans değerlendirme sistemlerine yönelik görüş bildir-mesi beklenmelidir. Söz konusu komiteye ilişkin yasal değişiklikten önce ise, performans değer-lendirme sistemi kurma niyeti taşıyan işverenin işletme komitesine ve hatta bazı koşullar altında öncelikle hijyen, güvenlik ve çalışma koşulları ko-mitesine başvuru zorunluluğu öngörülmüştü⁷⁷.

3. Mesleki Yetersizliğe Dayalı Feshin Geçerliliğine Etki Eden Diğer Koşullar

Performans değerlendirme sisteminin hukuka uygunluğuna ilişkin olarak yukarıda yer verdiği-özelliğler dışında, geçerli bir fesih için Yargı-tayımız tarafından bazı koşulların daha varlığı-nın aranmakta olduğu bilinmelidir. Her şeyden

9. HD., 20.11.2017, 2017/411 E. – 2017/18515 K.; Yarg. 9. HD., 14.04.2016, 2015/29057 E. – 2016/9446 K.; Yarg. 22. HD., 28.09.2015, 2015/21005 E. – 2015/25573 K., www.calismatoplum.org, (08.05.2020).

72 "...performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşıl-maması tek başına geçerli sebep ol-mamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermi-yorsa geçerli sebep söz konusu olabilir.", Yarg. 22. HD., 19.11.2018, 2018/14692 E. – 2018/24703 K.; Yarg. 22. HD., 04.05.2015, 2015/12319 E. – 2015/15935 K., www.kazanci.com.tr, (08.05.2020); Baysal, s. 107; Güzel, s. 384; Caniklioğlu, s. 82; Selamoğlu/Özveri, s. 218.

73 Bu yöndeki yargı kararları için bkz. Auzero/Baugard/Dockès, s. 777, dn. 3-4.

74 Akı/Demirbilek, s. 13; Baysal, s. 107-108; Kar, s. 37; Demir, s. 328; Selamoğlu/Özveri, s. 213.

75 Yarg. 9. HD., 27.06.2018, 2017/27643 E. – 2018/14018 K.; Yarg. 9. HD., 15.11.2017, 2017/402 E. – 2017/18289 K.; Yarg. 22. HD., 24.04.2014, 2014/8637 E. – 2014/9509 K.; www.kazanci.com.tr, (09.05.2020).

76 Melda Sur, "İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019, s. 2298-2299.

77 Örneğin, planlanan yıllık değerlendirme sisteminin işçinin davranışlarına, kariyer gelişimine ve ücretine ilişkin bir etkisi olacaksa ve söz konusu sistem çalışma koşulları üzerinde yansımaları olacak şekilde psikolojik baskı yaratacaksa öncelikle hijyen, güvenlik ve çalışma koşulları komitesine danışılması gerektiği kabul edilmiş-ti. Bu yönde bkz. Cour de cassation, Chambre sociale, 28.11.2007, 06-21964, Auzero/Baugard/Dockès, s. 810; Collignon-Trocme/Muller, s. 28.

önce, mesleki yetersizliğin geçici olup olmadığı somut vakıya bakımından incelenmelidir. Kararlarda vurgulandığı üzere, geçerli bir fesih için *süreklilik gösteren düşük ve düşme eğilimli sonuçlar var olmalıdır*⁷⁸. Kendisine herhangi bir uyarı yapılmayan teknik satış temsilcisinin mesleki faaliyetlerindeki bir aylık düşüş nedeniyle yapılan feshin gerçek ve ciddi nedenden yoksun olduğu kuşkusuzdur⁷⁹. Dikkat edilecek olursa, bu noktada sorgulanan yalnızca süreklilik arz eden düşük sonuçların varlığı değildir. Gelecekte de söz konusu yetersizliğin devam edeceği kanaatine ulaşılmış olmalıdır. “Düşme eğilimli sonuçların varlığını” sorgulamakta olan mahkemelerimizdeki bu bakış açısı “olumsuz öngörü ilkesi” ile örtüşmektedir. Temelini Alman hukukundan almakta olan ve gerek yargı kararlarımızda gerek iş hukuku öğretimizde yer bulan olumsuz öngörü ilkesi geçince, işçinin mesleki yetersizliğinin geleceğe yönelik olarak süreceğinin öngörülebilir olup olmadığı belirlenmektedir⁸⁰.

Performans değerlendirme sürecinin özelliklerine ilişkin yapılacak bilgilendirme yeterli değildir; bunun yanında değerlendirme görüşmelerinin *sonuçları hakkında da işçi mutlaka bilgilendirilmeli*, başarılı bulunan yönleri ile eksik ya da geliştirilmeye muhtaç özelliklerine yönelik olarak işçiye geri bildirim yapılmalıdır⁸¹. Geri

bildirim yapılmadığı durumlarda işçi hangi yönlerinin geliştirilmeye açık olduğunu bilemeyeceğinden, performans değerlendirme sisteminin fonksiyonu yapılacak fesih işlemine gerekçe yaratmaktan öteye geçemeyecektir.

Bilindiği gibi, savunması alınmadan işçinin davranışı yahut verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği açıkça hüküm altında alınmıştır (İş K. m. 19/2). Ne var ki, hukukumuzda mesleki yetersizlik sonucunda işverenin işçiyi uyarma (ihtar etme) zorunluluğuna ilişkin somut bir düzenleme yoktur. Doktrinimizde, işçinin kendi durumunu gözden geçirmesine ve sözleşmeden doğan borçlarına uygun davranabilmesine imkân yaratmak için ihtar kurumundan yararlanılması gerektiğinin altı çizilmektedir⁸². İspat kolaylığı bakımından yazılı olması önerilen ihtarın, esasen işçinin benzer işi görenlerden daha az verimli çalışması, beceri ve uyum sorunları gibi *değişebilir nitelikteki* yetersizlik hâlleri ile davranışıyla ilgili durumlarda verilmesi gerekli görülebilir⁸³. Şu hâlde, somut olayda mesleki yetersizlik hâli ortaya çıktığında öncelikle işçi yazılı şekilde uyarılarak mesleki yetersizliğin işveren nezdinde kabul görmediği ve tekrarlanması durumunda yaratacağı hukuki sonuçlar hakkında bilgi verilmelidir⁸⁴.

Yazılı ihtar yanında, işçiye tespit edilen eksikliklerini (eğitim, motivasyon vs.) tamamlayabilmesi için *makul bir süre tanınmalıdır*⁸⁵. Gerçekten, mesleki yetersizliği objektif şekilde tespit edilen işçiyi ihtar edip izleme sürecine almak, bu süreç-

78 “İşçinin, belirli bir bekleme süresi içinde belirlenen mesleki özelliklerine dayanarak, bu süreden sonra performans ve verim düşüklüğü sebebiyle iş sözleşmesi feshedilirse bu geçerli sebep olarak kabul edilemez. Yani bu süre içinde işçinin çalışma standartları ve mesleki özellikleri daha sonraki performans ve verimlilik ölçümü bakımından işverenin kabul ettiği sınırlar olarak dikkate alınır. Ancak bu sınırların altına düşülmesi ve bunun süreklilik göstermesi halinde geçerli neden doğabilir.”, Yarg. 22. HD., 27.10.2016, 2016/22946 E. – 2016/24269 K.; Yarg. 7. HD., 20.01.2016, 2015/34140 E. – 2016/393 K.; Yarg. 22. HD., 15.06.2015, 2015/17193 E. – 2015/20705 K., www.kazanci.com.tr, (10.05.2020).

79 Cour de cassation, Chambre sociale, 21.05.1986, 83-41230, <https://www.legifrance.gouv.fr>, (10.05.2020).

80 Olumsuz öngörü ilkesinin mesleki yetersizliğe dayalı fesihlerdeki uygulamasına yönelik bilgi için bkz. Baysal, s. 111; Kabakçı, s. 180-182; Sevil Doğan, İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1027.

81 “...2005 yılı sonundaki değerlendirme davacıya tebliğ edil-

memiş ve performansının düşük olduğu ihtar edilmemiştir. Davacının ne şekilde performansının düşük olduğu, daha sonraki süreçte kendisinden ne beklendiği, beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinin neler olacağı açıklanmamıştır. Somut bu maddi olgulara göre davalı işverenin gerçekleştirdiği fesih, geçerli nedene dayanmamaktadır.”, Yarg. 9. HD., 18.03.2008, 2007/27584 E. – 2008/5327 K.; Selamoğlu/Özveri, s. 213; Caniklioğlu, s. 81.

82 Caniklioğlu, s. 73.

83 Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta, 2016, İstanbul, s. 404; Demir, s. 338; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2012, s. 894; Süzek, s. 585; Doğan, s. 1034.

84 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 2012, s. 893; Caniklioğlu, s. 73; Doğan, s. 1034.

85 Centel, s. 95; Caniklioğlu, s. 81.

te işçide var olan eksikliklerin mümkünse *eğitim yoluyla*⁸⁶ giderilmesini sağlamak işverenin feshe son çare olarak başvurma yükümlülüğünün de bir gereğidir. Dikkat edilecek olursa, bu aşamada feshin kaçınılmaz olup olmadığı sorgulanmaktadır. Feshin son çare olması ilkesi uyarınca, iş sözleşmesini doğrudan fesihle sona erdirmek yerine, iş ilişkisinin sürdürülmesini sağlayacak daha hafif tedbirler alınmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır⁸⁷. Dolayısıyla, mesleki yetersizlik hâlinde, fesih yerine yazılı uyarıda bulunma, eğitim verme ve yine koşullar mevcutsa işçinin başka bir pozisyonda ya da görev yerinde değerlendirilmesi gibi alternatiflere öncelik verilmelidir⁸⁸.

Son olarak değinmek gerekir ki, işçinin tutulduğu hastalık işe devamsızlık sorunu yaratmayıp görevlerini gereği gibi yerine getirmesini engelleyebilir ve sağlık sorununa bağlı olarak verim düşüklüğüne neden olabilir. Diğer bir deyişle, işçinin sağlık sorunu sonucunda oluşan fiziki yetersizlik, mesleki yetersizlik kavramı içinde saydığımız verim düşüklüğüne dolaylı şekilde yol açabilir. Bu nedenle, işçiyi çalışamaz duruma ge-

tirmemekle birlikte işini gerektiği gibi yapmasını devamlı olarak etkileyen bir hastalık söz konusu olduğunda, hastalığa bağlı işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih ile mesleki yetersizliğe dayalı fesih doğal olarak birçok noktada kesişebilecektir. Söz konusu fiziki yetersizliğe dayalı feshin geçerliliği açısından *işçinin iş gücünde devamlı ve önemli miktarda eksilme* koşulunun gerçekleşmesi ve bu şartlar altında *işverenden iş sözleşmesi ile bağlı kalmasının beklenemez olması* gereklidir⁸⁹. Yargısal denetim esnasında sözünü ettiğimiz bu koşulların somut olayda var olup olmadığı, mesleki yetersizliğe dayalı feshin denetimdekine benzer şekilde değerlendirilir. Örneğin, işin ifasını sürekli olarak etkileyen hastalığa bağlı yetersizliğin geçerli feshe yol açması için *işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işverenin işletme ile ilgili menfaatlerinin önemli ölçüde ihlal edilmiş olması* aranmaktadır. Ayrıca, işin yapılmasını olumsuz etkileyen hastalığın yarattığı verim düşüklüğü, *iş sözleşmesinin feshi anında, işçinin verim düşüklüğünün gelecekte de devam edeceğine dair bir tahmini haklı kılmalıdır*⁹⁰. Dolayısıyla, işin ifasını sürekli olarak etkileyen hastalığın işletmede önemli aksaklıklara yol açması ve hastalık sonucu oluşan verim düşüklüğüne ilişkin olumsuz öngörü şartının gerçekleşmesi önem kazanmaktadır. Feshin son çare olması ilkesi şüphesiz ki sözü edilen nedene dayalı feshin alternatif olabilecek araçların araştırılmasında da göz önünde bulundurulacaktır. Bu bağlamda, işçinin sağlık durumu gözetilerek işletme içinde işçinin niteliklerine uygun bir başka iş olup olmadığı araştırılmalıdır. İşletmede bu özelliklerde bir işin var olmaması, işçinin bu yeni işi kabul etmemesi yahut yeni işi kabul etse bile işçinin bu yeni gö-

86 ...davacının performansını geliştirmesi yönünde davacıya eğitim verildiğini ve davacının performansını artırmak için bir çaba harcamadığını yeterli ve inandırıcı delillerle ispatlayamamıştır. Bu durumda davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 22. HD., 28.09.2015, 2015/21005 E. – 2015/25573 K.; Yarg. 22. HD., 17.09.2014, 2014/17261 E. – 2014/24231 K., www.calismatoplum.org, (10.05.2020).

87 Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2017, s. 209; Süzek, s. 580-581; Centel, s. 144.

88 "...işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınamaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.” Yarg. 9. HD., 03.10.2016, 2016/29114 E. – 2016/17089 K.; Yarg. 7. HD., 26.05.2014, 2014/4483 E. – 2014/11162 K., www.calismatoplum.org; "...verimi düşen bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, ilgili işçinin kendi verim ve performans profiline uyan başka bir işte çalışmaya devam etmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekir. İşte bu bağlamda yapılacak araştırma sonucunda işçinin başka bir işe nakli mümkün görülüyorsa, işveren iş sözleşmesini geçerli olarak feshedebilecektir.” Yarg. 22. HD., 12.12.2011, 2011/4093 E. – 2011/7195 K., www.kazanci.com.tr, (10.05.2020); Bu yönde bkz. Caniklioğlu, s. 72-73; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 536; Demir, s. 338; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 287-288.

89 Baysal, s. 74-75; Centel, s. 91; Caniklioğlu, s. 91.

90 Yarg. 9. HD., 18.03.2008, 2007/27584 E. – 2008/5327 K.; www.kazanci.com.tr, (22.05.2020); Bu yönde bkz. Keser, s. 162-163; Caniklioğlu, s. 83; Kabakcı, s. 183; Doğan, s. 1026; Ayşe Köme, İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış), İstanbul, 2009, s. 114, http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/45050.pdf, (21.05.2020).

revde de verim düşüklüğünün devam etmesi ihtimallerinden biri gerçekleştiğinde, iş sözleşmesinin feshi geçerli kabul edilmelidir⁹¹.

Sonuç

Performans değerlendirme sistemi işverenin tercihine bağlı olup, ihtiyari bir uygulamadır. Ancak, mesleki yetersizlik kavramının İş Kanunu m. 18'de geçerli fesih nedenleri arasında sayılması ile birlikte, performansın değerlendirilmesine yönelik uygulamalar işletmelerde giderek artış göstermiştir. Mesleki yetersizlik kavramı, işe fiziksel uygunluk ile bağlantısı olmaksızın, işçinin işveren tarafından verilen görevleri yerine getirme yeterliliğine sahip olmaması şeklinde tanımlanabilir. Bu yetersizlik, işçinin beceri ya da verim eksikliğinden, mesleki anlamda işe uygun olmamasından kaynaklanabilir. Geçerli bir fesih için mesleki yetersizlik tamamen işçiye atfedilebilir olmalı ve işverenden yahut dış etkenlerden kaynaklanmalıdır. İşçinin görevini ifa edebilmesi çalışma izni, sürücü belgesi gibi uygulamadan örneklerini bildiğimiz idari bir izne ya da belgeye bağlı olduğunda, söz konusu belgenin/iznin yitirilmesi somut olayın özelliğine göre işçinin mesleki yetersizliği ve hatta çalışma olanağının tümüyle ortadan kalkması nedeniyle haklı nedenle feshe dahi sebep olabilecektir.

İşveren yönetim hakkı çerçevesinde mesleki yeterliliğin performans değerlendirme sistemi ile ölçülmesi yönünde serbest iradesiyle bir karar aldıktan sonra, artık sistemin özellikleri ve işleyişi bakımından özgür olmaya devam edemez. Örneğin, taraf olunan toplu iş sözleşmesine değerlendirme sürecini düzenleyici hükümler konulmuşsa, işveren bu hükümlere mutlak surette uyacaktır. Esasen, iş hukuku mevzuatımızda per-

formans değerlendirme sisteminin özelliklerini doğrudan düzenleyici hükümlere yer verilmiştir. Bununla birlikte, işverenin yönetim hakkını sınırlandıran temel ilkelerin (dürüstlük kuralı, eşit davranma ilkesi ile ayırım yasakları, ölçülülük ilkesi) performans değerlendirme sistemi üzerinde de belirleyici olacağı söylenmelidir. Bunun yanında, Yüksek Mahkememizin konuya ilişkin verdiği yerleşik kararlar, değerlendirme sisteminin hukuka uygun kabul edilmesi ve sistemden elde edilen sonuçların geçerli feshe temel oluşturması bakımından ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda, kriterlerin somut, ölçülebilir ve objektif olması gereklidir. Değerlendirmeyi ölçülebilir olmaktan uzaklaştıran davranışa dayalı kriterlere mümkün olduğunca yer verilmemelidir. Ancak, tamamen nicel kriter koymanın güç olduğu bazı meslekler için davranışa dayalı kriterler belirlenecekse, bu belirleme değerlendiricinin öznel takdirine imkân vermeyecek ölçütler ekseninde yapılmalıdır. Kriterlerin işyerine özgü olmasına, işçinin görev tanımı ve yetkileriyle ilişkilendirilmesine ve gerçekliğine özen gösterilmelidir. Değerlendirme sisteminin süreç ve içerik olarak işçiye açıklanması sistemin şeffaflığının sağlanabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Performans değerlendirme sisteminin hukuka uygunluğu yanında, mesleki yetersizliğe dayalı feshin geçerliliği denetlenirken somut olayda ayrıca süreklilik gösteren düşük ve düşme eğilimli sonuçların var olup olmadığı, değerlendirme sonuçlarından işçinin geri bildirimle haberdar edilip edilmediği, işçiye tespit edilen eksikliklerini tamamlayabilmesi için makul bir süre verilip verilmediği, fesihten önce işçiye yazılı uyarıda bulunma, eğitim verme ve yine koşullar mevcutsa işçinin başka bir pozisyonda ya da görev yerinde değerlendirilmesi gibi alternatiflerin denenip denenmediği özellikle incelenmelidir.

Performansın değerlendirilmesi başlı başına stres yaratıcı bir süreç olduğundan, işçilerin bedensel ve ruhsal sağlığına zarar verecek uygulamalardan kaçınılmalı, işçinin özel hayatını sorgulayan ya da mesleki uygunluğunun değerlendirilmesi için gerekli ve doğrudan bağlantılı

91 Keser, s. 160; Köme, s. 114; Dulay, s. 968; Baysal, s. 74-75; "...çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı etkileyen bir hastalık söz konusu olmadığından feshin son çare olması ilkesi gereği fesihten önce hafif işlerde çalışması gibi diğer yollar denendikten sonra fesih yoluna başvurulmalıydı. Mevcut olgulara göre feshin geçerli nedene dayanmadığının kabulü gerekir.", Yarg. 9. HD., 29.01.2007, 2006/30032 E. - 2007/1228 K., www.kazanci.com.tr, (22.05.2020).

olmayan kriterler kullanılmamalıdır. Fransız yargı kararlarında işçiler üzerindeki psikolojik baskıyı daha fazla arttırdığı sonucuna ulaşılan kıyaslama, kotalara göre sıralama gibi yöntemler uygulamamız bakımından da tercih edilmemelidir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Akı, Erol/Demirbilek, Tunç: "Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, Cilt I, Beta, İstanbul, 2010, s. 5-23.
- Alp, Mustafa: "Tıbbi Tanıtım Sorumlusunun İş Sözleşmesinin Feshi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.3, 2007, s. 49-74.
- Auzero, Gilles/Baugard, Dirk/Dockès, Emmanuel: Droit du Travail, Dalloz, 2017.
- Aydemir, M. Aymelek: İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Seçkin, Ankara, 2015.
- Aydın, Ufuk: "İşçinin Sürücü Belgesine El Konulması ve İş Hukuku Bakımından Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, 2010, s. 232-243.
- Baysal, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep ile İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- Caniklioğlu, Nurşen: "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin, Ankara, 2017, s. 67-131.
- Centel, Tankut: İş Güvencesi, Legal, İstanbul, 2020.
- Clausen, Thomas S./Jones, Keith T./Rich, Jay S.: "Appraising Employee Performance Evaluation Systems- How to Determine If an Overhaul Is Needed", The CPA Journal, February 2008, s. 64-67.
- Collignon-Trocme, Marianne/Muller, Laure: "L'évaluation des salariés", Les Cahiers Lamy du CE, no. 98, Novembre 2010, s. 27-29.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2019.
- Daoanis, Liza Estino: "Performance Appraisal System: It's Implication to Employee Performance", International Journal of Economics and Management Sciences, Vol. 2, No. 3, 2012, s. 55-62.
- de la Motte, Emilie: Le motif de licenciement d'un représentant du personnel, Master Droit et Pratique des Relations de Travail, Université Panthéon-Assas, 2012.
- Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, Albi, İzmir, 2018.
- Doğan, Sevil: İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1013-1040.
- Dulay, Dilek: "İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:27, 2010, s. 963-977.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2017.
- Favennec-Héry, Françoise/Verkindt, Pierre-Yves: Droit du travail, LGDJ, 2014.
- Gürsel, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Güzel, Ali: "İş Hukukunda Yetki ve Değerlendirme", Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan, 3. cilt, Seçkin, 2016, s. 355-389.
- Kabakçı, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta, İstanbul, 2012.
- Kar, Bektaş: "Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni ile Fesih Yargısal Denetim", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 11, 2008, s. 34-42.
- Keser, Hakan: İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Seçkin, Ankara, 2016.
- Köme, Ayşe: İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış), İstanbul, 2009.

- Köseoğlu, Ali Cengiz: "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:36, 2012, s. 85-131.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012. (2012)
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt1: Bireysel İş Hukuku, Lykedion, Ankara, 2019.
- Obisi, Chris: "Employee Performance Appraisal and Its Implication for Individual and Organizational Growth", Australian Journal of Business and Management Research, Vol. 1, No. 9, 2011, s. 92-97.
- Pélissier, Jean/Supiot, Alain/Jeamnaud, Antoine: Droit du travail, Dalloz, Paris, 2006.
- Rodriguez, Joel/Walters, Kelley: "The Importance of Training and Development in Employee Performance and Evaluation", World Wide Journal of Multidisciplinary Research and Development, 3(10), 2017, s. 206-212.
- Selamoğlu, Ahmet/Özveri, Murat: "İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Fesih Nedeni Olarak Performans Değerlendirmesi", Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Özel Sayı, 2016, s. 203-228.
- Sur, Melda: "İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019, s. 2281-2308.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta, İstanbul, 2019.
- ps://www.mevzuatdergisi.com/2004/07a/05.htm#, (06.05.2020).
- Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL): L'évaluation des salariés: droits et obligations des employeurs, 11.05.2011, <https://www.cnil.fr/fr/evaluation-des-salaries-droits-et-obligations-des-employeurs-0>, (13.05.2020).
- Durand, Alice: "L'évaluation des salariés: l'encadrement d'un outil managérial", Le Petit Juriste, 27.01.2017, <https://www.lepetitjuriste.fr/evaluation-salaries-lencadrement-dun-outil-managerial/>, (02.05.2020).
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu: 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, KVKK Yayınları, Ankara, 2018, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0e-a-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf>, (12.05.2020).
- Maréchal, Benoit/Graff, Catherine: "Les critères retenus par la jurisprudence pour licencier valablement un salarié en situation de sous-performance ou d'insuffisance professionnelle", <https://www.hrone.lu/pdf/CollinMarechal.pdf>, (10.05.2020).
- Uso, Jacques: L'évaluation des salariés, 03.04.2019, <https://www.lawsen-avocats.com/evaluation-des-salaries-1/>, (01.05.2020).

Belge, Görüş ve Raporlar

- Article 29 Data Protection Working Party: Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, 5062/01/EN WP 48, 13.09.2001, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_en.pdf, (12.05.2020).
- Bulut, Zeki Atıl: "İşletmelerde Performans Değerlendirme Çalışmaları ve Uygulanan Yöntemler", Mevzuat Dergisi, S. 79, Temmuz 2004, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/07a/05.htm#>, (06.05.2020).

Makale Gönderim Tarihi: 11 Mayıs 2020

Makale Kabul Tarihi: 18 Mayıs 2020

Bakım Hizmeti ve Çalışma Mevzuatı Açısından Bakım Hizmeti Çalışanlarının Hukuki Statüsü

Öz

Bakım hizmeti, kendi ihtiyaçlarını karşılayamamaları nedeniyle başkalarına bağlı olan çocuk, hasta, yaşlı ve engellilerin fiziksel ve duygusal ihtiyaçlarının karşılanması için harcanan emektir. Bakım hizmeti, bakım hizmetinin yerine getirilmesi açısından ikili bir ayrıma tabi tutulabilir.

İlk olarak bakım hizmeti, profesyonel iş ilişkisi içinde sunulabilir. Bu durumda çalışan kişi, bakım hizmetini bakım merkezleri, huzurevi, rehabilitasyon merkezi gibi yerlerde sunabilir. Bakım hizmetinin çalışma ilişkisi içinde sunulduğu bir başka yer de bakımın yapıldığı ev olabilir. Ancak her iki şekilde de, bakım hizmetini

sunan ile bu hizmeti alan arasında işverenin emir ve talimatları doğrultusunda ve ücret karşılığı yapılan bir iş söz konusudur. Çalışanların hakları, çalışma statüsüne göre değişkenlik gösterir.

İkinci olarak bakım emeği, ailevi ve sosyal sorumluluğun bir gereği olarak sunulabilir. Bunun sonucu olarak, bakım emeğini sunan kişi işçi statüsünde değildir ve bakım hizmetini alan da işveren olarak tanımlanamaz. Devletin, aile içi sorumluluk gereği bakım emeği sunan kişilere yaptığı ödemeler ve sağladığı imkânlar, sosyal hizmet veya sosyal yardım olarak değerlendirilebilir.

Anahtar Sözcükler:

Bakım hizmeti, yaşlı bakımı, evde bakım hizmeti, sosyal bakım merkezi.

Care Service and Legal Status of Care Service Employees in Terms of Labour Legislation

Abstract

Care service is the labor for fulfilling physical and emotional needs of individuals such as child, patient, elderly and disabled person who unavoidably depend on someone else due to unable to supply their needs themselves. Care service can be separated into two parts based

on the grounds regarding fulfilling the care service.

In first place, care service can be served as professional working relation. In this case, caregiver can serve its labor in a place such as aged care home, nursing home, rehabilitation center

*Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İnsan Kaynakları Bölümü-
namik.huseyinli@alanya.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2518-5622

**İzmir Barosu-info@evrankirmizi.av.tr, ORCID: 0000-0002-7149-8294

so on. Another place where care labor can be served with working relations is home which caring taken place. Nevertheless, in both ways, there is a paid employment carried out in accordance with instructions and orders of employer between individuals who serving care labor and taking care service. The rights of caregivers change upon their working status.

In the second place, care labor can be served

as requirements of family and social responsibilities. Hence, the person who is serving care labor and the person receiving care service cannot be described as employee and employer. Payments and facilities provided by government to those people who serve their labor as requirements of family and social responsibilities can be considered as social service or social support.

Keywords:

Care service, elderly care, home care service, social care center.

I. Çalışma İlişkisi İçinde Bakım Hizmeti Verilmesi

Bakım emeğinin profesyonel iş ilişkisi içinde sunulması, genellikle iki şekilde görülür. Bunlardan ilkinde bakım hizmeti veren çalışan, bakım hizmeti alan kişi ile değil, bu amaçla kurulmuş huzurevleri, bakım merkezleri gibi bakım kurumları ile iş ilişkisi içindedir. Emir ve talimatları işvereni olan bakım kuruluşlarından alır. Ücreti de yine bu kuruluşlar tarafından ödenir. İş ilişkisinden kaynaklanan sosyal hakları çalıştığı kuruluşun (Kamu/Özel) veya kendisinin çalışma statüsüne göre (işçi, kamu görevlisi, hizmet akdiyle çalışan) değişebilir.

Bakım hizmetinin iş ilişkisi içinde verilmesinin diğer çeşidi ise, bakım hizmeti veren kişiyle bakım hizmeti alanın doğrudan yaptığı bireysel sözleşmelerdir.

1. Yatılı Kurumlarda Bakım Hizmeti Verilmesi

Mevzuatımızda huzurevi ve bakım merkezi açma ve çalıştırma ile ilgili çok sayıda düzenleme vardır. Çalışma konumuz açısından bakım emeği sunan kişilerin haklarının değerlendirilmesinde, çalışanların statüsü önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, bakım hizmeti veren çalışan 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçi, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'na

tabi olarak hizmet akdiyle çalışan veya kamu görevlisi olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olabilir.

Genel olarak, çalışma ilişkisinin niteliği ve/veya çalışanın statüsü, hizmetin görüldüğü yere bağlı değildir. Ancak bakım hizmetinde, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğinin ve hizmet verenlerin haklarının belirlenmesinde, bakım hizmetinin verildiği yerin de etkili olduğu görülmektedir.

Bakım hizmetinin verildiği çocuklara, engellilere ve yaşlılara yönelik kurumların 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nda¹ tanımlanması yapılmıştır.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu kapsamında korunmaya, bakıma veya yardıma ihtiyacı olanlara kanunla belirlenen hizmetlerin sunulması öngörülmüştür. Bu kapsama aile, çocuk, yaşlı, engelli ve diğerleri dahildir. Bakım kuruluşları toplumun bakıma muhtaç olan bireylerinin ihtiyaçlarını karşılaması açısından önem arz etmektedir. Özellikle ağır engelliler veya bakacak kimsesi olmayan bireyler için toplum temelli bakım araçları uygun olmadığı hallerde kurumsal bakım vazgeçilmez bir araç olmaktadır. Bu nedenle toplum temelli bakım hizmetlerinin bakıma muhtaç bireyin ihtiyaçlarına cevap veremediği hallere karşı,

¹ 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu, Kabul Tarihi: 24/5/1983, RG: 27/5/1983, 18059.

kurumsal bakım hizmetlerinin muhafaza edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır².

Kanun çerçevesinde, "kişi ve ailelerin kendi bünye ve çevre şartlarından doğan veya kontrolleri dışında oluşan maddi, manevi ve sosyal yoksunluklarının giderilmesine ve ihtiyaçlarının karşılanmasına, sosyal sorunlarının önlenmesi ve çözümlenmesine yardımcı olunmasını ve hayat standartlarının iyileştirilmesi ve yükseltilmesi için sistemli ve programlı sosyal hizmetler" verilmektedir. Kamu kurumlarında bir kısmı yatılı olarak verilen hizmetler; 0 - 12 yaş arası korunmaya ihtiyacı olan çocuklarla gerektiğinde 12 yaşını dolduran kız çocukları için "Çocuk Yuvaları", 13 - 18 yaş arası korunmaya ihtiyacı olan çocukları korumak, bakmak ve bir iş veya meslek sahibi edilmeleri ve topluma yararlı kişiler olarak yetişmelerini sağlanması için "Yetiştirme Yurtları", ihtiyacı olan yaşlı kişileri huzurlu bir ortamda korumak ve bakmak, sosyal ve psikolojik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan "Huzurevleri", bedensel, zihinsel ve ruhsal engelliler için "Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri" ve diğer geçici veya sürekli yatılı kurumlarda kamu kurumları tarafından gerçekleştirilmektedir. Ayrıca yatılı hizmetlerin dışında kanunda belirtilen hallerde ilgili kesimlere gündüzlü veya evde hizmet verilebilmektedir. Söz konusu kurumlarda görev yapacak personellerin hak ve yükümlülükleri ilgili kanun çerçevesinde çıkarılan yönetmeliklerle açıklık kazanmıştır.

İhtiyacı olan yaşlıları huzurlu bir ortamda korumak ve bakmak, sosyal ve psikolojik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yatılı huzurevleri ve bedensel, zihinsel ve ruhsal engellilikleri nedeniyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olan kişilerin, fonksiyon kayıplarını gidermek ve toplum içinde kendi kendilerine yeterli olmasını sağlayan beceriler kazandırmak veya bu becerileri kazanamayanlara devamlı bakmak üzere kurulan "Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri"

2 Ayhan, Burcu. (2014). Uzun Süreli Bakım Sistemleri ve Finansman Yöntemleri: Türkiye Açısından Değerlendirmeler, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 30.

bu faaliyetleri gerçekleştirmektedir (2828 sayılı Kanun m. 3/f- 4 ve m. 3/f-5). Bu bağlamda Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezlerinde bakılan yaşlılara uzun süreli olarak bu kurumda sürekli olarak kişisel ve sosyal bakım hizmeti verilmekte ve burada ölene kadar kalabilmektedirler. Farklı seviyelerde yardıma ihtiyaç duyan ve genellikle demansı (bunama) olan, iştme sorunu yaşayan ve eşi olmayan yaşlıların bakımı bu kurumların çatısı altında gerçekleştirilmektedir. İlgili kurumların birimlerde yaşının temel bakım ihtiyacını karşılamak için profesyoneller gerontoloji uzmanları, doktorlar, hemşireler ve diğer çalışanlar tarafından karşılanmaktadır³.

Bakım hizmetleri kuruluşlarının işleyişinde idari ve yapısal eksiklikler olduğu belirtilmektedir. Bakım süreçlerinin yönetiminde ve uygulamasında güçlüklerin yaşandığı, bakım hizmet alanında çalışanlarla ilgili önemli sorunlar olduğu ve söz konusu çalışanların ağır çalışma koşullarında çalıştıkları vurgulanmaktadır. Bu anlamda bakım çalışanlarının çalışma koşullarının iyileştirilmesine gerek duyulmaktadır. Söz konusu gerekli tedbirlerin alınması bakım alan yaşlılar ve bakım veren çalışanlar açısından daha sağlıklı sonuçlar doğuracaktır⁴.

a) 4857 sayılı İş Kanunu'na Tabi Olanlar

İşçilerin iş ilişkisinden kaynaklan hakları 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş olup, özel bir düzenleme olmadığı sürece huzurevi ve bakım merkezlerinde çalışanlar da bu kanunda düzenlenen haklardan yararlanır.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 16/ son maddesi ile ev tipi sosyal hizmet birimlerinde çalışanlar İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmıştır. Yine kamuya ait bazı huzurevleri ve bakım merkezlerinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na

3 Güner, Asu - Küdür Çırpan, Fidan- Atalan Özlen, Nazan. (2019). Yaşlı Bakım Hizmetleri, Journal of Health Services and Education; 3(1), (1-6), s. 3.

4 Berkman, Kerem. (2019). Yaşlı Bakım Hizmetlerinin Bakım Hizmeti Çalışanları ve Yaşlı Bireyler Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi: Denizli İli Alan Çalışması, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 65, (978-993), s. 973.

tabi kamu görevlileri de hizmet vermektedir. Bu istisnalar dışında, gerçek ve tüzel özel kişilerce kurulan ve işletilen huzurevleri ve bakım merkezleri çalışanları 4857 sayılı İş Kanunu'na tabidir.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre işçinin; ücret alarak hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ve yıllık izin hakları vardır. İşçinin işyerindeki çalışmasının altı aydan fazla olması ve işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalışması halinde, iş güvencesi hükümlerinden de yararlanırlar.

İş Kanunu'na göre, haftalık çalışma süresi 45 saattir ve bu süreyi aşan çalışmalar için normal ücretin %50 fazlasıyla fazla çalışma ücreti ödenir veya işçinin talebi halinde her bir saat fazla çalışma için 1,5 saat ücretli izin verilir. 4857 sayılı İş Kanunu'na göre günlük çalışma süresi 11 saat, gece çalışmasında da 7,5 saatten fazla olamaz.

İş sözleşmesi ile huzurevi ve bakım merkezinde çalışanlar 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olmakla birlikte yaptıkları işin niteliği gereği özel çalışma koşullarına tabi olabilirler. Örneğin, Özel Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 3. fıkrasında "*Kuruluşlarda sekizer saatlik vardiyalar halinde bir bakım elemanı çalıştırılması zorunludur. Huzurevlerinde kapasitenin kırkı aşması halinde gündüz vardiyalarında görevlendirilmek üzere her onbeş yaşlı için bir bakım elemanı, özel bakım üniteleri ile Yaşlı Bakım Merkezlerinde kapasitenin yirmidördü aşması halinde her on yaşlı için bir yaşlı bakım elemanı çalıştırılır.*" şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeler hem çalışanları hem de bakım hizmeti alanları korumak ve onlara daha iyi bakım hizmeti verilmesini sağlamak amacıyla yöneliktir.

Yine Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği'nin 34. maddesi; "*Personelin çalışma gün ve saatleri, yönetimce aylık olarak düzenlenir. Mesai ve nöbet çizelgeleri görünen bir yere asılır. Hafta sonu ve resmî tatil günleri ile sosyal etkinliklerin düzenlendiği günlerde yönetim, gerekli gördüğü personeli daha sonra izin kullandırmak koşulu ile görevlendirebilir.*" şek-

linde düzenleme ile İş Kanunu'ndan farklı çalışma düzenlerinin yönetimce belirlenebileceği ifade edilmektedir. Yine aynı yönetmeliğin 35. maddesi de personelin nöbet hizmetini ve sonrasındaki dinlenme sürelerini belirlemektedir.

Bu yönetmeliklerde düzenlenen çalışma düzeninin, İş Kanunu'nda tanımlanmış, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya ilişkin hakları değiştirmedeği, bir başka deyişle, yönetmeliklerle belirlenmiş çalışma düzeninde işçiler fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışma yapıyorsa buna ilişkin ücrete hak kazanacağı açıktır. Kanımızca, yönetmeliklerde belirlenen "*her onbeş yaşlı için veya her on yaşlı için bir bakım elemanı*" kuralına uyulmuyup, yönetmeliğe aykırı olarak eksik personelle çalışılması, bir başka ifadeyle, işçiye yönetmelikte belirlenen sayının üzerinde yaşlıya bakım yapma görevi verilmesi, iş koşullarında esaslı değişiklik olarak değerlendirilebilir. Çünkü işçi ile yapılan sözleşmede işin ilgili yönetmelik hükümlerine uygun olarak ifa edileceği belirtilmiş ve sözleşmenin devamı esnasında işçiye, yönetmeliğe aykırı sorumluluklar yüklenmişse, bu durum çalışma koşullarında değişiklik yaratacaktır.

Yukarıda söz edilen yönetmeliklerin yanında, yaşlı bakımı, bakım evleri ve huzurevlerinin kuruluş, işleyiş ve denetimlerine ilişkin farklı bakanlıklarca ve kuruluşlarca çıkarılmış yönetmelik vardır. Bunlar; Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım ile Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmelik⁷, Kamu Kurum ve Kuruluşları Bünyesinde Açılacak Huzurevlerinin Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelik⁸, T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Dinlenme ve Bakımevleri (Huzurevleri) İşletme Yönetmeliği⁹, Bakıma Muhtaç Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği¹⁰ olarak sayılabilir. Bu yönetmeliklerde, bakım hizmeti verecek personelin nitelikleri ve çalışma koşulları ile ilgili düzenlemeler de mevcuttur.

7 RG: 07.08.2008, 26960.

8 RG: 05.04.1987, 19422.

9 RG: 10.10.2000, 24196.

10 RG: 16.08.2013, 28737.

5 RG: 07.08.2008, 26960.

6 RG: 21.02.2001, 24325.

Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği'ne¹¹ göre, kuruluşların kapasite ve gereksinimi doğrultusunda Genel Müdürlükçe uygun görülen nitelik ve sayıda müdür, müdür yardımcısı, sosyal çalışmacı, psikolog, tabip, diş tabibi, hemşire, fizyoterapist, diyetisyen, teknisyen, genel idare ve yardımcı hizmetler sınıfından olmak üzere çeşitli personel istihdam edilecektir (Huzurevi Yön. m. 5). Bu Yönetmelikte de, yönetim hizmeti görevlileri, servis görevlileri ve diğer görevliler olarak personeller üç gruba ayrılarak görev ve yetkileri sayılmıştır.

Yönetmelikte personellerin çalışma gün ve saatleri ile nöbet saatlerinin, yönetimce aylık olarak düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda mesai ve nöbet çizelgelerinin görünen bir yere asılması öngörülmüştür. Ayrıca yönetimin hafta sonu ve resmî tatil günleri ile sosyal etkinliklerin düzenlendiği günlerde gerekli gördüğü personeli daha sonra izin kullandırmak koşulu ile görevlendirebileceği yönetmelikte yer almıştır (Huzurevi Yön. m. 34).

Yönetmelikte personelin nöbet saatleri ayrıca düzenlenerek, sosyal çalışmacı, psikolog, tabip, diyetisyen, fizyoterapist ve hemşireler için nöbet tutmasının esas olduğu yer almıştır. Müdür tarafından gerek duyulması halinde, uygun görülecek personel de nöbete dahil edilebilecektir. 20 yıldan fazla hizmeti olan personel için ayrıcalık tanınmış ve kuruluştaki nöbet tutan personel sayısının yediden fazla olması halinde, bu personellerin nöbetten muaf olacağı belirtilmiştir. Ayrıca kuruluştaki sosyal servis görevlisi ve tabibin tek olması durumunda nöbetten muaf tutulacağı düzenlenmiştir.

Yönetmeliğe göre, müdür yardımcısının iki ve daha fazla olması halinde bu görevliler hafta sonu ve diğer resmî tatil günlerinde hafta içi mesaisine uygun saatlerde mesai yapacaktır (Huzurevi Yön. m. 35/1). Yönetim personel nöbet çizelgesini düzenleyerek ilgililere tebliğ edecektir (Huzurevi Yön. m. 35/2-a). Hafta içi nöbetçi olan personellerin ertesi gün izinli sayılması, cuma, hafta sonu ve

diğer resmî tatil günlerinde nöbetçi olanlara ise yönetim tarafından uygun görülecek günlerde izin verileceği yönetmelikte düzenlenmiştir (Huzurevi Yön. m. 35/2-a).

Söz konusu bakım kuruluşlarında çalışan personellere öğle yemeği verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca nöbetçilere ise nöbet süresi içinde yer alan öğünlerde yemek verilmesi bu kapsamda düzenlenmiştir (Huzurevi Yön. m. 74/b).

Bakım personelinin yönetmeliklerle yapılmış olan bu çalışma düzenleri, sadece işyeri çalışma yönergesi olarak kabul edilebilir. Söz konusu yönetmelikler alt hukuk normu olduklarından, 4857 sayılı İş Kanunu'nu değiştiremezler ve çalışanların bu kanundan doğan haklarını ortadan kaldırmazlar. Dolayısıyla, işçinin nöbetleşe ya da tatil günleri yaptığı çalışma, yukarıdaki yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapılmış olsa bile, eğer 4857 İş Kanunu'na göre, işçinin fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti doğuyorsa, bu ek ücretlerin ödenmesi gerekir.

b) 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Tabi Olanlar

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), hizmet sözleşmesini; "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlamıştır (m.393).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesi, İş Kanunu'na tabi olmayacak kişileri sayma yoluyla sıralamıştır. Buna göre çalışma konumuz açısından, ev hizmetlerinde çalışanlar İş Kanunu'na tabi değildir. Bu çalışanların, Türk Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesi ile çalışanlara sunulan haklardan yararlanacaklarını söyleyebiliriz.

Yataklı kurumlarda çalışıp bakım hizmeti vermelerine rağmen bir kısım çalışan, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değil, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesi'ni düzenleyen 393 vd. maddeleri kapsamında değerlendirilmektedir. Burada yapılan iş, işverene ait işyerinde yapıldığından ve 6098 sayılı TBK'nın evde hizmet sözleşmesini tanımlayan 461. maddesine

11 RG: 21.02.2001, 24325.

göre; “işverenin verdiği işin, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde” yapılması esas alındığından, evde hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Bunun yanında, malzeme temini (m.464), ürünün kabulü (m.465) ve ücretin ödeme şekline (m.465) ilişkin hükümler, evde hizmet sözleşmesinin işverenden alınan siparişlerin işçinin evinde (veya işverenin işyeri dışında) imal edilmesine yönelik olduğunu göstermektedir. Bu husus, hükümet gerekçesinde de örneklendirilmiştir.¹²

İlk olarak; 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 16. maddesinin son fıkrası; “Ev tipi sosyal hizmet birimleri, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü kapsamında” şeklinde düzenleme ile İş Kanunu’na tabi olmayanların sayıldığı istisnalara gönderme yapmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun “İstisnalar” başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrası ise; “Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz” şeklindedir. Ev tipi sosyal hizmet birimlerinde çalışanları İş Kanunu kapsamı dışına çıkarmak için yapılan düzenleme, yasa yapma tekniğine uygun değildir. Esasen, İş Kanunu 4. maddesi 1. fıkrasındaki istisnalara bir alt bent ekleyerek bu düzenlemenin yapılması daha uygun olurdu.

Yürürlükte bulunan düzenlemelere göre, ev tipi sosyal hizmet birimlerinde çalışanlar 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi olmayıp Türk Borçlar Kanunu’na tabi olacak ve bu çalışanlar 4857 sayılı Kanun’da tanımlanan işçilik haklarından yararlanamayacaktır.

Ev tipi sosyal hizmet birimlerinin neler olduğu ise, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 3. maddesi 3. fıkra 13 numaralı bendinde “Ev Tipi Sosyal Hizmet Birimleri; Çocuk, kadın, engelli ve yaşlılar ile bakım veya barınma ihtiyacı olan kişilere hizmet verilen mesken niteliğindeki yatılı sosyal hizmet birimleri” olarak tanımlanmıştır. O halde mes-

ken niteliğindeki bir yerin bakım ve barınma hizmeti sunan sosyal hizmet birimi haline getirilmesi durumunda, burada çalışan ve bakım hizmeti sunan kişiler İş Kanunu’na tabi olamayacak ve bu kanunda sayılan haklardan yararlanamayacaktır.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, ev tipi sosyal hizmet birimlerindeki çalışmanın İş Kanunu’na tabi olmadığını işaret ederek, bu nedenle taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan davaların Asliye Mahkemelerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir¹³. Ancak, 25.10.2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 5. maddesi ile 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda düzenlenen hizmet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da İş Mahkemelerinin görevli olacağına ilişkin düzenleme sonrasında, görevli mahkeme İş Mahkemesi olmakla birlikte, çalışan hakları açısından Borçlar Kanunu’na tabi olacağı açıktır.

Kanun koyucunun ev tipi sosyal hizmet birimlerinde çalışanları İş Kanunu kapsamı dışına çıkarmasına ilişkin 2828 sayılı Kanun’un 16. maddesinde yaptığı değişiklik, 06.02.2014 tarih ve 6518 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle yapılmıştır. Değişikliğin Hükümet gerekçesinde; “15. Madde ile, ev tipi sosyal hizmet birimlerinde ev ortamında kesintisiz olarak hizmet verilmesi öngörülmektedir. Bakım elemanlarının kısa zaman aralığında değişmesi,

12 Maddeye göre, evde hizmet sözleşmesinde işçi, mesela bir mağazaya, kendi evinde bizzat veya aile bireyleriyle birlikte çeyiz, yatak örtüleri, giysiler dikip vermeyi, kendisine teslim edilen ürünleri paketlemeyi üstlenebilir. (461. Maddenin hükümet gerekçesi, 2. fıkra)

13 Yargıtay 9. HD, T. 08.11.2016, E. 2016/23237, K. 2016/19539, “Somut uyuşmazlıkta davacı, ev tipi sosyal hizmet birimleri İş Kanunu kapsamında çıkarılmadan önce işe girmiş ve davalı Bakanlığa ait ... işyerinde çocuk bakım hizmetinde değişen alt işverenler işçisi olarak çalışmıştır. Davalı Bakanlık tarafından alt işverene verilen hizmetlerin verildiği işyerleri, Müdürlüğe bağlı kurum işyeri ile yasa yürürlüğe girdikten sonra hizmetin verildiği ev tipi sosyal hizmet birimleridir. Davalı şirket ile yapılan sözleşme, hem kuruma bağlı müdürlük işyerini, hem de birden fazla ve müdürlüğe bağlı ev tipi hizmet birimlerini de kapsamaktadır. O halde davalı alt işveren yönünden davacının çalışacağı birden fazla işyeri vardır ve sözleşme kapsamında davacı ev tipi hizmet biriminde çalıştırılabileceği gibi kuruma bağlı bakım yurdunda da çalıştırılabilir. Alt işveren yönünden bakıldığında bu işyerlerinin istisna kapsamında olduğu söylenemez. Davacı asıl-alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisi olduğuna ve alt işveren yönünden istisnadan söz edilemeyeceğine göre davacının İş Kanunu kapsamında kaldığı ve uyuşmazlıkta İş Mahkemesinin görevli olduğunun kabulü ve işin esasına girilerek karar verilmesi gerekir”. Sinerji Mevzuat Programı, (25.04.2020).

istenilen faydaların elde edilememesine yol açabilecektir. Bu nedenle de anne-baba, abla, ağabey gibi rol modelleri gereği gibi gerçekleştirememektedir. 24 saat esasına göre çalışılması durumunda kişilerin bu hizmetten daha olumlu yararlanacakları açıktır.

Özellikle çocukların ne tür davranışlar geliştirdikleri çoğunlukla model aldıkları yetişkinlere bağlıdır.... Çocuk evlerinde çalışan bakım elemanlarının vardiya usulü ile değil, 24 saat süre ile çocuk evinde bulunmaları çocuklarımızın sağlıklı gelişimi açısından önemlidir. Bakım elemanları 24 saat süreyle kesintisiz olarak çocuğun bakımı ile sorumlu olmakla birlikte, 24 saat süresince çalışmamaktadır. Çocuğun okulda olduğu, uyuduğu zamanlarda dinleneceği açıktır.” denilerek, değişikliğin gerekçesi açıklanmıştır.

Bu gerekçe ev tipi sosyal hizmet birimlerinde çalışanların neden İş Kanunu’na değil de Türk Borçlar Kanunu’nun genel hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiğini açıklamamaktadır. İş Kanunu’na tabi olarak da 24 saat esasına göre çalışma mümkündür. Eğer çalışana fazla çalışma ücreti ödenmemesi amaçlanıyorsa, Borçlar Kanunu’nun 402. maddesine göre de çalışan aynı fazla çalışma ücretine hak kazanılmaktadır. Sadece çocuk bakımı üzerinden getirilen gerekçe mevcut duruma uymamakta, bu değişiklik nedeniyle, birçoğu villa ya da apartman dairelerinden oluşturulan bakımevleri ve huzurevlerinde çalışanlar 4857 sayılı İş Kanunu’ndan kaynaklanan haklardan, özellikle iş güvencesi ve kıdem tazminatı hakkından mahrum kalmaktadır.

Yataklı kurumlarda bakım hizmeti verenlerden Borçlar Kanunu’na tabi olan bir diğer çalışan grubu ise bizzat bu yataklı kurumların hizmetinden yararlanarak bu kurumda kalıp boş zamanlarında çalışanlardır. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu uyarınca, korunmaya ve bakıma alınmış bireylerden, iş görme gücüne sahip ve istekli olanlar, buldukları sosyal hizmet kuruluşlarının uygun görülen hizmetlerinde çalıştırılabilecektir. Bu bireyler ilgili kadroların boş tutulması ve her boş kadro karşılığı haftada 40 saati geçmemek üzere tespit edilecek çalışma saatleri içinde, saat başı-

na ücret ödenmek kaydıyla, çalıştırılabilecektir. Bu çalışmalar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu veya iş ve sosyal güvenlikle ilgili mevzuat hükümlerine tabi olmayacak ve sözleşme ile Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olacaktır. Saat ücreti, asgari ücretin aylık çalışma saati toplamına bölünmesi ile tespit edilir. Bir kadro karşılığında çalışma saati ile sınırlı olmak üzere birden fazla kişi çalıştırılabilir. Ancak kişi başına ayda 60 saatin dışında ücret ödenemez (2828 SK. m. 16/2).

c) Kamu Görevlisi Olanlar

Yatılı kurumlarda bakım hizmetinin verilmesi, kamu görevlileri eliyle de gerçekleştirilebilir. Bu durumda olan kamu görevlileri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabi olacaklar ve bu kanunda sayılan haklardan yararlanacaklardır.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 16. maddesine göre; Kurum personeli hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır. Kurum, hizmetin gereği veya daimî kadro ile yapılamayan veya daimî kadro ile yapılması güçlük arz eden işler için sözleşme ile personel çalıştırılabilir. Bu personel tercihen 40 yaşını doldurmuş kişiler arasından seçilir.

Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Çocuk Yuvaları Yönetmeliği¹⁴ Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü’ne bağlı çocuk yuvalarını kapsayacak şekilde düzenlemeler getirmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, Genel Müdürlükçe hazırlanan standart kadrolarda belirtilen sayı ve niteliklere uygun olarak her kuruluştaki, müdür, müdür yardımcısı, sosyal çalışmacı, psikolog, çocuk gelişimci, öğretmen, çocuk eğitici, tabip, diyetisyen, hemşire, hemşire yardımcısı, teknisyen, teknisyen yardımcısı, genel idare ve yardımcı hizmetler sınıfından olmak üzere çeşitli personel istihdam edilecektir. Söz konusu kuruluşlarda çalışan yönetim hizmetleri görevlileri, sosyal servis görevlileri, grup sorumlusu öğretmenin ve çocuk eğitimcisinin görev ve yetkileri, sağlık hizmeti görevlileri ile büro elemanları ve diğer personellerin görev ve yükümlülükleri yönetmelikte sayılmıştır.

14 RG: 07.01.1999, 23576.

Yetiştirme Yurtlarının Kuruluş ve İşleyişine İlişkin Yönetmelik'te¹⁵ bu kuruluşun kapasite ve gereksinimine göre Genel Müdürlükçe hazırlanacak standart kadrolarda belirtilen sayı ve niteliklere uygun olarak, müdür, müdür yardımcısı, tabip, diyetisyen, hemşire, hemşire yardımcısı, teknisyen, genel idare ve yardımcı hizmetler sınıfından olmak üzere çeşitli personelleri istidam edileceği belirtilmiştir. Çocuk yetiştirme yurtlarında yönetim hizmeti görevlileri, sosyal servis görevlileri, sağlık hizmeti görevlileri ile büro elamanları ve diğer personeller olmak üzere çalışan personeller yönetmelikte sayılmıştır. Yönetmeliklerde grup sorumluları ile gerekli görülen diğer personelin çalışma gün ve saatlerinin, çocukların okul veya işe gidiş saatleri dikkate alınarak kuruluş müdürlüğünce her ay düzenleneceği yönetmelikte düzenlenmiştir (23576 sayılı Yön. m. 25/1 ve 22462 sayılı Yön. m. 22/1).

Her iki çocuk bakım kuruluşunda, personellerin dini, milli bayramlar ile sosyal etkinliklerin düzenlendiği günlerde kuruluş müdürü tarafından görevlendirilebilecekleri belirtilmiştir. Ancak ilgili günlerde çalıştırılan personellerin izinlerinin daha sonra uygun bir zamanda verileceği yer almıştır.

Söz konusu kuruluşlarda çalışan ilgili personeller için nöbet konusunda zorunluluk getirilmiştir. Buna göre, tatil günlerinde tam gün, diğer günlerde mesai bitiminden sonra, ertesi gün mesai başlangıcına kadar hizmetin sürekliliğini sağlamak amacıyla Sosyal Çalışmacı, Psikolog, Grup Sorumlusu, Diyetisyen ve Hemşirelerin nöbet tutması esastır. Kuruluşta görevli sosyal servis elemanlarının tek olması durumunda sosyal servis elemanlarına nöbet tutturulmayacaktır. Ayrıca nöbet konusunda nöbet çizelgesi düzenlenmesi, gece nöbeti tutanların ertesi gün izinli sayılması, cuma, cumartesi ve diğer tatil günlerinde nöbet tutanların, idarenin uygun göreceği günlerde izin kullanacakları belirtilmiştir. Doğum yapacak olanlara, kanuni izinler dışında, doğum öncesi iki ay, doğum sonrası altı ay nöbet görevi verilmemesi, nöbet tutmaya uygun olan personellerden istemleri

halinde sürekli olarak geceleri ve tatil günlerinde nöbet görevi verilebileceği ve personel sayısının yeterli olması durumunda ise, hizmet süresi en az 20 yıl olan personele nöbet görevi verilmeyebileceği kanunda düzenlenmiştir.

İlgili yönetmeliklere göre, kuruluş personeline öğle yemeği, sürekli olarak kuruluşta kalan nöbetçilere üç öğün yemek ve vardiya uygulanan kuruluşlarda da personelin çalışma süresi içinde yer alan öğünlerde yemek verileceği öngörülmüştür. Ayrıca personellere giyim konusunda yükümlülük getirilmiş, hizmet süresince Devlet Memurları Kıyafet Yönetmeliğine uygun olarak giyinmeleri de personellerin yükümlülükleri arasında sayılmıştır.

T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Dinlenme ve Bakımevleri (Huzurevleri) İşletme Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre; "Sandık, Dinlenme ve Bakımevlerinin işletilmesini doğrudan kendi personeli eliyle yürütebileceği gibi kontrol ve yönetim esaslarını bu Yönetmelik hükümlerini de ihtiva edecek işletim sözleşmeleriyle belirlemek suretiyle özel gerçek ve tüzel kişilere işlettirebilir." (Yön. m.6/1) Yönetmelikteki hüküm gereğince de doğrudan Emekli Sandığı personeline işlenen huzurevlerinde çalıştırılan Sandık personeli kamu görevlisi olup, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabidir.

Kamu Kurum ve Kuruluşları Bünyesinde Açılacak Huzurevlerinin Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁶ gereğince kamu kurum ve kuruluşları huzurevi açabilirler. Bu huzurevlerinden ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının kendi personeli ile hizmet verilmesi halinde, bu personel 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki haklara sahip olacaktır. Bununla birlikte Yönetmelik m. 9'da, her huzurevi için 1 tabip sürekli olabileceği gibi günün belirli saatleri ya da haftanın belirli gün ve saatlerinde görevlendirilerek istihdam edilebileceği düzenlenmiştir. Eğer daimi çalışma ilişkisinden bağımsız olarak kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir tabip istihdam edilmiş ise, bu tabibin huzurevindeki çalışması 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olacaktır.

15 RG: 13.11.1995, 22462.

16 RG: 04.05.1987 - 19422

Bakım hizmeti veren kuruluşlardan birisi de Darülaceze kurumudur. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı olarak hizmet veren bir kuruluş olarak, 1895 yılında Sultan II. Abdülhamid tarafından kurulan, Darülaceze kurumu, bakıma muhtaç, yaşlı, engelli insanlara, sokağa terk edilmiş kimsesizler hizmet vermektedir. İlk kuruluşunda kışla bakım modeli şeklinde kurulan bu kurum çocuklara, kadınlara, malul ve yaşlılara korunma sağlanmaktadır. Yapı olarak özel bütçeli bir kuruluş olan Darülaceze’de 24 saat aralıksız hizmet verilmekte ve toplum içinde kimsesiz, muhtaç durumda olanlar himaye edilmektedir¹⁷.

Darülaceze Nizamnamesi gereğince Darülaceze personeli kamu görevlisi olup, çalışma koşulları ve özlük hakları yönünden 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na tabidir. Darülacezede müdür ve baş doktoru Aile, Çalışma ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından seçilir (Darül. Niz. m. 3)¹⁸. Doktor ve eczacılar muhasebeci ve veznedar, başkatip, depo ve kiler, mubayaa memurları müdürün yazısı üzerine Bakanlık tarafından diğer memurlar ve müstahdemler ise doğrudan doğruya Müdür tarafından tayin olunurlar. Kurumda kalanlardan iş yapmaya elverişli olanlar mevcut iş yerlerinde bedeni kabiliyetleri ve akli durumlarına uygun işlerde çalıştırılabilecektir (Darül. Niz. m. 21). Bu kişilerin çalışma gün ve sayıları müdür tarafından belirlenecektir (Darül. Niz. m. 20).

2. Evde Bakım Hizmeti Verilmesi

Evde bakım hizmetleri bireyin sağlığını korumak, yükseltmek, yeniden sağlığına kavuşturmak için profesyonel düzeyde veya aile bireyleri tarafından sağlık ve sosyal hizmetleri içermektedir.

17 Sözer, Ali Nazım. (2018). Türk Sosyal Hukuku, İstanbul, s. 143.; Gökçearslan Çıfci, Elif. (2009). Türkiye’de ve Dünyada Korunmaya İhtiyacı Olan Çocuklara Yönelik Hizmetlerin Tarihsel Gelişimi, Aile ve Toplum Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 19, (53-65), s. 60.

18 Darülaceze Müessesesi 27/4/1984 tarihli ve 3046 sayılı Kanuna 3/6/2011 tarihli ve 643 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen 19/A maddesi. Nizamnamede geçen İşçleri Bakanlığı ifadesi ASPB’nin kullandığı varsayılarak anılandırılmıştır. T.C. Darülaceze Başkanlığı adıyla T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığıyla ilişkilendirilmiştir. Sözer, 2018: 187.

Söz konusu ihtiyaç sahibi bireye kendi evinde veya yaşadığı ortamda sağlığının korunması, yaşam kalitesini yükseltilmesi ve topluma kazandırılması için sağlık ve sosyal hizmetler ile bakıma muhtaçlık derecelerinin artışı önlemek, hastalık veya engelliliğin ortadan kaldırılamadığı hallerde ise olabildiğince bağımsız yaşamalarına imkan verecek eğitim ve beceriler kazandırılması amaçlanmaktadır¹⁹. Evde bakım hizmetinden yararlanacak kişiye kendi yaşadığı aile ortamından ayrılmadan, ihtiyaç duyduğu tıbbi ve sosyal hizmetler aile bireyleri ve profesyonel sağlık ekibi üyeleri tarafından hizmet sunulabileceği için tercih edilmektedir²⁰.

Bakım hizmetlerinin evde veya hastanede verilmesi hususunda Roma dönemi ve sonraki dönemlerde orta çağ Avrupası’nda değişik uygulamalar olmuştur²¹. Bu konuda günümüzde de tartışmalar sürmekte ve farklı görüşler ortaya konmaktadır. Ancak ülkemizdeki toplumsal yapı açısından her türlü evde bakım model ve tekniklerinin en uygun çözüm olduğu ve bu modelin başta aileler olmak üzere, merkezi ve yerel yönetimler, her neviden gönüllü kuruluşlar da dahil edilerek gerçekleştirilmesinin uygun olacağı belirtilmektedir²².

Evde bakım hizmetlerinin tarihçesi coğrafyamızda Fatih dönemine kadar uzanmaktadır. Bu dönemde kurulan vakıflar aracılığı ile evde bakım hizmetlerinin gerçekleştirildiği görülmektedir²³. Kaynağını dini motiflerden alan vakıf kuruluşla-

19 Oğlak, Sema. (2007). Uzun Süreli Evde Bakım Hizmetleri ve Bakım Sigortası, Turkish Journal of Geriatrics, Cilt: 10 Sayı: 2, (100-108), s. 101; Ayhan, 2014: 31.

20 Özer, Özlem - Şantaş, Fatih. (2012). Kamunun Sunduğu Evde Bakım Hizmetleri ve Finansmanı, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 3, Sayı. 2, (96-103), s. 98; Arslantaş. Hülya. (2009). Psikiyatrik Hastalarda Evde Bakım ve Hemşirelik Sürecinin Uygulanması, Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi, Cilt 12, Sayı 4, (1-7), s. 2.

21 Yılmaz vd., 2010: 125.

22 Yaşlılara Sosyal Hizmet, (Edt. Ali Rıza Abay-Fethi Güngör), T.C. Anadolu Üniversitesi, Yayını No: 3261, 2017, s. 11.

23 Eker, Hasan Hüseyin - Abay, Ali Rıza Evde Bakım Hizmetleri, Türleri ve Organizasyonu, “Bakım ve Sosyal Hizmet”, (Editörler: Abay A.R. - Güngör F.), İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Yayını, 2017: s. 16.

rı genel olarak toplumu ilgilendiren her alanda sosyal ihtiyaçlar da dahil bu kuruluşlarca karşılanmaktaydı²⁴.

Günümüzde söz konusu bakım hizmetleri, bireyin sağlığını korumak, yükseltmek, yeniden sağlığına kavuşturmak amacıyla profesyonel düzeyde veya aile bireyleri tarafından bireyin kendi evinde veya yaşadığı ortamda sağlık ve sosyal hizmetlerinin verilmesini içermektedir. Bireyin gereksinimi doğrultusunda yaşam kalitesi ve toplumsal saygınlığının korunmasını göz önünde tutan bu uygulama ile kurum bakımının yerini alan, kurumlarda kalış gereksinimini azaltan veya geciktiren bakım hizmeti sunulması amaçlanmaktadır²⁵. Ayrıca evde bakım hizmetleri, bakım hizmetleri maliyetini düşürdüğü, birebir ve şahsî ihtiyaçlara göre verilmesi nedeniyle bakım kalitesini artırdığından, bakım sistemi içinde önemi gittikçe artmaktadır²⁶.

Evde bakım hizmeti, özellikle hizmetin şekline göre çeşitlendirilebilir. Nitekim kısa süreli evde bakım modeli, uzun süreli evde bakım modeli olarak veya hastane destekli evde bakım modeli ve uzun süreli evde sosyal bakım modeli olarak sınıflandırılmaktadır. Bakım gereksinimi olan kişiye verilecek bakım hizmeti aile yakınları tarafından yapılmakta, dışarıdan profesyonel hizmet satın alınması veya kamu kurumu tarafından gerçekleştirilmesi şeklinde uygulanması mümkün olmaktadır²⁷. Söz konusu evde bakım hizmeti ihtiyaç sahibi kişinin durumuna bağlı olarak, eğitimi

ve deneyimli multi-disipliner bir ekip çalışmasını gerektirecektir. Hemşirelik hizmeti, fiziksel terapi, meşguliyet terapisi, konuşma terapisi, sosyal çalışma, beslenme danışmanlığı ve bazı tıbbi bakım hizmetleri verilecek hizmetlerin bir kısmıdır²⁸. Evde hangi bakım hizmetlerinin verileceğine ilişkin uluslararası düzeyde anlaşmaya varılmış asgari veya temel bir hizmet listesi bulunmamakta olup, her ülkenin kendi olanakları ve sosyokültürel dinamikleri açısından uygulanan hizmetler söz konusudur²⁹.

Yaşlı ve engellilerin korunması Anayasada öngörülen yükümlülüklerden olup, devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alınmasını ve yaşlıların korunması, devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür (m. 61). Bu çerçevede kamu kurumları tarafından engelli ve yaşlıların korunması için diğer sosyal yardım ve hizmetlerin yanı sıra evde bakım hizmeti verilecektir. Sağlık Bakanlığı, evde bakım hizmetleriyle ilgili yaptığı ilk düzenlemelerde evde bakım terimini kullanmış, sonraki uygulamalarında evde sağlık terminolojisi ve en son Aile Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından evde bakım kavramı tercih edilmiştir³⁰.

Evde bakım hizmetleri ihtiyaç sahibinin yakınları, özel veya kamu işletmeler tarafından gerçekleştirileceği için bakım hizmetini uygulayan çalışanların hakları açısından farklı düzenlemeler dikkate alınacaktır.

Evde bakım hizmetlerinin sunumuna ilişkin yürürlüğe girmiş ilk düzenleme Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan, 10.03.2005 tarih ve 25751 sayılı "Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konmuştur. Mülga "Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Resmi Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri Yönetmeliği", "Sosyal Hizmetler

24 Akyıldız, Yasin - Abay, Ali Rıza. (2017). Vakıf Müessesesinin Gelişimi ve Mahiyeti Tarihsel Bir Değerlendirme, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, 7 (15), (141-157), s. 152; Karataşer, Büşra. (2020). Darülaceze'nin Kuruluş Gelir Giderleri Üzerine Bir Değerlendirme, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, Ağustos, Cilt 15, Sayı 2, (793 - 810), s. 793.

25 Yılmaz, Mesut - Sametoğlu, Fettah - Akmeşe, Gülden - Tak, Aslıhan - Yağbasan, Belma, Gökçay, Serkan - Sağlam, Mustafa - Doğan Yılmaz Derya - Erdem, Simge. (2010). Sağlık Hizmetinin Alternatif Bir Sunum Şekli Olarak Evde Hasta Bakımı, *İstanbul Tıp Dergi*, 11(3), (125-132), s. 125.

26 Seyyar Ali - Oğlak, Sema. (2005). Almanya ve Japonya'da Bakım Sigortası Uygulamaları (Mukayeseli Bir Değerlendirme), *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 55 (1), (735-757), s. 738.

27 Eker - Abay, 2017: s. 16

28 Gürer - Çirpan - Özlen, 2019: 3; Eker - Abay, 2019: 16

29 Bilge, Uğur - Elçioğlu, Ömür - Ünalacak Murat - Ünlüoğlu İlhami. (2014). Türkiye'de Yaşlı Evde Bakım Hizmetleri, *Avrasya Aile Hekimliği Dergisi*, 3(1), (1-8), s. 1.

30 Çoban Mustafa - Esatoğlu, Afsun Ezel - İzgi, Mustafa Cumhuri. (2014). Türkiye'de Evde Sağlık ve Bakım Hizmetleri Uygulamalarının Mevzuat İçindeki Tarihsel Değişimi, *Türkiye Biyoetik Dergisi*, Sayı 1, No. 3, (154-76), s. 155.

ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ve “Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkındaki Yönetmelik” evde bakım hizmetinin kapsamını belirleyen düzenlemelerdir.

Evde bakım hizmeti kapsamında verilecek hizmetleri, bakıma ihtiyacı bulunan bireyin yaşam ortamlarının iyileştirilmesi, günlük yaşam faaliyetlerine yardımcı olunması amacıyla sunulan bakım hizmetlerini ve sağlık bakım hizmetlerini kapsamaktadır. Türkiye’de bakım hizmeti yukarıda da belirtilen düzenlemeler doğrultusunda ağırlıklı olarak özel kuruluşlar tarafından sunulmaktadır.

a) İş Kanunu’na Tabi Olanlar

Evde bakım hizmeti verilmesinin genel olarak iki şekilde gerçekleştiği görülmektedir. Bunlardan ilki, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’ndaki düzenlemelere dayanılarak, sosyal hizmet birimlerinden hizmet alımı şeklinde olmaktadır. Bu durumda esasen, sürekli olarak çalıştığı huzurevi ve/veya bakım merkezinde çalışan işçi, işyeri ile Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü arasındaki hizmet alım sözleşmesine uygun olarak evde bakım hizmeti vermektedir. Bu durumda işçinin çalışmakta olduğu huzurevi veya bakım merkezinin işçisi olduğu ve 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi olacağı açıktır. İşçinin çalıştığı sosyal hizmet biriminin ev tipi olması durumu aşağıda ayrıca tartışılacaktır.

İkinci olarak, evde bakım hizmeti verilmesi doğrudan bakım hizmeti veren kişiyle yapılan sözleşmeye dayanılarak yapılabilir. Bu sözleşmedeki görevin ev hizmetlerine yardım niteliğinde olmaması durumunda çalışan İş Kanunu’na tabi olacaktır. Sözleşmenin Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü veya ilgili birimle yapılmış olması halinde, bu hizmetin ilgili yönetmelikler gereği hasta ve engelli bakımı amacına yönelik olduğu açıktır ve bu durumda da çalışan İş Kanunu’na tabi olacaktır.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu, resmî kurumlarla birlikte gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerin sosyal hizmet kuruluşlarının kurulmasına imkan tanımıştır. Bu kanun kapsamında engelli bireylere yönelik özel bakım merkezlerine

açılış izinlerinin verilmesi, çalışma şartları, personel standardı, denetlenmeleri, müeyyideleri, bakım hizmetlerinin kapsamı, başvuru, inceleme, kabul ile ücret tespiti ve ödemelerine ilişkin usul ve esasları belirlemek üzere Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği³¹ çıkarılmıştır. Söz konusu merkezler yatılı hizmet ve gündüzlü hizmet ile birlikte evde bakım hizmeti verebilecektir. Yönetmeliğe göre, il müdürlüğünden onay alınarak merkezde evde bakıma destek birimi oluşturulur. Evde bakıma destek hizmeti verilen engelli birey sayısı ile merkezde bakılan engelli birey sayısı toplamı dikkate hizmet verilen toplam engelli birey sayısına göre mesleki personel ve sağlık personeli çalıştırılır (Eng. Bak. Mer. Yön. m. 23/1).

Evde bakıma destek biriminde sorumlu müdürün gözetim ve denetimi altında, bir mesleki personel bir sağlık personeli olmak üzere iki kişi görevlendirilmektedir. Bakım ihtiyacı olan engelinin koruyucu sağlık ve tıbbi takip hizmetlerinden de koordineli yararlandırılması amacıyla aile hekimliği birimleriyle işbirliği içinde, engelli birey ve ailesi her ay düzenli olarak ikametgahında ziyaret edilir, bakım hizmetleri sunumu takip edilir ve engelli birey ve ailesine psiko-sosyal destek hizmetlerini verilir (Eng. Bak. Mer. Yön. m. 23/2-3). Bu merkezlerde 12 kişinin üzerinde engelli bakıldığında, çalıştırılan bakıcı personel sayısı yıllık izin, mazeret izni, sağlık izni, haftalık izin gibi kanuni izinlerini kullanan veya refakatçi olarak görevlendirilen personel dâhil olmak üzere, merkezde bakılan engelli birey sayısının üçte birinden az olamayacaktır.

Bakıma muhtaç engellinin bakımı için kendi ikametgahında bakıcı personel tarafından hizmet verilebilecektir. Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği’nin 3/1-b maddesinde Bakıcı personel nitelikleri belirtilmiştir.³²

31 Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği, RG: 4.11.2016, 29878 (Eng. Bak. Mer. Yön.).

32 Eng. Bak. Mer. Yön. m. 3/1-b) Bakıcı personel: “Sağlık meslek liselerinin anestezi teknisyenliği, tıbbi görüntüleme teknisyenliği, tıbbi laboratuvar teknisyenliği, tıbbi sekreterlik, acil tıp teknisyenliği, ortopedik protez ve or-

Bakıma Muhtaç Engellilerin Tespiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelikte³³ ise (Bak. Hiz. Yön), “*Bakıcı Personel: Bakıma muhtaç özürllülere bakım hizmeti sunabileceğine ilişkin Milli Eğitim Bakanlığı onaylı sertifikası veya başarı belgesi olan ya da sağlık meslek lisesi, kız meslek lisesi çocuk gelişimi ve eğitimi bölümü, meslek lisesi özürllü-yaşlı bakımı bölümü mezunu veya bu bölümlerden en az önlisans mezunu olan, merkezde veya merkeze bağlı olarak bakıma muhtaç özürllünün ikametgahında, bakım hizmeti sunan kişi*” olarak tanımlanmıştır (Değişik bend: 21/10/2010 - 27736 S. R.G. Yön./2. md.). Aynı amaca yönelik iki yönetmelikteki bakıcı personelin tanım ve niteliklerinin farklı olması dikkat çekicidir.

Bakıcı personelin çalışması açısından yönetmelikte günlük çalışma sınırlaması yapılmıştır. Buna göre, bakıcı personelin bir günde en çok üç bakıma muhtaç engelliye hizmet vermesi öngörülmüştür. Bakıcı personelin haftalık toplam çalışma süresi, 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesinde belirtilen çalışma süresini geçemeyecektir. Bu durumda, bakıcı personelin haftalık toplam çalışma süresi 45 saat olup, yıllık fazla çalışma süresi ise 270 saati aşmayacaktır. Bakım hizmetleri ücretlerinin ödenmesinde, haftalık çalışma sürelerine uyulup uyulmadığı takip edilecektir. Bakıcı personel engellilerin ikametgahında günde üç saatlik evde bakıma destek hizmetleri haftanın altı günü, dini ve millî bayramlar hariç olmak üzere verilme esasına göre çalışılmaktadır (Eng. Bak. Mer. Yön. m. 41/1, m. 38/7, m. 23/5).

Evde bakım hizmeti, gündüzlü veya yatılı özel bakım merkezlerinde istihdam edilen bakıcı per-

sonel tarafından günde üç saat süreyle yerine getirilecektir. Bakım merkezine bakıcı personel tarafından engellinin ikametgahında günde üç saat süreyle hizmet alan bakıma muhtaç engelliler için bir aylık net asgari ücret tutarında ücret ödenecektir.

Bakıcı personelin çalışma süreleri yönetmeliğin birkaç maddesinde vurgulanmıştır. Bakıcıya yıllık 270 saate kadar fazla çalışma yaptırılabilmesi özellikle vurgulanmıştır. Esasen bu durum İş Kanunu'nun 41/8. maddesinin amir hükmüdür. Yönetmelikte bu hususun özellikle vurgulanmasının nedeninin, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca özel bakım kuruluşuna bakıcı başına ödenecek bedelin üst sınırını belirlemek için olduğu değerlendirilmektedir.

Aynı düzenlemede personele fazla çalışma yaptırılmasından dolayı Kurum tarafından özel bakım kuruluşuna ilave bakım ücreti ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme çerçevesinde Bakanlık tarafından ilave bakım ücreti ödenmesinden, daha fazla süreyle hizmet eden personele fazla çalışma ücretinin ödenmeyeceğinin anlaşılması gerekir. İlgili gündüzlü veya yatılı bakım merkezlerinde istihdam edilen personelin çalışmış olduğu daha fazla çalışmaya ilişkin ücreti talep hakkı bulunmaktadır.

Bakıcı personel bireyin kendi ikametgahında, temizliğinin yapılması, yeme ve içme ihtiyacının giderilmesi, çamaşırlarının yıkanması, dışlarının temizlenmesi, kişisel bakımının ve benzeri ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde çalışacaktır.

Bir diğer evde bakım hizmeti verilen kesim yaşlılardır. 2828 sayılı Kanun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik kapsamında huzurevi bakımını tercih etmeyen yaşlılara evde bakım hizmeti verilmesi öngörülmüştür. Yaşlı Hizmet Merkezlerinde Sunulacak Gündüzlü Bakım İle Evde Bakım Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğe göre³⁴, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerin

tez teknisyenliği, çevre sağlığı teknisyenliği, diş protez teknisyenliği ve benzeri bölümleri hariç diğer bölümlerden mezun olan, liselerin çocuk gelişimi ve eğitimi, engelli veya yaşlı bakımı bölümü ile bu bölümlerin ön lisans programları mezunu olan ya da Milli Eğitim Bakanlığı onaylı asgari 400 saatlik Engelli Bakım, Yaşlı Bakım, Yaşlı ve Hasta Refakatçisi modüler programı veya yükseköğretim kurumlarının aynı amaçlı, eşdeğer eğitim programlarından sertifika alan kişi” olarak tanımlanmıştır.

33 Bakıma Muhtaç Engellilerin Tespiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik, RG: 30.07.2006, 26244 (Bak. Hiz. Yön)

34 RG: 07.08.2008, 26960.

açılacak yaşlı hizmet merkezleri tarafından yaşlılara gündüzlü bakım ile evde bakım hizmeti³⁵ verilen yaşlı bakım merkezleri kurulabilecektir.

Evde bakım hizmeti yaşlının veya yakınlarının talebi ve hizmetin gereklerine göre gece ve gündüz, hafta sonu ve tatil günleri dahil olmak üzere gerektiğinde yirmi dört saat kesintisiz hizmet verilebilecek şekilde düzenlenebilir. İhtiyaç durumunda belirli saatlerde de evde bakım hizmeti verilebilir (Yaşlı Hiz. Yön. m. 25/2). Evde bakım hizmetlerinde her yaşlıya bir yaşlı bakım elemanı görevlendirilir (Yaşlı Hiz. Yön. m. 20/2).

Bakım hizmetini uygulayacak yaşlı bakım elemanının görev ve yetkileri yönetmelikte belirtilmiştir. Buna göre bakım elemanı, yaşlının fiziksel bakımına, beslenmesine, odasını/konutunu/eşyalarını düzenlemesine, boş zamanlarını değerlendirilmesine, onun sosyal gereksinimlerinin sağlanmasına yardımcı olacaktır. Ayrıca, hizmet planlama servisinin hazırladığı program doğrultusunda diğer görev ve hizmetleri yerine getirmek ve yaşlılarla birlikte oldukları süre içinde karşılaştıkları önemli olayları ve hastalanan yaşlıları birim sorumlusuna bildirmek/haber vermek yaşlı bakım elemanının görevleri içinde sayılmıştır (Yaşlı Hiz. Yön. m. 20/1).

Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan, evde bakıma yönelik ilk düzenleme olan 10.03.2005 tarih ve 25751 sayılı "Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik" yürürlüğe konmuş ve evde bakım "hekimlerin önerileri doğrultusunda hasta kişilere, aileleri ile yaşadıkları ortamda, sağlık ekibi tarafından rehabilitasyon, fizyoterapi, psikolojik tedavi de dahil tıbbi ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde sağlık ve bakım ile takip hizmetlerinin sunulması" şeklinde tanımlanmıştır. Sağlık Bakanlığının çı-

karmış olduğu yönergeyle³⁶ eşitlik ve hakkaniyet ilkesi çerçevesinde, evde sağlık hizmetleri ile ihtiyacı olan bireylere, verilecek hizmetin amacı ve kapsamı geniş bir şekilde açıklanmıştır. Daha sonra çıkarılan yönetmelikte, evde bakımın sağlık boyutu açısından, ihtiyacı olan bireylerin muayene, tetkik, tahlil, tedavi, tıbbi bakım ve rehabilitasyonlarının evinde ve aile ortamında yapılması, bu kişilere ve aile bireyelerine sosyal ve psikolojik destek hizmetlerinin bir bütün olarak birlikte Bakanlık ve bağlı kuruluşları tarafından sunulacağı şeklinde tanımlanmıştır (Evde Sağ. Hiz. Yön. m. 1)³⁷.

Söz konusu yönetmeliğe göre evde bakım hizmeti merkezler ve birimler aracılığıyla sunulur. Merkez terimi, özel hukuk tüzel kişilerine veya gerçek kişilere ait olup; sadece evde bakım hizmeti sunmak üzere açılan ve faaliyet gösteren müstakil evde bakım merkezini ifade eder. (Evde Sağ. Hiz. Yön. m. 4/f)

Merkezler, özel hukuk tüzel kişiler ve gerçek kişilerce müstakil olarak açılıp işletilebilirler. Birimler ise, 09/03/2000 tarihli ve 23988 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre açılan merkezler, poliklinikler ile özel hastaneler mevzuatı uyarınca ruhsatlandırılan özel hastaneler bünyesinde açılabilir (Yön. md. 8).

Yönetmeliğin 19. maddesine göre, evde bakım hizmetinde devamlılık esastır ve bu devamlılık, hastanın talebi ve hizmetin gereklerine göre gece ve gündüz, hafta sonu ve tatil günleri dahil olmak üzere gerektiğinde 24 saat kesintisiz hizmet verilebilecek şekilde olmalıdır. İhtiyaç durumunda belirli saatlerde evde bakım hizmeti verilebilir.

Sağlık Bakanlığı izin ve denetimiyle, Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik kapsamında evde bakım hizmeti sunan merkez

35 Yön. 25/2-b Evde bakım hizmeti; "Akıl ve ruh sağlığı yerinde olan, tıbbi bakıma ihtiyacı olmayan ve herhangi bir özrü bulunmayan yaşlının bakımı ile ilgili olarak hane halkının tek başına veya komşu, akraba gibi diğer destek unsurlarına rağmen yetersiz kaldığı durumlarda yaşlılara evde yaşamlarını devam ettirebilmeleri için yaşam ortamlarının iyileştirilmesi, günlük yaşam faaliyetlerine yardımcı olunması amacıyla yaşlının evinde yaşlı hizmet merkezlerince sunulan sosyal, psikolojik destek hizmetleridir".

36 01.02.2010 tarih ve 3895 sayılı, "Sağlık Bakanlığınca Sunulan Evde Sağlık Hizmetlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönerge".

37 27.02.2015 tarih ve 29280 sayılı, "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Tarafından Evde Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasına Dair Yönetmelik".

ve birimlerde çalışanlar 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındadır. Yönetmelik hükümlerine göre yapılacak fazla çalışma ve tatil çalışmaları için İş Kanunu kapsamında ödeme yapılması gerekmektedir.

Evde bakım hizmetinin bakılan kişi ya da yakınlarıyla bakıcının yaptığı bireysel sözleşmelerle verilmesi de mümkündür. Eğer çalışanın verdiği hizmet; hasta, çocuk ve yaşlı bakımından ziyade çamaşır, bulaşık, temizlik gibi evin günlük işlerinin yerine getirilmesi şeklinde ise evde hizmetlerinde çalışma olarak değerlendirilir ve Borçlar Kanunu'na tabi olurlar.

Fakat evde yapılan her çalışma, "ev hizmetlerinde çalışma" değildir. Ev hizmetlerinde çalışanlar, temizlikçi, aşçı, şoför, çocuk bakıcısı gibi evin gündelik işlerini yerine getiren kimselerdir. Bu kapsamda, sağlıklı olmakla birlikte evde yemek, çamaşır, temizlik gibi işler için yardımcı kimse çalıştırılması halinde, bu kişi "ev hizmetlerinde çalışan" olarak değerlendirilip, Borçlar Kanunu'na tabi olacaktır. Ancak, çalışmanın niteliği evin gündelik işleri dışına çıkıp hasta bakıcılığı, çocuk eğiticiliği şeklinde gerçekleşirse, bu takdirde bakım hizmetini veren kişi, İş Kanunu kapsamında olacaktır.

b) Borçlar Kanunu'na Tabi Olanlar

4857 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, "ev hizmetlerinde çalışanlar" bu kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Genellikle kadınlar tarafından yapılması gerektiği düşünülen yemek, temizlik, ütü, çocuk bakımı, mürebbiyelik gibi ev işleri İş Kanunu dışında bırakılmıştır³⁸. Söz konusu evde yapılan hizmetlerin ev hizmeti kapsamı içine dahil edildiği durumda Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olacaktır. Ayrıca apartmanların kapıcılık, kalorifercilik, bahçivanlık, bekçilik gibi işlerinde çalışanlar da "ev hizmetlerinde çalışanlar" olarak sayılmayacaktır³⁹.

Ev hizmetinde çalışanlar, evde çalışma veya evde hizmet sözleşmesi gibi kavramlar bazen karışıklığa sebebiyet vermektedir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır (m. 461). Öğretide, evde çalışan ise, "bir veya birden ziyade işveren için kendi evinde ya da kendi seçtiği bir çalışma yerinde yalnız veyahut aile üyeleri ile birlikte ücret karşılığı mal veya hizmet üreten kişi", olarak açıklanmıştır⁴⁰. Ev hizmeti ise evde yapılmakla birlikte doğrudan eve ya da ev yaşamına yönelik işleri ifade etmektedir⁴¹.

Ev hizmetinin tanımı konusunda doktrin ve yargı kararlarında ev hizmetinde çalışanların kimler olduğu belirtilmektedir⁴². Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından çıkarılan tebliğde⁴³ de ev hizmeti, "Ev içerisinde yaşayan aile bireyleri tarafından yapılabilecek temizlik, yemek yapma, çamaşır, ütü, alışveriş, bahçe işleri gibi gündelik işler ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işlerinin aile bireyleri dışındaki kişiler tarafından yapılması", olarak açıklanmıştır.

Evde bakım hizmeti açısından açık bir hüküm olmamakla birlikte çeşitli içtihatlar bu konuya ışık tutmakta ve bazı çalışanları iş kanunu kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin çocuk bakıcısı olarak çalışanların ev hizmetlisi, ancak hemşire ve hasta bakıcıların işçi olarak kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay çocuk bakıcısı, hasta bakıcısı, hemşirelerin ve şoför gibi ev dışında çalışanların

tanbul, s. 115.

38 Şakar, Müjdat. (2018). İş Hukuku Uygulaması, İstanbul, s. 53; Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yen. 16. Bası, İstanbul 2018, s.222; Narmanlıoğlu, Ünal. (2012). İş Hukuku Ferdi İş ilişkileri I, 4. Baskı, İstanbul 2012, s. 85; S Özer, Ali Nazım. (2017). Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul, s.106; Erdem, Ziya - ŞAHİN, Levent. (2008), Ev Hizmetlerinde Yabancı İşgücü İstihdamı, Kamu-İş, Cilt 10, Sayı 2, (43-78).

39 Şakar, Müjdat. (2017). Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul, s. 115.

40 Süzek, Sarper. (2001). İş Akdinin Türleri, Mercek İş Hukuku Dergisi, Sayı. 22, Nisan, (17-34). s. 29.; UŞAN, Muhammet Fatih. (2000). Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, (90-116), s. 96.

41 Dulay, Dilek. Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 31.

42 Yıldırım, Sinem. (2014). Türkiye'de Ev Hizmetinde Çalışanların Sorunları 2014, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, (45-59), s. 56.

43 Ev Hizmetlerinde 5510 sayılı Kanunun Ek 9 uncu maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ, RG: 1.04.2015, 29313.

İş Kanunu kapsamında olduğuna⁴⁴ ve bu çalışanlarla ilgili davaların İş Mahkemelerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁵.

Borçlar Kanunu kapsamına giren ev hizmeti işleri ile birlikte İş Kanunu kapsamında kabul edilen işlerin bir arada yapılması mümkündür. Yani çalışana birden fazla alanda iş yaptırılması durumunda çalışanın hangi kanun kapsamında kabul edileceği tartışılabilir. Yargıtay, "ev hizmetlerinin yanı sıra ağırlıklı işi bekçilik olan kişinin yaptığı işin İş Kanunu kapsamına girdiğine"⁴⁶, hükmetmiştir. Çalışanın ağırlıklı olarak hangi işi yaptığı mahkemece belirlenerek ilgili kanunun uygulanması yoluna gidilecektir. Ev hizmetinin baskın olduğu, diğer çalışmanın önemsiz kaldığı hallerde Borçlar Kanunu, aksi durumda ise İş Kanunu uygulanacaktır⁴⁷.

Bununla birlikte, ev hizmetinde çalışan kişinin

İş Kanunu'na tabi bazı görevleri ifa etmesi halinde, ağırlıklı olarak hangi işin yapıldığına bakılmaksızın İş Kanunu hükümlerine tabi olması gerektiği yönünde görüşler de vardır.⁴⁸ Kanımızca, evde bakım hizmeti ile ev hizmetinin bir arada verildiği durumlarda, yapılan işler arasındaki farkın belirlenmesi güçlüğü de göz önüne alınarak, çalışanın İş Kanunu'na tabi olacağı kabul edilmelidir. Örneğin hem evin gündelik temizlik, çamaşır, yemek gibi işlerini yapıp hem de evdeki hastaya bakan kişinin İş Kanunu'na tabi olması daha uygun bir çözüm olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda ev tipi bakım hizmet birimlerinde çalışanların 2828 sayılı Kanun'un 16/son maddesi gereğince İş Kanunu'na tabi olmadığı ifade edilmişti. Ancak, bakıcının aynı sözleşme kapsamında hem ev tipi bakım hizmet biriminde hem de kurumun diğer birimlerinde çalışması söz konusu olduğunda, çalışan bakıcıya Borçlar Kanunu değil, İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında davacının çalışacağı işyerinde aynı sözleşme kapsamında ev tipi hizmet biriminde çalıştırılabileceği gibi, kuruma bağlı bakım yurdunda da çalıştırılabileceği göz önünde bulundurularak, davacının İş Kanunu kapsamında kaldığına karar verilmiştir⁴⁹.

44 Yargıtay 22. HD., 9.3.2015, 2013/35095, 2015/9308, Yargıtay'a göre, "evde hastaya bakan hemşire ve çocuk eğiticisi 4857 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmelidir. Somut olayda, tanık beyanlarından ve tüm dosya kapsamından davalının davacıyı devamlı olarak çocuklarına bakması için işe aldığı, davacının bu çocukların bakımı ile uğraştığı, bunun yanında ise arızı olarak ev işlerinde ev sahibine yardım ettiği bu nedenle davacı ile davalı arasındaki ilişkinin İş Kanunu'nun düzenlediği anlamda hizmet ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu anlamda her ne kadar iş ilişkisinin resmi belgeler üzerinde dava dışı şirket ile kurulduğu görülseyse de davacının fiilen davalıların ev hizmeti ve çocuk bakımında görevli olması iş ilişkisinden doğan sorumluluğun davalılara ait oluşunu etkilemeyecektir. Mahkemece işin esasına girilerek dava hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde husumetten ret kararı verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Manav, A. Eda. (2015). Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 120, (509-538), s. 514.; Demir Fevzi. (2018). İş Hukuku Uygulaması, İzmir, s. 125-126.

45 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 11.02.2014, E. 2013/16982, K.. 2014/3992, "Tanık beyanlarından ve tüm dosya kapsamından davalının ortaokul çağlarında iki torununun olduğu, davalının bu torunlarına bakmak için davacıyı işe aldığı, davacının bu çocukların bakımı ile uğraştığı, bunun yanında ise arızı olarak ev işlerinde ev sahibine yardım ettiği bu nedenle davacı ile davalı arasındaki ilişkinin İş Kanunu'nun düzenlediği anlamda hizmet ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerektiği, uyuşmazlığın çözümünde İş Mahkemesi'nin görevli olduğu anlaşılmıştır", - Çalışma ve Toplum, 2015/1, s. 456-458.

46 Yargıtay 9. HD., 13.6.2012, 2012/18405, 2012/22828, Manav, 2015: 514.

47 Dulay, 2016: 31.

48 Mollamahmutoğlu, Hamdi - Astarlı Muhittin - Baysal, Ulaş. (2018). İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara, s. 66.

49 Yargıtay, 9. Hukuk Dairesi, T. 10/12/2019, E. 2019/7899, K. 2019/22026, "Somut uyuşmazlıkta davacı, ev tipi sosyal hizmet birimleri İş Kanunu kapsamından çıkarılmadan önce işe girmiş ve davalı Bakanlığa bağlı çocuk evlerinde çocuk bakım hizmetinde değişen alt işverenler işçisi olarak çalışmıştır. Davalı Bakanlık tarafından alt işverene verilen hizmetlerin verildiği işyerleri, Müdürlüğe bağlı kurum işyeri ile yasa yürürlüğe girdikten sonra hizmetin verildiği ev tipi sosyal hizmet birimleridir. Davalı şirket ile yapılan sözleşme, hem kuruma bağlı müdürlük işyerini, hem de birden fazla ve müdürlüğe bağlı ev tipi hizmet birimlerini de kapsamaktadır. O halde davalı alt işveren yönünden davacının çalışacağı birden fazla işyeri vardır ve sözleşme kapsamında davacı ev tipi hizmet biriminde çalıştırılabileceği gibi kuruma bağlı bakım yurdunda da çalıştırılabilir. Alt işveren yönünden bakıldığında bu işyerlerinin istisna kapsamında olduğu söylenemez. Davacı asıl-alt işveren ilişkisinde alt işveren işçisi olduğuna ve alt işveren yönünden istisnadan söz edilemeyeceğine göre davacının İş Kanunu kapsamında kaldığına uyuşmazlıkta İş Mahkemesinin görevli olduğunun kabulü gereklidir".

Bu noktada ev tipi sosyal hizmet birimlerinde çalışanların İş Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasının adaletsiz bir başka sonucu daha ortaya çıkmaktadır. Söz gelimi, hasta veya yakınları bir hastabakıcı ile doğrudan sözleşme yapmaları halinde, hastabakıcı İş Kanunu'na tabi olacaktır. Fakat aynı hizmetin, ev tipi sosyal hizmet birimlerinden (huzurevi, bakımevi vs.) alınması durumunda, evde bakım hizmeti veren kişi Borçlar Kanunu'na tabi olacaktır.

Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olan çalışanlara sunduğu haklar; fazla çalışma ücreti (md.402), hafta tatili ve iş arama izni (md.421), yıllık izin (md.422), fesihle ihbar tazminatı (md.432), kötü niyetli fesihle tazminat hakkı (md.434), haklı sebebe dayanmayan fesihle tazminat hakkı (md.438) vardır. Bu haklar İş Kanunu'ndaki haklara benzerlik göstermekle birlikte; yıllık izin süreleri, kötü niyetli fesihle tazminat hakkı ve ihbar (süreleri) tazminatı gibi bazı haklar İş Kanunu'na göre daha daraltılmıştır. Bununla birlikte hizmet sözleşmesi ile çalışma, kıdem tazminatı ve iş güvencesinden yararlanma gibi bazı hakları içermemektedir.

Ev hizmetlerinde çalışanların çalışma koşulları ve hakları açısından önemli sorunlar yaşadıkları belirtilmektedir. Ev hizmeti alanında çalışan yerli veya yabancı çalışanlar açısından yasal düzenlemeler yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu çerçevede ev hizmetinde çalışanların İş Kanunu kapsamına alınması veya bazı ülkelerde de olduğu üzere ev işçilerine yönelik özel düzenleme yapılması gerektiği önerilmektedir⁵⁰.

c) Kamu Görevlisi Olanlar

Evde bakım hizmetinin çoğunlukla özel nitelikli sosyal hizmet birimlerinden hizmet alımı şeklinde yapıldığı, zaman zaman bakıma muhtaç kişiler veya yakınları tarafından doğrudan yapılan bireysel sözleşmelerle evde bakım hizmeti verildiği yurarda ifade edilmiştir.

Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan, "Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelik

kapsamında, özel hukuk tüzel kişiler ve gerçek kişilerce evde bakım merkezleri ve birimleri açılıp işletilebileceği ve bu yerlerde çalışıp evde bakım hizmeti verenlerin İş Kanunu'na tabi olacağı ifade edilmiştir.

Ancak, Yönetmeliğin 8/son maddesine göre; mevzuatında halka sağlık hizmeti sunumu ile ilgili düzenleme yer alan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hastaneleri, bu Yönetmelik kapsamında evde bakım hizmeti verebilirler. Bu kapsamda, kamu kurum ve kuruluşları, özellikle kamu hastaneleri tarafından doğrudan verilen evde bakım hizmeti, kamu görevlileri eliyle verilmektedir.

Yine Sağlık Bakanlığı tarafından "ihtiyacı olan bireylerin muayene, tetkik, tahlil, tedavi, tıbbi bakım ve rehabilitasyonlarının evinde ve aile ortamında yapılması, bu kişilere ve aile bireyelerine sosyal ve psikolojik destek hizmetlerinin bir bütün olarak birlikte verilmesi amacıyla Bakanlık ve bağlı kuruluşları tarafından sunulacak olan evde sağlık hizmetlerinin teşekkül ettirilmesi, sevk ve idaresi ile ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonun sağlanmasına dair usul ve esasları belirlemek" amacıyla hazırlanan Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Tarafından Evde Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasına Dair Yönetmelik, 27.02.2015 tarih 29280 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.⁵¹

Bu yönetmeliğin 5. maddesine göre, evde sağlık hizmetleri, Bakanlık ve bağlı kuruluşları bünyesindeki eğitim ve araştırma hastaneleri, genel hastaneler veya dal hastaneleri, Ağız Diş Sağlığı Merkezleri ve Toplum Sağlığı Merkezleri bünyesinde kurulan birimler ve Aile Hekimliği Birimleri vasıtası ile sunulur.

Bu yönetmelik kapsamında evde bakım hizmeti sunan sağlık personeli kamu görevlisi olup, 657 sayılı Kanun'a tabidir. Fakat Aile Hekimliği Birimlerinde görevli aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesine göre, 657 sayılı Kanun kapsamı dışında kendine özgü sözleşmeyle çalışırlar. Bununla

50 Yıldırımalp, 2014: 56.

51 RG: 27.02.2015, 29280.

birlikte, özlük hakları ve nöbet ücretleri yönünden 657 sayılı Kanun'a gönderme yapılmıştır (Aile Hekimliği Kanunu m. 3).

II. Aile ve Sosyal Sorumluluk Gereği Bakım Hizmeti Verilmesi ve Sağlanan Haklar

Dünyanın değişik ülkelerinde bakım hizmetine yönelik çeşitli uygulamalar bulunmaktadır. Doğal olarak bu bakım hizmetleri kurumsal yapı hizmetleri ve toplum temelli bakım hizmetleri çerçevesinde yürütülmektedir. Ancak günümüzde bakım hizmetlerinin uygulanması açısından farklı bir yol izlenmekte ve toplum temelli bakım hizmetlerine doğru yönlendirme söz konusu olmaktadır. Avrupa Birliği ülkeleri, Amerika, Japonya ve İsrail gibi birçok gelişmiş ülkelerin demografik, ekonomik, toplumsal ve kültürel yapısında ortaya çıkan gelişmeler doğrultusunda kurumsal bakım hizmetlerinden, toplum temelli bakım hizmetlerine yönelindiği görülmektedir⁵².

Ülkemizde bakım hizmetinin gerek yatılı kurumlarda gerekse evde profesyonel iş ilişkisi içinde verilmesinin yanında, aile fertleri ve akrabalar tarafından ailevi ve sosyal sorumluluk gereği bakım hizmeti verilmektedir. Bu tarz bakım hizmetinin sonucu olarak, mevzuatımızda bakım hizmeti veren kişiye bir takım mali ve sosyal haklar tanınmıştır. Tanınan bu haklar kapsamında düzenli bir nakdi ödeme yapılsa bile, Devlet tarafından sunulan haklar, sosyal yardım veya sosyal hizmet niteliğinde olup taraflar arasında bir iş sözleşmesi kurulmaz.

1. Evde Bakım Yardımı

Ailevi ve sosyal sorumluluğun bir gereği olarak sunulan bakım uygulamalarından birisi de evde

bakımın yapılabilmesi için verilen yardım uygulamasıdır. Devletin ve ailenin sosyal ve ailevi sorumluluklarının bir sonucu olarak bakıma ihtiyacı olan kişiye bu hizmetin sağlanması için bakımı üstlenen kişiye ücret ödenmesi veya hizmet verilmesi söz konusudur. Kanunun uygulamasına göre söz konusu bakımın sağlanması sosyal hizmet veya sosyal yardım olarak gerçekleştirilmektedir.

2022 sayılı Kanun⁵³ ile 65 yaşını doldurmuş muhtaç durumdaki vatandaşlara ve engelli vatandaşlara aylık bağlanmasını öngörmüştür⁵⁴. Muhtaç olduğuna karar verilen 65 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarına, muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (m. 1) aylık verilecektir. Bu şahısların dışında kanun sağlık raporu ile engelli oldukları kabul edilen engellilere engelli aylığı ve engelli yakını aylığı verilmektedir⁵⁵. Söz konusu kanun

53 RG: 1/7/1976, 2022., "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun".

54 Ayrıntılı olarak bk. Sözer, 2018: 137-138; Yuvalı, Ertuğrul. (2019). 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanunun Değerlendirmesi, TAAD, Sayı: 37, (51-73).

55 2022 sayılı Kanun, Madde 2 -(Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) 65 yaşını doldurmamış olmasının yanı sıra; "a) Başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde engelli olduklarını ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile kanıtlayan, 18 yaşını dolduran Türk vatandaşı engellilerden; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (4.860) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda";

"b) İlgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile engelli olduklarını kanıtlayan, 18 yaşını dolduran ve talebine rağmen Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirilememiş olan Türk vatandaşlarından; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (3.240) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda, aylık bağlanır".

52 Oğlak, Sema. (2011). Türkiye'de Yaşlı Bireylerin Bakım Gereksinimlerine Yönelik Yaşadığı Ortamda Sunulacak Bakım Modelleri, "İş, Güç" Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Cilt: 13, Sayı 4. (115-130), 125.; Ayhan. 2014: 44.

kapsamında yardımda bulunulanların gelirleri ve durumları bakımından toplum içinde en fazla korunmaya ihtiyacı olan kesim olduğu belirtilmektedir⁵⁶.

Engelliler için 2022 sayılı Kanun kapsamında, engelli yakını aylığı hakkı tanınmıştır. Engelli yakını aylığının uygulanabilmesi için engellinin ve engelliye bakanın bazı koşulları taşıması gerekmektedir. Kanunun yardımlardan yararlanabilmek için öngördüğü birinci koşul muhtaç olunması hususudur. Bakılan kişinin on sekiz yaşından küçük olması, Türk vatandaşı olması ve engellilik halinin sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi gerekir. *“Nafaka bağlanan veya nafaka bağlanması mümkün olanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlanan durumunda ya da uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışan durumunda kendisine bakmakla yükümlü bir yakını bulunan engelli çocuklar hariç olmak kaydıyla; Türk vatandaşı olan, 18 yaşını tamamlamamış ve ilgili mevzuatı çerçevesinde yetkili hastanelerden alınacak sağlık kurulu raporu ile toplam olarak en az % 40 oranında engelli oldukları kanıtlanmış durumundaki engelli yakınlarının bakımını fiilen yürüten Türk vatandaşlarından,muhtaç olduğuna karar verilenlere.... aylık bağlanır.”* (2022 SK. m. 2/II).

Engelli yakınına verilen evde bakım yardımı, yetkili hastaneden alınan Engelli Sağlık Kurulu Raporuna göre verilecektir. Söz konusu engelli yakınına, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe ve bakım ilişkisini fiilen gerçekleştirmeleri kaydıyla, (3.240) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda aylık bağlanacaktır (2022 SK. m. 2/II). Engelli yakını aylığı bağlanmasına yönelik başvurularda, kişilerden gelir durumlarının tespitine yönelik belge istenilmemesi ge-

rekmetedir. (2022 SK. m. 5/8)

Engelli yakınının 65 yaş aylığı veya engelli aylığı alması, fiilen bakım ilişkisinin olması ve aynı hanede ikamet edilmesi şartlarıyla, ayrıca 18 yaş altı engelli yakını aylığı bağlanmasına engel teşkil etmeyecek ve her iki aylığa hak kazanabilecektir. Ancak engelli yakınlarına aylık bağlanabilmesi için fiilen bakım ilişkisi ve engelli kişi ile aynı yerde ikamet etmesi şartı birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Birlikte ikamet etmeme, aynı hanede ikamet etse dahi fiili bakımın gerçekleşmemesinin tespiti engelli yakını aylığının kesilmesine sebep teşkil etmektedir⁵⁷.

Bakıma muhtaç engelliye akrabanın bakım hizmeti vermesi hâlinde, bakıma muhtaç engelli ile akrabanın aynı adreste ikamet etmesi esastır. Ancak Bakıma Muhtaç Engellilerin Tespiti ve Bakım Hizmeti Esaslarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik çerçevesinde farklı adreste oturan akraba tarafından da bakım hizmeti verilebilecektir. Madde 11/5'e göre, bakıma muhtaç engelliye bakacak başka kişinin bulunamaması ve bakıma muhtaç engellinin veya yasal temsilcisinin özel veya resmi merkezlerde bakım hizmeti almayı istememesi hâlinde; bakım hizmetleri değerlendirme heyetinin de bakım hizmetinin verilmesinde sorun veya yetersizlik olmayacağına kanaat getirmesi şartıyla, bakım hizmeti her gün rahatlıkla gelinip gidilebilecek yakınlıktaki farklı adresteki akraba tarafından da verilebilecektir. Bu durumda yönetmelikte belirtilen akrabalar tarafından engellinin bakımı yapılabilecektir⁵⁸. Engellinin hanedeki akrabası

57 Camkurt, Mehmet Zülfi. (2013). 2022 sayılı Kanuna Göre Engelliliğin Tespiti ve Engelliliğe Dayalı Aylıkların Bağlanması İşlemleri, Mali Çözüm, (79-116), 98, 107.

58 Madde 4- (1) Bu Yönetmelikte geçen; a) (Değişik:RG-23/10/2007-26679) Akraba: *“Bu Yönetmeliğin uygulanmasında, üyeler dahil olmak üzere bakıma muhtaç engellinin; eşi, çocukları ile çocuklarının eşleri, ana ve babası ile bunların ana ve babası, torunları ile torunlarının eşleri, kardeşleri ile kardeşlerinin eşleri, kardeşlerinin çocukları ile kardeş çocuklarının eşleri, eşinin ana ve babası, eşinin kardeşleri, eşinin kardeşlerinin eşleri ile çocukları, amcaları ve amcalarının eşleri, amca çocukları ile bunların eşleri, halaları ile halalarının eşleri, hala çocukları ile bunların eşleri, dayıları ve dayılarının eşleri, dayı çocukları ile bunların eşleri, teyzeleri ve teyzelerinin eşleri, teyze çocukları ile bunların eşlerinden her birini”, kapsamaktadır.*

56 Özdamar, Murat - Çakar, Erden. (2015). *“Muhtaç Yaşlılar ile Engellilere Aylık Bağlanması ve Bunların Bakımını Üstlenenlere Evde Bakım Ücreti Ödenmesinin Şartları”, İş ve Hayat Dergisi, Sayı 2, s. 172.*

tarafından 24 saat bakımının yapılması esas olmakla birlikte Bakım Hizmetleri Değerlendirme Heyetinin uygun görmesi ve hanesinde bakımını üstlenecek akrabası olmaması halinde yakında ikamet eden akrabası tarafından en az 8 saat bakımının yapılması gerekmektedir.

Evde bakım hizmeti ile evde bakım yardımı kavramlarının birbirine karıştırıldığı ifade edilmektedir. Bakım hizmeti ihtiyaç sahibine evde yapılan bakım hizmetini ifade etmektedir. Evde bakım yardımı ise bu bakımı gerçekleştiren engelli yakınına ödenmektedir. Ancak buna rağmen engelli yakınına nakdi bir ödeme yapılsa bile, bu ödemenin bir sosyal yardım değil sosyal hizmet olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁹. Yapılan ödeme ister sosyal yardım ister sosyal hizmet olarak değerlendirilsin, her şekilde bakım hizmeti veren açısından iş ya da hizmet sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Bu kapsamda yardım alınması bakım hizmeti verene Borçlar Kanunu ya da İş Kanun kapsamında bir hak sağlamadığı gibi, sosyal güvenlik hukuku kapsamında bir çalışma olarak da değerlendirilmez.

2. Emeklilik Koşullarında İyileştirme

5510 sayılı Kanun'un 28. maddesinde, kişilerin yaşlılık aylığına hak kazanma şartları düzenlenmiştir. Bu maddenin 8. fıkrasında, başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan sigortalı kadınlar için hem gerekli prim gün sayısına ulaşmada hem de emeklilik yaşının belirlenmesinde kolaylık sağlanmıştır. Maddeye göre; emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunan kadın sigortalılardan başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunanların, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 01.05.2008 tarihinden sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenir ve eklenen bu süreler emeklilik yaş hadlerinden de indirilir.

Bakıma muhtaç derecede engelli çocuğu olan sigortalı kadına sağlanan bu hak, önceki mevzuatta bulunmayan kolaylaştırıcı ve engelli çocuğu

59 Özdamar - Çakar, 2014: 180-181.

olan kadın sigortalılar için pozitif ayrımcılık olarak değerlendirilerek isabetli bulunmuştur.⁶⁰

Kanun koyucunun bu maddeyi düzenleme amacının, engelli çocuğu olan çalışan kadının kendi çalışma sürelerinin dışında da çocuğuna bakım hizmeti vereceği, yeterince dinlenme imkânı bulamayacağı göz önüne alınarak emeklilik koşullarında kolaylık getirmek olduğu değerlendirilmektedir.

3. Refakat İzni

Ailevi sorumluluk gereği verilen bakım hizmeti açısından memurlara ve kamuda çalışan sözleşmeli personellere tanınan haklardan birisi de refakat izni hakkıdır. Refakat izni 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 105. maddesi ile düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin açıklanması ve uygulanmasında, Devlet Memurlarına Verilecek Hastalık Raporları ile Hastalık ve Refakat İznine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği⁶¹ hükümleri uygulanmaktadır.

Refakat izni kanunla memurun bakmakla yükümlü olduğu veya memur tarafından refakat edilmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek yakınları için tanınan izin hakkıdır. Memurun ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığının bulunması hâllerinde refakat izni talebinde bulunabilecektir. İzin süresince memurun aylık ve özlük hakları korunacaktır. Kamuda çalışan sözleşmeli personeller de refakat edilmediği takdirde hayati tehlike söz konusu olan anne, baba, eş, çocuk ve kardeşlerden birinin tedavisi ne eşlik edebilmek açısından en fazla 6 aya kadar alınabilen refakat izninden 3 ay yararlanabilecekler⁶². Ayrıca sözleşmeli personeller de refakat izni

60 Tuncay A. Can. - Ekmekçi, Ömer. (2017). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 19. Bası, İstanbul, 2017, s. 512; S Özer, 2017: 410.

61 RG: 29.10.2011 - 28099

62 6/6/1978 tarih ve 7/15754 sayılı Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar: "Sözleşmeli personelin, bakmakla yükümlü olduğu veya sözleşmeli personel refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığının bulunması hâlde-

hakkından yararlanacak olup, Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda değişiklik yapılarak, kamuda görev yapan sözleşmeli personelleri bu haktan yararlanmasına imkân tanınmıştır⁶³. Nitekim sözleşmeli personelin refakat izni kullanamayacağı yönünde verilmiş olan yerel mahkeme kararını Danıştay bozmuştur⁶⁴.

Refakat izni kullanacak memura, bu durumu sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, üç aya kadar izin verilecektir. Yine kanuna göre gerektiğinde bu süre bir katına kadar uzatılabilir. Bu durumda memur en fazla 6 ay olarak izin hakkından yararlanacaktır. Hasta olan kişiye bakacak başka yakınların bulunması halinde, memura refakat izni verilmeyeceğine ilişkin olarak kanun veya yönetmelikte bir açıklama bulunmamaktadır. Devlet Personel Daire Başkanlığı, hasta olan kişiye bakacak başka kardeşlerin veya eşin bulunması memurun refakat izni kullanımına engel olmadığı yönünde görüş açıklamıştır⁶⁵.

Memurun bakıma ihtiyacı olan yakınının aynı hastalığı için verilecek refakat izninin toplam süresi altı ayı geçemeyecek olup, iznin verilebileceği süre açısından aynı hastalık ve kaza olgusu esas alınmıştır. Memur yakınının refakati gerektiren hastalığının izin süresi sona ermeden iyileşmesi

durumunda ve bakımı gerektiren bir durum kalmadığı andan itibaren memurun izni sona erecek ve memurun iznin sona ermesini beklemeksizin tekrar işine geri dönmesi gerekecektir. İzin süresi içinde refakati gerektiren durumun ortadan kalkması veya izin süresinin sonunda görevine başlamayan memurlar izinsiz ve özürsüz olarak görevlerini terk etmiş sayılacaktır.

Bakım hizmeti ve bakım ücretinden yararlanmaya ilave olarak refakat izninden yararlanma mümkün olmamakta ve memurun refakat izni kullanımına izin verilmemektedir. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu gereği, bakım hizmeti ve bakım ücretinden yararlanan kişinin refakat ihtiyacı karşılanması sebebiyle bu durumdakilerin memur olan yakınlarının refakat izninden yararlandırılmayacaktır. Nitekim Devlet Personel Başkanlığı bu yönde görüşünü açıklamıştır⁶⁶.

4. Yarım Çalışma Ödeneği Verilmesi

4857 sayılı Kanun 74. maddesinde 6663 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, doğum yapan kadın işçiye veya üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçiye haftalık çalışma süresinin yarısı kadar çalışma yapma hakkı getirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinin ikinci fıkrasına göre; doğum sonrası kullanılan analık hali izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmuş çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri halinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum halinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması halinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.

İş Kanunu'ndaki bu düzenlemeyle uyumlu ola-

rinde, bu hâllerin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, istekleri üzerine üç aya kadar ücretli izin verilir. Refakat sebebiyle izin verilmesine esas teşkil edecek sağlık kurulu raporunda: refakati gerektiren tıbbi sebepler, refakat edilmediği takdirde hayati tehlike bulunup bulunmadığı, sürekli ve yakın bakım gerekip gerekmediği, üç ayı geçmeyecek şekilde refakat süresi ve varsa refakatçinin sahip olması gereken özel nitelikler belirtilir (mad. 9)."

63 Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Esaslar, 2018/2, (Ek: 14/5/2018-2018/11809).

64 Danıştay 5. Dairesinin 22.04.2015 tarih ve E:2014/6391, K:2015/4101 sayılı Kararı: "657 sayılı Yasada düzenlenen refakat izninin, yalnızca memurlara özgü bir hak olduğu, sözleşmeli personelin bu haktan yararlanmasına imkan veren yasal bir düzenleme olmadığı gibi, sözleşmeli personelin sahip olduğu haklara ilişkin hükümler içeren Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslarda da refakat izni hakkına yer verilmediği görülmüş olup; refakat izni hakkı bulunmayan davacının başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık, işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında ise hukuki isabet bulunmamıştır."

65 Devlet Personel Başkanlığı, 03.09.2015 tarih ve /5725 sayılı mütalaası.

66 Devlet Personel Başkanlığı, 19/08/2011 tarih ve 13830 sayılı mütalaası.

rak 6663 sayılı Kanun'la 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na da Ek 5. madde eklenmiştir. Bu maddeye göre işçiye, haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenir. Yarım çalışma ödeneği alabilmek için, işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması gerekir.

Maddenin düzenlenmesinden, sadece doğum yapan kadın değil, üç yaşından küçük bir çocuğu evlat edinen kadın ya da erkek işçinin de bu haktan yararlanabileceği anlaşılmaktadır. İş Kanunu m.74/5'de "çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçiler" denilmesi evlilik ilişkisinde birlikte evlat edinilmesi halinde eşlerden birinin ücretsiz izin hakkından yararlanmasına olanak tanınmadığı şeklinde yorumlanamaz. Ancak, istekte bulunulması için, çocuğun fiilen tesliminden itibaren (İşK.m.74/1 son cümle) sekiz haftalık analık izninin kullanılmış olması gerekir.⁶⁷

Kanun koyucu, çocuk bakımı sorumluluğu altında olan ebeveynlere bakım yapabilmek için yeterli süre tanımak adına, yarım çalışma hakkı getirmiş, çalışmadıkları süredeki gelir kayıplarının İşsizlik Sigortası Kanunu'ndan karşılanmasının yolunu açan bir düzenleme getirmiştir. Çocuğun engelli olması durumunda yararlanma süresi de uzatılmıştır.

Sonuç

Hasta, engelli ve çocuklar nüfusun önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Öte yandan sağlık alanındaki gelişmeler ortalama ömür süresini uzatmakta ve yaşlıların toplam nüfus içindeki oranı giderek artmaktadır. Bu durum, hasta, çocuk, engelli ve yaşlıların yaşamlarını sağlıklı ve huzurlu bir şekilde devam ettirmesi için bakım ihtiyacını, dolayısıyla iş gücü talebini beraberinde getirmektedir.

67 EKONOMİ, Münir. (2017). Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:14, Sayı:53, s. 28.

Ülkemizde bakım hizmetinin verilmesini sağlamak ve gerekli düzenlemeleri yapmak üzere çeşitli bakanlıklar tarafından çok sayıda yönetmelik çıkarılmıştır. Bu yönetmeliklerin hem sadeleştirilmesine hem de çalışma mevzuatına uygun hale getirilmesine ihtiyaç vardır.

Söz konusu yönetmeliklerle insan sağlığı için önemli olan ve süreklilik arz eden bakım hizmetinin verilmesi sıkı şartlara bağlanmıştır. Hem istihdam edilecek bakım personelinin nitelikleri hem de çalışma koşulları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bütün bu kapsamlı düzenlemelere rağmen bakım hizmeti verenler, çalışma statüsüne göre değerlendirilmekte, işçi veya kamu görevlisi olarak bakım hizmeti vermektedir. Hatta bazı durumlarda birden fazla çalışma ilişkisi içinde bakım hizmeti verilmektedir.

Niteliği gereği sürekli yapılması gereken bakım hizmetinin verilmesine ilişkin yönetmelik hükümleri, çalışanların tabi olduğu temel kanunlardaki haklarını ortadan kaldıracak ya da azaltacak şekilde yorumlanmamalıdır. Zira bakım personelinin çalışma koşulları iyileştirilmeden ve hakları korunmadan, kaliteli bakım hizmeti verilmesi mümkün değildir.

Yapılan düzenlemelerle bakım hizmetinin kurumsal olarak verilmesinin yaygınlaştığı görülmektedir. Bununla birlikte ülkemizin sosyal ve kültürel yapısının bir sonucu olarak, aile fertleri ve yakınlar tarafından da ailevi ve sosyal sorumluluk gereği bakım hizmeti verilmektedir.

Bu durumda Devlet, bakım emeği sunanlara gerek nakdi yardım yaparak gerekse birtakım avantajlar sağlayarak, hem bakılan hem de bakan kişi açısından hayatı kolaylaştıracak sosyal yardım ve sosyal hizmetleri sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akyıldız, Yasin - Abay, Ali Rıza. (2017). Vakıf Müessesesinin Gelişimi ve Mahiyeti Tarihsel Bir Değerlendirme, Yalova Sosyal Bilimler Dergisi, 7 (15), (141-157).
- Arslantaş, Hülya. (2009). Psikiyatrik Hastalarda Evde Bakım ve Hemşirelik Sürecinin Uygulan-

- ması, Atatürk Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Dergisi, Cilt 12, Sayı 4, (1-7).
- Ayhan, Burcu. (2014). Uzun Süreli Bakım Sistemleri ve Finansman Yöntemleri: Türkiye Açısından Değerlendirmeler, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Uzmanlık Tezi, Ankara.
 - Berkman, Kerem. (2019). Yaşlı Bakım Hizmetlerinin Bakım Hizmeti Çalışanları ve Yaşlı Bireyler Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi: Denizli İli Alan Çalışması, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 65, (978-993).
 - Bilge, Uğur - Elçioğlu, Ömür - Ünalacak Murat-Ünlüoğlu İlhami. (2014). Türkiye’de Yaşlı Evde Bakım Hizmetleri, Avrasya Aile Hekimliği Dergisi, 3(1), (1-8).
 - Camkurt, Mehmet Zülfi. (2013). 2022 sayılı Kanuna Göre Engelliliğin Tespiti ve Engelliliğe Dayalı Aylıkların Bağlanması İşlemleri, Mali Çözüm, (79-116).
 - Çoban, Mustafa - Esatoğlu, Afsun Ezel - İzgi, Mustafa Cumhur. (2014). Türkiye’de Evde Sağlık ve Bakım Hizmetleri Uygulamalarının Mevzuat İçindeki Tarihsel Değişimi, Türkiye Biyoetik Dergisi, Sayı 1, No. 3, (154-76).
 - Demir, Fevzi. (2018). İş Hukuku Uygulaması, İzmir.
 - Eker, Hasan Hüseyin - Abay, Ali Rıza. (2017). Evde Bakım Hizmetleri, Türleri ve Organizasyonu, “Bakım ve Sosyal Hizmet”, (Editörler: Abay A.R. - Güngör F.), İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Yayını.
 - Ekonomi, Münir. (2017). “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt:14, Sayı: 53.
 - Erdem, Ziya - Şahin, Levent. (2008), Ev Hizmetlerinde Yabancı İşgücü İstihdamı, Kamu-İş, Cilt 10, Sayı 2, (43-78).
 - Gökçearslan Çıfci, Elif. (2009). “Türkiye’de ve Dünyada Korunmaya İhtiyacı Olan Çocuklara Yönelik Hizmetlerin Tarihsel Gelişimi”, Aile ve Toplum Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 19, (53-65).
 - Gürer, Asu - Küdür Çırpan, Fidan - Atalan Özlen, Nazan. (2019). Yaşlı Bakım Hizmetleri, Journal of Health Services and Education; 3(1), (1-6).
 - Karataşer, Büşra. (2020). Darülaceze’nin Kuruluş Gelir Giderleri Üzerine Bir Değerlendirme, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Ağustos, Cilt 15, Sayı 2, (793 - 810).
 - Manav, A. Eda. (2015). Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 120, (509-538), s. 514.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi - Astarlı Muhittin - Baysal, Ulaş. (2018). İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara.
 - Narmanlıoğlu, Ünal. (2012). İş Hukuku Ferdi İş ilişkileri I, 4. Baskı, İstanbul.
 - Oğlak, Sema. (2011). Türkiye’de Yaşlı Bireylerin Bakım Gereksinimlerine Yönelik Yaşadığı Ortamda Sunulacak Bakım Modelleri, “İş, Güç” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Cilt: 13, Sayı 4. (115-130).
 - Oğlak, Sema. (2007). Uzun Süreli Evde Bakım Hizmetleri ve Bakım Sigortası, Turkish Journal of Geriatrics, Cilt: 10 Sayı: 2, (100-108).
 - Özdamar, Murat - Çakar, Erden. (2015). “Muhtaç Yaşlılar ile Engellilere Aylık Bağlanması ve Bunların Bakımını Üstlenenlere Evde Bakım Ücreti Ödenmesinin Şartları”, İş ve Hayat Dergisi, Sayı 2.
 - Özer, Özlem - Şantaş, Fatih. (2012). Kamunun Sunduğu Evde Bakım Hizmetleri ve Finansmanı, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 3, Sayı. 2, (96-103).
 - Seyyar, Ali - Oğlak, Sema. (2005). Almanya ve Japonya’da Bakım Sigortası Uygulamaları (Mukayeseli Bir Değerlendirme), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 55 (1), (735-757).
 - Sözer, Ali Nazım. (2017), Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul.
 - Sözer, Ali Nazım. (2018). Türk Sosyal Hukuku, İstanbul.
 - Süzek Sarper. (2001). İş Akdinin Türleri, Mercek

- İş Hukuku Dergisi, Sayı 22, Nisan, (17-34).
- Süzek, Sarper. (2018). İş Hukuku, Yen. 16. Bası, İstanbul.
 - Şakar, Müjdat. (2017). Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul.
 - Şakar, Müjdat. (2018). İş Hukuku Uygulaması, İstanbul.
 - Tuncay, Can - Ekmekçi, Ömer. (2017). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 19. Bası, İstanbul.
 - Uşan, Muhammet Fatih. (2000). Parça Başına Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Parça Başına Çalışan İşçinin Sorumluluğu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, (90-116).
 - Yaşlılara Sosyal Hizmet, (Edt. Ali Rıza Abay-Fethi Güngör), T.C. Anadolu Üniversitesi, Yayını No: 3261, 2017.
 - Yıldırım alp, Sinem. (2014). Türkiye’de Ev Hizmetinde Çalışanların Sorunları 2014, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, (45-59).
 - Yılmaz, Mesut - Sametoğlu, Fettah - Akmeşe, Gülden - Tak, Aslıhan - Yağbasan, Belma, Gökçay, Serkan - Sağlam, Mustafa - Doğan Yılmaz Derya - Erdem, Simge. (2010). Sağlık Hizmetinin Alternatif Bir Sunum Şekli Olarak Evde Hasta Bakımı, İstanbul Tıp Dergi, 11(3), (125-132).
 - Yuvalı, Ertuğrul. (2019). 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanunun Değerlendirmesi, Taad, Sayı: 37, (51-73).

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Halis KARAMAN*

Makale Gönderim Tarihi: 4 Haziran 2020

Makale Kabul Tarihi: 11 Haziran 2020

İş Hukukunda Ev Hizmetleri

Öz

İş hukukumuzda “ev hizmetleri” İş Kanunu’nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Ev hizmetlerini konu alan ayrı bir iş kanunu ise bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu alanda çalışan işçiler, Borçlar Kanunu kapsamında yer almaktadırlar. Ancak, hukukumuzda “ev hizmetleri” kavramı tanımlanmamıştır. Bu nedenle, hangi işlerin bu kapsamda yer alacağı tam olarak belli değildir. İş Kanunu’nun, ev hizmetlerini

kapsam dışı bırakan düzenlemesinin hukuki niteliği de tartışmalıdır. Yine, ev hizmetlerinin niteliği ve işin yapıldığı yer, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerini diğer iş sözleşmelerinden ayırmaktadır. Borçlar Kanunu’nda yer alan bazı düzenlemelerin, ev hizmetleri yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir. Aşağıda tüm bu hususlar dikkate alınarak konu incelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

Ev hizmetleri, ev hizmetlerinde çalışan işçi, iş sözleşmesinin kurulması, çalışma yaşı, çalışma süresi.

Domestic Services in Labour Law

Abstract

In labour law, domestic services are excluded from the scope of the Labour Act. There is no separate labour act on domestic services. Therefore, workers working in this field are covered by the Code of Obligations. However, the concept of domestic services has not been defined in our law. For this reason, it is not clear exactly which jobs will be included in this scope. The nature of the labour

act provision that excludes home services is controversial. Again, the quality of domestic services and the place of work distinguishes the contracts on domestic services from other contracts. Some regulations in the Code of Obligations also need to be evaluated in term of domestic services. The subject will be examined below by considering all these issues.

Keywords:

Domestic services, domestic worker, establishment of employment contract, working age, operation time.

*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilimdalı-mehmethaliskaraman@gmail.com
ORCID: 0000-0003-1965-0639

Giriş

Ev hizmeti olarak kabul edilen ve evde yapılan işleri genel olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Bunlar, ev işleri ve bakım işleridir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte, ev işi denildiğinde genellikle yemek, bulaşık, temizlik gibi evdeki hayatın devamı için ihtiyaç duyulan işler akla gelmekte, bakım işleri denildiğinde ise daha çok çocukların ve yaşlıların bakımı akla gelmektedir. Geleneksel olarak konuya yaklaşıldığında, tüm bu işlerin gerek diğer ülkelerde gerekse ülkemizde genel olarak kadınlar tarafından yapıldığı görülmektedir. Toplumun çok büyük bir kesiminin köylerde yaşadığı ve geniş aile yapısının hâkim olduğu bir düzen içerisinde bu durum herhangi bir sorun oluşturmamaktaydı. Ancak, kentleşmenin artması, köydeki nüfusun kentlere göç etmesi, geniş aile yapısının dağılarak çekirdek aile yapısına geçilmesi ve tüm bunlara bağlı olarak kadının çalışma hayatındaki rolünün artması bu işlerin yapılmasını bir sorun haline getirmiştir. Ancak, yine de, modern toplum yapısı içerisinde de, ev işi ve bakım işlerinin geleneksel yapıya uygun olarak kadının görevi olarak algılandığı ve bu işlerin yapılmasının kadından beklendiği görülmektedir¹. Nitekim, ev dışında çalışan kadınların bile ev hizmetleri dediğimiz işlere gün içerisinde ayırdıkları zaman dikkate alındığında, erkeklerle karşılaştırılmayacak oranda daha fazla süreyi bu işleri yapmak için harcadıkları görülmektedir². Dolayısıyla, ev dışında çalışan kadınların iki işi olduğu söylenebilecektir. Bunlar, hem dışarda para kazanmak için yaptıkları işler hem de ev hizmetleridir. Nitekim, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku yönünden konuya yaklaşıldığında, kadının ev hizmetleri dediğimiz işlerin yapılmasındaki rolüne işaret eden birçok yasal düzenlemenin hukukumuz içerisinde yer aldığı görülebilecektir³.

1 Erdoğan, Seyhan/Toksöz, Gülay: Kadınların Görünmeyen Emeğinin Görünen Yüzü, Türkiye'de Ev İşçileri, Uluslararası Çalışma Ofisi – Ankara, 2013, 7; Yıldırım, Sinem: Türkiye'de Ev Hizmetinde Çalışanların Sorunları, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Karabük Üniversitesi, 2014, C. 4, S. 1, 45, 46.

2 Yıldırım, Sinem, 48, 49.

3 Bu konuda, kadınlara, gebelik ve doğuma dayalı olarak

Ancak, geleneksel aile yapımız ve kadının bu yapı içerisindeki üstlendiği rol her ne kadar yukarıda anlaşıldığı gibi olsa da, çalışma hayatına katılan kadınların bu işleri eskisi gibi yapabilme imkanları gün geçtikçe azalmaktadır. Dolayısıyla, ev hizmeti dediğimiz işlerin, ev bireyleri dışında bir başkası tarafından yapılması artan bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulamada, kadının ev hizmetlerinde üstlendiği geleneksel rol ve aile yapısının genel kuralları ve ihtiyacı nedeniyle bu işlerin yine kadınlar tarafından yapıldığı da görülmektedir⁴. Orta ve üst gelir seviyesine sahip aile sayısının artması, bu şekilde çalışan kadın sayısının daha da artmasına neden olmaktadır.

Günümüzde, ev hizmetlerinde çalışan kişi sayısının ekonomik, sosyal ve demografik yapıdaki değişime paralel olarak gittikçe artması ve sıklıkla karşılaşılan bir durum olmasına karşın, hukukumuzda, "ev hizmeti" kavramının ne olduğunu, hangi işlerin bu kavram içerisinde yer aldığını tam olarak söyleyebilmek mümkün değildir. Bu belirsizlik, bu şekilde çalışan işçilerin sayısı, işverenleri ile aralarındaki hukuki ilişkiye uygulanacak kanun hükümleri, sosyal güvenlik ve vergi mevzuatı yönünden belirsizliklere sebebiyet vermektedir.

Bu nedenle, konunun artan önemi dikkate alınarak, konu aşağıda İş Hukuku yönünden inceleme konusu yapılacaktır.

1) Kavram Olarak Ev Hizmetleri ve Bu Alanda Çalışacak İşçilere Uygulanacak Kanun Hükümleri

1) Kavram Olarak Ev Hizmetleri

İş Hukukunda, işyeri, İş Kanunu'ndaki düzenlemelerden de hareketle, işveren tarafından mal veya

verilen izinler, evlilik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatı hakkı veren düzenleme, doğum borçlanması gibi düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir.

4 Bu konudaki değişik istatistikler için bkz. Erdoğan/Toksöz, 12 vd.; Yıldırım, Sinem, 46 vd.

hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği yer olarak tanımlanmaktadır (İş K. m. 2/1). Bu yasal tanımdan da anlaşılacağı üzere, işyeri, işveren tarafından oluşturulan bir birimdir. Bu birimin teknik amacı, mal veya hizmet üretmektir. O halde, işçilerin, mal veya hizmet üretmek amacıyla çalıştıkları yer, işyeri olarak kabul edilmelidir⁵.

Ancak, ev hizmetleri yönünden konuya yaklaşıldığında, ev hizmetlerinin yapıldığı yeri, yukarıdaki tanıma uygun olarak klasik anlamda bir işyeri olarak kabul etmek pek mümkün değildir. Ev hizmetlerinin yapıldığı yer bir evdir. Evin en temel özelliği ise, aile bireylerinin özel yaşamlarını geçirdiği yer olmasıdır. Bu nedenle, ev dediğimiz birim, anayasal konut dokunulmazlığının hâkim olduğu bir alandır. Bu alan, iktisadi bir faaliyetin icra edildiği bir alan değil, aile ekonomisi sınırları içerisinde kalan bir alandır. Yine, her durumda olmasa bile, çoğunlukla, evde ikamet eden kişilerin kendileri de işçi veya memur olarak bağımlı çalışanlardır. Dolayısıyla, işveren sıfatını kazanmaları, sadece ev hizmetlerini bir başkasına yaptırması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle de, diğer işverenlerden oldukça farklı konuma sahiptirler⁶.

Ev hizmetleri, tüm bu farklı özellikleri nede-

niyle hukukumuzda birçok alanda ayrı kurallara tabi tutulmuştur. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanunu “ev hizmetlerini” kapsamı dışında bırakmıştır (m. 4/1-e); Borçlar Kanunu’nda, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin alacaklarının zamanaşımına uğraması ile ilgili olarak özel düzenleme getirilmiştir (m. 153/1-4); yine, Borçlar Kanunu’nda ev hizmetlerinin görülmesi için işçi çalıştıran işverenler yönünden gıda, barınak, sağlık yardımı sağlama ve yıllık izin kullanımı ile ilgili olarak bazı özel yükümlülükler getirilmiştir (m. 418, 424/2); Gelir Vergisi Kanunu’nda, ev hizmetlerinde çalışan işçilerden gelir vergisi alınmayacağı belirtilmiştir (m. 23/1-6); 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ise ev hizmetlerini kapsam dışında bırakmıştır (m. 2/2-c); Sosyal Güvenlik Hukuku yönünden 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı özel olarak düzenlenmiştir (ek m. 9)⁷. Tüm bu yasal düzenlemelerde, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin aynı evde yaşayan aile bireyleri ile aralarında oluşan güvene dayalı yakın ilişkinin; yapılan işin konut dokunulmazlığına sahip bir alanda yapılıyor olmasının; yine bu alanın aile ekonomisi sınırları içerisinde kalıyor olmasının izlerini görebilmek mümkündür. Ancak, bu kadar ayrı ve özel durumuna rağmen, “ev hizmeti” kavramı, daha önce de ifade edildiği üzere, mevzuatımızda tam olarak tanımlanmış değildir. Bu belirsizlik nedeniyle, kavramın, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında farklı farklı tanımlandığı görülmektedir.

Öğretideki bir görüşe göre, ev hizmeti, ev sakinlerinin gündelik doğal ihtiyaçlarının giderilmesi, evin işleyişinin ve idaresinin sağlanması amacıyla yapılan faaliyetlerin tamamı olarak tanımlanmak-

5 Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019, 186, 187; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul 2019, 138 vd.; Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul 2018, 40, 41; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019, 50-53; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Uluçan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2019, 45 vd.; Narmanlioğlu, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014, 136 vd.; Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013, 37-39; Demir, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, İzmir 2013, 38-40; Şakar, Müjdat: Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 7. Baskı, Ankara 2015, 61 vd.; Akyiğit, Ercan : İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2008, 123 vd.; Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, 103,104; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1976, 46 vd.

6 Bkz. Caniklioğlu, Nurşen/Özkaraca, Ercüment: Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı, 2016, Cilt II, 1133.

7 Ev hizmetlerinde çalışan işçilerin sosyal sigorta hakları için bkz. Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2018, 112-113, 138-140; Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul 2017, 114,115; Caniklioğlu/Özkaraca, 1133 vd.; Ertürk, Arzu Arslan: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Ek 9. Maddesi Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Legal 2015, C. 12, S. 46, 89 vd.; Manav, A. Eda: Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, TBB Dergisi, 2015/120, 517 vd.

tadır. Bu görüşe göre, bu faaliyetler, özü itibarıyla evde yaşayanlar tarafından yapılan ama değişik sebeplerle ev sakinlerinin yapmadığı veya yapmadığı faaliyetlerdir. Dolayısıyla, bu görüşe göre ev hizmeti denildiğinde, yemek yapımı, çamaşır yıkanması, temizlik yapılması, ütü yapılması, bahçe bakımı ve alışveriş yapılması gibi günlük işler akla gelmektedir. Bu nedenle, öğretideki bu görüşün, ev hizmetleri kavramını dar yorumlamayı tercih ettiği söylenebilecektir⁸.

Öğretideki bir başka görüşe göre ise, ev hizmetleri, sadece yukarıda sayılan evin gündelik işleri olarak kabul edilebilecek işlerden ibaret değildir. Bunların yanında çocuk bakıcılığı, özel ders verme gibi evde yapılan diğer işler de ev hizmetleri olarak kabul edilmelidir⁹. Yine, bu kapsam içerisinde mütalaa edilebilecek bir başka görüşe göre de, ev hizmetleri, Uluslararası Standart Meslek Sınıflaması ve Türkiye İstatistik Kurumu'nun istatistikleri esas alınarak belirlenmelidir. Bu durumda da, hizmetçi, uşak, garson, aşçı, temizlikçi, bahçıvan, kapıcı, özel şoför, ev bekçisi, mürebbiye, bebek bakıcısı, özel öğretmen, sekreter gibi çalışanlar bu kapsam içerisine girmektedirler¹⁰.

Bu konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer düzenleme de, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO), 2011 Yılında kabul edilen, 189 sayılı "Ev İşçileri İçin İnsana Yakışır İş Hakkında Sözleşmesi"dir¹¹. Bu sözleşmenin birinci maddesinde "ev işi" ve "ev işçisi" kavramları tanımlanmıştır. Buna göre, ev işi, ev ya da ev halkı

için ev içerisinde yapılan işleri ifade etmektedir. Ev işçisi ise, iş sözleşmesine dayalı olarak ev işleri ile uğraşan her hangi bir kişiyi ifade etmektedir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, 189 sayılı Sözleşmeye göre ev hizmeti, evin gündelik işleyişine yönelik olmak zorunda değildir. Bunun yanında, yapılan işin sadece ev halkına yönelik olması da "ev hizmeti" olarak kabul edilmesi için yeterlidir. Bu düzenlemeden hareketle, 189 sayılı Sözleşmenin "ev hizmeti" kavramının kapsamını genişlettiği, ev içerisinde yapılan ve ev halkına yönelik olan her tür işin ev hizmeti kavramı içerisinde değerlendirdiği söylenebilecektir¹². Ancak, 189 sayılı Sözleşme henüz T.C. Devleti tarafından imzalanmamıştır. Dolayısıyla, iç hukukumuzun bir parçası değildir.

Hukuk sistemimiz içerisinde "ev hizmeti" kavramının yasal tanımı yapılmamış olmakla birlikte, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin sosyal sigortalılığı kapsamında SGK tarafından çıkartılan "Ev Hizmetlerinde 5510 sayılı Kanun'un Ek 9. Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ"¹³ de "ev hizmeti" kavramı tanımlanmıştır. Hiç şüphesiz bu tanım, sosyal sigorta hukuku yönünden yapılan bir tanımdır. Buna göre, ev hizmeti, "Ev içerisinde yapılan aile bireyleri tarafından yapılabilecek temizlik, yemek yapma, çamaşır, ütü, alışveriş, bahçe işleri gibi gündelik işler ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işlerinin aile bireyleri dışındaki kişiler tarafından yapılmasını" ifade etmektedir. Tebliğdeki bu düzenlemeden, ev hizmeti kavramının, öncelikle aile bireyleri tarafından yapılabilecek olan evin gündelik işlerini kapsadığı anlaşılmaktadır. Ancak, hemen arkasından, çocuk, yaşlı ve özel bakıma ihtiyaç duyan kişilerin bakım işlerinin de kapsam içerisine alındığı anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeden hareketle, Tebliğ kapsamında tanımı yapılan "ev hizmetinin", yukarıdaki açıklamalarımızda

8 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 159; Süzek, 214; Şakar, 53; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 65, 65; Eyrenci/ Taşkent/Ulucan, 54; Narmanlioğlu, 85; Aktay/Arıcı/Sen-yen-Kaplan, 45; Demir, 84; Şakar, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 116; Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 285; Akyiğit, Kıdem Tazminatı, 116; Ekonomi, 56; Okur, Ali Rıza: Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı, Kamu İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 7, S. 3, 2004, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, 356.

9 Tunçomağ, Kenen/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul 2013, 42.

10 Bu görüşler ve değerlendirmesi için bkz. Caniklioğlu/Özkaraca, 1135 vd.; Manav, 511, 512; Yıldırım, 46 vd.; Erdoğan/Toksöz, 3,4.

11 Sözleşme metni içi bkz. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_protect/protrav/travail/documents/publication/wcms-209877.pdf.

12 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Caniklioğlu/Özkaraca, 1136, 1137; Manav, 512, 513; Kökkılınç, 539; Erdoğan/Toksöz, 19, 20; Kökkılınç, A. Gül: Ev Hizmetlerinde Çalışan İşçilerin İş İlişkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2019, 539.

13 RG. 1.4.2015, 29313.

belirtilen görüş ve düşünceler paralelinde geniş anlamıyla anlaşılmaya uygun olduğu söylenebilecektir. Nitekim, Tebliğ'de de, ev hizmetinin, evin gündelik işleri ile ilgili olduğu vurgulanmış, ancak bu kapsamda değerlendirilemeyecek çocuk bakımı, yaşlı bakımı ve özel bakım ihtiyacı olanların bakım işleri de bu kapsamda değerlendirilmiştir. Dolayısıyla, SGK'nın yayımladığı Tebliğ'e göre de, ev içerisinde yapılan ve ev halkına yönelik bazı işleri ev hizmeti kapsamında değerlendirmek mümkündür¹⁴. Bu noktada unutulmaması gereken husus, söz konusu Tebliğin, ev hizmetlerinde çalışanların sosyal sigorta hakları yönünden 5510 sayılı Kanun'daki düzenlemeler ve bu düzenlemelerden kaynaklanan pratik ihtiyaçlar dikkate alınarak hazırlanmış olduğudur. Bu nedenle, bu düzenlemenin, iş hukuku yönünden de geçerli olabileceğini söylemek mümkün değildir. Nitekim, konu Yargı kararları yönünden değerlendirildiğinde de, ev hizmetleri kavramına iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku yönünden iki farklı şekilde yaklaşıldığı görülmektedir. Buna göre, Yargıtay, iş hukuku yönünden konunun değerlendirildiği birçok kararında, ev hizmetlerini, evin gündelik işleri ile ilgili olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu kapsamda verdiği kararlarında, evde hasta, çocuk, yaşlı bakan bir hemşire veya bakıcının ev hizmeti yapmadığını kabul etmiştir¹⁵. Yine, aynı yönde olmak üzere, aşçı, uşak, temizlikçi gibi işlerde çalışan kişilerin ev hizmeti yapan kişiler olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu işleri yapan kişilerle işverenleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların Borçlar Kanunu kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklar olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁶.

Konunun sosyal güvenlik hukuku yönünden değerlendirildiği birçok Yargıtay kararında ise, ev hizmetleri kavramı, yukarıdaki kararlardan farklı olarak daha geniş kapsamlı olacak şekilde değerlendirilmiştir. Bu kararlarda, sadece evin gündelik yaşamına ilişkin işler değil, çocuk ve hasta bakıcılığı gibi işlerin de ev hizmetlerinden sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁷. Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili olarak verilen bu kararlar, hiç şüphesiz bahse konu SGK Tebliği ile de uyumludur.

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, "ev hizmeti" kavramının yasal bir tanımı yoktur. Bu durumun etkisiyle, "ev hizmeti" kavramının iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanında birbirinden farklı şekilde tanımlandığı görülmektedir. Sosyal Güvenlik Hukuku alanında kavramın daha geniş yorumlandığı, evin gündelik işlerinin yanında çocuk, yaşlı ve özel bakıma ihtiyaç duyanların bakım hizmetlerinin de ev hizmeti içerisinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Böylece, ILO'nun 189 sayılı Sözleşmesi'nde tanımlanan "ev hizmeti" kavramına yaklaşılmış olmaktadır¹⁸.

İş hukuku alanında ise aynı şeyi söyleyebilmek mümkün değildir. Bu alanda, hem öğreti hem de konuya ilişkin yargı kararları "ev hizmeti" kavramının dar yorumlanması taraftarıdır. Buna göre, ev hizmeti, ev ya da hane halkı için evde yapılan işlerin tamamını değil, evin gündelik işleyişine yönelik olarak yapılan işleri kapsamına almaktadır. Bu anlayış, hiç şüphesiz, iş hukukunun temel prensiplerine de uygundur. Yapılan işin ev hizmeti olarak nitelendirilmesi, söz konusu çalışma ilişkisini İş Kanunu'nun kapsamı dışına çıkaracaktır (İş K. m. 4/e). Bu durumun ise işçi lehine olduğunu söyle-

14 Ayrıca bkz. Caniklioğlu/Özkaraca, 1137-1140; Manav, 512; Kökkılınç, 544.

15 Yarg. 22. HD., 2.9.2014, E. 2014/17890, K. 2014/22670; Yarg. 22. HD, 10.10.2017, E. 2017/8730, K. 2017/21258; Yarg. 20. HD, 5.6.2017, E. 2017/6261, K. 2017/4985; Yarg. 22. HD, 26.1.2017, E. 2016/30630, K. 2017/1090; Yarg. HGK, 27.6.2018, E. 2015/9-3384, K. 2018/1281; Yarg. 22.HD., 11.3.2019, E. 2016/6816, K. 2019/5648; www.kazancı.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

16 Bkz. Yarg. 9. HD., 9.6.2009, E. 2009/20489, K. 2009/16455; Yarg. 9. HD., 13.6.2012, E. 2012/18405, K. 2012/22828; Yarg. 9. HD., 5.6.2014, E. 2014/15697, K. 2014/18318; Yarg. 22. HD., 9.3.2015, E. 2013/35095, K.2015/9308; Yarg.

20. HD, 16.2.2016, E. 2015/16448, K. 2016/1794; Yarg. 13. HD, 17.10.2019, E. 2016/28537, K. 2019/10.189; Yarg. 9. HD, 21.5.2019, E. 2019/963, K. 2019/11708; Yarg. 22. HD, 2.4.2019, E. 2016/9605, K. 2019/7352; www.kazancı.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

17 Bkz. Yarg. HGK, 5.2.2014, E. 2013/10-228, K. 2014/65; Yarg. 10. HD, 24.10.2014, E. 2014/20762, K. 2014/20621; Yarg. 10. HD., 5.11.2015, E. 2015/15879, K. 2015/18735; Yarg. 10. HD., 30.1.2015, E. 2014, 26544, K. 2015/18659, www.kazancı.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

18 Ayrıca bkz. Caniklioğlu/Özkaraca, 1139, 1140.

yebilmek mümkün değildir. O halde, “ev hizmeti” kavramının dar yorumlanması, iş hukukunun en temel ilkelerinden olan “işçi lehine yorum ilkesi” ile de uyumludur.

2) Ev Hizmetlerinde Çalışan İşçilere Uygulanacak Kanun Hükümü

a) Borçlar Kanunu Kapsamında Olanlar

4857 sayılı İş Kanunu, amaç ve kapsamına ilişkin birinci maddesinde, İş Kanunu’nun, dördüncü maddesinde belirtilen istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağı hükmünü içermektedir (m. 1/2).

Kanunun bu düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, kural olarak, bir kişinin, İş Kanunu içerisinde kalması için iş sözleşmesine dayalı olarak çalışması yeterlidir. Bu noktada, yapılan işin her hangi bir önemi bulunmamaktadır¹⁹.

Ancak, konuya ilişkin madde metninde de belirtildiği üzere, 4857 sayılı İş Kanunu, dördüncü maddesi ile bu temel kurala bazı istisnalar getirmiştir. Bu kapsamda, “ev hizmetleri” de İş Kanunu’nun kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla, inceleme konumuzu oluşturan ve yukarıda tanımlı yapılan “ev hizmetleri” işi yapan işçiler, 4857 sayılı İş Kanunu’nun kapsamı dışında kalmaktadırlar (m. 4/e).

Hukukumuzda, ev hizmetlerinde çalışan işçilere ilişkin olarak, “gemi adamı” veya “gazeteciler” de olduğu gibi ayrı bir iş kanunu da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu konuda yasal bir boşluk vardır. Bu boşluğun, 4857 sayılı İş Kanunu karşısında genel kanun olma özelliğine sahip olan Türk Borçlar Kanunu hükümleri esas alınarak doldurulması gerekecektir²⁰. Bu durumun doğal sonucu ise,

konuya ilişkin diğer örneklerde olduğu gibi, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin de Borçlar Kanunu kapsamında yer almaları olacaktır.

Ancak, uygulamada, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin Borçlar Kanunu kapsamında yer alacağını söyleyebilmek her durumda bu kadar kolay olmamaktadır. Bu noktada, cevaplandırılması gereken ilk soru, tarafların sözleşme ile aralarındaki hukuki ilişkiye 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına karar verip veremeyecekleridir. Yine, bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken ikinci soru, işçinin, ev hizmeti yanında bir başka iş daha yapması durumunda tabi olacağı kanun hükmünün nasıl belirleneceğidir. Aşağıda bu iki konu üzerinde ayrıca durulacaktır.

b) Sözleşme ile Uygulanacak Kanun Hükümünün Belirlenmesi

İş Kanunu’nda, iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmıştır (m. 8/1). Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bağımlı olarak çalışmayı üstlenen taraf işçidir. Ücret ödemeyi üstlenen taraf ise işverendir. Nitekim, İş Kanunu, işçiyi, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlamıştır (m. 2/1).

İşçi ile işveren arasında iş sözleşmesine dayalı olarak kurulan iş ilişkisinde, yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere, ekonomik olarak kuvvetli olan taraf işverendir. İşçi tarafı ise zayıftır. Bu nedenle, kuvvetli taraf olan işverenin, kendisi için en elverişli koşullarla iş sözleşmesi yapılması konusunda işçiye baskı yapma ve istediği sonucu alma imkân ve kabiliyeti vardır. Nitekim, iş hukukunun doğuşu ve gelişimine ilişkin tarihsel sürece baktığımızda bu durumun sayısız örnekleri ile karşılaşabiliriz. Bugün de, iş hukuku alanında yer alan pozitif düzenlemelere bakıldığında, geçmişte yaşanan acı tecrübelerden hareketle işçiyi koruyucu birçok düzenlemenin yasalar içerisinde yer aldığı görülebilecektir²¹.

19 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 151 vd.; Süzek, 209 vd.; Şakar, 49 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 63 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 52 vd.; Narmanlioğlu, 75 vd.

20 İş kanunları yönünden genel kanun özel kanun tartışması için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 19, 20; Süzek, 37-39; Şakar, 18; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 9-11; Narmanlioğlu, 26 vd.; Aktay/Arcı/Senyen-Kaplan, 14;

Akyiğit, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 55, 56.

21 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 2 vd.; Süzek, 14 vd.; Şa-

Klasik hukuk teorisinde hukuk kuralları emredici hukuk kuralları ve tamamlayıcı hukuk kuralları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, emredici hukuk kuralları, tarafların sözleşme ile değiştiremeyecekleri, herkesin mutlak olarak uyması gereken kurallar anlamına gelmektedir. Mutlak emredici nitelikteki bir kanun hükmüne uyulmaması, bu hükme aykırı sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır (BK m. 27/1). Tamamlayıcı hukuk kuralları ise, tarafların sözleşme ile değiştirebilecekleri kurallar anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, tarafların, tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümleri hilafına sözleşme yapabilmeleri mümkün olabilecektir²².

Ancak, iş hukuku alanında, yukarıda değindiğimiz klasik hukuk teorisi farklılaşmıştır. Bunun en önemli nedeni, daha önce değindiğimiz zayıf durumda olan işçinin korunmasıdır. Nitekim, İş Hukukunda yer alan yasa hükümleri incelendiğinde, üç değişik nitelikte yasa hükmüyle karşılaşılmaktadır. Bunlar, mutlak emredici nitelikteki düzenlemeler, nispi emredici nitelikteki düzenlemeler ve tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerdir. İş hukuku alanında da, mutlak emredici nitelikteki yasal düzenlemelere herkesin uyması zorunludur. Bu tür düzenlemelere uyulmaması, yapılan sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. Ancak, bu geçersizlik, hukukun diğer alanlarından farklı olarak, hukuki ilişkinin başından itibaren değil, bu durumun ortaya çıktığı andan itibaren ileriye yönelik olarak etkisini gösterecektir. Öncesi için geçerli bir hukuki ilişkinin var olduğu kabul edilecektir (BK m. 394/3).

Nispi emredici nitelikteki düzenlemeler ise, zayıf durumda olan işçi lehine olarak sözleşme ile değiştirilebilen kanun hükümleri anlamına gelmektedir. İş hukukundaki yasal düzenlemelerin çok büyük bir kısmı bu tür düzenlemelerden oluşur. Bu tür düzenlemelerin amacı, işçiye yasal olarak asgari bir çalışma standardı sağlamak, sözleşme ile bunun üzerine çıkma hakkını ise işçiye vermektir.

Tamamlayıcı nitelikteki hukuk kuralları ise, iş hukukunda da, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, taraflardan birinin lehine veya aleyhine olduğuna bakılmaksızın sözleşme ile aksinin serbestçe kararlaştırılabildiği hukuk kuralları anlamına gelmektedir. Bu tür düzenlemelerin sayısı iş hukukunda oldukça azdır²³.

Bu noktada, sözleşme serbestisi ve bunun sınırlarının belirlenmesi açısından kanunda yer alan hükümlerin hangilerinin mutlak emredici, hangilerinin nispi emredici, hangilerinin ise tamamlayıcı nitelikte olduğunun bilinmesi büyük önem taşımaktadır. İş hukuku alanındaki yasal düzenlemeleri bu bakış açısıyla değerlendirdiğimizde, iş hukuku mevzuatının bu konuda temel bir kural getirmediği anlaşılmaktadır. Bu konu, öğreti ve yargı kararları ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır²⁴. Aynı durum, ev hizmetlerinde çalışan işçileri 4857 sayılı Kanun kapsamı dışında bırakan (m. 4/e) yasal düzenleme için de geçerlidir.

O halde, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin sözleşme ile 4857 sayılı Kanun kapsamına kısmen veya tamamen alınıp alınamayacaklarını söyleyebilmek için Kanunun 4/e maddesindeki düzenlemenin yukarıda belirtildiği şekilde hukuki niteliğinin ortaya konulması gerekecektir.

Daha öncede ifade ettiğimiz üzere, iş hukukunun temel amacı işçinin korunmasıdır. Bu nedenle, bu alana ilişkin olarak çıkarılan yasa hükümlerinin çok büyük bir kısmı da nispi emredici nitelikte hükümlerdir. Ancak, buradan hareketle, İş Kanunu maddelerinin tamamının bu amaç doğrultusunda hazırlandığını söyleyebilmek de mümkün değildir. Nitekim, bu kapsamda kimi düzenlemelerin işçinin menfaatleri ile işyerinin menfaatleri arasındaki hassas dengeyi korumak, kamu yararını sağlamak, esneklik ihtiyacına cevap vermek, iş güvenliğini sağlamak, işyeri menfaatlerini korumak gibi amaçları sağlamak için çıkarıldıkları anlaşılmaktadır²⁵. Bu nedenle, bu konuda

kar, 13, 14; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 3 vd.; Narmanlıoğlu, 5 vd.; Aktay/Arıcı/Senyan-Kaplan, 4 vd.
22 Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, 100; Ayrıca bkz. Süzek, 32 vd.

23 Bu konudaki örnekler için bkz. Süzek, 35.

24 Ayrıca bkz. Süzek, 34, 35; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 26, 26; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 3-5; Narmanlıoğlu, 10 vd.

25 Bkz. Süzek, 16 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 22 vd.;

karar vermeden önce tüm bu hususların dikkate alınması gerekecektir. Bunu yapabilmek için ise, hükmün tarihsel olarak yasalaştığı tarihteki amacının, lafzının, sosyolojik olarak bugün ifade ettiği değer, anayasamızın temel ilkeleri karşısındaki durumunun ve İş Kanunu'nun genel düşünce tarzına uygunluğunun değerlendirilmesi gerekecektir²⁶. Ev hizmetlerinde çalışan işçileri İş Kanunu kapsamı dışında bırakan düzenleme, 931 sayılı İş Kanunu'nun mirasıdır. Nitekim bu hükmün gerekçesi, 4857 sayılı Kanun'da ve 1475 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır. 931 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde ise, söz konusu düzenlemenin, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin daha rahat iş bulmalarını sağlamak amacıyla İş Kanunu kapsamı dışında bırakıldıkları belirtilmiştir. Bu gerekçeden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, İş Kanunu'ndaki yükümlülük ve zorunluluklardan korkan işverenin, evlerinde ev hizmeti ile ilgili işçi çalıştırmaktan vazgeçebileceklerini, bu durumun ise bu işi yapan işçilerin aleyhine olacağını düşünerek bu hükmü yasalaştırmıştır. Dolayısıyla, bu gerekçeden, kanun koyucunun amacının, işvereni veya işyerini korumak değil, tartışmaya açık bir şekilde de olsa, işçiyi korumak olduğu anlaşılmaktadır.

Sosyolojik olarak olaya yaklaşıldığında ise, bugün itibarıyla Yasanın yapılışındaki gerekçenin pek bir anlamının kalmadığı söylenebilecektir. Her şeyden önce, Türk toplumunun ekonomik olarak ulaştığı seviye söz konusu düzenlemenin yapıldığı tarihteki seviyenin oldukça ilerisindedir. Nitekim, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu alanda çalışan işçi sayısındaki artış, bu durumun en açık göstergesidir. Kaldı ki, ev hizmeti alanında çalışan işçilerin de sosyal güvenlik, sendika ve çalışma koşulları konusunda diğer işçilerin taleplerinden pek de farkı olmayan taleplerde buldukları görülmektedir²⁷. Bu nedenle, bugün ki sosyal gerçeklik de, yasal düzenlemenin yapıldığı tarihteki gerekçeyi desteklememektedir. Bu nedenle, bugün için, ev hizmetlerinde çalışan işçilerin İş

Kanunu kapsamında olmalarının onların daha çok lehlerine olduğu söylenebilecektir.

4857 sayılı Kanun m. 4/e düzenlemesinin lafzına bakıldığında, bu hükmün mutlak emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilmesini gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bu yasal düzenlemeye aykırı bir sözleşme hükmünün geçersiz olacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Yine, bu düzenlemeye uyulmamasını hukuki veya cezai bir müeyyideye bağlayan bir düzenleme de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu düzenleme, lafzıyla değerlendirildiğinde de mutlak emredici nitelikte bir düzenleme olmamaktadır.

Konuya Anayasal olarak yaklaşıldığında da benzer bir durumla karşılaşılmaktadır. Her şeyden önce, bizim Anayasamız sosyal devlet ilkesini benimsemiştir (m. 2). Bu ilkenin en görünür tarafını da yine iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili düzenlemeler oluşturmaktadır. Anayasamız, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde çalışma yaşamı ile ilgili olarak birçok düzenlemeye yer vermiştir (m. 49 vd.). İşçi ve işveren ilişkileri yönünden bir değerlendirme yapıldığında, bu anayasal düzenlemelerin ortak özelliklerinin işçinin korunması olduğu söylenebilecektir. Nitekim, anayasamızda yer alan bu ilkeler, çalışma hayatımıza yön veren yasal düzenlemelerin de temel dayanağını oluşturmaktadır²⁸. Dolayısıyla, bu yönüyle yapılacak bir değerlendirmede de 4857 sayılı Kanun m. 4/e hükmünün mutlak emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilmesi Anayasamıza hakim olan temel ilkelere uygun olmayacaktır.

Buradan hareketle, 4857 sayılı Kanun m. 4/ e hükmünün mutlak emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilmesini gerektiren bir nedenin bulunmadığı; söz konusu düzenlemenin, işçi lehine yorum ilkesi dikkate alınarak nispi emredici nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilmesi gerektiği; varılan bu sonucun, hükmün gerekçesine, bugün ki sosyal yapıya, anayasal düzene, iş huku-

Narmanlıoğlu, 10 vd.

26 İş Hukukunda normun yorum kuralları açısından bkz. Süzek, 20 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 26-28.

27 Bkz. Erdoğan/Toksöz, 17 vd.; Yıldırım, 49 vd.

28 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 23. 24; Süzek, 51 vd.; Şakar, 17, 18; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 8; Narmanlıoğlu, 23vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 13, 14.

kuna hâkim olan temel prensiplere ve Kanunun lafzına uygun olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, tarafların aralarında yapacakları bir sözleşmede, ev hizmetlerinde çalışan bir işçinin 4857 sayılı Kanun kapsamına kısmen veya tamamen dahil olmasına karar verebileceklerdir²⁹.

Yargıtayımızın konuya ilişkin görüşünün de bu yönde olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, Yargıtay 13. HD. 16.6.2011 tarihli bir Kararında, ev hizmetlerinde çalışan bir işçi ile yapılan bir iş sözleşmesinde, bu sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde İş Kanunu'nun uygulanacağına ilişkin hükmü geçerli saymış ve işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır³⁰.

c) Ev Hizmeti Yanında Başka Bir İşte de Çalışan İşçinin Tabi Olacağı Kanun Hükümü

Yukarıdaki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, 4857 sayılı Kanun, ev hizmetlerinin İş Kanunu kapsamı dışında kalacağını düzenlemiştir (m. 4/e). Ev hizmetinden ne anlaşılması gerektiği ise, yine yukarıda ayrı bir başlık altında incelenmişti. Dolayısıyla, yapılan işi "ev hizmeti" olarak nitelendirebiliyorsak, bu iş ilişkisi İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalacak ve taraflar arasındaki çalışma ilişkisine Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Aksi sonuca ulaşılması durumunda ise, taraflar arasındaki iş ilişkisine 4857 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

Ancak, uygulamada bu konuya ilişkin olarak her durumda kolayca karar vermek mümkün olmayabilir. Özellikle de işçinin, birden fazla iş yapması, daha açık bir ifadeyle görev tanımı içerisinde birden fazla faaliyetin yer alması, bu faaliyetin bir kısmının ev hizmeti, bir kısmının ise İş Kanunu

kapsamı içerisinde kalan faaliyetlerden oluşması durumunda, söz konusu iş ilişkisinin hangi kapsamda değerlendirileceğine karar vermek bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu durumda, öncelikli olarak yapılması gereken, işçinin hangi faaliyetinin asıl işi, hangi faaliyetinin ise ek işi olduğuna karar vermek olacaktır. Bu ayrımın temelinde ise ağırlıklı çalışma (baskın çalışma) ölçütü bulunmaktadır. Dolayısıyla, birden fazla işle uğraşan bir işçinin, hangi işi baskın iş olarak kabul edilebiliyorsa, bu iş esas alınarak uygulanacak kanun hükmü belirlenecektir³¹.

Ancak, bu noktada, "ağırlıklı çalışma" veya "baskın çalışma" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği de bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu her iki kavram da soyut kavramlardır. Dolayısıyla, uygulama açısından belli kriterler kullanılarak bunların somutlaştırılması gerekecektir. Bu noktada, kullanılacak iki kriter akla gelmektedir. Bunlardan ilki "süre olarak önde olma", diğeri ise "ekonomik olarak önde olma" ölçütleridir. Süre olarak önde olma, kişinin hangi işinde daha çok zaman geçirdiğidir. Daha açık bir ifadeyle, haftalık veya aylık bir zaman diliminde (Bu konuda ücret ödeme periyodu esas alınabilir) en çok zaman hangi işinde geçirdiğinin esas alınmasıdır. Ekonomik olarak önde olma ise, kişinin hayatında ekonomik olarak hangisinin ön planda olduğu, daha açık bir ifadeyle hangisinden daha çok gelir elde ettiğidir.

Ekonomik olarak önde olma ölçütü, uygulanması zor bir ölçüttür. Her şeyden önce, istisnai durumlar dışında, birden fazla işle uğraşan kişiler tek ücret almaktadırlar. Bu ücretin ne kadarlık kısmının hangi işe ait olduğunu tespit etmek ya mümkün olamayacak ya da bu konuda yapılacak

29 Süzek, 215.

30 Yarg. 13. HD, 16.6.2011, E. 2010/18332, K. 2011/9574, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; Nitekim, Yargıtay, bu Karardan önce ve sonra verdiği birçok kararında da işçinin, sigortalı gösterildiği işi esas alarak, İş Kanunu kapsamında kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Böylece, tarafların bu konuda başlangıçta yaptıkları anlaşmaya üstünlük tanınmıştır. Yarg. 9. HD, 2.6.2003, E. 2003/9614, K. 2003/9868; Yarg. 9. HD, 9.6.2009, E. 2009/20489, K. 2009/16455; Yarg. 22. HD, 24.6.2013, E. 2013/13195, K. 2013/15342; Yarg. 9. HD, 15.11.2016, E. 2016/30168, K. 2016/20156. www.kazanci.com Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

31 Süzek, 215; Tunçomağ/Centel, 41, 42; Narmanlıoğlu, 85, 86; Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 285; Bu durumda, ağırlıklı faaliyet ölçütü dikkate alınmadan, işçinin İş Kanunu kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 66; Yine, böyle bir durum ile karşılaşıldığında, baskın faaliyeti aramak yerine, işçinin yaptığı her bir işe ilgili kanun hükmünün uygulanması gerektiği, ancak ek işin çok önemsiz olması durumunda baskın işe göre uygulanacak kanun hükmünün belirlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Okur, 355, 356.

tespit yeni anlaşmazlıkları beraberinde getirecektir. Kaldı ki, elde edilen gelirin zaman içerisinde değişmesi ihtimali de mevcuttur. Bu nedenle, ekonomik olarak önde olma ölçütü, tek başına bu sorunu çözmede yeterli olmayacaktır.

Bu konuda "süre olarak önde olma" kriterinin kullanılması daha yerinde olacaktır. Kişinin hangi işinde daha fazla zaman harcadığını tespit etmek diğerine göre daha kolaydır. Yine, zaman içerisinde yapılan asıl işin veya ek işin değişme ihtimali daha azdır. Dolayısıyla da, bu ölçüte bağlı olarak yapılacak tespitın uyumsuzluk çıkarma ihtimali de daha az olacaktır.

Bu nedenle, birden fazla işle uğraşan işçinin ağırlıklı çalışmasının (baskın çalışma) tespitinde, öncelikli olarak zaman esasına göre değerlendirme yapılmalı, çalışma süresinin çoğunu hangi işi için harcadığına bakılmalı, bunu destekleyici olarak veya zaman esasına dayalı olarak yapılan değerlendirmede sonuca ulaşamaması durumunda ekonomik olarak önde olma ölçütü kullanılmalıdır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatlarına bakıldığında da, bu konuya ilişkin olarak ağırlıklı çalışma (baskın çalışma) ölçütünün kullanıldığı görülmektedir. Nitekim, Yargıtay, çalıştığı evde hem ev hizmeti hem de bekçilik yapan bir işçinin, ağırlıklı çalışmasının bekçilik olması nedeniyle İş Kanunu kapsamında kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir³².

Yüksek Mahkeme konuya ilişkin kararlarında, "ağırlıklı çalışma" ölçütünü kullanmış olmasına

32 Yarg. 9. HD 9.10.2008, E. 2007/27814, K. 2008/25988; Aynı yönde, Yarg. 9. HD., 2.10.2009, E. 2009/35032, K. 2009/25098; Yarg. 9. HD 13.6.2011, E. 2011/27942, K. 2011/17749; Çil, Şahin: İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Hukuk Dairesi, 2010-2011 Yılları, 4. Baskı, Ankara 2011, 57-60; Yargıtay, aynı yöndeki kararlarını sonraki yıllarda da sürdürmüştür. Yarg. 9. HD, 5.6.2014, E. 2014/15697, K. 2014/18318; Yarg. 22.HD, 2.9.2014, E. 2014/17890, K. 2014/22670; Yarg. 22. HD, 25.12.2014, E. 2013/28575, K. 2014/37115; Yarg. 22. HD, 9.2.2015, E. 2015/2501, K. 2015/4192; Yarg. 22. HD, 30.5.2016, E. 2016/14768, K. 2016/15415; Yarg. 13. HD, 29.3.2018, E. 2016/18293, K. 2018/3949; Yarg. 22. HD, E. 2019/5863, K. 2019/16475; Yarg. 9. HD, 4.12.2019, E. 2016/10685, K. 2019/21672, www.kazanci.com, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası.

karşın, bu sonuca hangi kriterleri kullanarak ulaştığına ilişkin olarak açık bir beyanda bulunmamıştır.

Bu konuda son olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçilerin durumudur. Bilindiği üzere, kısmi süreli çalışan işçiler, haftalık çalışma süresi önemli ölçüde az olan ve bu nedenle de birden fazla işverene bağlı olarak aynı anda çalışma imkânı olan işçilerdir. Bu şekilde çalışan bir işçinin durumunu, aynı işverene bağlı olarak çalışan ve birden fazla iş yapan işçinin durumu ile karıştırmamak gerekir. Birden fazla işveren yanında kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, her bir işveren yönünden yaptığı iş nedeniyle farklı kanunlara tabi olabilecektir. Bunlar arasında tercih yapılmasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir işveren yanında ev hizmetleri işi yaparak çalışan ve böylece Borçlar Kanunu kapsamında olan bir işçi, bir başka işveren yanında yaptığı çalışma nedeniyle İş Kanunu kapsamında olabilecektir. Her bir işveren yanındaki çalışmaları, birbirinden bağımsız olarak tabi olunacak Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu çalışmaların birbirine üstünlüğü veya tercih edilmesi söz konusu değildir³³.

II) Ev Hizmetleri Konulu İş Sözleşmelerinin Kurulması

1) Genel Olarak

İş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin konuları, sözleşmenin kurulma görüşmeleri ve bu görüşmeler esnasında uyulması gereken kurallar, tarafların ehliyeti konusunda aranan koşullar, sözleşmenin yapılması esnasında uyulması gereken şekil şartları, sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, sözleşmenin geçersizliği ve geçersizliğin etkisi başlıkları altında toplamak mümkündür³⁴. Bu konulara ilişkin olarak genel bir

33 Ayrıca bkz. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 286.

34 Bkz. Süzek, 296 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 265 vd.; Şakar, 57 vd.; Mollamahmutuoğlu/Astarlı/Baysal, 85 vd.; Narmanlioğlu, 182 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 101 vd.;

değerlendirme yapıldığında, konusu “ev hizmetleri” olan iş sözleşmelerinin, Borçlar Kanunu kapsamı içerisinde yer alan diğer iş sözleşmelerinden çok büyük farklarının olmadığı, dolayısıyla tüm bu konulara ilişkin olarak, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan diğer iş sözleşmeleri ile ortak hükümlere tabi oldukları anlaşılmaktadır.

Ancak, bu noktada tam bir özdeşlikten bahsetmek de mümkün değildir. Özellikle bu konulara ilişkin iki hususun konusu ev hizmetleri olan iş sözleşmeleri yönünden açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlar, iş sözleşmesinin işveren tarafının kimlerden oluşabileceği ve işçiler yönünden aranan çalışma yaşı konularıdır. Aşağıda sırasıyla bu iki husus ile şekil şartı ve iş sözleşmesi türleri üzerinde durulacaktır.

2) Sözleşmenin İşveren Tarafı

Türk İş Hukukunda konuya ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde, “işveren” ve “işçi” kavramlarının iş sözleşmesi esas alınarak tanımlandığı görülmektedir. Buna göre, iş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın ise ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu hukuki ilişkide bağımlı olarak çalışan taraf işçi, ücret ödemeyi üstlenen taraf ise işveren olmaktadır. (İş K. m. 2/1, m. 8/1; BK 393/1).

İş sözleşmesinin işçi tarafı her zaman için gerçek kişidir. İşveren tarafı ise gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar olarak karşımıza çıkabilmektedir³⁵.

Ancak, konusu ev hizmetleri olan iş sözleşmeleri yönünden bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmenin işveren tarafı açısından yukarıda ifade ettiğimiz genel kuraldan daha farklı bir sonuçla karşılaşılmaktadır. Bu durumun iki nedeni vardır. Bunlardan ilki, yapılan işin niteliğidir. İkincisi ise, işin yapıldığı yerdir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, iş kanunlarında ev hizmeti kavramı tanımlanmış değildir. Ancak, iş hukukunun temel prensipleri dikkate alındığında, bu kavramın dar yorumlanması gerekecektir. Buna göre, ev hizmeti, evin gündelik işlerine yönelik olarak yapılan işleri kapsamına almaktadır. Bu işler, özü itibarıyla, ev halkının gündelik işlerini karşılamaya yöneliktir. Dolayısıyla, “ev hizmeti” yapılmasını isteyenler, daha açık bir ifadeyle “işverenler” gerçek kişilerdir. Bu işlerin bir tüzel kişiye karşı ifa edilmesi niteliği itibarıyla mümkün değildir.

Yine, “ev hizmetlerinin” yapıldığı yer evdir. Ev ise, daha önce de ifade edildiği üzere, bireylerin özel yaşamlarını geçirdikleri ve konut dokunulmazlığı içerisinde kalan alandır. Bu yönüyle, ev hizmetlerinin yapıldığı yerin İş Kanunlarımızın tanımladığı şekilde klasik anlamda bir işyeri veya işyerine bağlı yer veya eklenti şeklinde tanımlanabilmesi de mümkün değildir³⁶.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, ev hizmeti konulu bu iş sözleşmesinin, işveren tarafının, kural olarak sadece gerçek kişi olabileceği anlaşılmaktadır.

Ancak bu konuya ilişkin olarak uygulamada karşılaşılabilen durumlardan biri de, ev hizmeti yapan bir işçinin, bir başka işverenin işyerinde sigortalı olarak gösterilmesi olgusudur. Bu durumda, işçiyi sigortalı olarak gösteren işveren, çoğunlukla bir tüzel kişilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür bir hukuki ilişkide, işçi, sadece SGK başta olmak üzere resmî kurumlara karşı kendisini sigortalı gösteren tüzel kişiliğin işçisi olarak gösterilmekte, ama aslında söz konusu tüzel kişiliğin işyerinde çalışmamakta, bir gerçek kişinin evinde ev hizmetinde istihdam edilmektedir. Dolayısıyla, bu konuda taraflar arasında muvazaalı bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu durumda ise, muvazaalı diğer hukuki ilişkilerde olduğu gibi, zararlı çıkan taraf genellikle işçi tarafı olmaktadır. İşçinin mağ-

35 Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 69 vd.; Bkz. Süzek, 133 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 85 vd.; Şakar, 29 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 31 vd.; Narmanlioğlu, 94 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 25 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 27 vd.

36 Genel anlamda işyeri kavramı için bkz. Süzek, 186 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 136 vd.; Şakar, 40 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 50 vd.; Narmanlioğlu, 136 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 45 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 37 vd.

duriyeti, ödenmeyen işçilik alacakları, yatırılmayan SGK primleri olarak karşımıza çıkmakta ve işçi bu konulara ilişkin olarak açtığı davada, işverenin görünen kişi değil, evinde çalıştığı gerçek kişiler olduğunu, tüm çalışma dönemi boyunca ev hizmeti yaparak iş görme borcunu bu kişiye karşı ifa ettiğini iddia etmektedir. Gerçek kişi işverenlerin bu şekilde bir muvazaalı hukuki ilişkiyi tercih etmelerinin en önemli nedeni ise, işveren sıfatının getirdiği bürokratik ve mali yükten kurtulmak olduğu anlaşılmaktadır³⁷.

Kanun koyucunun, 4857 sayılı Kanun m. 7'de yapılan değişiklikle, uygulamada ortaya çıkan bu ihtiyaca da cevap olabilecek şekilde "geçici iş ilişkisi"nin kapsamını genişlettiği, özel istihdam büroları aracılığı ile süre sınırı olmaksızın ev hizmetlerinde geçici işçi statüsünde işçi çalıştırmayı mümkün hale getirdiği görülmektedir. Dolayısıyla, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinde, işveren tarafının bir tüzel kişilik olarak karşımıza çıktığı tek durum özel istihdam bürosu aracılığı ile işçi istihdamıdır³⁸. Aşağıda bu konu üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

3) Ev Hizmetlerinde Çalışan İşçiler Yönünden Çalışma Yaşı

Ev hizmeti konulu iş sözleşmeleri, yukarıdaki açıklamalarımızda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, Borçlar Kanunu kapsamında yer almaktadır. Borçlar Kanunu'nda ise, iş sözleşmelerine ilişkin olarak özel bir ehliyet koşulu bulunmamaktadır. Bu nedenle, diğer sözleşmeler için geçerli olan ve Medeni Kanun kapsamında belirlenen genel ehli-

yet koşulları, ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden de aynen geçerli olacaktır (MK. m. 9, 10, 16, 343, 448, 451).

Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında, bütün insanlar, hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içerisinde hak ve borçlara sahip olma konusunda birbirleriyle eşit durumdadırlar. Yine, kişi, ayırt etme gücüne sahip olmalı, kısıtlı olmamalı ve ergin olmak şartıyla tam fiil ehliyetine sahip olacaktır. Tam fiil ehliyetine sahip olan kişi ise, diğer sözleşmeler yanında iş sözleşmesini de kendisi serbestçe yapabilecektir. Ayırt etme gücüne sahip olduğu halde ergin olmayan veya kısıtlı olan birisi ise, veli veya vasisinin izni ile iş sözleşmesi yapabilecektir³⁹.

Bu durumda, 18 yaşından daha küçük bir kişinin de, velisinin iznini alarak, ev hizmetleri konulu bir iş sözleşmesi yapabileceği ve çalışabileceği anlaşılmaktadır. Bu konuda en küçük çalışma yaşının ne olabileceği konusunda belirleyici olacak olan tek unsur, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Ancak, Borçlar Kanunu kapsamında da olsa, iş hukukunun genel prensipleri dikkate alındığında, bir işçinin çalışma yaşının yukarıda belirttiğimiz genel ehliyet kurallarına bağlı olarak belirlenebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Bu tür bir anlayışın kabulü, her şeyden önce Anayasamızın çalışma şartları ve dinlenme hakları konusundaki temel düzenlemelerine aykırı olacaktır. Anayasamız, 50. maddesinde, hiç kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını; küçüklerin, kadınların, bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunmaları gerektiğini belirtmiştir (m. 50). Hiç şüphesiz, ev hizmetlerinde çalışan işçiler de, Anayasamızın bu düzenlemesinin kapsamı içerisindeyler. Bu nedenle, konuya, Anayasamızdaki bu temel prensipler ışığında yaklaşılması gerekecektir.

Borçlar Kanunu, yukarıdaki açıklamalarımız-

37 Bu noktada, üzerinde durulması gereken bir diğer hususta, hizmet satın alma yoluyla bir kısım ev hizmetlerinin yaptırılmasıdır. Uygulamada, daha çok da temizlik işlerinde bu yola başvurulduğu da görülmektedir. Bu durumda, hizmeti satın alanla hizmet veren arasında eser sözleşmesine dayalı bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Bu hukuki ilişkide hizmet sağlayan, çoğunlukla bir ticari şirkettir. Bu şirketin işçisi, sözleşmeye konu ev hizmetlerini yerine getirmektedir. Böylesi bir hukuki ilişkide, işi yapan ile ev sahibi arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığından, yukarıda belirtildiği gibi bir muvazaadan bahsetmek de mümkün olmayacaktır.

38 Türkiye İş Kurumu Kanunu'nda, Tüzel kişilerin de özel istihdam bürosu kurabilecekleri düzenlenmiştir (4904 s. K. m. 17).

39 Genel ehliyet koşulları yönünden bkz. Süzek, 299; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 265 vd.; Şakar, 57 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 86 vd.; Narmanlioğlu, 182 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 103 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 70.

dan da anlaşılacağı üzere, çalışma yaşına ilişkin olarak özel bir düzenleme öngörmemiştir. Ancak, Borçlar Kanunu'nun, fazla çalışma borcunu düzenleyen 398. maddesinde, fazla çalışma, "ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma" şeklinde tanımlanmıştır. Bu yasal düzenlemeden, Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin çalışma sürelerinin, 4857 sayılı Kanun hükümleri esas alınarak belirleneceği anlaşılmaktadır. Bu konuda, yapılan göndermede herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığından, İş Kanunu'nun sadece konuya ilişkin genel hükümleri değil, yaş, cinsiyet, yapılan iş gibi kimi özel durumlar dikkate alınarak belirlenen çalışma sürelerine ilişkin hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

Nitekim, 4857 sayılı Kanun, 18 yaşından küçükler için çalışma yaşı ve sürelerini özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, 15 yaşını tamamlamamış bir kişinin çalıştırılması yasaktır. Ancak, 14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılmaları mümkündür. 14 yaşından küçük çocukların ise, bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalıştırılmaları mümkündür. Bu son durumda, yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için yazılı izin almak da gerekecektir (m. 71/1).

Düzenlemeden, 18 yaşından küçük işçilerin genç ve çocuk işçiler olarak ikiye ayrıldığı da anlaşılmaktadır. Buna göre, 15 yaşını tamamlamamış işçiler çocuk işçi, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış işçiler ise genç işçi olmaktadır (m. 71/3).

Buraya kadar sözünü ettiğimiz yasal düzenlemelerden, İş Kanunu'nun, 15 yaşını tamamlamamış kişileri çocuk olarak kabul ettiği; hafif işler ile sanat kültür ve reklam faaliyetleri olarak adlandırıldığı bazı istisnai durumlar dışında çocukların çalışmasını yasakladığı anlaşılmaktadır.

Ev hizmetleri olarak adlandırılan ve içeriği hakkında yukarıda ayrıntılı olarak açıklamada bulunduğumuz işlerin ise hafif işler veya sanat, kültür ve reklam işleri olarak kabul edilebilmeleri mümkün değildir. Her şeyden önce, söz konusu işlerin niteliği ve işin yapılacağı yer böyle bir kabule imkân vermemektedir. Aksi çözümün kabulü, İş Kanunu'nun çocuk olarak kabul ettiği bir kişinin, ev hizmetlerinde işçi olarak, bir başkasının evinde çalıştırılabilmesinin önünü açacaktır. Bu durumun ise, ne iş hukukunun temel ilkelerine, ne Borçlar Kanunu'nun 417. maddesine, ne de Anayasamızın 51. maddesindeki temel ilkelere uygun olmayacağı açıktır. Nitekim, "ev hizmetleri"nin hafif işler olarak kabul edilmesine dayanak olabilecek herhangi bir pozitif düzenleme de bulunmamaktadır.

Buradan hareketle, ev hizmetlerinde işçi olarak çalışabilmenin en erken 15 yaşın tamamlanması ile söz konusu olabileceği; 15 yaşından küçüklerin bu şekilde çalıştırılabilmesinin yasak olduğu; yasal temsilcinin izni ile bile bu şekilde işçi çalıştırmanın mümkün olmayacağı; 15 yaşından büyük, 18 yaşından küçük kişilerin ise yasal temsilcilerinin iznine bağlı olarak yapabilecekleri iş sözleşmeleri ile ev hizmetlerinde çalıştırılabilecekleri kabul edilmelidir.

Bu şekilde çalışan işçilerin çalışma süreleri ise, günde 8 ve haftada 40 saatten fazla olamayacaktır (m. 71/4).

4) Şekil Şartı ve İş Sözleşmesi Türleri

Borçlar Kanunu'na göre, iş sözleşmeleri, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece özel bir şekle bağlı değildir. Buna uygun olarak, bir kimse, ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu işte işveren tarafından kabul edilecek olursa, taraflar arasında iş sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Yine, geçersizliği sonradan anlaşılan iş sözleşmeleri, iş ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir iş sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını da doğuracaktır (m. 394).

Bu yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan iş sözleş-

meleri yönünden özel bir şekil şartı aranmamıştır. Taraflar, yasada aksi belirtilmediği sürece, her hangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın iş sözleşmeleri yapabileceklerdir. Hiç şüphesiz bu kural ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden de geçerlidir. Nitekim, Borçlar Kanunu'nda, ev hizmetlerini konu alan iş sözleşmeleri yönünden de özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. O halde, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinin de, kural olarak, taraflarca her hangi bir şekil şartına tabi olmaksızın serbestçe yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Ancak, yukarıda belirttiğimiz temel kuraldan hareketle, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinin hiçbir şekil şartına bağlı olmadığını söyleyebilmek de mümkün değildir. Uygulamada, bazı özel durumlara ilişkin olarak belli şekil şartlarına uymayı zorunlu kılan yasal düzenlemeler de mevcuttur. Bu düzenlemelerin, genel ehliyet koşulları ile bazı iş sözleşmesi türlerine ilişkin oldukları görülmektedir.

Yukarıda, Borçlar Kanunu'nun çalışma süreleri konusunda iş kanunlarına yapmış olduğu göndermeden hareketle, ev hizmetlerinde çalışma yaşı olarak 15 yaşın doldurulmuş olması gerektiğini tespit etmiştik. 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış bir kişinin sözleşme yapması ve böylece kendi işlemleriyle borç altına girebilmesi yasal temsilcisinin rızasına bağlıdır (MK. m. 16). Bu rızanın nasıl olacağı ise, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Usulleri ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te⁴⁰ düzenlenmiştir. Buna göre, bu kapsamda yer alan işçilerin iş sözleşmesi ile istihdam edilebilmeleri için, velileri veya vasileri ile yazılı iş sözleşmesi yapılması gerekecektir (m. 12). Dolayısıyla, 15-18 yaş grubunda yer alan bir işçi ile ev hizmetleri konulu iş sözleşmesi yapılması da bu şekil şartına bağlı olarak yazılı şekilde yapılmak zorundadır⁴¹.

40 RG. 6.4.2004, 25425.

41 Yönetmelik, 4857 sayılı Kanun m. 71 kapsamında çıkarılmıştır. Ev hizmetlerinde çalışan işçiler de bu maddede belirtilen yaş, çalışma süresi ve işin niteliği yönünden belirlenen çalışma kısıtlamalarına tabi olduklarından, söz konusu Yönetmelik ev hizmetlerinde çalışan işçiler yönünden de uygulama alanı bulacaktır.

Yine, 18 yaşından küçük bir çocuk ile anne ve babası arasında ya da anne ve babanın menfaatine olacak şekilde çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşme ile çocuğun borç altına girebilmesi bir kayımanın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır (MK 345). Dolayısıyla, 18 yaşından küçük bir kişinin bu kapsamda ev hizmetleri konulu bir iş sözleşmesi yapması durumunda da bu sözleşme belirttiğimiz şekilde yazılı olarak yapılacaktır.

İş hukukunda, iş sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasını gerektiren diğer durumlar ise sözleşme türleri ile ilgilidir. Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri değerlendirildiğinde, bu kapsamda yer alan iş sözleşmelerinin belirli süreli veya belirsiz süreli (m. 393, m. 430), kısmi süreli veya tam süreli (m. 393/2), deneme süreli veya deneme süresiz (m. 433) olarak yapılabileceği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunu, "Evde Hizmet Sözleşmesi"ni de düzenlemiştir. Ev hizmetlerinin niteliği tam olarak uymamakla birlikte, ev hizmeti kapsamında yer alan çamaşır, ütü gibi bazı işlerin "Evde Hizmet Sözleşmesi" ile yaptırılabilmesi de mümkündür. Hiç şüphesiz, Borçlar Kanunu kapsamında yapılabilecek iş sözleşmesi türleri yukarıda sayılanlardan ibaret de değildir. Kanunda düzenlenen bu sözleşmeler yanında, sözleşme serbestisi ilkesine uygun olarak, başka türde iş sözleşmelerinin de Borçlar Kanunu kapsamında yapılabilmesi mümkündür. Bu konularda özel bir şekil şartı öngörülmediğinden, kural olarak, herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın söz konusu iş sözleşmelerinin yapılabilmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla, ev hizmetlerini konu alan iş sözleşmeleri yönünden de aynı kural geçerli olacaktır⁴².

Ancak, aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde

42 Ev hizmetlerinin, yukarıda belirtildiği gibi istisnai olarak da olsa "evde hizmet sözleşmesi"ne konu olması söz konusu olabilecektir. Borçlar Kanunu, "evde hizmet sözleşmesi" yönünden de kural olarak özel bir şekil şartı öngörmemiştir. Ancak, "evde hizmet sözleşmesi" söz konusu olduğunda, genel çalışma koşulları dışında kalan bazı özel çalışma koşullarının yazılı olarak işçiye bildirilmesi öngörülmüştür (m. 462). Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Günay, Arkin: Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, İstanbul 2018, 258 vd.

durulacağı üzere, Borçlar Kanunu, çalışma süreleri konusunu iş kanunlarına gönderme yaparak düzenlemiştir. Dolayısıyla, çalışma süreleri ve buna bağlı olarak da kısmi süreli iş sözleşmeleri yönünden 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İş Kanunu, genel olarak kısmi süreli iş sözleşmeleri yönünden her hangi bir şekil şartı öngörmemiştir. Ancak, kısmi süreli sözleşmelerin özel bir türü olan çağrı üzerine çalışma yönünden, bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir (m.14/ 1). Buradan hareketle, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan ev hizmetleri konulu çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin de yazılı şekilde yapılması gerekecektir.

İş Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerden bir diğeri de "geçici iş ilişkisi" kuran iş sözleşmeleridir. Bu konu, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Ancak, 4857 sayılı Kanun'da, geçici iş ilişkisine konu olabilecek işler arasında "ev hizmetleri" de sayılmıştır. Üstelik, ev hizmetlerinin herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçilere gördürülebileceği belirtilmiştir (m. 7/1,2,3). Yine, Kanun, geçici iş ilişkisinin yazılı sözleşmeler ile kurulabileceğini de düzenlemiştir (m. 7/11). Ev hizmetleri konulu geçici iş ilişkisinde, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesi uygulanacak, burada düzenlenmeyen konularda ise Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴³. Bu nedenle, bu kapsamda yapılan ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri de yazılı olarak yapılmak zorundadır.

III) Çalışma Süreleri

Borçlar Kanunu, çalışma sürelerini, "Fazla çalışma borcu" başlığı altında düzenlemiştir. Buna göre, fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmalardır. Yine, fazla çalışma yapmayı gerektiren bir zorunluluğun doğması durumunda, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur

ve kaçınması da dürüstlük kuralına aykırı olursa, karşılığı verilmek koşuluyla, işçinin, fazla çalışmayı yerine getirmek zorunda olduğu da belirtilmiştir. Konuya ilişkin özel kanun hükümleri ise saklı tutulmuştur (m.398).

Borçlar Kanunu'na göre, fazla çalışma ücreti en az %50 zamlı ödenmek zorundadır. Fazla çalışma ücreti yerine, işçinin rızasıyla, fazla çalışmayla orantılı olarak izin verilmesi de söz konusu olabilecektir (m. 402). Konuya ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nda başkaca bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, Borçlar Kanunu, çalışma sürelerini ilgili kanunlara atıf yaparak düzenlemiştir. Ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden ilgili kanun 4857 sayılı İş Kanunu olmaktadır. Dolayısıyla, ev hizmetlerini konu alan tüm iş sözleşmeleri yönünden, çalışma süreleri konusunda, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen tüm hususlarda, 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, ev hizmetleri yönünden de haftalık normal çalışma süresi 45 saat olmaktadır (m. 63). Haftalık 45 saatlik çalışma süresi, aksi kararlaştırılmadığı sürece haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde dağıtılacaktır(m. 63). Günde 11 saati aşmamak şartıyla haftalık 45 saatlik çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılması da söz konusu olabilecektir (m. 63). Yine, bu kapsamda, İş Kanunu hükümleri uyarınca, "denkleştirme süresi" ve "telafi çalışması" uygulamaları da yapılabilecektir (m. 63, 64).

Yukarıda belirttiğimiz konulara ilave olarak, ev hizmetlerinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde, çalışılmadığı halde çalışma süresinden sayılan süreler (m. 66), günlük çalışma süresinin başlama ve bitiş saatleri (m. 67), ara dinlenme süreleri (m. 68), gece süresi ve gece çalışmaları, fazla sürelerle çalışma (m. 41) ve fazla çalışma konusuna ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeyen konularda da 4857 sayılı Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴⁴.

43 Süzek, 284; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 133; Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 235 vd.

44 4857 sayılı İş Kanunu açısından çalışma süreleri ile ilgili olarak bkz. Süzek, 769 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat,

IV) İşçinin ve İşverenin Kişiliğinin İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

1) Genel Olarak

İş sözleşmeleri, ani edimli borç ilişkisi kuran sözleşmelerden değildir. Ani edimli borç ilişkilerinde, borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda meydana gelmektedir. İş sözleşmelerinde ise, bu durumun tersi söz konusudur. Borcun konusunu oluşturan edimin ifası zaman içerisinde tekrarlanarak devam etmektedir. Bu durum, her iki tarafın borcu için de geçerlidir. İş sözleşmesinde, işçinin en temel borcu iş görmektir. İşçi bu borcu sürekli olarak ifa eder. İşverenin en temel borcu ise ücret ödemektir. Bu borç da sürekli olarak ifa edilir. Tarafların iş sözleşmesinden doğan diğer borçları için de aynı durum söz konusudur. Bu yönüyle, iş sözleşmeleri, sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerdir. İş sözleşmelerinin bu özelliği, tüm iş sözleşmesi türleri için de geçerlidir. Dolayısıyla, ister belirli süreli ister belirsiz süreli olsun, ister kısmi süreli ister tam süreli olsun, ister sürekli ister süresiz olsun tüm iş sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerdir.

İş sözleşmelerinin bu özelliği, taraflar arasında sürekli bir kişisel ilişki kurulmasına yol açar. Yine, buna bağlı olarak, taraflar arasında karşılıklı güvene dayalı bir hukuki ilişki de oluşturur. Böylece taraflar, sadece anlık olarak edimlerin karşılıklı olarak ifa edileceğine güvenmez, bunun yanında ileriki zamanlarda da borçların karşılıklı olarak ifa edileceğine güvenerek edimlerini ifa ederler⁴⁵.

İş sözleşmelerine dayalı olarak ortaya çıkan ve karşılıklı güvene dayanan bu kişisel ilişki, tarafların kişiliğinin de ön plana çıkmasına ve öneminin

artmasına neden olmaktadır. Hiç şüphesiz bu durum, konusu ev hizmetleri olan iş sözleşmeleri yönünden daha büyük bir önem arz etmektedir. Bu durumun iki nedeni vardır. Bunlardan ilki, ev hizmetlerinin niteliği, ikincisi ise işin yapıldığı yerdir.

İş Kanunu m. 4/e kapsamında ev hizmetleri, yukarıda da ifade edildiği üzere, evin gündelik işleyişine yönelik olarak yapılan işleri kapsamına almaktadır. Bu işler, her ne kadar "evin gündelik işleri" olarak nitelendirilse de, özü itibarıyla aynı evde yaşayan bireylerin özel yaşamlarına yönelik gündelik işleri kapsamına almaktadır. Durum bununla da sınırlı kalmamakta, bu işler istisnai durumlar dışında, bireylerin özel yaşamlarını geçirdiği, konut dokunulmazlığı sınırları içerisinde kalan bir yerde yapılmaktadır. Daha açık bir ifadeyle ev hizmetlerinde işçi çalıştıran işverenler, özel yaşamlarının bir kısmını bu işçilerle paylaşmaktadırlar. Hiç şüphesiz bu durum, yukarıda belirttiğimiz karşılıklı güvene dayalı kişisel ilişkiyi daha da önemli kılmaktadır. Bu durum, taraflar arasındaki iş ilişkisinin her aşamasında önemli olmakla birlikte, özellikle etkisini üç noktada göstermektedir. Bunlar, tarafların ölümünün iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi, işyeri devri ve işçinin kişiliğinin korunması borcudur. Bu konular dışında, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerine de, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan diğer iş sözleşmeleri için uygulanan hükümler uygulanacaktır.

2) Tarafların Ölümünün İş Sözleşmeleri Üzerindeki Etkisi

Tüm iş sözleşmeleri yönünden, taraflar arasında kurulan hukuki ilişkilerde işçinin kişiliği ön plandadır. Bunun en önemli nedeni, iş sözleşmesinde, işçinin, işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmiş olmasıdır (m. 393/1). Bu unsur, iş sözleşmesini, konusu iş görme olan diğer sözleşmelerden ayırt edici bir nitelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine, sözleşmeden veya halin icabından aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklediği işi bizzat yerine getirmekle yükümlüdür (m. 395). Dolayısıyla, bir iş ilişkisinde, işçinin kişiliği ve özellikleri büyük önem taşır. Bu nedenle, işçinin ölümü ile birlikte iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir (m. 440).

695 vd.; Şakar, 119 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 341 vd.; Narmanlıoğlu, 611 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 277 vd.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, 207 vd.

45 Bkz. Süzek, 232; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 177, 178; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 79-82; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 63-65.

Aynı şeyi işverenin ölmesi için söyleyebilmek ise mümkün değildir. Nitekim, işverenin ölümü, kural olarak, iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmamaktadır. İşverenin ölümü ile birlikte yerine mirasçıları geçmektedir. Bu durumda, işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen iş ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulama alanı bulmaktadır (m. 441/1)⁴⁶.

Ancak, her iş ilişkisinde işverenin ölümünün aynı sonucu doğuracağını söylemek de mümkün değildir. İstisnaen de olsa, iş sözleşmesinin yapılmasında işverenin kişiliği ön planda ise, işverenin ölümü de iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğuracaktır (m. 441/2).

Ayrıntısına yukarıda değindiğimiz üzere, ev hizmetlerinin niteliği ve yapıldığı yer dikkate alındığında, bu iş ilişkisinin kurulmasında, en az işçinin kişiliği kadar işverenin kişiliğinin de büyük rol oynadığı muhakkaktır. Bu nedenle, diğer iş sözleşmeleri yönünden istisnai olan bu durumun, konusu ev hizmetleri olan iş sözleşmeleri yönünden kural olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinde, işverenin ölümü, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, işçinin, diğer iş sözleşmelerinde olduğu gibi mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteme hakkı da bulunmaktadır (m. 441/2). Ev hizmetlerinde, işverenin kişiliğinin önemli olmadığı tek durumun, söz konusu işlerin “evde hizmet sözleşmesi” yoluyla yapılması hali olabilir. Ancak, ev hizmetlerinin niteliği ve uygulamada karşılaşılan örnekler dikkate alındığında, ev hizmetlerinin bu şekilde yapılmasının çok istisnai durumlar dışında pek mümkün olmadığı da görülmektedir.

3) Ev Hizmetleri Konulu İş Sözleşmelerinde İşyerinin Devri

Borçlar Kanunu’nda işyeri kavramı tanımlanmış

değildir. Ancak, yukarıdaki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, Türk İş Hukuku yönünden “işyeri” kavramı, 4857 sayılı Kanun’daki düzenlemelerden hareketle, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği yer olarak tanımlanmaktadır (İş K. m. 2/1). Bu kapsamda, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılmaktadır (m. 2/2).

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, işyerinin amacı mal veya hizmet üretmektir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için ise, bir coğrafi mekânda maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçi bir araya getirilmektedir.

Yine, daha önceki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, ev hizmetlerinin yapıldığı yer yukarıda tanımlandığı anlamda bir işyerine pek benzememektedir. Ev hizmetleri, işverenin özel yaşamının geçtiği, konut dokunulmazlığı sınırları içerisinde kalan ve “ev” olarak ifade edilen alanda ifa edilmektedir. Evin, mal veya hizmet üretmek gibi bir amacı da yoktur. O halde, ev hizmetlerinin yapıldığı yeri, iş kanunlarının anladığı anlamda bir işyeri olarak kabul etmek mümkün değildir. Nitekim, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu da ev hizmetlerini kapsam dışında bırakmıştır (m. 2/2-c).

Benzer bir durum, ev hizmetleri olarak ifade edilen faaliyetlerin içeriği yönünden de söz konusudur. Bu alanda, ticari bir mal veya hizmet üretimi yoktur. Bu amaca yönelik olarak, işçiden başka, maddi olan veya olmayan başkaca bir unsurun birlikte örgütlenmesi de söz konusu değildir. Yapılan işin konusu, daha önce de ifade edildiği gibi, işverenin özel hayatına ilişkin kimi hizmetlerin yapılmasından ibarettir. Bu nedenle, taraflar arasında kişisel bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişkide, işçi kadar işverenin kişiliği de büyük önem taşır.

Borçlar Kanunu işyerinin devri konusunu özel olarak düzenlemiştir. Buna göre, işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme bağlı olarak bir başkasına devredilmesi durumunda, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri, bütün hak ve borç-

⁴⁶ Ayrıca bkz. Süzek, 501, 502; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 447 vd.; Şakar, 151, 152; Moillamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 217, 218; Narmanlioğlu, 334, 335; Eyrenci/Taşkent/ Ulucan, 183, 184.

ları ile birlikte devralana geçmektedir (m. 428/1).

İş sözleşmesinin bu şekilde başka bir işverene geçmesi durumunda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır (m. 428/2).

Kanun, devirden önce doğmuş ve devir esnasında ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işverenin 2 yıl müddetle müteselsil sorumluluğunu da düzenlemiştir. İki yıldan sonra bu borçlardan devralan sorumlu olacaktır (m. 428/3).

Söz konusu yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, işyerinin devrine neden olan hukuki işlemin bir önemi yoktur. Bu işlem, her zaman akla gelen ve uygulamada en çok görülen alım satım sözleşmesi olabileceği gibi kira, intifa hakkı devri veya başkaca bir hukuki işlem de olabilecektir. Yine, bu şekilde işyerinin devredilmesinde, işçinin muvafakatinin alınması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Bunun uygulamadaki anlamı ise, işçinin iznine bağlı olmaksızın, iş sözleşmesinin işveren tarafının değişmesi durumudur.

Modern iş hukuku, iş ilişkisinin devamını esas alır. Bu amaç doğrultusunda, işyerinin bu şekilde devredilmesi halinde de, sözleşmenin yeni işverenle devam etmesi ve tek başına devrin tarafların her ikisi yönünden de haklı fesih nedeni olmaması esasını benimsemiştir. Bu noktada, iş ilişkisinde işverenin kişiliğinin önemli olmadığı yönündeki genel anlayış etkili olmuştur⁴⁷.

Ancak, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden bunu söyleyebilmek mümkün değildir. Her şeyden önce, burada klasik anlamda bir işyeri yoktur. Nitekim, uygulamada, bir evin alım satım sözleşmesine konu olması veya kiralanması veya intifa hakkının devredilmesi gibi bir hukuki işleme konu olması halini, "işyerinin devri" olarak kabul etmek mümkün değildir. Buna bağlı olarak, bu işlemlerin konusu olmuş bir evde ev hizmetle-

rinde çalışan bir işçinin, işyerinin devri hükümleri çerçevesinde işverenin değiştiğini kabul etmek de mümkün değildir. Aksi çözümün kabulü, işçiyi, evin yeni sakini ile çalışmaya mahkûm edeceği gibi yeni ev sahibini de borç altına sokabilecektir. Bu ise, işin niteliğine ve taraflar arasında kurulan kişisel ilişkiye uygun değildir.

Bu nedenle, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinde, evin herhangi bir hukuki işleme bağlı olarak bir başkasına devredilmesi durumunda, işçinin aynı evde çalışmaya devam etmesi isteniyorsa, bu durum, işyeri devri değil, iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin sürekli olarak bir başkasına devri ise işçinin yazılı muvafakatine bağlıdır (m. 429/1).

İş sözleşmesinin devri yoluyla sözleşmenin tarafı olan yeni işveren, bütün hak ve borçları ile birlikte iş sözleşmesinin tarafı haline gelir. İşçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından da devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır (m. 429/2)⁴⁸.

Görüldüğü üzere, konunun, iş sözleşmesinin devri olarak kabul edilmesi, söz konusu değişikliğin gerçekleşmesinin işçinin yazılı rızasına bağlı hale getirmektedir. Bu ise, ev hizmetleri konulu iş sözleşmesi ile kurulan hukuki ilişkinin niteliğine en uygun çözüm şeklidir.

İşçinin, böylesi bir değişikliği kabul etmemesi durumunda ise, işverenin artık işçiyi çalıştırmak istememesi veya çalıştıramaması durumunda, sözleşme işveren tarafından feshedilmiş olacaktır.

4) İşçinin Kişiliğinin Korunması Borcu

İş hukukunun temel amacı, işveren karşısında zayıf olan işçinin korunmasıdır. Nitekim, iş hukukunun ortaya çıkışı ve gelişimi incelendiğinde bu durum çok açık bir şekilde görülecektir. Bugün yürürlükte olan mevzuat yönünden de aynı durum söz konusudur. Bu yönüyle olaya yaklaşıldığında, iş kanunlarının, işverene birçok konuda borç yükledikleri görülmektedir. Bunlar, ücret

47 Bkz. Süzek, 193 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 141 vd.; Şakar, 42 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 55, 56; Narmanlıoğlu, 153, 154; Ayrıca bkz. Özkaraca, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, 137 vd.

48 Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 284 vd.; Süzek, 326 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 104, 105.

ödeme borcu, gözetme (koruma) borcu, eşit davranma borcu ve işverenin diğer borçları şeklinde özetlenebilir⁴⁹.

Borçlar kanunu özelinde konuya yaklaşıldığında ise, işverenin borçlarının, ücret ödeme borcu, iş araç ve malzemelerini sağlama borcu, iş için gerekli giderleri karşılama borcu, işçinin kişiliğinin korunması borcu, tatil ve izinler konusundaki borcu, hizmet belgesi verme borcu şeklinde başlıklandırıldığı görülmektedir. Hiç şüphesiz, Borçlar Kanunu'nun işverene yüklediği borçlar da bunlardan ibaret değildir. Bu nedenle, son olarak, "işverene yüklenen diğer borçlar" şeklinde bir ayrımın Borçlar Kanunu yönünden de yapılması mümkündür.

Borçlar Kanunu, işçinin kişiliğinin korunması konusunu 417, 418 ve 419. maddelerinde düzenlemiştir. Buna göre, ilk önce konuya ilişkin genel kurallar belirlenmiştir (m. 417)⁵⁰. Daha sonra, işverene birlikte ev düzeni içerisinde beraber yaşayan işçiler yönünden bazı özel borçlar işverene yüklenmiştir (m. 418). Son olarak ise, işverene, işçiye ait kişisel verilen kullanımı konusunda bazı sınırlamalar getirilmiştir (m. 419).

Bu düzenlemelerden, özellikle, ev düzeni içerisinde işverene birlikte yaşayan işçilere ilişkin olanlar (m. 418), ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri yönünden büyük önem taşımaktadır. Bunun nedeni, istisnaları olmakla birlikte, ev düzeni içerisinde işverene birlikte yaşama halinin daha çok ev hizmetlerinde çalışan işçiler açısından söz konusu olmasıdır. Nitekim, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu konuda ülkemizde de gittikçe daha fazla sayıda yatılı işçi talebi söz konusudur.

Borçlar Kanunu, işverene birlikte aynı evi paylaşan işçiler yönünden, işverene, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir (m. 418/1). Yine, bu durumda olan iş-

çinin, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle iş görme edimini yerine getirememesi durumunda, işveren, bir yıla kadar yanında çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için bu süre iki gün artırılabacaktır. Ancak, bu durumda, söz konusu süre toplam dört haftayı aşamayacaktır (m. 418/2).

İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür (m. 418/3).

İşverene yüklenen, işçinin kişiliğini koruma borcu, işçi ve işveren arasında kurulan kişisel ilişkinin bir sonucudur⁵¹. Nitekim, bu ilişkinin yoğunluğu arttıkça buna bağlı olarak işverene yüklenen yükümlülüklerde de artış olmaktadır. Borçlar Kanunu'nun yukarıda belirttiğimiz düzenlemeleri de bu durumun bir sonucudur. Hiç şüphesiz, yapılan işin niteliği ve işin yapıldığı yer dikkate alındığında, bu düzenlemelerden en çok yararlanacak olan işçiler ev hizmetlerinde çalışan işçiler olacaktır.

Sonuç

Ev hizmetleri, geleneksel olarak daha çok kadınlar tarafından yapılan işler olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, Türk toplum yapısının değişmesi, kentlerde yaşayan nüfusun artması, eğitim seviyesinin yükselmesi ve tüm bunlara bağlı olarak kadının çalışma hayatında daha fazla yer alması, bu işlerin eskisi gibi kadınlar tarafından yapılması imkanını ortadan kaldırmaktadır. Buna bağlı olarak da her geçen gün söz konusu işlerin aile dışından birilerine yaptırılması ihtiyacı artmaktadır. Ev hizmetlerinde çalışan işçi sayısındaki artış bu durumun en açık göstergesidir.

İş Kanunumuz, "ev hizmetlerini" kapsamı dışında bırakmıştır. Bu alana yönelik olarak başka bir iş kanunu da olmadığından, ev hizmetlerinde çalışan işçiler Borçlar Kanunu kapsamında yer almamaktadırlar.

49 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 319 vd.; Süzek, 350 vd.; Şakar, 97 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 157 vd.; Narmanlioğlu, 277 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 141 vd.

50 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sevimli, K. Ahmet: Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/1, 110 vd.; Günay, 371 vd.

51 Bu konuda genel bir değerlendirme için bkz. Süzek, 386 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 349 vd.; Şakar, 104 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 182 vd.

Ancak, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu “ev hizmetlerini” tanımlamamıştır. Bu konuda baskın görüş, ev hizmetlerinin, evde yaşayan bireylerin günlük doğal ihtiyaçlarının giderilmesi ile evin işleyişinin ve idaresinin sağlanması amacıyla yapılan faaliyetler olarak kabul edilmesi yönündedir. Nitekim, konuya ilişkin yargı kararları da bu yöndedir. Böylece, “ev hizmetleri” kavramı dar yorumlanmış olmaktadır. Bunun sonucu ise, daha fazla sayıda işçinin İş Kanunu kapsamı içerisinde kalmasıdır. Bu anlayış, iş hukukunun temel prensipleri ile de uyumludur.

Bu konuya ilişkin olarak diğer önemli bir nokta, tarafların, yapacakları iş sözleşmesinde, aralarındaki hukuki ilişkiye İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasına karar verip veremeyecekleridir. 4857 sayılı Kanun m. 4/e hükmü nispi emredici nitelikte bir düzenlemedir. Dolayısıyla, sözleşme ile işçi lehine değiştirilebilmesi mümkündür. Bu nedenle, tarafların, sözleşme ile aralarındaki hukuki ilişkiye İş Kanunu hükümlerinin kısmen veya tamamen uygulanmasını kararlaştırabilmeleri mümkündür.

Uygulamada, işçinin, aynı işveren yanında birden fazla işte çalıştırılması da mümkündür. Bu durumda, işçinin, ev hizmetlerinde çalıştırılıp çalıştırılmadığına karar verebilmek için, işçinin yaptığı işlerin ağırlığına (baskın çalışma) bakılacaktır. Ev hizmetleri kapsamındaki çalışmasının daha ağır basması durumunda, ev hizmetlerinde çalışan bir işçi olarak kabul edilecektir.

Ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri, Borçlar Kanunu kapsamında yer alan diğer sözleşmelerden iki noktada ayrılmaktadır. Bunlar, sözleşmenin işveren tarafı ve işçinin çalışma yaşıdır. Ev hizmetlerinde, işveren, işin niteliği gereği, bir istisna dışında gerçek kişi olmak zorundadır. Bu konudaki istisna, ev hizmetlerinin geçici iş ilişkisi kapsamında sağlanan bir işçiye yaptırılmasıdır. Bu durumda, özel istihdam bürosunun tüzelkişi olma ihtimali vardır. Çalışma yaşı konusunda ise, Borçlar Kanunu’nun çalışma süreleri konusunda yapmış olduğu gönderme nedeniyle İş K. m. 71 uyarınca 15 yaşından daha küçük birinin ev hizmetlerinde çalıştırılmayacağı kabul edilmelidir.

Yine, ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri, genel ehliyet koşulları ile bazı iş sözleşmesi türleri yönünden söz konusu olan özel düzenlemeler dışında, herhangi bir şekil şartına da bağlı olmaksızın yapılabilecektir.

Ev hizmetlerinde çalışan işçilerin çalışma süreleri konusunda, BK m. 398’de yer alan düzenleme nedeniyle 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, kıyas yoluyla uygulama alanı bulacaktır.

Ev hizmetleri konulu iş sözleşmeleri, taraflar arasında kişisel bir ilişki kurar. Bu hukuki ilişkide işçi kadar işverenin kişiliği de önemlidir. Bu nedenle, ev hizmetleri konulu iş sözleşmelerinin, işçinin ölümünde olduğu gibi, işverenin ölümüyle de sona ereceği kabul edilmelidir. Yine, ev hizmetlerinde, klasik anlamda bir işyeri olmadığından, işyeri değil, iş sözleşmesi devrinin söz konusu olabileceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. N./Arici, K./Kaplan, E.T.S.: 2013, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Akyiğit, E.: 1999, Kıdem Tazminatı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Akyiğit, E.: 2008, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Caniklioğlu, N./Özkaraca, E.: 2016, Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel Sayı, 1133-1161.
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canpolat, T.: 2019, İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Çil, Ş.: 2011, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları), 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Demir, F.: 2013, İş Hukuku ve Uygulaması, 7. Baskı, İzmir, Albi Yayınları.
- Ertürk, A. A.: 2015, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Ek 9. Maddesi Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanların

- Sigortalılığı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Legal, C. 12, S. 46, 89-127.
- Ekonomi, M.: 1976, İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayını.
- Eren, F.: 2018, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Erdoğan, S./Toksöz, G.: 2013, Kadının Görünmeyen Emeğinin Görünen Yüzü, Türkiye'de Ev İşçileri, ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü), Ankara Ofisi.
- Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D.: 2019, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Güzel, A./Okur, A.R./Canıklıoğlu, N.: 2018, Sosyal Güvenlik Hukuku, 17. Bası, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Günay, A.: 2018, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evde Çalışma, İstanbul, Legal Yayınevi.
- Kökkılınç, A. G.: 2019, Ev Hizmetlerinde Çalışan İşçilerin İş İlişkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 537-557.
- Manav, A. E.: 2015, Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı, TBB Dergisi, 120, 509-537.
- Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M./Baysal, U.: 2019, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları.
- Narmanlıoğlu, Ü.: 2014, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Okur, A. R.: 2004, Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı, Kamu – İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, C. 7, S. 3, 347-368.
- Özkaraca, E.: 2008, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Sevimli, K. A.: 2013, Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum, 2013/1, 107-147.
- Süzek, S.: 2019, İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Şakar, M.: 2015, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, 7. Baskı, Ankara, Yaklaşım Yayınları.
- Şakar, M.: 2018, İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Şakar, M.: 2017, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 12. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Tunçomağ, K./Centel, T.: 2013, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul, BETA Yayınevi.
- Yıldırım, S.: 2014, Türkiye'de Ev Hizmetinde Çalışanların Sorunları, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C 4, S. 1, 45-59.

Makale Gönderim Tarihi: 3 Mart 2020

Makale Kabul Tarihi: 10 Mart 2020

Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi Kapsamında Çalışan İşçiler

Öz

Özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulması ilk defa 06.05.2016 tarihli ve 6715 sayılı "İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"la hukuka uygun bulunmuştur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen Kanun, 20.05.2016 tarihli 29717 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun "geçici iş ilişkisi" kenar başlıklı 7. maddesine özel istihdam büroları hakkında ayrıntılı düzenlemeler eklenmiştir. Ayrıca 11 Ekim 2016 tarihinde bu konuya ilişkin olarak "Özel İstihdam Büroları Yönetmeli-

ği" çıkarılmıştır. İş Kanunu'nun 7. maddesinin mevcut durumu dikkate alındığında, özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle geçici iş ilişkisi kurulabilecektir. Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisi, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi olarak da nitelendirilmektedir. Biz bu çalışmamızda, özel istihdam bürosu aracılığı ile kurulan geçici iş ilişkisine dair genel açıklamalar yaptıktan sonra bu ilişkinin Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından sonuçlarını ele almaya çalışacağız.

Anahtar Sözcükler:

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu, sosyal güvenlik hakkı.

Employees Working Within The Scope of Temporary Employment Relationship Established Through a Private Employment Office (Temporary Agency Work) in Social Security Law

Abstract

Establishing temporary employment relationship through private employment agencies for

the first time has been regulated to comply with the "Law on the Amendment to the Labor Code

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı- sezgi.oktem@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0735-3784

**İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı-asiye.sahinemir@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9262-3608

and Turkish Employment Agency Code" dated 05.06.2016 and No. 6715. The Law, which was adopted by the Turkish Grand National Assembly, entered into force after being published in the Official Gazette dated 20.05.2016 and numbered 29717. With this Law, detailed regulations on private employment offices have been added to Article 7 of the Labor Law No. 4857, titled "temporary employment relationship". In addition, "Regulation on Private Employment Agencies" was issued on this issue on 11 October 2016. Considering the current status of Article 7 of the Labor Law, a temporary employment relation-

ship can be established through the private employment agency or by assigning it to the holding body or at another workplace affiliated with the same group of companies. The temporary employment relationship established through the private employment agency is also defined as the temporary employment relationship acquired as a profession as well. In this study, we will try to deal with the results of this relationship in terms of Social Security Law after making general explanations about the temporary employment relationship established through the private employment office.

Keywords:

Temporary agency work, private employment agency, right to social security.

Giriş

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işçi, iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işveren dışında başka bir işverenin yanında iş görme borcunu ifa etmektedir. Bu durum ücret, çalışma şartları ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından birtakım sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Özel istihdam bürosunun kendi işçisini geçici iş ilişkisi yoluyla başka bir işverenin yanına çalışması için göndermesi, aynı zamanda Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından da önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Çalışmamızda, Sosyal Güvenlik Hukuku açısından önem arz eden bu sonuçlardan, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin sigortalılığı, bu kişilerin Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmesi, sigorta primlerinin ödenmesi ve iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile işsizlik sigortasından yararlanmaları ele alınacaktır.

I. Genel Olarak Geçici İş İlişkisi

A. Geçici İş İlişkisi Kavramı ve Gelişimi

İşverenin bir işçisinin iş görme edimini geçici bir süreliğine bir başka işverenin emrine vermesiyle ku-

ruvan iş ilişkisine "geçici iş ilişkisi"¹ denir². Birleşik Krallık'ta doğan ancak Amerika Birleşik Devletleri'nde gelişen³ geçici iş ilişkisinin, "meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi (gerçek olmayan)" ve "meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi (gerçek)" olmak üzere iki ayrı türü⁴ bulunmak-

1 Mevzuatımızda geçici iş ilişkisi ifadesi kullanıldığından çalışmamızda biz de bu terimi kullanmayı tercih ettik. Ancak Alman Hukukunda bu ilişkiyi ifade etmek için "İşçi devri" (Arbeitnehmerüberlassung) ya da "ödünç işçi" (Leiharbeit) ifadeleri kullanılmıştır. Fransa'da ise anılan ilişki, "travail temporaire" (geçici iş ilişkisi-sadece belirli bir süre için gerçekleştirilen ve özel istihdam bürosu ile bir başka işveren ve işçi arasındaki üçlü ilişkiye dayanan tüm çalışmalar) veya "travail interimaire" (geçici çalışma-sadece geçici iş ilişkisi değil; belirli süreli çalışan tüm çalışanları kapsayan çalışma) olarak ifade edilmektedir.

2 Ekmekçi, Ömer: "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2004, C.1, S. 2, s. 367; Civan, Orhan Ersun: Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, (Ödünç İş İlişkisi), s. 7; Başkan, Ş. Esra: "Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. XXI, S. 2, s. 4; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1 Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, LYKEION Yayınları, Ankara 2019, s. 120.

3 Pélissier, Jean/ Supiot, Alain/Jemmaud, Antoine, Droit du Travail, 23e édition, Paris 2006, s. 397.

4 Fransız Hukukunda ise sadece meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi yasal olarak kabul edilmektedir. Fransız İş Ka-

tadır⁵. İşçinin, işveren tarafından, kural olarak, geçici iş ilişkisi kurmak üzere mi işe alındığı yoksa işverenin kendi bünyesinde sürekli istihdam ettiği işçi hakkın- da istisnai olarak mı geçici iş ilişkisi kurduğu husu- sunun tespiti, geçici iş ilişkisi türünün belirlenmesi bakımından önemlidir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işçi, başka bir işverenin işyerinde çalıştırıl- mak üzere işe alınırken⁶; meslek edinilmemiş geçici iş

ilişkisinde, asıl olan işçinin iş sözleşmesi yaptığı işve- renin yanında çalışması, istisnai olarak, işçinin geçici ve belirli bir süre için başka bir işverene ödünç veril- mesidir⁷. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, 6715 sayılı Kanunla İş Kanunu'nun⁸ 7. maddesine ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkın- da Kanunu'na⁹ (Türkiye İş Kurumu Kanunu) eklenen hükümlerle mevzuatımıza girmiştir¹⁰.

Alman Hukukunda, Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüber- lassungsgesetz (AÜG), İşçi Devrine İlişkin Kanun) isimli kanunda geçici iş ilişkisi düzenlenmiştir. 2011 yılına kadar Alman Hukukunda "gerçek geçi- ci iş ilişkisi (echtes Leiharbeitsverhältnis)" ve "gerçek olmayan geçici iş ilişkisi (unechtes Leiharbeitsver-

nunu'nun L.124-1 maddesi bu çerçevede "geçici iş ilişkisi işletmeleri"ni (l'entreprise de travail temporaire) düzen-lemiştir.

- 5 Akyiğit, Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş Yayınları, Ankara 1995, (Ödünç İş İlişkisi), s. 33-34; Akıntürk Türkmen, Hülya; "İşgücüne Yönelik Olarak İş- çinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi", Yargıtay Dergisi, C. 25, S. 1-2, Ocak/Nisan 1999, s. 134; Süzek, Sar- per: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, (İş Hukuku), s. 280; Tuncay, A. Can: "İş Kanunu Tasarı- sındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi", Mercek Dergisi, Y. 8, S. 30, Nisan 2003, s. 56; Ekonomi, Münir: "Mesleki Faali- yet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", Devrim Ulucan'a Ar- mağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 235; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Basım, İstanbul 2019, s. 231- 232; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 120-121; Engin, Murat: "Üçlü İş İlişkileri", III. Yılında İş Yasası (Seminer Not- ları), Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, (Üçlü İş- ilişkiler), s. 21-22; Nazlı, Seçkin: Özel İş Aracılığı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, (Özel İş Aracılığı), s. 232; Özdemir, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, (İş Sağlığı ve Güvenliği), s. 389; Şen, Murat: "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi", MÜHFD, C. III, S. 1, 2014, s. 13; Doğan Yenisey, Kübra: Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi, Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı I. İş Hukuku Uluslara- rası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 142; Bas- kan, s. 4; Çelebi Demir, Duygu: Karşılaştırmalı Olarak Türk ve Alman Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, (Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi), s. 40.
- 6 Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, s. 33-34; Süzek, İş Hukuku, s. 287; Engin, Murat: "Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygula- mada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İliş- kisi ve Evde Çalışma)", Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, (Atipik İstihdam), s. 119; Tuncay, s. 56; Tuncay, A. Can/Savaş, F. Burcu: "Özel İstihdam Büroları Gerçek ve Çağdaş Fonksiyonlarına Artık Kavuşmalıdır", Mercek Dergisi, Y. 12, S. 48, Ekim 2007, s. 67; Alpagut, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2006, C. 3, S. 10, s. 574; Ben- li, Abdurrahman / Yiğit, Yusuf: "4857 sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", Kamu-İş Dergisi, Y. 2006, C. 8, S. 42; <http://kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>, (ET. 10.10.2019); Öktem Songu, Sezgi:

- Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007, s. 116; Uşen, Şelale: Avrupa Birliği'nde Ödünç İş İlişkisi ve Ödünç Emek Büro- ları: İtalya Uygulaması ve Türkiye, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2006, s. 23; Nazlı, Özel İş Aracılığı, s. 232-233; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 25; Odaman, Serkan: "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması", Sicil İş Hu- kuku Dergisi, S. 36, 2016, (Ödünç İş İlişkisi Uygulaması), s. 44; Civan, Orhan Ersun: "Yeni Düzenlemeler Çerçeve- sinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 2, 2017, (Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi), s. 315; Öztürk, Ber- na: "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Gü- venliği Yükümlülükleri", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 209; Hromadka, Wolfgang/ Maschmann, Frank: Arbeitsrecht Band I, Individualarbei- tsrecht, 7. Aufl., Springer, Berlin 2018, s. 113; Baskan, s. 4; Çelebi Demir, Duygu: "Özel İstihdam Bürolarının Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kurma İzni", Sicil İş Hukuku Der- gisi, S. 41, 2019, (Özel İstihdam Büroları), s. 188; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi s. 45.
- 7 Benli/Yiğit, <http://kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>, (ET. 10.10.2019); Uşen, s. 23; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 25; Odaman, Ödünç İş İlişkisi Uygulaması, s. 44; Baskan, s. 4; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 40-41.
- 8 RG.: 10.06.2003, S.: 25134.
- 9 RG.: 05.07.2003, S.: 25159, Bundan sonra bu Kanun, çalış- mada Türkiye İş Kurumu Kanunu olarak anılacaktır.
- 10 Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin İş Kanunu'nda dü- zenleniyor olması söz konusu hükümlerin Basın İş Ka- nunu, Deniz İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na tabi işçilere uygulanmasına engel teşkil ettiği yönündeki görüşler ve eleştiriler için bkz., Doğan Yenisey, s. 143; Çelik/Canikli- oğlu/Canbolat, s. 231; Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, Gün- cellenmiş 12. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, (İş Hukuku), s. 187-188; Özkaraca, s. 60-61; Baskan, s. 10.

häftnis)” ayrımı mevcuttu¹¹. Gerçek geçici iş ilişkisinde bir işveren işçiyi kendi işyerinde çalıştırmak üzere işe almasına rağmen geçici süreliğine başka bir işverene ödünç vermektedir¹². Gerçek olmayan geçici iş ilişkisinde, işçi başka işverenlere ödünç olarak verilmek üzere işe alınmakta ve bu durum ticari faaliyet olarak yürütülmektedir¹³. 2011 yılında İşçi Devrine İlişkin Kanunda yapılan değişikliklerle, bu ayrımlar kaldırılmış ve ekonomik faaliyet niteliği taşıyan bütün geçici iş ilişkileri, kanunun uygulama alanına alınmıştır. Ancak Kanunda ekonomik faaliyet kavramı tanımlanmamıştır. Alman doktrinindeki bir görüşe göre, belirli bir mal veya hizmetin ekonomik pazarda sunulması, ekonomik faaliyet olarak nitelendirilmektedir¹⁴. Buna göre, ekonomik pazara sunulan her türlü geçici iş ilişkisi bu Kanun kapsamındadır. Geçici iş ilişkisini mesleki faaliyet olarak gerçekleştiren özel istihdam bürosu ekonomik faaliyet kriterini sağlamaktadır¹⁵.

Fransız Hukukunda ise bazı sendikaların itirazlarına rağmen, geçici iş ilişkisi işletmelerinin faaliyetleri hiçbir zaman yasadışı olarak kabul edilmemiştir. Bununla birlikte, geçici işçi sağlayan işveren, geçici işçi alan işveren ve geçici çalışan işçi arasındaki bu yeni üçlü ilişki, iş sözleşmesinden kaynaklanan klasik iki taraflı ilişkiler şemasına kötü entegre edilmiş ve uygulamada ortaya çıkan tehlikeleri ve ihlalleri ortadan kaldırmaya yönelik

uygun yasal müdahaleyi gerekli kılmıştır. Bu anlamda, konuya ilişkin ilk Kanun 3 Ocak 1972 tarihli Kanun’dur. Geçici iş ilişkisine gerçek bir statü veren bu Kanun, geçici iş ilişkisinin gelişmesine izin vermediği gibi geçici işçilerin durumlarının kötüleşmesinin önüne de geçememiştir. Bunun üzerine 5 Şubat 1982 tarihinde bir Kararname çıkarılmış; geçici iş ilişkisine başvurulması sınırlandırılmıştır. Bu düzenleme ile geçici işçilerin yerlerini aldıkları sürekli çalışan işçilerle aynı muameleye tabi olmaları ve geçici iş ilişkisinin kötü niyetli uygulamasına başvurulmasının cezalandırılması amaçlanmıştır. Daha sonra sırasıyla 25 Temmuz 1985 tarihli Kanun, 11 Ağustos 1986 tarihli Yönetmelik, 12 Temmuz 1990 tarihli Kanun ve Sosyal Çağdaşlaşma Kanunu’nda konu düzenlenmiştir. Sosyal Çağdaşlaşma Kanunu, uygulanan hukukta derin bir değişiklik getirmemiştir. Sadece geçici iş sözleşmelerinin tekrarlanması, yeni cezai yaptırımların öngörülmesi ve işletme komitesine iş teftişi konusunda yeni yetkiler tanınması gibi hükümler içermiştir¹⁶. Son olarak da 10 Temmuz 2013 tarihinde geçici iş kolunda ulusal bir anlaşma yapılmış; bu anlaşmadaki esaslar 17 Ağustos 2015 tarihinde yasalaşmıştır. 17 Ağustos 2015 tarihli Kanun, geçici işçi ile geçici iş ilişkisi işletmesi arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılmasını da kabul etmiştir¹⁷. Halihazırda geçici iş ilişkisi Fransız İş Kanunu’nda dağınık bir şekilde düzenlenmektedir. L. 124-1, L. 124-21 ile L. 152-2-2 ile bazı diğer düzenlemelerde konuya ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

B. Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Kurulan Geçici İş İlişkisi (Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi)

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde, işveren başka bir işverene işçi temin etmeyi mesleki faaliyet olarak sürdürmekte ve bunun karşılığında kâr elde etmektedir¹⁸. 4857 sayı-

11 Ayrıca Alman Hukukunda bu ayrım mesleki anlamda geçici iş ilişkisi ve mesleki olmayan geçici iş ilişkisi (*gewerbsmäßige Leiharbeit-nichtgewerbsmäßige Leiharbeit*) ayrımı olarak da ifade edilmektedir. Bkz., Alman Hukukunda geçici iş ilişkisi türlerine ilişkin yapılan ayrımlar hakkında geniş bilgi için bkz., Ulrich, Bernhard: *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Handkommentar*, Nomos Verlag, Leipzig 2017, s. 23-24; Ulber, Jürgen: *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar*, 5. Aufl, Bund Verlag, Frankfurt am Main 2017, s. 366 vd.

12 Kämmerer, Jörn Axel/Thüsing, Gregor: *Leiharbeit und Verfassungsrecht*, Duncker&Humboldt Verlag, Berlin 2005, s. 15.

13 Kämmerer/Thüsing, s. 15-16; Berenbrinker, Martina: *Begrenzungen des Einsatzes von Leiharbeitnehmern*, Logos Verlag, Berlin 2017, s. 5-6.

14 Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. neubearbeitete Aufl., C.H. Beck, München 2017, (ErfK/Wank), s. 641.

15 Ulber, s. 357.

16 Pélissier/ Supiot/ Jemmaud, s. 398-400.

17 Güzel, Ali/Heper, Hande: “Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!... Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2017/1, s. 21.

18 Süzek, İş Hukuku, s. 280; Ekmekçi, s. 369; Hekimler, Al-

lı İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasına göre, özel istihdam bürosu aracılığı ile geçici iş ilişkisi ancak Türkiye İş Kurumu'nca kendisine izin verilen özel istihdam bürosu tarafından kurulabilir. Büro, bir işveren ile geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak işçisini geçici olarak sözleşmenin tarafı olan işverene devreder. Kurulan ilişkide, özel istihdam bürosu "işveren" konumundadır¹⁹. Bu sebeple, kural olarak, geçici işverenin işyerinde iş görme borcunu ifa eden işçinin ücreti, geçici işveren tarafından değil; özel istihdam bürosu tarafından ödenmelidir²⁰. Ayrıca, özel istihdam bürosu işveren sıfatı taşıdığı için Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından bir işverenin yerine getirmesi gereken tüm yükümlülüklerden sorumludur²¹.

Özel istihdam bürosu aracılığı ile kurulan geçici iş ilişkisi üçlü bir ilişkiye dayanmaktadır. Bu ilişki-

de, özel istihdam bürosu, işçi ihtiyacı duyan işveren ile sözleşme yapmakta ve bu sözleşmeye istinaden kendi işçisinin iş görme edimini bir hizmet bedeli karşılığında geçici olarak devretmektedir²². İşçi de geçici bir süreliğine geçici işverenin emir ve talimatı altında çalışmaktadır²³. Bu anlamda geçici işveren, bir süreliğine kendisine ödünç işçi verilen kişidir²⁴.

Bu üçlü ilişki temelde iki ayrı sözleşmeye dayanmaktadır:

İlk olarak, bu tür geçici iş ilişkisinde, işçi ile büro arasında işçinin başka bir işverenin yanında iş görme borcunu yerine getirmesine yönelik bir "iş sözleşmesi" yapılmaktadır²⁵. Ayrıca geçici işçi ile geçici işveren arasında "iş ilişkisine benzer bir hukuki ilişki" bulunmaktadır²⁶. Özel istihdam bürosunun işçisini geçici olarak çalıştırmak üzere

pay: "Avrupa Birliği'nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye İçin Değerlendirmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, 2013, s. 255; Heper, Hande: "Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi ile İlgili Yargıtay Kararının İncelenmesi", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2014, C. 2, S. 1, s. 181; İnciroğlu, Lütfi: "Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Geçici İş İlişkisi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 135, Kasım 2017, s. 32; Ayrıca belirtmek gerekir ki, özel istihdam bürosunun görevi özel sektörle sınırlı olup kamu işyerlerini kapsamaz. Bkz., Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, s. 134.

19 Süzek, İş Hukuku, s. 281; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 233; Tuncay/Ekmekçi, s. 134; Sözer, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, s. 40; Alpagut, s. 574; Akyiğit, İş Hukuku, s. 178; Nazlı, Özel İş Aracılığı, s. 234; Nazlı, Seçkin: "İş Kanununda Düzenlenen Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (1), Bahar 2016, (Geçici İş İlişkisi), s. 156; Şen, s. 16; Civan, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, s. 316; Junker, Abbo: GrundkursArbeitsrecht, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013, s. 60; Öztürk, s. 218; Cengiz, Selvinaz: Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Kurulan Geçici İş İlişkisi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 32; Yiğit, Esra: Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 139; Çelebi Demir, Özel İstihdam Büroları, s. 190; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 46.

20 Süzek, İş Hukuku, s. 288; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 126; Alpagut, s. 574; Junker, s. 60; Öztürk, s. 218; Cengiz, s. 32; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 165; Berenbrinker, s. 12.

21 Yiğit, s. 178.

22 Süzek, İş Hukuku, s. 280-281; Ekonomi, s. 249; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 37-38; Şen, s. 16; Baskan, s. 11; Çelebi Demir, Özel İstihdam Büroları, s. 190; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 46.

23 Süzek, İş Hukuku, s. 289; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 233; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 125-126; Ekmekçi, s. 375; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 590; Şen, s. 16; Baskan, s. 11; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 37.

24 Baskan, s. 11; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 143.

25 Hromadka/Maschmann, s. 113; Bu iş sözleşmesinde işçi klasik iş sözleşmesinden farklı olarak, sözleşmenin tarafı olan işverenin (özel istihdam bürosu) yanında değil, başka bir işveren yanında çalışmayı kabul eder. Bkz., Ulber, s. 311; Ulrici, s. 71.

26 Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, s. 123; Akyiğit, Ercan: "Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 13, S. 5, Mayıs 1995, (İşçinin Sosyal Güvenliği), s. 15; Süzek, Sarper: "İş Akdinin Türleri", Mercek Dergisi, Y. 6, S. 22, Nisan 2001, (İş Akdi Türleri), s. 32; Süzek, İş Hukuku, s. 289; Akıntürk Türkmen, s. 146; Odaman, Serkan: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, (Ödünç İş İlişkisi), s. 91; Caniklioğlu, Nurşen: "Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları", Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, (Geçici İş İlişkisi), s. 127; Tuncay, s. 57-58; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 33; Kabakçı, Mahmut: "5920 sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkında Veto Edilen Hükümünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/4, s. 103; Nazlı, Geçici İş İlişkisi, s. 156; Civan, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, s. 333; Özkaraca, Ercüment: "Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2016 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2018, s. 67; Öztürk, s. 210.

başka bir işverene devretmesi durumunda büro ile işçi arasındaki iş sözleşmesi sona ermemektedir²⁷. Zira büro, iş sözleşmesi yaptığı işçiyi sözleşmede kararlaştırılan süre zarfında çalışmak üzere geçici bir işverene vermeyi taahhüt etmektedir²⁸.

İkinci olarak, özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasında "geçici işçi sağlama sözleşmesi"²⁹ bulunmaktadır. İş Kanunu'nun 7. maddesinin 11. fıkrası uyarınca bu sözleşme yazılı yapılmak zorundadır. Yazılılık şartı, öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir³⁰.

- 27 Süzek, İş Akdi Türleri, s. 32; Süzek, İş Hukuku, s. 287; Şahlanan, Fevzi, "Genel Hükümler ve Temel Kavramlar", İstanbul Barosu/ Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu (30 Mayıs 2003-31 Mayıs 2003 Galatasaray Üniversitesi) İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s. 38; Erfk/Wank, s. 628; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 126; Nazlı, Özel İş Aracılığı, s. 244; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 22 vd.; Cengiz, s. 25; Özel istihdam bürosu ile işçi arasındaki sözleşmenin belirli/belirsiz süreli iş sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı öğretide tartışılmıştır. Bkz., Nazlı, Özel İş Aracılığı, s. 239 vd.; Özdemir, Erdem: "Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, 2010, (Geçici İş İlişkisi), s. 29; Doğan Yenisey, s. 143; Odaman, Serkan/Çavuş, Ö. Hakan: "İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 255; Güzel/Heper, s. 40-41; Civan, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, s. 319-325; Sözer, s. 40; Yiğit, s. 140-143; Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 161-163; Kanaatimizce, geçici iş ilişkisinin geçici niteliği işçinin başka bir işverenin yanında görevlendirilmesiyle ilişkilidir ve bu durum tek başına geçici işçi ile özel istihdam bürosu arasında yapılacak iş sözleşmesinin belirli süreli olabilmesi için İş K. md.11 hükmü kapsamında bir objektif neden sayılmamalıdır. Dolayısıyla, başka bir objektif neden yoksa İş Hukukunda asıl olan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması nedeniyle işçi ile özel istihdam bürosu arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli olarak kabul edilmesi gerekir. (Aynı yönde görüş için bkz., Odaman/Çavuş, s. 255; Güzel/Heper, s. 40-41). Bununla birlikte, Fransız Hukukunda, geçici iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması kuraldır. İstisnai hallerde, ancak L.124-2-2 gereğince sözleşmenin belirsiz süreli olarak yapılması mümkündür.
- 28 Süzek, İş Hukuku, s. 287; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 37; Baskan, s. 12-13; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 147.
- 29 İtalya ve Fransa'da ticari bir sözleşme olarak görülen "geçici işçi sağlama sözleşmesi", Almanya'da sui generis bir işçi devir sözleşmesi olarak ele alınmaktadır. Bkz., Uşen, s. 29-30.
- 30 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 234; Civan, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, s. 317; Fransız Hukukunda da sözleşmenin yazılı yapılması kamu düzenine ilişkin bir ge-

öte yandan kanun koyucu, özel istihdam bürolarına sınırsız bir şekilde meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurma hakkı tanımamıştır³¹. Kanunda hangi işlerde ve hangi durumlarda geçici iş ilişkisi kurulabileceği sınırlı bir şekilde sayılmıştır (İş K. md. 7/2, a-g)³².

II. Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Kurulan Geçici İş İlişkisi

A. Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Çalışan İşçinin Sigortalı Sayılması

1. Geçici İşçinin Geçici İşveren Yanında Çalıştığı Dönemdeki Sigortalılığı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun³³ 3. maddesinin 6. fıkrasına göre, sigortalı, adına kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişidir. Bir kişinin sigortalı sayılması için eylemli olarak bir işverene ait işyerinde çalışıyor olması gerekir³⁴.

Kural bu olmakla birlikte, özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde işçinin sigortalılık durumu özellik taşımaktadır. Zira özel

çerlilik koşulu olarak kabul edilmektedir. Bkz., Pélissier/Supiot/ Jemmaud, s. 407, dn. 3.

31 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 235.

32 Ayrıntılı bilgi için bkz., Süzek, İş Hukuku, s. 283-286; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 235-236; Tuncay/Ekmekçi, s. 134-136; Civan, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, s. 334-353; Baskan, s. 17-23; Yiğit, s. 101-115; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 182-197.

33 RG.: 16.06.2006, S.: 26200.

34 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku Yenilenmiş 18. Bası, Beta Basım, İstanbul 2020, s. 87-88; Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, s. 148; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 619; Yarg. 10. HD., 18.02.2013, 2013/917 E., 2013/2451 K., http://www.calismatoplum.org/sayi40/abc/16_45.pdf, (ET. 08.10.2019) "Olağan olarak sigortalılık niteliği, taraflar arasında iş sözleşmesi ilişkisinin kurulması ve çalışmaya/çalıştırılmaya başlanması ile kazanılmakta olup, yazılı olarak düzenlenen veya sözlü olarak benimsenen sözleşme ile birlikte, sigortalılığın oluşumu yönünden eylemli (filli=gerçek) çalışma olgusunun varlığının da kanıtlanması gerekmektedir."

istihdam bürosu aracılığıyla çalışan işçi, işvereni olan özel istihdam bürosunda, kural olarak, fiilen çalışmamaktadır³⁵. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işçi, sırf başka işverenlere ödünç verilmek üzere işe alınmakta ve hatta özel istihdam bürolarının isteseler dahi bu işçileri çalıştırabilecekleri işyerleri bulunmamaktadır³⁶. Büro ile işçi arasındaki iş sözleşmesi gereği işçi, büro tarafından geçici olarak başka işverenlerin emir ve talimatına verilmektedir. Bununla birlikte işçinin, özel istihdam bürosunun iş organizasyonu kapsamında çalıştığı kabulü gerekir³⁷. Bu nedenle, büronun işçiyi geçici olarak başka bir işverene ödünç vermesi, işçi ile büro arasındaki iş sözleşmesini sona

erdirmedigi gibi işçinin sigortalılığını da ortadan kaldırmamaktadır³⁸. Yani, işçinin işvereni olan özel istihdam bürosuna ait işyerinde fiilen çalışmaması işçinin sigortalı olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemelidir. Bu sebeple, özel istihdam bürosu aracılığıyla çalışan geçici işçinin başka bir işverenin işyerinde iş görme borcunu ifa etmesi geçici işçinin sigortalı sayılması bakımından yeterli görülmemiştir³⁹; bu işçi, 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi kapsamında sigortalı sayılmalıdır. Bu anlamda, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde geçici işçinin, Sosyal Güvenlik Hukuku açısından sigortalı sayılması için sadece fiilen çalışması yeterli⁴⁰ olmakta; çalıştığı işyerinin kime ait olduğu bir önem arz etmemektedir. Dolayısıyla da geçici olarak işçiyi çalıştıran işverenle geçici işçi arasında iş sözleşmesi kurulmadığı gibi sosyal sigorta ilişkisi de kurulmamaktadır⁴¹.

2. İşçinin Başka Bir İşveren Yanında Geçici İş İlişkisi ile Çalışmadığı Durumlarda Sigortalılığı

Özel istihdam bürosunun işçisinin sigortalılığı bakımından tartışılması gereken bir başka husus, büronun işçiyi geçici olarak başka bir işverene ödünç vermediği durumlarda işçinin sigortalılık durumunun ne olacağıdır. Mevzuatımızda gerek ödünç verilen işçinin sigortalılığı gerekse ücretinin ödenmesi hususlarında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, öncelikle özel istihdam bürosunun işçiyi ücret ödeme yükümlülüğünün olup olmadığının tespiti gerekir. Buna bağlı olarak da ödünç işçinin sigortalılık durumu belirlenebilecektir.

35 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 126; Engin, Üçlü İlişkiler, s. 22; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 32.

36 Akyiğit, İşçinin Sosyal Güvenliği, s. 19-20; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 126; Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 25; Engin, Atipik İstihdam, s. 119; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 38; Yarg. 9 HD., 04.04.2005, 2005/774 E., 2005/11838 K., <http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay6.htm>, (ET. 10.10.2019), "Davacının davalı ADECCO ile imzaladığı iş sözleşmesine rağmen diğer davalı IBM işyerinde çalışmıştır. İş sözleşmesi IBM Türk Limited Şirketinin davalı ADECCO Hizmet ve Danışmanlık AŞ.ne yazdığı 18.3.2004 tarihli yazıda mekanizasyon projesinin tamamlanma tarihi olan 31.3.2004 tarihinden sonraki dönemde ayrı bir eleman çalışmasına ihtiyaçları kalmadığı gerekçesiyle davacının 31.3.2004 tarihinde tahsisine son verilmesinin istenilmesi üzerine 1.3.2003 tarihinde Adecco davacıya tahsis ettiği anılan işyerindeki iş sözleşmesine son verilmiştir. Adecco AŞ.ile IBM Türk Ltd.Şirketi arasında yapılan IBM Teknik olmayan Hizmetler Sözleşmesinin "Diğer Uygulanabilir Koşullar" başlıklı bölümünün beşinci paragrafında "yüklenici hizmetleri yerine getirmek" üzere görevlendirileceği elemanların gelir vergisi ve sosyal güvenlik kesintileri de dahil olmak üzere ücretlerinin ödenmesinden, tazminat, maluliyet, sakatlık ve benzeri ödemelerinden kısaca, istihdam ettiği elemanların İş Kanunu ve Hizmet Sözleşmesinden doğan tüm haklarından münferiden sorumludur." yolundaki düzenleme yapılmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 90. maddesi uyarınca Türkiye İş Kurumu'ndan 16.8.2004-16.8.2007 tarihleri arasında çalışmak üzere özel istihdam bürosu olarak faaliyette bulunmak üzere izin alan dava dışı Adecco istihdam Hizmetleri Ltd.Şti.nden ve yasanın yürürlük başlangıç tarihinden önce davalı Adecco Hizmet ve Danışmanlık AŞ.nin davacıyı istihdam edecek bir işyeri olmaksızın yaptığı sözleşme iş bulmaya aracılık sözleşmesinde olup, davacı ile aralarında iş sözleşmesinin temel unsuru olan bağımlı olarak iş görme söz konusu değildir."

37 Akyiğit, İşçinin Sosyal Güvenliği, s. 18; Atipik istihdam biçimlerinde iş, işin niteliği gereği olmaksızın işyeri dışında gerçekleştirilebilir. Bu nedenle başkasının iş ya da hizmet organizasyonu çerçevesinde çalışan bir kişi, diğer koşulları da varsa, sigortalı sayılmalıdır. Bkz., Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 89.

38 Saraç, Coşkun: İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü, Türkiye İşçi Emeklileri Cemiyet Yayınları, Ankara 1998, s. 66; Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 174; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 478.

39 Akıntürk Türkmen, s. 143; Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 619-620; Civan, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, s. 325.

40 Odaman/Çavuş, s. 271.

41 Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, s. 147; Caniklioğlu, Nursen: "Atipik İstihdam Biçimleri ile Çalışanların - Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S.1, Ocak-Şubat 2016, (Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği), s. 53; Karadeniz, Oğuz: "Geçici İş İlişkisi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği", Yaklaşım Dergisi, Y. 11, S. 132, Aralık 2003, s. 211; Öztürk, s. 218.

Kanunda, özel istihdam bürosu ile işçi arasında yapılacak iş sözleşmesinde işçinin ne kadar süreyle işe çağrılmazsa iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğinin sözleşmede yazılı olması gerektiği ve bu sürenin üç ayı geçmemek üzere belirlenebileceği düzenlenmiştir (İş K. md.7/11). Öğretide bu hükümden yola çıkılarak, ödünç işçinin meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında çalışmadığı dönemlerde ücreti konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür⁴². Özkaraça, işçinin işe çağrılmadığı dönemde ücretini almakta olduğu varsayımında, iş sözleşmesini haklı nedenle niçin feshetmek isteyeceği veya bu hakkın işçiye neden tanındığı sorusunun akla geldiğini ve maddede işçinin işe çağrılmadığı dönemde ücret almayaacağı bir sistem öngördüğü izlenimini uyandırdığı ileri sürmüştür⁴³. Bu izlenimin kabulü halinde kanaatimizce, işçi başka bir işverene geçici olarak verilmezse ücrete hak kazanamayacağı için büronun sosyal sigorta primi ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

İnciroğlu ise, özel istihdam bürosunun, başka bir işverenden iş alamaması durumunda, üç ay boyunca, başka bir işverene ödünç veremediği işçisinin ücret ve sigorta primlerini ödemekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Yazar, üç ayın sonunda işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkının doğacağını, iş sözleşmesini üç ayın sonunda feshetmediği durumlarda yeniden işe davet edilene kadar işçinin ücret talep edemeyeceğini ve sigorta primlerinin de ödenmeyeceğini savunmaktadır⁴⁴. Bu görüşe göre, işçinin başka bir işveren yanında çalışmaya gönderilmediği üç ay boyunca ücret alacağı ve sigorta primleri ödendiği için işçinin bu süre boyunca sigortalılığının

devam ettiğinin kabulü gerekir.

Öğretide *Baskan*, geçici iş ilişkisi kurulmadığı dönemlerde de büro ile işçi arasındaki iş sözleşmesi devam ettiği için büronun geçici iş ilişkisi kurması veya kuramaması sonuçlarının işçiye yükletilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür⁴⁵. *Güzel/Heper'e* göre, söz konusu durumda büro ile işçi arasındaki iş sözleşmesi sona ermediği ve işçi iş görme edimini yerine getirmeye hazır bir şekilde beklediği için bu sürenin çalışma süresi olarak kabulü ve işçinin ücretinin ödenmesi gerekir⁴⁶. *Süzek*, büro tarafından işçi geçici olarak başka bir işverene gönderilse de gönderilmese de işçiye asgari ücretin altında olmayan bir ücretin ödenmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁷. Tüm bu görüşler çerçevesinde, işçinin başka bir işverene geçici iş ilişkisi kurmadığı dönemde de büro tarafından ücretinin ödenmesi söz konusu olduğundan işçinin sigortalılığının devam ettiğinin ve sigorta primlerinin de ödenmesi gerektiğinin kabulü gerekir.

Kanaatimizce, işçinin başka bir işverene ödünç verilmediği üç aylık dönemde işçi, iş görmeye hazır halde beklediği için her şeyden önce bu sürenin kanundan doğan bir farazi çalışma süresi⁴⁸ olarak kabul edilmesi ve özel istihdam bürosunun bu dönem için de ücret ödemekle yükümlü olması gerekmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak da büronun işçinin sosyal sigorta primlerini ödemesinin gerektiği ve işçinin sigortalılığının devam ettiğinin kabulü gerekir⁴⁹. Üç aylık sürenin sonunda Kanunun md. 7/11'e göre işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Üç aylık sürenin

45 Baskan, s. 36.

46 Güzel/Heper, s. 42-43.

47 Süzek, İş Hukuku, s. 288.

48 Çalışma süresi, sadece fiilen çalışılan süreden ibaret değildir; zira bazı mesleklerde veya bazı zamanlarda işçi, işyerinde çalışmaya hazır bulunduğu hâlde o an çalışmadığı bir zaman parçası ortaya çıkmaktadır. İşte, bu süreye farazi çalışma süresi denilmektedir. Bkz., Tunçoğlu/Centel, s. 156; Öktem Songu, s. 29.

49 Akyiğit, İşçinin Sosyal Güvenliği, s. 21; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 368; Sözer'e göre, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçinin iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğunun kabulü halinde işçinin başka bir işverene ödünç verilmediği süre sigorta süresinde kesintiye yol açmayacaktır. Bkz., Sözer, s. 41, dn. 2

42 Belirtmek gerekir ki, söz konusu tartışma esas itibarıyla geçici iş sözleşmesinin kanunda belirli süreli bir iş sözleşmesi olarak düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Fransız Hukukunda kabul gördüğü haliyle sözleşmenin belirli süreli olması halinde, sözleşme geçici iş ilişkisinin bittiği tarihte kendiliğinden sona erdiğinden işçinin sigortalılığı da sona ermektedir.

43 Özkaraça, s. 65; ancak yazara göre bu tereddüt, işçinin işe çağrılmadığı dönemde, özel istihdam bürosunun işçiye ücret ödeme borcunun bulunmadığının kabulü için yeterli değildir. Bkz., Özkaraça, s. 65-67.

44 İnciroğlu, s. 41.

sonunda taraflar yeni bir meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kuruluncaya kadar ancak karşılıklı anlaşarak iş sözleşmesini askıya alabileceklerdir⁵⁰. Zira işçi, geçici bir süreliğine kendinden kaynaklanmayan bir nedenle iş görme borcunu ifa edememektedir⁵¹. Bu durumda işçinin ücretinin ve sigorta primlerinin ödenmesi söz konusu değildir. Öte yandan, iş sözleşmesinin taraflarca askıya alınması ya da işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshetmemesi durumunda özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi kurmamasının/kuramamasının sonuçlarının işçiye yükletilmesi⁵², işçinin ücretinin ve sosyal güvenlik haklarının korunması bakımından isabetli olmayacaktır⁵³. Tarafların karşılıklı olarak askıya almaları ya da sözleşmenin işçi tarafından haklı nedenle feshedilmemesi durumunda, tüm sonuçlarıyla iş sözleşmesini devam ettirmek istemeyen işveren işçinin iş sözleşmesini üç aylık sürenin sonunda ancak geçerli veya haklı bir nedenin varlığı halinde feshedebilecektir. Bu anlamda belirtmek gerekir ki, esas itibarıyla doktrindeki bu farklı görüşler kanun koyucunun büro tarafından işçinin ödünç verilmediği dönemde işçinin ücretini ve sosyal güvenlik haklarını koruyan yasal bir düzenleme yapması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

B. Geçici İşçinin Sosyal Güvenlik Kurumu'na Bildirilmesi

1. Genel Olarak

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçiyi, Sosyal Güvenlik Kurumu'na özel istihdam bürosunun mu geçici çalıştıran işverenin mi veya ikisinin de mi bildirmekle yükümlü olduğunun tespiti gerekir⁵⁴.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık

Sigortası Kanunu'nun 8. maddesi gereğince, işveren Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, Kanunda belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kurum'a bildirmekle yükümlüdür. 5510 sayılı Kanununun 12. maddesinde kimlerin işveren olduğu belirtilmiştir. Maddede yer alan düzenlemeye göre, "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işverendir⁵⁵." Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere sosyal sigorta ilişkisi kuran iş sözleşmesinin tarafı olan işveren, sigortalıyı Kurum'a bildirmelidir⁵⁶. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında belirttiği gibi, "özel istihdam bürosu, geçici iş ilişkisi ile çalıştırdığı işçisini, tüm sigorta kollarına tabi olarak Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmekle yükümlü olup, geçici işçiye iş kazası ve meslek hastalığı, analık, malullük, yaşlılık, ölüm sigortası, genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortası hükümleri uygulanacaktır"⁵⁷.

2. Doktrin Görüşleri

Özel istihdam bürosu ile geçici işçi arasında işçinin başka bir işverenin emrine geçici olarak verilmesi hususunda bir iş sözleşmesi yapılır ve özel istihdam bürosu bu iş sözleşmesinde "işveren" konumundadır. Bu nedenle de özel istihdam bürosu, işçiyi Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmekle yükümlüdür⁵⁸. Ayrıca kanun koyucu, açıkça ücretin

50 Özkaraca, s. 67.

51 Süzek, Sarper: İş Aklının Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara 1989, s. 45 vd.; Süzek, Sarper: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜ-HFD, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, C. 9, Özel Sayı, 2007, (Ücretsiz İzinler), s. 122-127.

52 Büro işverenlik risklerine katlanmalıdır. Bkz., Kabakcı, s. 102.

53 Aynı yönde bkz., Baskan, s. 36.

54 Akyiğit, İşçinin Sosyal Güvenliği, s. 22.

55 Akyiğit'e göre, Kanununun 12. maddesinde bildirim yükümlülüğünün işverende olduğu belirtilmiş olup bu işverenin iş sözleşmesi yapılan işveren olduğuna ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında işçi çalıştıran işveren de geçici işçiyi işyerinde çalıştırdığı için maddede yer alan sigortalıyı çalıştırma şartını gerçekleştirdiği için, geçici işverenin şeklen geçici işçiyi bildirme yükümlülüğü olduğu söylenebilir. Ancak hükmü bu şekilde yorumlayarak sonuca varmak isabetli değildir. Ancak Kurum'un kaçak işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığının denetlenmesi açısından geçici işverenin de bildirim yükümlülüğü taşıması gerektiğinin kabulü isabetli olacaktır. Bu konuda geniş bilgi için bkz., Akyiğit, İşçinin Sosyal Güvenliği, s. 22.

56 Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, s. 149.

57 AYM., 28.02.2018, 2016/141 E., 2018/27 K. §50, RG.: 29.03.2018, S.: 30375.

58 Akyiğit, İşçinin Sosyal Güvenliği, s. 22; Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, s. 149.

yanı sıra geçici işçiye dair Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin yükümlülüklerden de özel istihdam bürosunun sorumlu olacağını belirtmiştir. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Özel istihdam bürosu işçisine ilişkin 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4447 sayılı Kanundan doğan yükümlülükler, 4857 sayılı Kanunun 7. maddesi saklı kalmak kaydıyla, özel istihdam bürosu tarafından yerine getirilir"⁵⁹.

Öğretide özel istihdam bürosu, işçiyi Kurum'a bildirmiş olacağından, geçici işçiyi çalıştıran işverenin, işçiyi bir daha Kurum'a bildirme ve işe giriş bildirgesi verme yükümlülüğü bulunmadığı belirtilmiştir⁶⁰. Bu görüşe göre, 4904 sayılı Kanunun 19. maddesinin 2. fıkrasında açıkça bu yükümlülüklerden işveren olan özel istihdam bürosunun sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu sebeple, özel istihdam bürosu tarafından sigortalı işe giriş bildirgesi verilmemesi durumunda geçici işverenin herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır⁶¹.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanan geçici iş ilişkisini kuran işveren, 5510 sayılı Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. 5510 sayılı Kanunun geçici iş ilişkisinde müteselsil sorumluluk öngören hükmü, 6715 sayılı Kanun ile özel istihdam büroları aracılığıyla geçici iş ilişkisinin yasalaşmasının ardından herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Gözetme borcu haricinde iş ilişkisinden doğan tüm işveren yükümlülüklerini özel istihdam büro-

suna bırakan bir geçici iş ilişkisi türü getiren kanun koyucunun, 5510 sayılı Kanundaki müteselsil sorumluluğa ilişkin hükmü değiştirmemesi dikkat çekicidir. Bu sebeple, sosyal sigorta yükümlülüklerine ayrı bir önem atfedilerek müteselsil sorumluluk öngörülmesinin kabulü gerekir⁶². Bu bağlamda, öğretide 4857 sayılı Kanun kapsamında özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde geçici işverenin, 5510 sayılı Kanun kapsamındaki tüm yükümlülüklerden birlikte sorumluluğunun devam ettiği ifade edilmektedir⁶³.

Ayrıca 5510 sayılı Kanunun 86. maddesine göre, "İşverenin, sigortalıyı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesine göre başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi halinde, sigortalıyı devir alan, geçici iş ilişkisi süresine ilişkin birinci fıkrada belirtilen belgelerin aynı süre içinde işverene ait işyerinden Kuruma verilmesinden, işveren ile birlikte müteselsilen sorumlu olur (SSGSSK md. 86/3)." Maddenin birinci fıkrasında yer alan bu belgeler, Kanunun 4. ve 5. maddesine tabi sigortalılar ile sosyal güvenlik destek primine tabi sigortalılar için işverenlerce Kurum'a verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgeleridir. Bu sebeple, aylık prim ve hizmet belgelerinin verilmesinden hem büro hem de geçici işveren sorumludur.

Öğretideki bir başka görüşe göre, her ne kadar aylık prim ve hizmet belgesini geçici işveren doğrudan verme mecburiyetine tabi tutulmamakta; bu yükümlülük özel istihdam bürosunun üzerine bırakılmaktaysa da geçici işveren bu belgelerin verilip verilmediğini takip etmek ve verilmesini sağlamak zorundadır⁶⁴. Aksi halde, geçici işveren bu belgelerin verilmemesi nedeniyle idari para

59 Kanunun gerekçesinde de "Bu ikili yapıda, işçinin sosyal güvenlik haklarının güvence altına alınması gerekmektedir. Üçüncü fıkraya göre, her ne kadar işçi iş görme edimini geçici işçi çalıştıran işverene karşı yerine getirecek olsa da işçiye yazılı iş sözleşmesi düzenleyen ve ücret ödeme yükümlülüğü bulunan özel istihdam bürosu olduğundan, işçinin 5510 sayılı Kanun, 6331 sayılı Kanun ve 4447 sayılı Kanun kapsamındaki yükümlülüklerinden yine özel istihdam bürosu sorumlu olacaktır" hükmüne yer verilmiştir.

60 Cengiz, s. 66.

61 Cengiz, s. 66.

62 Yiğit, s. 179; Aksi yönde görüş için bkz., Ekin, Ayşegül: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019, s. 254.

63 Güzel/Heper, s. 47; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 246; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 128; Özkaraca, s. 95-96; Odaman, Ödünç İş İlişkisi Uygulaması, s. 56; Yiğit, s. 179.

64 Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, s. 151; Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği, s. 56; Tatar, Gülsüm: "Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/4, s. 2149.

cezası ve belgenin içeriğindeki prim borcunu ödemek zorunda kalabilir⁶⁵.

Kanaatimizce de özel istihdam bürosu ile geçici olarak çalışan işçi arasında iş sözleşmesi olduğu için büro işçinin işvereni konumunda olduğundan, işçi büro tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmelidir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, bazı durumlarda Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan kaynaklanan yükümlülüklerden yasal düzenlemeler çerçevesinde geçici işverenin de sorumluluğu doğmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar işçi Kurum'a özel istihdam bürosu tarafından bildirilmeliyse de işçiyi geçici olarak çalıştıran işverenin söz konusu bildirim yapıp yapılmadığını denetleme yükümlülüğünün olduğunun kabulü gerekir. Bu sayede özel istihdam bürosunun sigortasız işçi çalıştırmasının da önüne geçilerek işçi, Sosyal Güvenlik Hukuku anlamında korunmuş olacaktır.

C. Geçici İşçinin Sigorta Primlerinin Ödenmesinde Sorumluluk

1. Geçici İşveren Yanında Çalışırken

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde, geçici işçinin sosyal sigorta primlerinden kimin ya da kimlerin sorumlu olacağına tespiti de önem arz etmektedir. İş Kanunu'nda meslek edinilmiş geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemede, ücret ve sosyal sigorta primlerinin ödenmesi konusunda özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasında bir müteselsil sorumluluk öngörülmemiş; yalnızca özel istihdam bürosu sorumlu tutulmuştur (İş K. md. 7/13).

Öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere, özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemelerdeki en büyük eksikliklerden biri, geçici işçinin ücret ve sosyal sigorta primlerinden sadece özel istihdam bürosunun sorumlu tutulması, geçici işverenin müteselsil sorumlu olduğunun kabul edilmemesidir⁶⁶. Kanunda 6715 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten

önce, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden devreden işveren ile birlikte sorumlu olacağına ilişkin hüküm yer almaktaydı. Meslek edinilmemiş ödünç iş ilişkisine dair yeni düzenlemede de bu hüküm varlığını korumuştur (İş K. md.7/15). Ancak aynı durum özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde kabul edilmemiştir. Öğretide isabetli olarak, geçici iş ilişkisinin iki türü arasında böyle bir ayırım yapılmasının kabul edilebilir olmadığı ve özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde de işverenlerin müteselsil sorumlu olduğuna dair açık düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir⁶⁷.

Bu nedenle, halihazırda açık düzenleme bulunmaması nedeni ile öğretide, İş K. md.7/son'da mesleki amaç taşımayan geçici iş ilişkisinde, sigorta primlerinden işveren ve geçici işverenin birlikte sorumlu olacağı açıkça düzenlenmesine karşın İş K md.7/13'te sadece büronun sorumlu olduğu belirtildiği için bu primlerden sadece büronun sorumlu olacağı ileri sürülmüştür⁶⁸.

Öte yandan yukarıda da belirtildiği üzere, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işveren, 5510 sayılı Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur⁶⁹. Kanun koyucunun, geçici iş ilişkisine dair 4857 sayılı Kanunda yapılan değişiklikten sonra 5510 sayılı Kanundaki müteselsil sorumluluğa ilişkin hükmü değiştirmemesi dikkat

65 Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, s. 151; Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği, s. 56.

66 Süzek, İş Hukuku, s. 290.

67 Süzek, İş Hukuku, s. 290; Doğan Yenisey, s. 166; Güzel/Heper, s. 47; Özdemir, Geçici İş İlişkisi, s. 29; Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek: "Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi", Kamu-İş Dergisi, Y. 2013, C. 13, S. 1, s. 8; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 127-128; Baskan, s. 29; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 371-372; Aksi yönde görüş için bkz., Ekin, s. 253.

68 Doğan Yenisey, s. 166; Özdemir, Geçici İş İlişkisi, s. 29; Baskan, s. 28-29.

69 Bu düzenleme ile 5510 sayılı Kanun kapsamında geçici işverenin sorumluluğunun kapsamının genişletildiği yönündeki görüş için bkz., Tatar, s. 2148.

çekicidir. Bu sebeple öğretide 4857 sayılı Kanun kapsamında özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde geçici işverenin, 5510 sayılı Kanun kapsamındaki tüm yükümlülüklerden birlikte sorumluluğunun devam ettiği ifade edilmektedir⁷⁰.

Öğretideki bir başka görüşe göre, geçici işçi çalıştıran işverene sadece mesleki anlamda geçici iş ilişkisi kapsamında geçici işçi çalıştırmaya başladığının Kurum'a bildirmesi yükümlülüğü verilmez; ayrıca şayet geçici işçinin sigorta primleri özel istihdam bürosu tarafından ödenmiyorsa, büro kurulurken alınan teminattan Kurum'un bu alacağı sağlanmalıdır⁷¹.

Kanaatimizce, geçici işçinin sosyal güvenlik haklarının güvence altına alınabilmesi ve kamu menfaati açısından Kurum'un korunması için bu konuya ilişkin Kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin sigorta primlerinden büronun ve geçici işverenin müteselsilen sorumlu olduğu yönünde düzenleme yapmalıdır. Kanun koyucunun işverenlerin primlerden müteselsilen sorumlu olması yönünde bir irade ortaya koymaması halinde ise en azından geçici işverene bir denetleme yükümlülüğü ile mahsup olanağı getirilmelidir. Bir görüşe göre, geçici işverene özel istihdam bürosuna ödeyeceği ücretten asıl işveren-alt işveren ilişkisinde olduğu gibi (İş K. md. 36/son) geçici işçinin kendisinde çalıştığı süre boyunca hak ettiği ücret alacaklarının ödendiğini kontrol etme ve ödenmemesi durumunda özel istihdam bürosunun alacağından mahsup ederek ödeme yükümlülüğü getirilmelidir⁷². Bu görüş çerçevesinde sadece ücretin mahsup edilmesinin değil; ayrıca özel

istihdam bürosu tarafından ödenmeyen sigorta primlerinin de aynı esaslara uygun şekilde mahsup edilerek Kurum'a ödenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca herhalde geçici işverenin, özel istihdam bürosunun geçici işçinin primlerini ödeyip ödemediğini kontrol etmekle yükümlü kılınması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu sayede işçinin hem işçilik hakları hem de sosyal güvenlik hakları ile Kurum'un menfaati korunmuş olur.

2. Geçici İşverenin Yanında Çalışmadığı Durumlarda

Özel istihdam bürosu aracılığıyla çalışan işçinin geçici olarak bir işverenin işyerinde çalıştırılmadığı bir durumda işçinin primlerinin ödenip ödenmeyeceği hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Özel istihdam bürosunun bu dönemde işçiye ücret ödemesi gerekip gerekmediği hususu Kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Bu durum işçinin sigortalılığı açısından da sorun yaratmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, işçi başka bir işverene ödünç verilmediği üç aya kadar olan dönemde de iş görme edimini yerine getirmeye hazır bir şekilde beklemektedir. Bu süreler, çalışma süresinden kabul edilmeli ve işçiye ücreti ödenmelidir⁷³. Bu sebeple, işçinin büro tarafından bu üç aylık dönemde de sigorta primi tam olarak yatırılmalıdır⁷⁴. Ancak doktrinde de belirtildiği üzere, İş Kanunu'nun md. 7/11 hükmü gereğince işçinin fesih hakkının doğduğu andan itibaren işçi, iş sözleşmesini feshetmezse ve taraflarca anlaşılacak şekilde sözleşme askıya alınırsa sözleşmenin askıda olduğu süre boyunca⁷⁵ işverenin sosyal sigorta primi ödeme yükümlülüğü yoktur⁷⁶.

70 Tuncay/Ekmekçi, s. 233; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 246; Güzel/Heper, s. 47; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 128; Yiğit, s. 178-179; Aksi yönde görüş için bkz., Ekin, s. 253; Konuya ilişkin olarak Alman Hukukunda Sozialgesetzbuch IV'ün (Sosyal Kanun 4) 28. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan düzenlemeye göre, geçici işveren ödünç veren işverenin ödemiş olduğu sosyal sigorta primlerinden garantör gibi sorumlu tutulmuştur.

71 Ekin, s. 253.

72 Aynı yönde bkz., Özkaraca, s. 94.

73 Bu konuda geniş bilgi için bkz., II, A, 2.

74 Aynı yönde görüş için bkz., Civan, Ödünç İş İlişkisi, s. 621-622.

75 İşverenin prim ödeme yükümlülüğünün geçici olarak ortadan kalkması, iş sözleşmesinin askıya alınması ile doğrudan ilişkilidir. Bu sürede işveren tarafından sigortaya ücret ödenmediği için işverenin prim ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bkz., Saraç, s. 61-62.

76 Aynı yönde Akyiğit, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 3, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, (İş Kanunu Şerhi), s. 402; İncirlioğlu, s. 41; Özkaraca, s. 67.

Öte yandan özel istihdam bürosu ile geçici işveren arasındaki geçici işçi sağlama sözleşmesinde belirtilen sürenin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisine son verilmez ve geçici işçi çalışmaya devam ederse, Kanundaki düzenlemeye göre geçici işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılmaktadır. Böyle bir durumda ise özel istihdam bürosu, işçinin geçici iş ilişkisinden kaynaklanan ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden sözleşme süresiyle sınırlı olmak üzere sorumludur (İş K. md. 7/13). Öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere, söz konusu duruma ilişkin olarak özel bir düzenleme yapma gereği yoktur. Zira geçici işverenle iş sözleşmesi kurulduğunun kabul edildiği tarih, geçici iş ilişkisi süresinin sona erdiği tarih olduğuna göre, bu tarihten önceki dönemden işveren sıfatını taşıyan büronun sorumlu olması bu tarihten sonra da yeni iş ilişkisi kurulan işveren niteliği kazanan ödünç alan işverenin sorumlu olması ilişkinin doğası gereğidir⁷⁷.

D. İş Kazası ve Meslek Hastalığında Geçici İşçinin Durumu

1. İş Kazasının Sosyal Güvenlik Kurumu'na Bildirilmesi

a. Bildirimi Yapmakla Yükümlü Olan İşveren

5510 sayılı Kanunun 13. maddesine göre, 4/1, a kapsamındaki sigortalının uğradığı iş kazası, işveren tarafından o yer kolluk kuvvetlerine kazanın meydana gelmesinden itibaren derhal, Kurum'a ise en geç üç işgünü içinde bildirilmelidir. Benzer hüküm, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında da yer almaktadır. 5510 sayılı Kanunun 14. maddesine göre meslek hasta-

lığı durumunda ise, 4/1, a kapsamındaki sigortalılar için sigortalının meslek hastalığına tutulduğunun öğrenilmesi veya bu durumun kendisine bildirilmesi üzerine işveren tarafından öğrenildiği günden başlayarak üç işgünü içinde Kurum'a bildirilmelidir.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçinin uğradığı kazanın geçici işverenin iş organizasyonunda meydana geldiği kabul edilmelidir⁷⁸. Ancak burada bildirim yükümlülüğünün kimde olduğunun da ayrıca tespiti gerekir. İş Kanunu'nun 7. maddesinin 9. fıkrasının c bendinde bu durum açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre, geçici işçi çalıştıran işveren, "Geçici işçinin iş kazası ve meslek hastalığı hâllerini özel istihdam bürosuna derhâl, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre ilgili mercilere bildirmekle yükümlüdür (İş K. md. 7/9-c)." Bu düzenleme nedeniyle, geçici işçinin uğramış olduğu iş kazasını bildirme yükümlülüğünün geçici işverende olduğunun kabulü gerektiği söylenebilir⁷⁹. Öğretide bir görüşe göre, bu düzenleme özel istihdam bürosunun iş kazası ve meslek hastalığını Kurum'a bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır⁸⁰. Bununla birlikte *Akyiğit* tarafından, işçiyi ödünç veren işverenin de öğrendiği iş kazasını Kurum'a bildirmekle yükümlü olduğu bununla

78 Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 403; Öztürk, s. 240.

79 Kanunda böyle bir düzenleme bulunmadığı dönemde de öğretide hem geçici işçinin geçirdiği kazadan geçici işverenin daha kısa sürede haberdar olması hem de iş kazasında hazırlanması gereken formların geçici işveren tarafından doldurulmasının daha kolay olacağından dolayı bu yükümlülüğün geçici işverende olmasının daha isabetli olduğu belirtilmiştir. Bkz., Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, s. 153-154; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 405; Erdoğan, Canan: "Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2, S. 2017/2, s. 153.

80 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat'a göre, İş Kanunu md.7/9-c bendinde yer alan hükümden iş kazası ve meslek hastalığının Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirim yükümlüsünün değiştirildiği, diğer bir ifadeyle bu yükümlülüğünün sadece geçici işverene ait olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu durumun Kanunda açıkça düzenlenmesi ve duraksamaları ortadan kaldırılması çok daha isabetli olur. Bkz., Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 244; Aynı yönde bkz., Baskan, s. 35; Özkaraca, s. 92.

77 Özkaraca, s. 76; Hükmün gerekçesinde, bu düzenlemenin özel istihdam bürosu tarafından kötüye kullanılarak özel istihdam bürosunun geçici iş ilişkisi sürecindeki yükümlülüklerinden imtina etmesini engellemek üzere sorumluluğu düzenlendiği belirtilmiştir. Bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss170.pdf> (ET.: 10.01.2020)

birlikte, ödünç veren işverenin haberi olmadığı bir iş kazasını bildirmesi beklenemeyeceği ve bu durumdan da sorumlu tutulmayacağı belirtilmektedir⁸¹.

Kanaatimizce, her ne kadar işçi büro tarafından başka bir işverenin emir ve talimatına verilmişse de büronun işçiyi koruma ve gözetme borcu varlığını devam ettirmelidir. Bu sebeple Kanunda da belirtildiği üzere, geçici işçinin geçici işveren yanında uğradığı iş kazası ve meslek hastalığının geçici işveren tarafından hem büroya hem de Kurum'a bildirilmesi gerekir. Ayrıca, işçinin işvereni özel istihdam bürosu olduğu için büronun herhangi bir şekilde haberdar olduğu iş kazasını ya da meslek hastalığını bildirme yükümlülüğünün devam ettiğinin kabulü gerekir. Fransız Hukukunda da aynı şekilde, bir iş kazasının meydana gelmesi halinde hem geçici işçinin hem geçici iş ilişkisi işletmesinin ve hem de geçici işverenin bildirim yapma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸². Bu anlamda, sorumluluk geçici iş ilişkisi işletmesi ile geçici işveren arasında paylaşılmıştır. Fransız Sosyal Güvenlik Kanunu'nun L. 114-13. ile R. 412-2. maddeleri geçici iş ilişkisi işletmesi ile geçici işverenin bu bildirim yükümlülüklerini düzenlemektedir.

b. Bildirimin Şekli

Bu kapsamda ele alınması gereken bir diğer husus; büro tarafından geçici olarak ödünç verilen işçinin geçici işveren yanında çalışırken uğradığı iş kazasının geçici işveren tarafından Kurum'a ne şekilde bildirileceğidir. Bu konuda 5510 sayılı Kanunda ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde (SSİY)⁸³ açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 31. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Sigortalıyı geçici iş ilişkisi çerçevesinde devralan işveren, müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu yükümlülüklerini sigortalıyı devir aldığı işverenle yapmış olduğu sözleşmeyi Kuruma ibraz etmesi kaydıyla kendisine ve-

rilecek üç haneli numara ile sigortalıyı devir aldığı işverene ait işyeri dosyası üzerinden yerine getirebilir. Sigortalıyı geçici iş ilişkisi çerçevesinde devralan işveren adına işyeri dosyası açılmaz." Bu düzenlemenin meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında işçi çalıştıran geçici işverenler bakımından da geçerli olup olmadığının tespiti gerekir. Zira İş Kanunu'nda yer alan meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinden sonra Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde yer alan söz konusu hükümde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Daha önce belirttiğimiz üzere, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçinin işvereni özel istihdam bürosudur ve Kurum'a en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı gün işyeri bildirgesi vermekle yükümlüdür (SSGSSK md. 11). Büronun işçisini geçici olarak çalıştıran işverenin işyerinde iş kazası meydana gelirse geçici işveren bunu Kurum'a bildirmelidir. Bu bildirim ne şekilde yapılacağına ilişkin mevzuatta bir hüküm bulunmadığı için Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'ndeki hükmün kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda, özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici işçi çalıştıran işveren, büro ile yaptığı sözleşmeyi Kurum'a vererek aldığı üç haneli numara ile büroya ait dosya üzerinden geçici işçinin işyerinde uğradığı iş kazasını Kurum'a bildirebilecektir⁸⁴. Kurum'un bu olanağı geçici işverenlere sadece iş kazası ve meslek hastalığı bildirim yükümlülüğü bakımından değil; 5510 sayılı Kanunun işverene yüklediği tüm yükümlülükler bakımından sağladığının kabulü gerekir⁸⁵.

2. Geçici İşçinin Uğradığı İş Kazasından Sorumluluk

İş Kanunu'nda, her ne kadar geçici işverenin bildirim yükümlülüğü öngörülmüş (İş K. md. 7/9-c) olsa da meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan geçici işveren ve özel

81 Akyiğit, İşçinin Sosyal Güvenliği, s. 32-33; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, s. 401.

82 Odaman, Ödünç İş İlişkisi, s. 326-327.

83 RG.: 12.05.2010, S.: 27579.

84 SSİY md. 31'de yer alan düzenleme, geçici işçiye fazla mesai yaptırılması durumunda ya da ek bir menfaat sağlanması halinde bunun prime esas kazançla ilave edilmesini de kolaylaştırmaktadır. Bkz., Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği, s. 56.

85 Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimleriyle Çalışanların Sosyal Güvenliği, s. 56.

istihdam bürosunun birlikte sorumlu olacağı düzenlenmemiştir⁸⁶. Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrasındaki hükme göre, özel istihdam bürosu işçisine ilişkin 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 4447 sayılı Kanundan doğan yükümlülükler, 4857 sayılı Kanununun 7. maddesi saklı kalmak kaydıyla, özel istihdam bürosu tarafından yerine getirilir. Bu hüküm nedeniyle, özel istihdam bürosunun işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğünün devam ettiğinin kabulü gerekir. Büronun bu yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde geçici işçinin, geçici işverenin işyerinde kaza geçirmesi durumunda, somut olayın özellikleri dikkate alınarak büronun sorumluluğuna gidilebilecektir⁸⁷.

Geçici iş ilişkisi kapsamında işçiyi koruma ve gözetme borcundan her iki işveren de sorumlu olduğu için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayan, bu konuda mevzuatta belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen geçici işverenin, geçici işçinin iş kazası veya meslek hastalığına uğraması⁸⁸ durumunda özel istihdam bürosu ile birlikte sorumlu olacağı kabulü gerekir⁸⁹.

Bu kapsamda ele alınması gereken bir diğer husus, Kurum tarafından sigortalıya ya da hak sahiplerine yapılan ödemelerin kime rücu edileceğidir. 5510 sayılı Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin

başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitiinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır." İş kazasının veya meslek hastalığının meydana gelmesinde hem özel istihdam bürosunun hem de geçici işverenin sorumluluğu bulunuyorsa Türk Borçlar Kanunu'nun⁹⁰ 61. maddesi gereği aynı zarara birlikte sebep olduklarından müteselsil sorumlulukları söz konusu olur⁹¹. Böyle bir durumda Kurum'un yapmış olduğu ödemelere her iki işveren de birlikte katlanabilir⁹². İş kazası ve meslek hastalığı, geçici işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucunda meydana gelmişse Kurum tarafından sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan ödemeler sadece geçici işverene rücu edebilir⁹³.

Fransız Sosyal Güvenlik Kanunu'nun L. 241-5-1. maddesine göre, geçici iş ilişkisi işletmesi (özel istihdam bürosu) tarafından çalıştırılan geçici işçiler için söz konusu olabilecek riskler dikkate alındığında, Kanunun çeşitli maddelerinde öngörülen meslek hastalığı ve iş kazası maliyeti, iş kazasının vuku bulunduğu anda Kanunda belirtilen katkı ödemesine tabi olması halinde kullanıcı işletmeye (işçiyi geçici alan işverene) aittir. Bu işverenin ödeme gücünün bulunması halinde, maliyet tümüyle geçici iş ilişkisi işletmesine ait olacaktır.

E. İşsizlik Sigortasında Geçici İşçinin Durumu

4447 sayılı Kanun'un 50. ve 51. maddeleri uyarınca işçilerin işsizlik ödeneği alma hakkı mevcut olup bu ödeneği alabilmeleri için belirli koşulların gerçekleşmesi gerekir. Kanundaki düzenlemeye

86 Süzek, İş Hukuku, s. 291; Erdoğan, Çağla: İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 121-122.

87 Erdoğan C., s. 121-122; Civan, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, s. 381; Özkaraca, s. 97.

88 Değişik işyerlerinde çalışan özel istihdam bürosu işçisinin meslek hastalığına yakalandığının anlaşılması üzerine, hangi işverene ait işyerinde bu hastalığa yakalandığının tespit edilmesi oldukça zordur. Bkz., Özkaraca, s. 93.

89 Aynı yönde, Güzel/Heper, s. 47; Özkaraca, s. 96-97; Incirlioğlu, s. 39; Öztürk, s. 232; Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 374.

90 RG.: 04.02.2011, S.: 27836.

91 Civan, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, s. 382; Öztürk, s. 244; Özkaraca, s. 97.

92 Engin, Üçlü İlişkiler, s. 23-24; Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, s.154; Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği, s. 61; Odaman/Çavuş, s. 275; Tatar, s. 2155.

93 Engin, Üçlü İlişkiler, s. 23-24; Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, s. 155; Caniklioğlu, Atipik İstihdam Biçimleri, s. 61; Odaman/Çavuş, s. 274-275; Erdoğan C., s. 145.

göre, hizmet akdinin sona erdiği tarihten önceki son üç yıl en az altı yüz (600) gün sigortalı olarak çalışılıp prim ödenmiş olması, iş akdinin feshedildiği tarihten geriye doğru sürekli yüz yirmi (120) gün çalışılarak prim ödenmiş olması ve hizmet akdinin 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 51. maddesinde sayılan hallerden birisine dayalı olarak sona ermiş olması gerekmektedir.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçinin durumunun işsizlik sigortası bakımından bir farklılık yaratıp yaratmadığının ise incelenmesi gerekir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, özel istihdam bürosu ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesi, kural olarak, belirsiz süreli olduğundan⁹⁴ geçici işçinin farklı geçici işverenlerde çalıştığı sürelerin ve bu sürelerde ödenen sigorta primlerinin tamamının dikkate alınacağı hususu göz önünde bulundurulduğunda, geçici işçilerin 4447 sayılı Kanun'un 50. ve 51. maddelerinde belirtilen koşulları sağlamaları hâlinde işsizlik ödeneğinden yararlanacakları açıktır⁹⁵.

Bu çerçevede incelenmesi gereken bir diğer husus da geçici işçinin büro tarafından başka bir işverene ödünç verilmediği durumda işçinin işsizlik sigortasından yararlanıp yararlanamayacağıdır. Özel istihdam bürosunun işçiyi geçici olarak başka bir işverenin emrine göndermediği zaman İş K. md. 7/11 hükmü gereğince işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı doğana kadar iş sözleşmesi varlığını sürdürdüğü için⁹⁶ bu süre boyunca işçinin işsizlik sigortasından yararlanması söz konusu olmayacaktır⁹⁷. Kanunda belirtilen bu üç aylık süre sonunda taraflar anlaşarak iş sözleşmesini askıya alırsa yine iş sözleşmesi devam ettiği için geçici işçi işsizlik sigortasına hak kazanamaz⁹⁸. Ancak taraflar sözleşmeyi askıya almaz ve sözleşme taraflarca sona erdirilirse işsizlik sigortasına hak kazanmak için gerekli şartların gerçekleşmesi halinde işçi işsizlik sigortasına hak kazanabilir.

Böyle bir durumda işçinin başka bir işveren yanında çalıştırılmadığı bu sürelerin, işçinin işsizlik sigortasına hak kazanması için gerekli prim gün sayılarının tespitinde dikkate alınıp alınmayacağına da açıklığa kavuşturulması gerekir. Kanaatimizce, işçinin fesih hakkı doğana kadar geçen üç aylık süre farazi çalışma süresi sayıldığından dolayı⁹⁹ işçinin sigorta primi ödeneceği için bu sürenin prim günü sayılarında dikkate alınması gerekir. İşçinin fesih hakkı doğduğu andan itibaren sözleşme taraflarca askıya alınırsa askı süresi prim ödeme gün sayısı bakımından dikkate alınmaz. Zira bu süre boyunca işveren, işçinin sigorta primlerini ödememektedir. Öte yandan, iş sözleşmesinin askıda olduğu bu süre boyunca işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması da mümkün değildir. Zira iş sözleşmesi varlığını sürdürmektedir.

Öğretide, Kanunda yapılacak bir değişiklik ile özel istihdam bürosu ile işçi arasında sadece ödünç verilme süresiyle sınırlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceğinin önünün açılacağı ya da bu yönde bir uygulamanın geliştirileceği belirtilmiştir. Ancak böyle bir durumda mutlaka geçici işçiyi koruyan düzenlemelerin yapılması gerektiği de vurgulanmıştır¹⁰⁰. Bu görüşe göre, böyle bir durumda İşsizlik Sigortası Kanununda yapılacak değişiklik ile geçici işçiler bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanma koşulları hafifletilerek, işçinin ödünç verilmesi süresinin sona ermesi sebebiyle işsiz kaldığı dönemde işçiyeye belirli bir süre gelir güvencesi getirilebilir. Özel istihdam bürosu tarafından geçici işçilerin belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilebileceği kabul edilirse, işten ayrılmadan önceki son yüz yirmi (120) gün kesintisiz bir şekilde işsizlik sigortası primi ödeme koşulunun bu işçiler bakımından uygulanmaması gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır. Zira belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin dahi kısmen de olsa işsizlik sigortasın-

94 Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz., dn. 28.

95 AYM., 28.02.2018, 2016/141 E., 2018/27 K., §54, RG.: 29.03.2018, S.: 30375.

96 Bu konudaki açıklamalar için bkz., II, A, 2.

97 Çelebi Demir, Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, s. 376.

98 Süzek, Ücretsiz İzinler, s. 127.

99 Bu konudaki açıklamalar için bkz., II, A, 2.

100 Fransa'da 1 Kasım 2019 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 26 Temmuz 2019 tarihli 2019-797 sayılı Kararnamede işsizlik sigortasından yararlanma şartları düzenlenmiştir. Bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2019/7/26/MTRD1919111D/jo/texte#JORFARTI000038830427>, (ET.: 25.02.2020).

dan yararlanmasını güçleştiren bir koşulun büro tarafından belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilen işçiler tarafından yerine getirilmesini beklemek güçtür¹⁰¹.

Sonuç

İş Hukukunun esnekleşmesi ihtiyacından ortaya çıkan istihdam türlerinden biri olan meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi uzun tartışmaların ardından yapılan kanun değişikliği ile İş Kanunu'nda yerini almıştır. Ancak bu durum tartışmaları sona erdirmemiş aksine beraberinde yeni tartışmalar getirmiştir. Bu sorunların temel nedeninin, İş Kanunu'nda yapılan bu değişikliğin diğer kanunlarda doğuracağı sonuçların göz ardı edilmesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinde işçi, büronun işçisidir ve sigortalıdır. Bu durum Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, işçinin geçici olarak başka bir işverenin emir ve talimatına verilmesi, büro ile işçi arasındaki iş sözleşmesini sona erdirmemektedir. Bu nedenle, işveren olan büronun geçici işçiye ilişkin Sosyal Güvenlik Hukuku anlamında doğacak olan yükümlülüklerden sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Aynı şekilde, öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere, bazı durumlarda özel istihdam bürosunun ve işçinin geçici olarak çalıştığı işverenin Sosyal Güvenlik Hukuku bakımından birlikte sorumlu olması mümkündür.

Kanunda özel istihdam bürolarına ilişkin düzenleme yapılırken geçici işçinin büro tarafından başka bir işverene ödünç verilmediği durumda ücrete hak kazanıp kazanmadığı ve bunun bir sonucu olarak bu süre içerisinde sosyal sigorta primlerinin ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse kim tarafından ödeneceği açıkça düzenlenmediği için bu durum İş Hukukunun yanı sıra Sosyal Güvenlik Hukukunda da birtakım sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Oysa ki, Kanunda söz

konusu duruma ilişkin açık bir düzenleme yer alıyorsa, farklı uygulamaların ve geçici işçinin mağduriyetinin önüne geçilmiş olunacağından kanun koyucunun bu hususları dikkate alarak gerekli düzenlemeyi yapması gerektiği görüşündeyiz.

KAYNAKÇA

- Akıntürk Türkmen, Hülya: "İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi", Yargıtay Dergisi, C. 25, S. 1-2, Ocak/Nisan 1999, s. 130-149.
- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş Yayınları, Ankara 1995, (Ödünç İş İlişkisi).
- Akyiğit, Ercan: "Ödünç İşçinin Sosyal Güvenliği", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 13, S. 5, Mayıs 1995, s.12-37, (İşçinin Sosyal Güvenliği).
- Akyiğit, Ercan: İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, 3. Güncelleştirilmiş Geleştirilmiş Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, (İş Kanunu Şerhi).
- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, (İş Hukuku).
- Alpagut, Gülsevil: "Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2006, C. 3, S. 10, s. 569-584.
- Baskan, Ş. Esra: "Türk İş Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. XXI, S. 2, s. 3- 46.
- Benli, Abdurrahman/Yiğit, Yusuf: "4857 sayılı İş Kanunu'na Göre Geçici İş İlişkisi ve Bu İlişkinin Hukuki Sonuçları", Kamu-İş Dergisi, Y. 2006, C. 8, S. 42, <http://kamu-is.org.tr/pdf/841.pdf>, (ET.: 10.10.2019).
- Berenbrinker, Martina: Begrenzungen des Einsatzes von Leiharbeitnehmern, Logos Verlag, Berlin 2017.
- Caniklioğlu, Nurşen: "Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları", Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 121-155, (Geçici İş İlişkisi).

101 Civan, Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi, s. 324-325.

- Caniklioğlu, Nurşen: "İş Kanununda Değişiklik Öngören Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Esnek Çalışma Biçimlerine İlişkin Tasarıların Genel Olarak Değerlendirilmesi", İşveren Dergisi, C. 50, S. 1, 2012, s. 56- 61, (Değerlendirme)
- Caniklioğlu, Nurşen: "Atipik İstihdam Biçimleri ile Çalışanların - Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, Ocak-Şubat 2016, s. 43-78, (Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği).
- Cengiz, Selvinaz: Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Kurulan Geçici İş İlişkisi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.
- Civan, Orhan Ersun: Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, (Ödünç İş İlişkisi).
- Civan, Orhan Ersun: "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 2, 2017, s. 311-397, (Meslek Edinilmiş Ödünç İş İlişkisi).
- Çelebi Demir, Duygu: Karşılaştırmalı Olarak Türk ve Alman Hukukunda Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, (Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi).
- Çelebi Demir, Duygu: "Özel İstihdam Bürolarının Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi Kurma İzni", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 41, 2019, s. 183-205, (Özel İstihdam Büroları).
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Basım, İstanbul 2019.
- Doğan Yenisey, Kübra: Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi, Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 133-171.
- Ekin, Ayşegül: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019.
- Ekmekçi, Ömer: "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2004, C. 1, S. 2, s. 367-400.
- Ekonomi, Münir: "Mesleki Faaliyet Olarak Ödünç (Geçici) İş İlişkisi", Devrim Ulucan'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 231-266.
- Engin, Murat: "Atipik İstihdam Biçimleri ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (Özellikle Ödünç İş İlişkisi ve Evde Çalışma)", Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 117-132, (Atipik İstihdam).
- Engin, Murat: "Üçlü İş İlişkileri", III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s. 12-26, (Üçlü İş İlişkileri).
- Erdoğan, Canan: "Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2, S. 2017/2, s. 127-158.
- Erdoğan, Çağla: İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Güzel, Ali/Heper, Hande: "Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama!... Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/1, s. 11-58.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Basım, İstanbul 2020.
- Hekimler, Alpay: "Avrupa Birliği'nde Mesleki Anlamda Ödünç Çalışma İlişkisi ve Türkiye İçin Değerlendirmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 29, 2013, s. 253-265.
- Heper, Hande: "Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi ile İlgili Yargıtay Kararının İncelenmesi", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2014, s. 177-190.

- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank: Arbeitsrecht Band I, Individualarbeitsrecht, 7. Aufl., Springer, Berlin 2018.
- İnciroğlu, Lütfi: "Özel İstihdam Büroları Aracılığı ile Geçici İş İlişkisi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 135, 2017, s. 29-44.
- Junker, Abbo: GrundkursArbeitsrecht, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013.
- Kämmerer, Jörn Axel/Thüsing, Gregor: Leiharbeit und Verfassungsrecht, Duncker&Humbolt Verlag, Berlin 2005.
- Kabakçı, Mahmut: "5920 sayılı Kanunun Ödünç İş İlişkisi Hakkında Veto Edilen Hükmünün AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/4, s. 73-11.
- Karadeniz, Oğuz: "Geçici İş İlişkisi ile Çalışanların Sosyal Güvenliği", Yaklaşım Dergisi, Y. 11, S. 132, 2003, s. 209-214.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1 Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, LYKEION Yayınları, Ankara 2019.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. neubearbeitete Aufl., C. H. Beck, München 2017, (ErfK/Bölüm Yazarı).
- Nazlı, Seçkin: Özel İş Aracılığı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, (Özel İş Aracılığı).
- Nazlı, Seçkin: "İş Kanununda Düzenlenen Mesleki Anlamda Geçici İş İlişisine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (1), Bahar 2016, s. 49-168, (Geçici İş İlişkisi).
- Odaman, Serkan: "Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 36, 2016, s. 41-61, (Ödünç İş İlişkisi Uygulaması).
- Odaman, Serkan: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul: Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, (Ödünç İş İlişkisi).
- Odaman, Serkan/Çavuş, Ö. Hakan: "İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 249-277.
- Öktem Songu, Sezgi: Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007.
- Özdemir, Erdem: "Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl?", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 18, 2010, s. 20-32, (Geçici İş İlişkisi).
- Özdemir, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, (İş Sağlığı ve Güvenliği).
- Özkaraca, Ercüment: "Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2016 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2018, s. 53-102.
- Öztürk, Berna: "Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 207-256.
- Péliissier, Jean/ Supiot, Alain/ Jemmaud, Antoine: Droit du Travail, 23e édition, Paris 2006.
- Saraç, Coşkun: İşverenin Prim Ödeme Yükümlülüğü, Türkiye İşçi Emeklileri Cemiyet Yayınları, Ankara 1998.
- Sözer, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019.
- Süzek, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Savaş Yayınları, Ankara 1989.
- Süzek, Sarper: "İş Akdinin Türleri", Mercek Dergisi, Y. 6, S. 22, Nisan 2001, s.17-35, (İş Akdinin Türleri).
- Süzek, Sarper: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜHFD, Prof. Dr. Ünal Narmancıoğlu'na Armağan, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 115-133, (Ücretsiz İzinler).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, (İş Hukuku).
- Şahlanan, Fevzi: "Genel Hükümler ve Temel

Kavramlar”, İstanbul Barosu/ Galatasaray Üniversitesi 2003 Yılı Toplantısı: 2, Yeni İş Yasası Sempozyumu (30 Mayıs-31 Mayıs Galatasaray Üniversitesi), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s. 25-39.

- Şen, Murat: “Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi”, MÜHFD, C. III, S. 1, 2014, s.13-23.
- Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek: “Mesleki Anlamda Ödünç İş İlişkisi”, Kamu-İş Dergisi, Y. 2013, C. 13, S. 1, s. 1-8.
- Tatar, Gülsüm: “Sosyal Güvenlik Hukukunda Mütessesil Sorumluluk”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/4, s. 2133-2170.
- Tuncay, A. Can: “İş Kanunu Tasarısındaki Ödünç İş İlişkisi ve Eleştirisi”, Mercek Dergisi, Y. 8, S. 30, Nisan 2003, s. 56-76.
- Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019.
- Tuncay, A. Can/Savaş, F. Burcu: “Özel İstihdam Büroları Gerçek ve Çağdaş Fonksiyonlarına Artık Kavuşmalıdır”, Mercek Dergisi, Y. 12, S. 48, Ekim 2007, s. 66-77.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018.
- Ulber, Jurgen: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Kommentar, 5. Aufl, Bund Verlag, Frankfurt am Main 2017.
- Ulrici, Bernhard: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Handkommentar, Nomos Verlag, Leipzig 2017.
- Uşen, Şelale: Avrupa Birliği’nde Ödünç İş İlişkisi ve Ödünç Emek Büroları: İtalya Uygulaması ve Türkiye, Türkiye Tekstil Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, İstanbul 2016.
- Yiğit, Esra: Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Dr. Öğr. Üyesi Pelin TUAÇ YILMAZ*

Makale Gönderim Tarihi: 18 Mayıs 2020

Makale Kabul Tarihi: 27 Mayıs 2020

Uzaktan Çalışmanın Bir Türü Olarak Evde Çalışma**

Öz

Meydana gelen ekonomik, teknolojik ve sosyal gelişmeler, yeni çalışma biçimlerini de beraberinde getirmiştir. Ortaya çıkan yeni çalışma biçimleri, klasik çalışmanın aksine zaman ve işyeri açısından esnekleştirilmiş çalışma şekillerini içermektedir. En bilinen atipik çalışma türlerinden olan evde çalışmanın da Türkiye’de yaygın uygulama alanı bulunduğu, ekonomik ve teknolojik değişimin etkisiyle içeriğinin yenilediği bir gerçektir. Türkiye’de evde çalışanlar büyük ölçüde iş ve sosyal güvenlik hukukunun kapsamı dışında bırakıldığından çalışanların gelir güvencesi bu durumdan olumsuz etkilenmektedir.

Mevzuatımız bakımından evde çalışma “Evde

Hizmet Sözleşmesi” başlığı altında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunumuzun 461-469 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca 4857 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesine 2016 yılında 6715 sayılı Kanun ile eklenen fıkralar uyarınca, “evde çalışma”, “uzaktan çalışma” üst başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Çalışmamızın amacı, Türkiye’de evde çalışanların iş hukuku karşısındaki durumunu incelemektir. Bu amaç doğrultusunda, evde çalışmanın hukuksal özellikleri belirlenmelidir. Ayrıca evde çalışma modelinin ortaya çıkardığı sorunlara, 4857 sayılı İş Kanunu ile karşılaştırma yapılarak çözüm getirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Uzaktan çalışma, evde çalışma, tele çalışma, atipik çalışma.

Working from Home As a Type of Remote Work

Abstract

The economic, technological and social developments brought about new forms of work. Emergence of new forms of work involves flexible forms of work in terms of time and work place contrary to the classical work. It is a fact that working from home, one of the

most well-known type of atypical works, has found widespread application area in Turkey and its content is renewed due to economic and technological change. In Turkey, home workers are largely excluded from the scope of labor and social security law, therefore the

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı- pelin.tuac@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3912-2569

** 09-11 Mayıs 2012 tarihinde DEÜ Uluslararası Kadın Konferansı’nda sunulan bildirinin genişletilmiş, kadın istihdamı bölümü çıkarılıp, güncel mevzuat değişiklikleri, yargı kararları ve tartışmalar eklenerek makale haline getirilmiş özgün biçimdir.

income security of the employees is negatively affected.

In our legislation, home-work is regulated under the title of "Home Worker Employment Contract" in the Turkish Law of Obligations numbered 6098, between the articles 461–469. In addition, according to the paragraphs added to the 14th article of the Labor Law numbered 4857 with the Law numbered 6715

in 2016, "Home Work" was rearranged under the heading "Remote Work". The aim of our study is to examine the position of the workers who work at home, in view of the labour law in Turkey. For this purpose, the legal characteristics of work at home should be determined. In addition, the problems posed by home-work model will try to be solved, by comparing with the Labour Law No. 4857.

Keywords:

Remote work, working from home, tele work, atypical work.

Giriş

19. yüzyılda sanayi devrimi sonucu kurulan büyük ölçekli işletmelerde artan istihdam talebi sonucu şekillenen klasik istihdam biçimi, İş Hukukunun gelişimine paralel bir gelişim göstermiştir¹. Klasik istihdam modelinin yapılandırılmasında, işçinin iş görme edimini işverenin yönetimi altında ve bir işyerinde tam gün süreyle ifa ettiği çalışma biçimi esas alınmıştır². Böylece klasik istihdam modelinin temel özelliğini çalışma yerinin işyeri olması oluşturmuştur. İş hukuku mevzuatımız ise ileride söz edeceğimiz kişisel-hukuksal bağımlılığa dayanan klasik istihdam modeline göre şekillenmiştir.

Özellikle 1970'li yıllardan itibaren meydana gelen ekonomik, teknolojik ve sosyal gelişmeler klasik istihdam modeli yanında atipik istihdam şekillerinin de ortaya çıkmasına sebep olmuştur³. Söz konusu gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkan yeni istihdam modelleri, İş Kanunu'nda (İK) da yer alan belirli süreli iş sözleşmesi, kısmi süreli çalışma,

ödünç iş ilişkisi olarak sayılabilir. Klasik istihdama uymayan ve 2016 yılından itibaren İş Kanunu'nda düzenlenen çalışma şekilleri ise "evde çalışma"⁴ ve "tele çalışmadır". Atipik istihdam modellerinde klasik istihdamda mevcut bazı özelliklerden uzaklaşmanın söz konusu olduğu görülmektedir. Özellikle evde çalışma sisteminde, fabrika veya işyeri gibi mekânlar dışında ve genellikle işçilerin kendi evlerinde iş görülmektedir. Ancak ayırt edilmesi gereken husus, 1980'lerden sonra teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan "tele-çalışma"nın da bir bölümünün çalışanın teknolojik vasıtalar kullanılarak kendi evinde veya belirlenen özel bir mekânda yapılmasıdır⁵. Tele çalışmayı ev çalışmasından ayıran bu özellik nedeniyle incelememizde ele alacağımız evde yapılan çalışma, evde yapılan tele çalışmayı içermeyecektir.

6715 sayılı Kanun ile İş Kanunu'na eklenen düzenlemelerde, evde çalışma ve tele çalışma "uzaktan çalışma" kavramı altında birlikte düzenlenmiştir. Bu sebeple, çalışmamızda özellikle 6715 sayılı Kanun ile değişik İş Kanunu m. 14/IV-VII hükümleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) evde hizmet

1 Özdemir, Burhan: "Ev Çalışması", Kemal Oğuzman'a Armağan. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, s. 127.

2 Engin, Murat.: Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. Ankara 2000, s. 269.

3 Engin, s. 269; Güzel, Ali: "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 1997, s. 84.

4 Bu tür çalışma "eve iş verme", "ev sanayii" veya "eve iş verme sistemi" olarak da isimlendirilmektedir (Eyrenci, Öner/Bakırcı, Kadriye: Dünyada ve Türkiye'de Evde Çalışma ve Eve İş Verme, İTO Yayınları 2000, s. 24; Lordoğlu, Kuvvet: İş Verme Sistemi İçinde Kadın İşgücü Üzerine Bir Alan Araştırması, Friedrich Ebert Vakfı, İstanbul 1990,11).

5 Martino, Vittorio Di/Wirth Linda: Telework: A New Way of Working and Living. International Labour Review, 129 (5), 1990, s. 529; Özdemir, s. 128.

sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri arasındaki ilişki ele alınacaktır.

Yeni çalışma biçimlerinin bir diğer özelliği, çalışanların işyeri dışında kısa süreli çalıştıkları için işçi topluluğu ile bütünleşememesidir. Çalışanların birbirinden soyutlanması ise örgütlenme ve toplu sözleşme haklarının olumsuz etkilenmesine sebep olmaktadır.

Evde çalışmanın özellikle evde yaşamak zorunda kalan-ev kadınları, engelliler vb.- için düzenli bir istihdam seçeneği ve evde kalarak gelir etme yolu olması, evde çalışmaya talebi giderek arttırmaktadır. Evde çalışanların evde çalışmayı tercih etmelerinin bir nedeni de kendilerini bağımsız hissetmelerinden kaynaklanmaktadır⁶. İşverenler ise genel giderleri ve işgücü maliyetini azalttığı gerekçesiyle evde çalışma modelini tercih etmektedir. Ancak evde çalışmanın düşük ücret ve kötü çalışma koşullarına yol açtığı da bir gerçektir. Ayrıca evde çalışanlar işyeri dışında çalıştıkları ve çalışanlardan soyutlandıkları için işverenle pazarlık şansına da sahip değildir. Özellikle çok düşük ücretlerle çalışmayı kabul etmek zorunda kalan evde çalışanların kayıtlı istihdama dâhil olduklarını söylemek de çok güçtür.

Bugüne kadar yapılan pek çok araştırma, evde çalışanların büyük çoğunluğunu kadınların oluşturduğunu doğrulamaktadır. Bu sebeple evde çalışma ev işi veya ev hizmetleriyle karıştırılmaktadır⁷. Önemle belirtelim ki, çalışmamıza konu olan evde çalışma kavramının "ev hizmeti" başlığı altında tanımlanan evin günlük yaşayışı için yürütülen hizmetlerle bir ilgisi yoktur.

Evde çalışma kapsamında ev içinde yapılan

6 Eyrenci/Bakırcı, s. 7.

7 Türk Borçlar Kanunu'nda ev işlerinde/hizmetlerinde çalışma "Ev düzeni içinde çalışma" olarak şöyle düzenlenmiştir (m. 418): "İşçi işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür."

İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörmeye edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır.

İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür."

işler özellikle dokuma, hazır giyim ve paketleme işlerinde yoğunlaşmaktadır⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun gerekçesinde de evde çalışılan alanlara örnek olarak işçinin, bir mağaza için, kendi evinde giysi dikip vermesi, ürün paketlemesi gösterilmiştir⁹. Ayrıca, firmalara örgü, nakış, tekstil ürünlerinin temizliği, tamamlanması, çeşitli elektronik aksamın montajı, çeşitli ürünlerin ambalajlanması, oyuncak yapımı gibi işler de örnek olarak sayılabilir¹⁰. Evde çalışma, günümüzde geleneksel olarak başvurulduğu alanların dışında, reklamcılık, çeviri, programcılık gibi çalışma alanlarına da yayılmıştır¹¹. Bunun yanında özellikle yayın sektöründe dizgi işlerinin yaptırılması da, geniş ölçüde evde çalışma sistemine dayanmaktadır. Çalışmamızda, evde çalışma istihdam modelinde yapılan söz konusu işlerin taşıdıkları özellikler ve tâbi oldukları Kanun hükümleri dikkate alınarak, tarafların hak ve yükümlülükleri ile iş sağlığı ve güvenliği uygulamaları ele alınacaktır.

I. Evde Çalışma Kavramı ve Benzer Kavramlardan Farkı

A. Evde Çalışma Kavramı

Geçmiş sanayi devrimi öncesine dayanan ve

8 Centel, Tankut: "Türkiye'de Yeni İstihdam Türleri ile İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi" ("Yeni İstihdam Türleri"), Çalışma Hayatında Esneklik/ Flexibilität im Arbeitsleben, İzmir 1994, s. 245; Tuncay, A. Can: "Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme", Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler, ÇMİS, Ankara 1995, s. 73.

9 Alp, Mustafa: "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011, s. 795; Aydın, Ufuk: "Tele Çalışma ve Tele Çalışma Avrupa Sözleşmesi", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, s. 356; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 2018, İstanbul, s. 276.

10 Civan Ersun Orhan: İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 26, 2010, s. 528; Keskin, Doğan: "Kısmi Süreli ve Ev Eksenli Çalışmada Kadının Yeri ve Sorunları", İş Müfettişleri Derneği II. Çalışma Yaşamı Kongresi, Ankara 2008, s. 215; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 410.

11 Civan, s. 528; Kandemir, Murat: İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 75; Keskin, s. 215.

atipik istihdam modeli olan evde çalışma kavramına ilişkin çeşitli tanımlar yapılabilmektedir. Söz konusu tanımlara göre evde çalışma, bir işveren veya aracı için işçinin kendisinin seçtiği bir yerde genellikle de kendi evinde, yalnız veya aile üyeleri ile birlikte işverenin doğrudan bir yönetim/denetimi olmaksızın ücret karşılığı bir malın üretilmesi veya bir hizmetin sunulmasıdır¹².

Öğretide yapılan tanımın dışında evde çalışmanın Türk Hukukunda yer alan düzenlemelerde nasıl tanımlandığını da incelemek gerekmektedir. Evde çalışma kavramı Türk Borçlar Kanunu'na kadar ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşturulamamıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 322. maddesindeki düzenlemeden evde çalışma kavramına ilk kez yer verildiğini görebiliyoruz. Söz konusu hükme göre, "İşçi parça üzerine yahut götürü çalışıp da iş sahibinin nezareti altında bulunmaz ise işlenen madde ve işin akit mucibince icrası noktasından mesuliyeti hakkında istisna akdine dair hükümler, kıyasen tatbik olunur".

Evde çalışma ile ilgili diğer bir hüküm, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4/I-d bendinde yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, bir ailenin üyeleri veya üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dâhil) hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde çalışanlar İş Kanunu kapsamı dışındadırlar.

Evde çalışma ile ilgili yapılan en ayrıntılı düzenleme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda¹³ "Evde Hizmet Sözleşmesi" başlığı altında yer almaktadır. Kanunun 461. maddesinde evde hizmet sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Söz konusu tanıma göre, evde hizmet sözleşmesi işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile üyeleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir.

Son olarak, 6715 sayılı Kanunla¹⁴ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine eklenen hükümde ise uzaktan çalışma tanımlanmıştır. Şöyle ki, "İşçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi" uzaktan çalışmayı ifade etmektedir. Kanun maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, evden çalışma ve tele çalışma biçimlerini uzaktan çalışma adı altında birleştirilerek tanım yapılmıştır¹⁵, ¹⁶. Ancak söz konusu düzenlemenin ağırlıklı olarak tele çalışma kavramını açıkladığı da ortadadır¹⁷. Doktrinde de belirtildiği üzere, maddede uzaktan çalışmanın bir türü olarak belirtilen tele çalışmanın evden yapılması, tele çalışmayı geleneksel anlamdaki evde çalışma haline getirmeyecektir¹⁸.

Çalışmamızda şimdiki kadar yer verilen evde çalışma ile ilgili genel bilgiler yanında, uluslararası sistemlerde de evde çalışmanın nasıl tanımlandığına değinilmesi gerekmektedir.

B. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Evde Çalışma Kavramı

Uluslararası Çalışma Örgütü 1996 yılında evde

12 Civan, s. 528; Gülver, Ender: "Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHF C.I, XXII, S.2, 2014, s. 106; Koç, Yıdırım: Eve İş Verme, Ankara 2001, s. 7, Özdemir, s. 129; Süzek, s. 276; Tuncay, s. 73; Villegas Schneider de G.: Home Work: a Case for Social Protection", International Labour Review, 129 (4), 1990, s. 425.

13 Resmi Gazete, 04.02.2011, 27836.

14 İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Resmî Gazete, 20.05.2016, 29717)

15 <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanun-maddeleri?pkanunlarno=194519&pkanunnumarasi=6715>.

16 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal'a göre, İş Kanunu madde 14'te yer alan uzaktan çalışma kavramı sadece tele çalışmayı düzenlemektedir. Evde çalışmaya, İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Çünkü İş Kanunu m. 1/II'de yer alan "Bu Kanun, 4. maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine... faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır" hükmünden hareketle, evin işyeri tanımına uymadığı ifade edilmiştir. Borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmesine ilişkin maddelerinde hüküm bulunmaması halinde TBK m. 469'a göre hizmet sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı da ayrıca belirtilmiştir (Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I, Ankara 2019, s. 133).

17 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, Eylül 2017, İstanbul, s. 194.

18 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 194; Süzek, s. 276; Dulay Yangın, Dilek: Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Ankara 2016, s. 63-64.

çalışanları korumayı amaçlayan 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesini¹⁹ ve aynı tarihli 184 sayılı Evde Çalışma Tavsiye Kararını²⁰ kabul etmiştir. 177 sayılı sözleşme henüz on ülke²¹ tarafından onaylanmıştır. Türkiye henüz söz konusu sözleşmeleri onaylamamıştır.

177 sayılı sözleşme ve 184 sayılı tavsiye kararına göre, evde çalışma, ulusal yasa, tüzük ve mahkeme kararları uyarınca bağımsız çalışma için gerekli olan özerklik ve ekonomik bağımsızlığı sahip olmayan kişi tarafından,

(i) işverenin işyeri dışında belirlediği diğer yerlerde veya kendi evinde,

(ii) ücret karşılığında,

(iii) malzeme, donanım ve diğer girdilerin, kendisi, işveren veya aracı tarafından temin edilmesine bakılmaksızın, işverenin belirlediği bir mali veya hizmeti üreten kişinin çalışması şeklinde tanımlanmıştır²².

Evde çalışanlar, “işyeri dışında çalışanlar”, “ev temelli çalışanlar” veya “parça başına çalışanlar” olarak adlandırılmaktadır. Ancak evde çalışmayla aynı anlama gelen “işyeri dışında çalışanlar” dışındaki terimler evde çalışmanın farklı yönlerini vurgulamakta fakat evde çalışanlar kategorisini tam olarak tanımlamaya yeterli olmamaktadır²³.

Uluslararası Çalışma Örgütü evde çalışanın iş görme edimini ifa edeceği yeri belirlerken kişinin kendi evi ile sınırlandırmamış, işverenin işyeri dışında kendi seçtiği herhangi bir yeri de evde çalışma kapsamına dâhil etmiştir. Sözleşmede yer alan söz konusu tanımın evde çalışma kavramını genişlettiği ve tele çalışmayı da içerdiği düşünül-

lebilir²⁴. Ancak sözleşmede tanımlanan evde çalışma daha çok imalat sanayiinde, tekstil sektöründe veya ambalaj ve zarf doldurma gibi servis işlerinde uygulanan geleneksel ev çalışmasını ifade etmektedir²⁵.

Anılan sözleşmeye göre işveren ise, doğrudan ya da –ulusal mevzuatta aracı olsun ya da olmasın- bir aracı yoluyla, iş organizasyonu ile ilgili olarak, eve işveren gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus, UÇÖ sözleşmesinde düzenlenen işveren tanımında yer alan araçlarla ilgili düzenlemelerdir. Yukarıda da değindiğimiz üzere işveren tanımlanırken araçların ulusal mevzuatta düzenlenmiş olup olmadıklarına bakılmaksızın işverenlik sıfatının tespit edileceği belirtilmiştir. Sözleşmenin 8. maddesinde evde çalışmada aracı kullanılmasına izin verildiği hallerde, işverenin ve araçların kişisel sorumluluklarının, ulusal uygulamalara uygun olarak yasa yoluyla veya mahkeme kararlarıyla belirleneceği hükmüne yer verilmiştir²⁶.

Evde çalışma sisteminde işverenler tek tek evde çalışanlarla muhatap olmak yerine ekip başı olarak adlandırılan araçlarla çalışmayı tercih etmektedirler. Araçlar evde çalışanın işverenden iş almasını ve işi teslim etmesi konusunda araya girerek evde çalışma sistemine dâhil olmaktadır. Ancak araçlar evde çalışanları iş sözleşmesiyle çalıştırmazlar ve onların edimlerini de taahhüt etmezler. Genellikle gördükleri hizmetin karşılığı olarak işverenden parça başı ücret alırlar²⁷. Sayılan sebepler dolayısıyla, araçların alt işveren veya takım kılavuzu olarak nitelendirilmeleri de mümkün değildir.

Türk Borçlar Kanunu’nun 404. maddesinde yer alan düzenleme, araçların işçi olarak kabulüne dair hükümler içermektedir. “Aracılık ücreti” başlı-

19 http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:130170109754293::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C177:NO#A18 (15.05.2020).

20 http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:1370322074981373::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R184:NO (15.05.2020).

21 15.05.2020 tarihi itibarıyla onay tarihine göre söz konusu devletler sırasıyla, Hollanda, İrlanda, Finlandiya, Arjantin, Arnavutluk, Bulgaristan, Bosna –Hersek, Tacikistan, Belçika, Kuzey Makedonya’dır. (https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312322 (15.05.2020)).

22 Kandemir, s. 75.

23 Eyrenci/Bakırcı, s. 25.

24 Civan, 530; Kandemir, 77; Soysal, Tamer: “Tele Çalışma”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 9, Cilt: 1, 2006, s. 147.

25 Soysal, s. 147.

26 Eyrenci/Bakırcı, s. 47.

27 Centel, s. 245; Civan, s. 530; Dulay Yangın, s.133-135; Kandemir, s. 77; Özdemir, s. 145.

ğını taşıyan ve beş fıkradan oluşan 404. maddede belli işlerde aracılık yapması hâlinde işçiye ödenecek ücret düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, işçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödenmesi kararlaştırıldığı takdirde, işçinin istem hakkının, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulduğu anda doğacağı belirtilmektedir. Ayrıca maddenin dördüncü fıkrasında, işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü sözleşmeyle getirilmemişse, işverenin ücretin muaccel olduğu her dönem için, işçiye yazılı hesap verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'nda yer alan bu düzenleme ile evde çalışmada kullanılan araçların işçi olarak kabul edileceği sonucuna varılmaktadır.

C. Evde Çalışma Kavramının Benzer Kavramlardan Farkı

1. Benzer Kavramlardan Farkı

Evde çalışma, özellikle ev hizmeti kapsamındaki çalışmayla karıştırılmaktadır. Ev hizmeti olarak bilinen çalışma, bir evin günlük yaşayışı için yürütülen hizmet olarak tanımlanabilir²⁸. Dolayısıyla ev hizmetlerinde çalışanlar, evin sahibi ya da kiracısı için iş görmektedir²⁹. Ev hizmetlerinde çalışanlar genellikle, aşçı, şoför, çocuk bakıcısı gibi bedeni çalışmayı gerektiren ya da hastabakıcı, özel sekreter, özel ders verenler gibi fikri çalışmayı gerektiren işleri görebilirler³⁰. Bir örnekle açıklamak gerekirse, işverence satılması amacıyla evinde yiyecek hazırlayan işçiler evde çalışan kapsamında değerlendirilecektir. İş görme edimini yerine getirdiği ev sahibi veya kiracıları için yiyecek hazırlayan işçiler ise ev hizmetlerinde çalışanlar olarak kabul edilecektir³¹.

Ev çalışmasında karşılaşılan diğer bir sorun, evde çalışanın alt müteahhit ve bağımsız çalışandan ayırt edilmesidir. Alt müteahhitlik ilişkisinden farklı olarak evde çalışmada çalışan işi bitirdiğin-

de, ürünün kalitesine bakılmaksızın, tespit edilmiş ücreti alır. Oysa müteahhidin yaptığı iş işverenin önceden belirlediği kalitede değilse ödenecek ücrette değişiklik söz konusu olabilir³². Evde çalışmanı bağımsız çalışandan ayıran unsur ise şudur: Ev çalışmasında ev çalışması yapan ortaya çıkan ürünü doğrudan tüketiciye, pazara arz etmemektedir. İş bitince kendisinden bu işin görülmesini isteyen kişiye teslim etmektedir. Oysa bağımsız çalışanlar, ürünü evde üretse bile, ürettiği ürünü doğrudan tüketiciye pazarlamaktadır³³.

2. Tele Çalışmadan Farkı

Evde çalışan, bir veya birden fazla işveren için kendi evinde veya seçtiği bir çalışma yerinde yalnız veya aile üyeleri ile birlikte ücret karşılığı mal ve hizmet üreten kişidir³⁴. Tele çalışan ise, teknolojik araçları kullanmak suretiyle, evde ya da tele çalışma için özel olarak düzenlenmiş tele merkezlerde ya da gezici olarak mal veya hizmet üretme işini yerine getiren kişidir. Örneğin evde ücret karşılığı çeviri yaparak evde çalışma kapsamında çalışan bir kişinin ara sıra bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanması, çevirileri işverene elektronik posta yoluyla göndermesi çalışmanın tele çalışma olarak kabulünü gerektirmeyecektir. Eğer çalışan evinden internete bağlanarak işveren ile yurtdışındaki müşteriler arasında iletişimi sağlamak amacıyla çeviri hizmeti sunuyorsa bu takdirde tele çalışmanın bulunduğu sonucuna ulaşılabilecektir³⁵.

Evde yapılan çalışmalarda, parça başına çalışma yapılmakta ve ücret de parça başına ödenmektedir³⁶. Oysa tele çalışmada çoğu zaman işin niteliği zamana göre ücret ödenmesini olanaklı kılmaktadır.

28 Gülver, s. 106; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 410.

29 Civan, s. 529.

30 Karadeniz, s. 178.

31 Civan, s. 529.

32 Ruiz Vega, Luz: "Home Work: Towards a New Regulatory Framework?" International Labour Review. 2, 1992, s. 202.

33 Ruiz, s. 202.

34 Engin, s. 270; Süzek, s. 195.

35 Civan, s. 537.

36 Engin, s. 271; Özdemir, s. 144-145; Uşan, Fatih: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara, 2003, s. 61.

II. Evde Çalışanların Hukukî Konumları

A. Genel Olarak

Bir işverene bağlı olarak fakat işverenin denetimi olmaksızın ve işyeri dışında iş görmeyen, evde çalışmanın ayrıcalığı özelliği olması, ev çalışanın hukukî niteliği konusunda farklı yaklaşımlara sebep olmuştur. Öğretide ev çalışanları "müteahhit" ya da "alt müteahhit", bazı yazarlarca "işçi benzeri" ve kimilerince de "işçi" olarak nitelendirilmiştir³⁷. Öğreti ve uygulamadaki söz konusu çelişkiler, evde çalışma kavramının yasayla düzenlenmesi gereğinin önemini göstermiştir.

Evde çalışma kavramı kapsamında değindiğimiz tanımlara bakıldığında genel olarak söz konusu ilişkilerde çalışanların işçi sıfatına sahip olduğu görülmektedir. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 177 nolu sözleşmesinde evde çalışma tanımı yapılırken, çalışmanın bağımsız çalışma olarak nitelendirilebilecek kadar özerk ve ekonomik bağımsızlığa sahip olmayan kişi tarafından yapılması gereği vurgulanmıştır. Söz konusu düzenleme göz önüne alındığında, evde çalışanların işçi olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmede adı geçen bağımsız çalışan kavramını açıklığa kavuşturmanın ulusal hukuklara bırakılması belirsizlik yaratmaktadır. Buna göre, ancak her ülkenin ulusal mevzuatına göre bağımsız çalışan olarak görülmeyen kişiler, evde çalışan olarak kabul edilebilecektir³⁸.

B. İşçi Benzeri

Evde çalışanların hangi hukukî statüye tâbi olarak çalıştığının belirlenmesinde öncelikle taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinden ve söz konusu bağımlılık ilişkisinin düzeyinden hareket edilmelidir. Ancak bazı ülkelerde yasa koyucular hukukî statüsünün tespitinde tereddüt bulunan evde

çalışanlar için özel bir düzenleme ile "işçi benzeri" kategorisini oluşturmuşlardır³⁹. Fransa ve Almanya'da kabul edilen söz konusu uygulamalarda evde çalışanların işçi benzeri olarak nitelendirilmesinin sebebi, çalışanların ekonomik bağımlılık altında çalıştıkları için bağımsız çalışan niteliği, kişisel bağımlılık altında olmadıkları için de işçi niteliği taşıyamamalarıdır⁴⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir kişinin bağımsız çalışan olarak nitelendirilebilmesi için üretim araçlarının maliki olması yanında kâr ve zararın da kişinin kendisine ait olması gerekmektedir⁴¹. Bağımsız olarak çalışan kişi müşterilerini kendisi seçmekte ve ürünün piyasa fiyatını dilediği gibi belirleme serbestisine sahip olmaktadır⁴².

C. Bağımlılık İlişkisi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bağımlılık ilişkisi evde çalışanların işçi mi yoksa bağımsız çalışan mı oldukları yönünde yapılacak bir değerlendirmede belirleyici rol oynamaktadır. İş sözleşmesindeki bağımlılık ilişkisi, işverenin işçiye emir ve talimat verebilme imkânına sahip olduğu haller mevcuttur. Tele çalışmada işveren tarafından, telefonla, faksla ve internet yoluyla emir ve talimat verilmesi olanağı bulunduğundan, bağımlılık ilişkisinin daha sıkı olduğu söylenebilir. Tele çalışmadan farklı olarak evde tekstil, hazır giyim, halıcılık, paketleme gibi el emeği yoğun işlerin yapıldığı durumlarda işçi üzerindeki yönetim ve denetim yetkisinin zayıflaması bağımlılık ilişkisinin de zayıflamasına neden olmaktadır. Evde çalışma modelinde işverene bağımlılık ilişkisi tele çalışmadaki kadar sıkı olmasa da kurulan ilişkide bağımlılık unsurunun dışlandığı sonucuna varıla-

37 Engin, s. 271; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 410; Özdemir, s. 130.

38 Civan, s. 542; Turan, Ercan/Pakin-Akın, Ebru: "Ev Ekseni Çalışanların Sosyal Güvenliği Üzerine Değerlendirmeler", SİCİL, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, s. 189.

39 Başterzi, Süleyman: "Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi", Ankara 2007, s. 27; Engin, s. 273-274; Tuncay, s. 72-73.

40 Alp, s. 815; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 196; Civan, s. 545; Däubler, s. 148; Engin, s. 275-276; Gülver, s. 107; Özdemir, s. 148-150; Ray, Jean-Emmanuel/Rojot, Jacques: "A Comparative Study of the Impact of Electronic Technology on Workplace Disputes: National Report on France", Comp. Labor Law&Pol'y Journal. 24, 2005, s. 120; Uşan, s. 87.

41 Güzel, s. 98.

42 Civan, s. 547; Engin, s. 274.

mamaktadır⁴³.

Hukukî/kişisel bağımlılığın belirlenmesinde değerlendirilmesi gereken, işverenin gözetimi, denetimi ve onun talimatına uygun olarak işin görülmesi gerekliliğinin yanında, işverenin iş organizasyonu kapsamında iş görülmesidir⁴⁴. Bu takdirde çalışanlar işçi olarak nitelendirilebilecektir.

Evde hizmet sözleşmesi ile çalışan kişi ise, işverenin denetimi dışında iş görme edimini yerine getirmektedir. Bu bakımdan evde çalışan, belirli bir teknik bağımsızlığa sahip olsa bile bir işverene ait iş organizasyonu ile bütünleşmiş olması hâlinde hukukî/kişisel bağımlılık ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir⁴⁵. Bunun yanında, evde çalışma ilişkisinde, kişisel bağımlılık belli ölçüde var olmasına karşın, evde çalışanın işi işveren hesabına görmesi ve edim konusu üzerinde satıcı gibi tasarruf etme olanağına sahip olamaması işverene olan ekonomik bağımlılığın devam etmekte olduğunu göstermektedir⁴⁶.

D. Türk Hukukundaki Durum

Evde çalışanlara işçi sıfatının tanınabilmesi için

yasa koyucunun özel düzenlemesine ihtiyaç bulunmamaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun kabulüne kadar Türk Hukukunda evde çalışma düzenlenmiş değildi. Buna karşılık, evde çalışmaya ilişkin yasal dayanak olarak, yürürlükteki Borçlar Kanunu 322. maddesi kabul edilmiştir. Söz konusu madde gereğince, işverenin yönetimi ve gözetimi altında bulunmadan, parça başına çalışan kişi işçi olarak nitelendirilmektedir. Öğretideki bir görüş, genel hükümler çerçevesinde bakıldığında kişisel/hukukî bağımlılığın bulunmadığı, yaptığı işin sonucundan sorumlu olan parça başına çalışan bir çalışma ilişkisinin eser sözleşmesi olarak nitelenmesi gereğini öne sürmüştür^{47, 48}. Ancak, maddede sorumluluk konusunda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını ifade edilmesi, yasa koyucunun atipik bir iş sözleşmesini düzenlemeyi amaçladığını göstermektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile tartışmaya yer bırakmayacak şekilde evde çalışanların işçi olarak kabul edilecekleri açıklığa kavuşmuştur. Zira ilgili Kanun'un 462. maddesinde evde çalışanlar açıkça "işçi" olarak nitelendirilmiştir. Doktrinde de belirtildiği üzere, evde çalışma istihdam modelinde çalışanların niteliğini belirlerken, bağımlılık ilişkisinin varlığını sıkı bir biçimde aramadan ve aynı zamanda İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmesi kapsamına dahil edecek şekilde bir yorum yapılması gerekmektedir⁴⁹.

İş Kanunu'nun 14. maddesinin 4. fıkrasında da, Borçlar Kanunu 461. madde hükmünde olduğu

43 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 197; Güzel, s. 123; Süzek, s. 276; Turan/Pakin-Akın, s. 192.

44 Yargıtay'ın çeşitli kararlarında vardığı sonuçta, işverenin iş organizasyonu kapsamında iş gördüğü tespit edilen çalışanların, sıkı bir bağımlılık ilişkisi olmasa da işçi olarak kabulüdür. Aynı yöndeki kararlardan birine göre, davacının konfeksiyon işyerinin zorunlu elemanı olarak satılan parçaların düzeltim işinde istihdam edildiğini, işyerinin çalışma saatlerine uygun olarak, davacının çıkacak işleri gördüğü ve görmek üzere hazır bulunduğu yönündeki iddianın davacı ve davalı tanıklarca doğrulandığını belirterek, düzeltim işinin; işyeri ve davacının evinde yapılmasının ve parça başına ücret ödenmesinin, işin iş sözleşmesi niteliğini etkilemeyeceğini, davacının belli bir işi işverenin emir ve talimatı doğrultusunda bir çalışma günü içerisinde yerine getirmek üzere hazır olması karşısında; davacının çalışma olgusu ve buna bağlı iş sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerektiği yönünde hükme varmıştır (21. HD., 08.06.2000 Tarih, 2000/4584 E., 2000/4611 K.; aynı yönde bkz: 21. HD., 21.01.1998 Tarih, 1997/5798 E., 1998/149 K.).

45 Alp, s. 804; Civan, s. 546; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 197; Engin, s. 274; Eyrenci, s. 205-206; Gülver, s. 105; Kandemir, s. 59; Güzel, s. 123; Süzek, s. 276; Dulay Yangın, s. 63 vd.

46 Berenstein, Ave/Mahon, Pascal: Labour Law in Switzerland, Kluwer Law International, Hague-London-Boston, 2001, s. 74.

47 Engin, s. 274.

48 Eyrenci, ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesini eleştirmiştir. Eyrenci'ye göre, ülkemizde uzun süreden beri özellikle konfeksiyon sanayinde yaygın bir uygulaması olan evlere iş verilerek üretim yapılması halinde, bunların eser sözleşmesi çerçevesinde bağımsız çalışan gibi düşünülerek onlara iradelerine rağmen bir girişimci statüsü verilmesi ile ekonomik açıdan benzer bir işçiden daha aşağı düzeye itilmiş olurlar. Yazara göre, böylece İş Hukukunun uygulama alanı dışına çıkılarak, yeni sömürü türleri yaratılmış olmaktadır (Eyrenci, Öner: "Tele Çalışma ve İş Hukuku", İHD, 1991, Cilt 1, s. 207).

49 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 197; Dulay Yangın, Dilek: "6715 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi", SİCİL, Sayı: 36, Yıl: 2016, s. 155.

gibi bağımlılık unsuruna yer verilmemiş, ancak işveren tarafından oluşturulan *iş organizasyonu* kapsamında evde çalışmanın görüleceğine işaret edilmiştir. Dolayısıyla işyerini ve iş sözleşmesinin varlığını da belirleyecek olan iş organizasyonu kavramı, işin işyerinin dışında yapılması hallerinde başvurulan bir kavramdır⁵⁰.

Borçlar Kanunu'nun 469. maddesinde de "Pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır" ifadesi yer almaktadır. Borçlar Kanunu'nda ayrıca eser sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağına değinilmese de, sonuçtan işçinin sorumlu olacağına dair açık bir hüküm getirilmiştir (TBK m. 463).

Evde çalışmanın, bağımsız bir girişimcilik değil de iş sözleşmesine dayanan bir iş ilişkisinin varlığını gösteren koşullarda yapıldığının hukuken sabit olduğu hallerde evde çalışanların İş Hukukunun işçileri koruyucu hükümlerinden yararlandırılmaları gereği, bazı İş Hukuku düzenlemeleri bakımından sorun doğuracak niteliktedir. Evde yapılan iş, İş Kanunu'nun 4/1-d bendi bağlamında bir ailenin üyeleri ve/veya üçüncü dereceye kadar hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak yapılan bir el sanatı işi ise, ev çalışanları işi bağımlı olarak yerine getirirse dahi, kendilerine İş Kanunu hükümlerinin uygulanması söz konusu olamaz. Bu durumda aile bireyleri veya hısımların katılımı ile çalışanlar Borçlar Kanunu'na tâbi olacaktır⁵¹. Söz konusu durumdan anlaşıldığı üzere evde çalışmanın iş mevzuatı içinde düzenlenmesi bütünlüğün sağlanması açısından gereklidir.

III. Evde Çalışanlara Uygulanacak Hükümlerin Tespiti

Evde çalışanların, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu ve bağımlılık içinde çalıştıkları

larını kabul ettikten sonra iş sözleşmesine dayanarak çalıştıkları ve işçi oldukları tespitini daha önce yapmıştık. Bu durumda, İş Kanunu (4. maddesinde sayılan kapsam dışında bırakılanlar hariç) faaliyet konularına bakılmaksızın işçi işveren ilişkilerine uygulanacağına (İK m. 1/II) göre, evde çalışanlara da İş Kanunu uygulanacaktır⁵².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin kararında, evde çalışmanın İş Kanunu'nun 4. maddesinde, İş Kanunu'nun kapsamı dışında bıraktığı işler arasında sayılmadığını ve faaliyet biçiminin özelliğinden ötürü Borçlar Kanunu içinde ayrıntılı hükümlere yer verildiğini ifade etmiştir. Atipik sözleşme niteliğinde olan evde hizmet sözleşmesinin Borçlar Kanunu içerisinde sayılmasının, iş sözleşmesi olma niteliğini engellemeyeceği ve evde çalışanların İş Kanunu kapsamı dışında sayılmalarını gerektirmeyeceği hükmüne varmıştır⁵³.

Yasa koyucunun önceden İş Kanunu'na tâbi olarak çalışan evde çalışanları Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmesi, onları İş Kanunu kapsamı dışına çıkarma amacını taşımamaktadır. Aksine, yasanın amacının İş Kanunu ile sonraki tarihli Borçlar Kanunu hükümlerinin birlikte uygulanması olduğu kanaatindeyiz⁵⁴. Fakat bu durumda, Borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri ile evde çalışmayı da kapsamına alan İş

52 Süzek, s. 277; Dulay Yangın, Uzaktan Çalışma, s. 160. Aksi görüşte olan Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal'a göre, yapılan çalışmanın iş organizasyonu içinde yer almayan evde yapılan bir çalışma olması nedeniyle İş Kanunu hükümlerine tâbi olmamaktadır (s. 133). Aynı yönde Ergin'in görüşüne göre, evde hizmet sözleşmesini düzenleyen Kanunun gerekçesinde verilen örnekler göz önüne alındığında, evde hizmet sözleşmesiyle geleneksel el sanatları vb. çalışmaların düzenlendiğini, bu sebeple evde hizmet sözleşmesinin İş Kanunu'nun 4. maddesindeki istisnaya yakın olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre bu çalışma modeline İş Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir (Ergin, Hediye: "Özel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012, s. 210-211).

53 Yargıtay HGK, 16.11.2016 Tarih, 2016/9-1414 E., 2016/1072 K., (https://www.sekeris.org.tr/dergi/multi-media/dergi/78_yargi_kararlari.pdf, (15.05.2020)).

54 Alp, s. 813; Gülver, s. 121; Süzek, s. 278; Dulay Yangın, s. 55-56.

50 Alp, s. 799; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, s. 197; Süzek, s. 276; Dulay Yangın, Uzaktan Çalışma, s. 151.

51 Engin, s. 273.

Kanunu'nun uzaktan çalışmaya ilişkin hükümleri ile diğer hükümleri arasındaki ilişkinin tespiti ve uyumsuzlukların çözümünde hangi yasa hükümlerinin uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Evde çalışanların İş Kanunu'nda düzenlenen haklardan yararlanacakları ve borçlardan da yükümlü olacaklarına ilişkin görüşe katılmaktayız⁵⁵. Diğer yandan, İş Kanunu'nun 14. maddesinin 4-7. fıkralarında düzenlenen uzaktan çalışmaya ilişkin hükümler evde çalışanlara da uygulanabilecektir. İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nda düzenlenen evde hizmet sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır (TBK m. 461 vd.). Evde hizmet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu'nda hüküm bulunmayan hâllerde ise Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır (TBK m. 469).

Kanunda boşluk bulunan haller dışında, İş Kanunu ile Borçlar Kanunu hükümleri arasında farklı düzenleme bulunması söz konusu olduğunda, sonraki hüküm ve özel hüküm niteliğinde olan Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmalıdır⁵⁶. Söz konusu yorum yönteminde Borçlar Kanunu ile İş Kanunu hükümleri arasındaki çelişkilere örnek olarak sözleşmenin süresine ilişkin İK 11 ile TBK 468/I; ücretin ödenme zamanına ilişkin İK 32/V ile TBK 466/I arasındaki çelişkiler gösterilebilir⁵⁷.

6715 sayılı Kanun'un 06.05.2016 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra İş Kanunu m. 14 ile Borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında çelişki yaratan durumlar ortaya çıkmıştır. 6715 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nun 14. maddesine eklenen fıkralar, Borçlar Kanunu'na göre hem sonraki hem de özel düzenleme niteliği taşıdığı için çelişkili hükümlerin bulunması hâlinde İş Kanunu'nun uzaktan çalışmaya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İki kanun arasında çelişki yaratan durumlar, *ücretin yazılı sözleşmede yer almasına* ilişkin İK m. 14/V

ve TBK 462/II hükmü, işçinin iş görme edimini "evinde" yerine getireceği İK m. 14/IV hükmü ile "evinde veya belirleyeceği başka bir yerde" yerine getirebileceğini düzenleyen TBK m. 461 hükmü arasındaki farklı düzenlemelerdir. Söz konusu hükümler arasındaki çelişkilere yönelik çözümlere yer geldikçe değinilecektir.

IV. Evde Hizmet Sözleşmesinin Kurulması ve İşyeri

A. Evde Hizmet Sözleşmesinin Kurulması

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 461. maddesinde, "Evde Hizmet Sözleşmesi" düzenlenmiştir. Evde hizmet sözleşmesinin, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak⁵⁸ Kanunda düzenlenmesi ile evde çalışma hukukumuzda ilk defa bir düzenleme konusu yapılmıştır. TBK. m. 461'e göre: "*Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, ... görmeyi üstlendiği sözleşmedir*". Evde çalışmayı kapsamına alan uzaktan çalışma kavramının İş Kanunu m.14/IV'te yer alan tanımına göre, "işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde" yerine getireceğinden söz edilmektedir. Yasanın amacından hareketle, burada her iki *hüküm birlikte* değerlendirildiğinde, evde çalışma, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde ve iletişim teknolojileri kullanılmadan yapılan çalışmaları ifade etmektedir. Madde gerekçesinde de işin işçi tarafından işyerinin dışında evinde ya da ofisinde veya başka bir mekânda ifa edilebileceği belirtilmiştir⁵⁹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun evde hizmet sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen 468. maddesinde, işçiye deneme amacıyla bir iş

55 Süzek, s. 278; Gülver, s. 121; Dulay Yangın, Uzaktan Çalışma, s. 160.

56 Gülver, s. 121; Süzek, s. 278; Dulay Yangın, Uzaktan Çalışma, s. 161

57 Süzek, s. 278.

58 Berenstein/Mahon, s. 75.

59 <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanun-maddeleri?pkanunlarno=194519&pkanunnumarasi=6715>, (13.05.2020).

verilmesi durumunda, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin deneme için kurulmuş sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Bir görüşe göre, evde çalışma kural olarak parça başına çalışma olduğu için belirli bir edimin ifa edilmesiyle sözleşme sona erecektir, ancak işverenin birbirini takip eden parça başı işler vermesi hâlinde belirsiz süreli iş sözleşmesinden söz edilebilecektir⁶⁰. İş Kanunu'na göre, belirli süreli iş sözleşmesi yapılırken objektif nedenlerin varlığı aranmaktadır (İK m. 11). Belirli bir işin tamamlanması 11. maddeye göre objektif neden olarak belirlenmiştir. Ancak işçiye parça başına ücret üzerinden iş veriliyor olmasının, "belirli bir işin tamamlanması" koşulunu sağladığı anlamına gelmeyeceği açıktır. Zira işveren işçiye süreklilik arz eden bir şekilde parça başına iş veriyor olabilir.

Borçlar Kanunu 468. maddesinin ikinci fıkrasında ise, işçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırılıyorsa, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin belirsiz süreyle yapılmış sayılacağı; diğer durumlarda ise, sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince, aksi kararlaştırıldığı takdirde, her parça başına iş verilmesi, belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması için yeterli bir neden olarak görülebilecektir. İşveren tarafından aralıklı olarak iş verilmesi hâlinde ise sözleşmenin belirli süreli olduğu kabul edilecektir. Böylece taraflar iş sözleşmesinin iş hukukunda kurulması istisna olarak kabul edilen belirli süreli olduğunu kararlaştırabilirler⁶¹. Sonraki ve özel kanun hükmü olması nedeniyle, Borçlar Kanunu madde 468 hükmü gereğince, evde çalışma sözleşmesi, belirli süreli sözleşme yapılması için gerekli İş Kanunu'nda yer alan objektif neden sınırlamasına bağlı olmaksızın belirli süreli olarak yapılabilir⁶².

TBK m. 461 vd. hükümlerinde evde hizmet sözleşmesinin şekil şartına ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. TBK m. 462/I uyarınca, her yeni iş verişte işe özgü özelliklerin, işçi tarafından sağ-

lanacak malzemenin, bu malzeme için ödenecek miktarın ve ücretin yazılı olarak bildirilmesi gerekliliği geçerlilik şartı olan yazılı şekil şartını taşımamaktadır. İşverenin yazılı bildirimde bulunmaması hâlinde malzeme bedeli ve ücret için söz konusu işlerde uygulanan alışılmış ücretin uygulanacağı düzenlenmiştir (TBK m. 462/II).

İş Kanunu'na göre uzaktan çalışmanın alt türü olan evde çalışma ilişkisinin "yazılı olarak kurulan iş ilişkisi" olduğu düzenlenmiştir (İK m. 14/IV). Ayrıca bu yazılı sözleşmede işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümlere yer verilmelidir (İK m. 14/V)⁶³. Kendine özgü atipik bir çalışma biçimi olan uzaktan çalışmada iş sözleşmesinin geçerliliğinin yazılı kurulmasına bağlanması, İş Kanunu m. 8'de düzenlenen şekil serbestisi ilkesine bir istisna getirmiştir. İşçinin lehine bir durum yaratan ve atipik bir çalışma biçiminde yaşanması mümkün olan belirsizlikleri ortadan kaldıracak yazılı şekil şartının düzenlenmesi isabetli olmuştur.

Evde hizmet sözleşmesinin yazılı yapılması ile ilgili Borçlar Kanunu'nda bu konuda İş Kanunu ile çelişen bir düzenleme yer almamaktadır. İş Kanunu'nda yazılı yapılması gereği düzenlendiği için ve bu konuda bir boşluk bulunmadığı için evde çalışma sözleşmesinin yazılı yapılması gerekmektedir⁶⁴. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun

63 Söz konusu hükümler yanında sözleşmede yer alması önerilen diğer hususlar öğretide şöyle sıralanmıştır: "İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması ve özellikle işin evde görülmesi halinde denetimin ne şekilde gerçekleştirileceği, işverenin denetim yetkisi karşısında evde çalışan işçinin özel hayatının korunması, uzaktan çalışan işçinin sadakat borcu çerçevesinde işletme verilerinin korunması ve güvenliğinin sağlanması, iş sırrının korunması kapsamında alınacak olan önlemler, dinlenme sürelerinin takibi, işçinin ana işyerine dönüş hakkı, işçinin izole olmasını önleyici tedbirler" (Dulay Yangın, Uzaktan Çalışma s. 157).

64 Süzek, s. 279. Aksi yönde görüş belirten Çelik/Canikli-oğlu/Canbolat'a göre, evde hizmet sözleşmesinin herhangi bir şekil koşuluna bağlanmaması nedeniyle taraflar arasında sözlü olarak da bir evde hizmet sözleşmesi

60 Engin, s. 275.

61 Civan, s. 550.

62 Süzek, s.279; Gülver, s. 121.

kapsamı dışında kalan “Bir ailenin üyeleri ve 3. dereceye kadar (3. derece dâhil) hısımları arasında, dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işler” TBK m. 461 uyarınca evde çalışma niteliği taşıdığı takdirde, taraflar arasında yapılan evde hizmet sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın kurulabilecektir.

Günümüzde yaşanan covid-19 salgın hastalığı zorlayıcı sebebiyle işyerinden çalışırken, çalışma sistemini evden çalışmaya dönüştüren işverenlerin geçicilik arz bu durum karşısında, evde hizmet sözleşmesi yapmasının çalışma koşullarında esaslı değişiklik olup olmadığı tartışma konusudur. Salgın hastalık gibi haller, İş Kanunu anlamında işçinin rızasının alınmasını gerektirmeyen “zorlayıcı neden”ler kapsamında kabul edilip (İK m. 42), geçicilik arz eden evde çalışma olgusunun kabulü için işçinin rızasının aranmasına gerek görülmemelidir⁶⁵. Dolayısıyla, klasik istihdam modelinden zorlayıcı bir sebeple evde çalışma modeline geçilmesinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz. Fakat söz konusu değişiklik devamlılık arz edecek ve salgın hastalık hâli bittikten sonra da devam edecekse çalışma koşullarında esaslı değişiklik koşullarının uygulanması gerekecektir (İK m. 22).

Evde çalışma geçici nitelik taşısa dahi aşağıda ifade edileceği üzere, evde çalışma kapsamında düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği hükümleri uygulanmalıdır.

Borçlar Kanunu’nun İş Kanunu ile çelişen, ücretin yazılı sözleşmede yer alması koşulunun geçerlilik şartı niteliği taşıyıp taşımadığı hususunun çözümünde, sonraki özel düzenleme niteliği taşıyan İş Kanunu m. 14/V uygulama alanı bulmalıdır. Dolayısıyla, ücretin yazılı sözleşmede yer alması zorunluluğu bulunmaktadır. Ücretin yazılı olarak belirtilmemesi hâlinde alışılmış ücretin ödenece-

ğini öngören TBK m. 462/II hükmü uygulanmamalıdır⁶⁶.

B. Evde Hizmet Sözleşmesi Kapsamında İşyeri Kavramı

Evde hizmet sözleşmesi ilişkisi kurulurken işyerinin sınırlarını belirlemek evde çalışanlara sosyal güvenlik haklarının tanınması bakımından önem taşımaktadır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 4/I-a bendine göre, sigortalılık niteliğinin kazanılması açısından işveren ile çalıştırılan arasındaki iş ilişkisinin iş sözleşmesine dayanması yeterli değildir; ayrıca, çalışmanın işverene ait bir işyerinde yürütülmesi gerekmektedir⁶⁷. Dolayısıyla işçiler, işlerini işverene ya da onun yerine geçen kimseye ait işyerinde değil de, evde çalışmada olduğu gibi kendi evlerinde görmekteyseler 5510 sayılı Kanun anlamında sigortalı sayılamayacakları sonucuna ulaşılabilir⁶⁸.

Yargıtay’ın bu konuda istikrar kazanmış kararlarına göre, iş sözleşmesinin öngördüğü iş görme edimini, işveren olduğu iddia edilen kişinin işyerinde yerine getirmeyen kimse sigortalı sayılmaz⁶⁹. Yargıtay’ın aynı yönde bir başka kararında, bir kimsenin sigortalı niteliği kazanabilmesi için, çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine dayanmış olması yeterli değildir; bu kişinin edim olarak öngörülmüş çalışmasını işverene ait işyerinde yerine getirmesi de gereklidir⁷⁰.

Yargıtay’ın söz konusu görüşleri özünde isabetli olsa da, teknolojik ve ekonomik gelişmeler sonucu, işinin niteliği gereği işyeri dışında çalışmak zorunda kalanları da işverene ait işyerinde çalışanlar olarak kabul etmek gerekmektedir⁷¹.

66 Süzek, s. 281; Dulay Yangın, Uzaktan Çalışma, s. 157.

67 Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, 17. Bası, İstanbul, 2018, s. 90; Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2019, s. 68.

68 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 89.

69 10. HD.,25.05.1984 Tarih, 1984/2729 E.,1984/ 2927 K. (Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 89, dn. 56).

70 10. HD., 27.03.2007 Tarih, 2006/16493 E., 2007/4738 K. (www.kazanci.com.tr, 16.05.2020).

71 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 89.

kurabilirler (s. 198).

65 Salgın hastalık hallerinde genel sağlığı korumak ve işletmenin devamlılığı açısından işverenin tek taraflı iradesiyle uzaktan çalışma sistemine geçmek mümkün olacaktır. (Özer, Hatice Duygu: Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı:12, Aralık 2018, s. 206)

Gerçekten, işyeri kavramını, geleneksel anlamı dışında, ekonomik ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda iş organizasyonu ölçütünü göz önüne alarak değerlendirmek gerekmektedir. Böylece işverenin iş organizasyonu kapsamında çalışan bir işçi, diğer koşullar da varsa, sigortalı sayılmalıdır⁷². Nitekim İş Kanunu da söz konusu gelişmeleri göz önüne alarak, işyerini “işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün” olarak tanımlamıştır (İK m. 2/III). Yasanın gerekçesinde de iş organizasyonu ölçütü, “teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü ve yapısal değişiklikleri beraberinde getirmiş, bir işyerinin amacının gerçekleştirilmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu “yerin” dışına taşmış, işveren, kurulan “iş organizasyonu” işçinin evine, bağımsız bir işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde...işlerin yürütüldüğü bir örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimini duymuştur. Bu olgular dikkate alınarak ve Avrupa Birliğine üye devletlerdeki değerlendirme ve kavramsal gelişmeler göz önünde tutularak maddeye üçüncü fıkra hükmü eklenmiştir” şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla “iş organizasyonu” ölçütü, sınırları belirli bir coğrafi alanda kurulu dar anlamdaki işyerinin dışında çalışanların da işyerinin işçisi ve sigortalısı sayılması konusunda dikkate alınmalıdır⁷³.

Nitekim Yargıtay da son yıllarda verdiği kararlarında sigortalı sayılma için bazı durumlarda işin işverenin işyerinde yapılması koşulunu aramayıp, iş organizasyonu içinde yapılmasını aramıştır⁷⁴. Söz konusu karara göre, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde bulunulan hallerde bağımlılık unsurunun varlığını kabul etmek gerekecektir.

İş Kanunu’nun 2. maddesinin 2. fıkrasında işyeri tanımlanırken, teknik amaç birliği içinde faali-

yet gösteren ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler işyerine bağlı yer olarak kabul edilmiştir⁷⁵. Dolayısıyla evde çalışanların işyeri dışında kalan ve iş gördükleri evleri veya kendi seçtikleri başka bir yer, işyerine bağlı bir yer olarak kabul edilmelidir⁷⁶.

Evde çalışanların çalıştıkları yerin işyeri olarak kabul edilmesinin önemi, ev çalışanın uğradığı kazanın iş kazası sayılmasında, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulanabilirliğinde ve Yargıtay uygulaması açısından sigortalı sıfatının belirlenmesinde önemli bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

V. Evde Hizmet Sözleşmesinde Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri

Evde hizmet sözleşmesi ile çalışanlar kendi belirledikleri yerden iş görme edimlerini yerine getirdikleri için, söz konusu atipik istihdam modelinin özellikleri nedeniyle tarafların hakları ve yükümlülüklerine ilişkin İş Kanunu’nun 14. maddesine eklenen hükümler, boşluk bulunması hâlinde Borçlar Kanunu’nun evde hizmet sözleşmesi ve genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanında, evde çalışma modelinin kendine özgü özellikleri de iş hukuku açısından bir takım sorunları beraberinde getirmektedir. İş Kanunu’nun 14. maddesi dışındaki hükümler ile Borçlar Kanunu evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında çelişki bulunması hâlinde yeni tarihli Borçlar Kanunu ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

A. İş Görme

Türk Borçlar Kanunu’nun 463. maddesine göre, işçi, işe zamanında başlamak, işi kararlaştırılan zamanda bitirmek ve çalışmanın sonucunu işverene teslim etmekle yükümlüdür. Söz konusu hüküm karşısında işçi, sözleşme ile belirlenen zamanda

72 Güzel, s. 109; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 89; Turan/Pakin-Akın, s. 187; Uşan, s. 82.

73 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 90.

74 Yargıtay HGK, 24.06.2009 Tarih, 2009/21-249 E. 2009/291 K. (www.kazanci.com.tr, 16.05.2020).

75 Başterzi, s. 36.

76 Civan, s. 553

işe başlamak ve kararlaştırılan tarihte işi bitirme borcu altına girmektedir. Eğer sözleşmede işin teslimi için bir süre belirlenmemişse veya işin niteliğinden süre anlaşılmiyorsa, sözleşmenin yapılmasıyla işe başlanması gerekmektedir (TBK m. 90).

İşçi işe zamanında başlamaz veya sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirirse, işveren teslim için kararlaştırılan süreyi beklemeden sözleşmeyi feshedebilecektir. Her ne kadar 463. maddede işverenin sözleşmeyi sona erdirebileceğinden söz edilmemişse de, işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi üzerine işverenin de derhal fesih hakkı olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla İş Kanunu kapsamına giren evde çalışanlar açısından İş Kanunu'nun 25/II hükmü, Borçlar Kanunu kapsamında çalışanlar açısından ise haklı nedenle feshin düzenlendiği, Borçlar Kanunu'nun 435. maddesi uygulama alanı bulmalıdır⁷⁷.

İşçinin iş görme borcu kapsamında işçinin sonuç sorumluluğuna da değinmek gerekmektedir. Sözün geçen 463. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, iş, işçinin kusuruyla ayıplı olarak görülmüşse işçi, giderilmesi mümkün olan ayıpları, masrafı kendisine ait olmak üzere gidermek zorundadır. Eser sözleşmesinde işin görülmesi sırasında ürünün ayıplı olacağı tahmin edilebiliyorsa, ürünün düzeltilmesi için bir süre verilmesi gerekmektedir⁷⁸. Ancak evde çalışma açısından öne sürülen bir görüşe göre, ürünün verilen sürede düzeltilmesinin mümkün olmaması hâlinde, işçinin kusuru da varsa, işveren derhal fesih hakkını kullanabilecektir⁷⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, maddede belirtildiği üzere, ayıplı işin düzeltilmesi büyük bir masraf gerektirmiyorsa işçinin masrafı kendisine ait olmak üzere ayıbı düzeltmesi gerekmektedir. Burada üzerinde durulacak husus, maddede işverenin ayıplı iş nedeniyle işçinin ücretinde indirim yapabileceği yönünde bir düzenlemenin bulunmayışıdır. Borçlar Kanunu'nda boşluk bulunması hâlinde İş Kanunu hükümleri

uygulanacağına göre, ücretten indirim yapılmayacağını kabul etmek isabetli olacaktır (İK m. 62)⁸⁰.

Ürünün tesliminden sonra taraflara düşen sorumluluk, 465. maddede hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddeye göre, işveren, işçinin üreterek teslim ettiği ürünü incelemek ve varsa bulduğu ayıpları teslimden başlayarak bir hafta içinde işçiye bildirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde bu yükümlülüğü yerine getirmeyen işveren ürünü mevcut durumuyla kabul etmiş sayılır.

İş görme borcu kapsamında değinilmesi gereken diğer bir husus da, işverenin işçiye iş verme borcu olup olmadığıdır. İş Kanunu'nun 24/II-f bendinde, ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa yahut çalışma şartları uygulanmazsa işçinin sözleşmeyi derhal feshedebileceği düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 411. maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak iki düzenleme arasındaki fark 411. maddede işverenin iş verme zorunluluğunun, işçinin sadece bir işveren hesabına iş görmesi hâlinde uygulanabileceğinin düzenlenmesidir. İş Kanunu'nun ilgili hükmünü uygulamak için ise sadece bir işveren hesabına çalışma koşulunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.

B. Malzeme ve İş Araçları

Türk Borçlar Kanunu'nun 413. maddesinde, işverenin işçiye iş görmesi için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ancak araç ve malzemenin işçi tarafından sağlanacağı sözleşmede kararlaştırılmışsa veya işçi tarafından sağlanacağı hususunda yerel adet varsa işverenin bu yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Ayrıca işçi işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülse, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işveren, bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür (TBK m. 413/II).

77 Süzek, s. 280; Engin, s. 278.

78 Eyrenci/Bakırcı, s. 49.

79 Engin, s. 278.

80 Civan, s. 556; Engin, s. 281; Uşan, s. 91.

Evde çalışanlar bakımından, malzeme ve iş araçları işveren tarafından sağlanmışsa, işçi bunları gereken özeni göstererek kullanmak, bundan dolayı hesap vermek, ayrıca kalan malzeme ile iş araçlarını da işverene teslim etmekle yükümlüdür (TBK m. 464/I). Aynı sonuca İş Kanunu'nun 25/II-ı bendinde hükme bağlanan, "... işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması" ifadesiyle ulaşmak da mümkün olmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 464. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, işçinin işi görürken, kendisine teslim edilen malzemenin veya iş araçlarının bozuk olduğunu belirlemesi üzerine, durumu hemen işverene bildirmesi ve işe devam etmeden önce, onun talimatını beklemesi gerekliliği düzenlenmiştir. Ayrıca işçinin, kendisine teslim edilen malzeme veya iş araçlarını kendi kusuruyla kullanılmaz hâle getirmesi durumunda, işverene karşı onun kullanılmaz hâle geldiği gündeki rayiç bedeli kadar sorumlu olduğu da maddenin devamında düzenlenen bir husustur.

C. Ücret

1. Genel Olarak Ücret Borcu

Evde yapılan çalışmalarda ücret, genel olarak işin niteliğine uygun olarak üretilen mal birimine veya işin miktarına göre işçiye parça başı şeklinde ödenmektedir⁸¹. Gerçekten parça başına ücret sisteminde işçi becerisi ve hızlı çalışması sonucunda daha fazla kazanmakta, işveren ise işin tam karşılığını ödemek durumunda kalmaktadır⁸². Ancak parça başına ücret sistemi önemli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, çeşitli nedenlerle çalışmanın yavaşlaması ya da işverence işçiye yeteri kadar iş verilmemesi durumunda parça başına ücretin zamana göre ücretin altına düşebilmesi mümkündür⁸³. Parça başına ücret sisteminin diğer bir sakıncası, işçiyi aşırı çalışmaya

özendiren söz konusu sistemin işçilerin iş kazasına uğrama ve çeşitli hastalıklara yakalanma riskini arttırmasıdır⁸⁴.

Söz konusu sakıncaları gidermek amacıyla iş hukuku uygulamasındaki gibi karma ücret sisteminin evde çalışma sistemine de uygulanması isabetli olacaktır. Karma ücret sisteminde, işçi parça başına çalışsa dahi kendisine asgari bir saat ücreti garanti edilmeli veya zamana göre ücret almakla birlikte, önceden belirlenen sayıdan fazla iş yapması hâlinde prime hak kazanmalıdır⁸⁵. Kaldı ki, ülkemizde parça başına ücretle çalışan işçinin, alacağı ücret seviyesinin korunmasına yönelik yukarıda bahsettiğimiz Borçlar Kanunu m. 411 ve İş Kanunu m. 24/II-f hükümleri mevcuttur. Söz konusu hükümler gereğince, parça başı çalışan işçiye işveren tarafından yeterli işin verilmediği hallerde, aradaki ücret farkını zaman esasına göre ödenecektir. Dolayısıyla evde çalışan işçinin Borçlar Kanunu veya İş Kanunu kapsamında çalışması fark etmeksizin, işçiye ödenecek ücret asgari ücretin altına düşmeyecektir.

2. Ücretin Ödenme Zamanı ve İşçiye Hesap Özeti Verilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nda ücretin, işçinin aralıksız çalıştırılması hâlinde, on beş günde bir veya işçinin rızasıyla ayda bir; aralıklı çalıştırılması hâlinde ise ürünün her tesliminde ödeneceği belirtilmiş (m. 466/I).

İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nun "genel hizmet sözleşmesi"ne ilişkin düzenlemelerinde, aksine âdet bulunmuyorsa, işçiye ücretin en geç ayda bir ödeneceği, fakat sözleşmelerle daha kısa ödeme sürelerinin belirlenebileceği hükme bağlanmıştır (İK m. 32/V; TBK m. 406/I). Söz konusu düzenlemelerden yola çıkarak ifade etmek gerekir ki, sonraki ve özel düzenleme niteliğini taşıyan, m. 466/I hükmü ücretin ödenme zamanı bakımından uygulama alanı bulacaktır⁸⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 466. maddesinin ikin-

81 Civan, s. 559; Koç, s. 45; Uşan, s. 61.

82 Civan, s. 560; Engin, s. 281; Kandemir, s. 118.

83 Engin, s. 282.

84 Engin, s. 282.

85 Civan, s. 559; Engin, s. 282.

86 Süzek, s. 281.

ci fıkрасına göre ise, her ücret ödemesinde işveren tarafından işçiye, bir hesap özeti verilecek ve bunda, varsa kesintilerin miktarı ile sebebi gösterilecektir.

3. İşçinin Çalışmasının Engellenmesi Hâlinde

Türk Borçlar Kanunu'nun 467. maddesi gereğince, "İşçiyi aralıksız biçimde çalıştıran işveren, ürünü kabulde temerrüde düştüğü veya işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmaksızın çalışma engellendiği takdirde, hizmet ediminin engellenmesi durumundaki ücret ödenmesine ilişkin hükümler gereğince, ona ücretini ödemekle yükümlüdür. Diğer durumlarda işveren, bu hükümlere göre ücret ödemekle yükümlü değildir". Görüldüğü gibi, işçiyi aralıksız biçimde çalıştıran işverenin, işçi tarafından kendisine sunulan ürünü kabulden kaçınırsa ücret ödeme yükümlülüğü altına girmesi söz konusu olacaktır. Aynı Kanun'un 408. maddesinde düzenlenen işverenin temerrüdü hükmü, özel bir uygulama olarak evde hizmet sözleşmesi bakımından 467. maddede karşımıza çıkmaktadır⁸⁷. Dolayısıyla işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilecektir (TBK m. 408).

İşverenin ücret ödemekle yükümlü olduğu ikinci durum, işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmaksızın çalışmasının engellenmesi halidir. Maddenin ikinci cümlesindeki düzenlemeye göre ise, işçi yukarıda belirtilen durumlar dışında iş görme borcunu yerine getirmese, işveren ona ücret ödemekle yükümlü olmayacaktır.

D. İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları

Evde çalışanlar her ne kadar iş organizasyonu kapsamında çalıştıkları için işçi sayılsalar ve bireysel ve toplu iş yasalarından diğer işçiler gibi yararlanma haklarına sahip olsalar da, dar anlam-

daki işyerinin dışında iş görme edimlerini yerine getirdiklerinden, özellikle iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulanmasında bir takım sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 417. hükmü göz önüne alındığında, işverenlerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almaları, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmaları beklenmektedir. Bütün çalışanları kapsamına alan, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda⁸⁸, işverenin "çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü" olduğu hükme bağlanmıştır.

Evde çalışanlar açısından sorunu çözmek bağlamında, söz konusu çalışmanın niteliği gereği alınabilecek tüm iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması gerektiği söylenebilecektir⁸⁹. Sırf işçi kendi belirlediği yerde çalışıyor diye işverenin sorumluluktan kurtulması söz konusu olamaz⁹⁰. Bu bağlamda, işverenin işçiyi koruyucu malzemeleri temin etmesi, makinelerin doğru kullanılması ve kullanımından doğacak tehlikeler konusunda işçilerin bilgilendirilmesi ve iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesi gerekmektedir⁹¹. Söz konusu şartlar göz önünde tutularak İş Kanunu, işverenin evden çalışmayla iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır (İK m. 14/VI, c. 2). Madde gerekçesinde, işin niteliği dikkate alınarak hangi tehlike sınıfında hangi işlerin uzaktan çalışma ko-

88 6331 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca, "Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır." Bu çerçevede Kanun, İş Kanunu'na tâbi olarak çalışanlar yanında Türk Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu'na tâbi olarak çalışanları, ayrıca memur ve sözleşmeli personeli de kapsamına almaktadır.

89 Süzek, s. 282.

90 Alp, s. 835; Civan, s. 563; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 202; Engin, s. 283.

91 Engin, s. 143; Uşan, s. 96.

87 Civan, s. 560.

nusu olabileceği, özellikle kimyasal, kanserojen ve mutajen maddelerin üretilmesi, işlenmesi, kullanılması, depolanması, atık ve artıkların arıtılması işlemlerini içeren işlerin uzaktan çalışanlara yaptırılmasının önlenmesi vurgulanmıştır⁹². Dolayısıyla işveren, 6331 sayılı Kanunda düzenlenen diğer işverenler için getirilen tüm yükümlülüklerden, iş kazalarını ya da meslek hastalıklarını süresinde Kuruma bildirmek gibi yükümlülüklerden aynen diğer işverenler gibi sorumludur⁹³.

İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini nasıl alacağı ve bunların uygulanmasını nasıl denetleyeceği de irdelenmesi gereken bir meseledir. Evde çalışanın çalışma yerinin kendi evi olması durumunda işverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerini uygulamada işçinin özel yaşamına müdahalenin söz konusu olması gibi bir durum karşımıza çıkabilmektedir⁹⁴. Ancak işçinin sadakat borcu kapsamında, iş organizasyonu kapsamında bulunan çalışma yerinde işverence dürüstlük kurallarına uygun olarak önceden bildirilen ve rıza alınan iş sağlığı ve güvenliği denetiminin yapılmasına rıza göstermesi gerekmektedir⁹⁵.

Evde çalışma modelinde, işverenin doğrudan denetim olanağının bulunmaması, görülen iş meydana gelen kaza arasındaki illiyet bağının tespitinde güçlük yaratmaktadır. Bu nedenle, işverenin sorumluluğu bakımından evde meydana gelen her kazanın iş kazası sayılmaması gerekmektedir⁹⁶. Her olayın somut özelliğine göre, evde çalışmalarda, işverenin işin evde görülmesi sebebiyle bir takım önlemleri almasının mümkün

olmaması ya da işçinin kazadaki ortak kusuru işverenin tazminat sorumluluğu ortadan kaldıracı olacak veya azaltabilecek sebepler olarak incelenmelidir⁹⁷.

E. Çalışma ve Dinlenme Sürelerinin Uygulanması

Evde çalışmanın özelliğinden kaynaklanan diğer bir sorun çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin hükümlerin uygulanmasında yaşanan zorluktur. Ancak uygulamada ve denetimde zorluk bulunması, çalışma ve dinlenme süreleri için düzenlenen kuralların evde çalışma modeline uygulanmayacağı anlamına gelmemelidir⁹⁸. UÇÖ'nün 184 nolu tavsiye kararında da bir işin tamamlanması için belirli bir tarihin tespit edilmiş olmasının evde çalışanın, diğer işçiler gibi günlük ve haftalık dinlenme sürelerinden yararlanmasına engel olmaması, ulusal mevzuatta evde çalışanın yıllık ücretli izin, ulusal bayram ve genel tatil günleri ve ücretli hastalık izni gibi hallerden nasıl yararlanacağına belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Çalışma ve dinlenme süreleri hakkında boşluk bulunmadığı için İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Nitekim hukukumuzda, İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 4/III hükmü gereğince, "parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen hallerde, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu yolla bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin, yüzde elli fazlası fazla çalışma üc-

92 <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=194519&pkanunnumarasi=6715>, (14.05.2020).

93 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 202.

94 Civan, s. 569.

95 Engin, s. 284; Kandemir, s. 134; Alp, s. 836; Civan, s. 563; Dulay Yangın, Uzaktan Çalışma, s. 163. Alp, sözleşme ile baştan bir rıza alınmışsa ve sonradan zorunlu ve dürüstlük kurallarına uygun olarak gerçekleştirilecek denetimlere işçi rıza vermezse, işverenin kendisini uyardıktan sonra işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini ileri sürmektedir (Alp, s. 836).

96 Alp, s. 837; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 203; Engin, s. 283; Süzek, s. 282; Uşan, s. 96.

97 Alp, s. 837; Süzek, s. 283; Dulay Yangın, Uzaktan Çalışma, s. 164.

98 Uşan, s. 129.

reti, yüzde yirmibeş fazlası fazla sürelerle çalışma ücretidir”.

Yıllık ücretli izin, hafta tatili gibi dinlenme dönemlerinde de, evde çalışan işçilerin alacakları ücret, altı gün çalışıyorsa, haftalık kazancının altıda biri, beş gün çalışıyorsa, kazancının beşte biri şeklinde hesaplanmaktadır (İK m. 49/II). Yıllık ücretli izne ise, iş sözleşmesinin devamı süresince ücrette hak kazanılan zamanların toplamının bir yıllık süreyi geçmesi hâlinde hak kazanacaklardır.

Sonuç

Ülkemiz açısından da evde çalışanlara ilişkin düzenleme boşluğunun olduğu bir gerçektir. Bu bakımdan yasa koyucunun gerekçesinde de belirttiği gibi uygulamada sıkça karşılaşılan hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak “Evde Hizmet Sözleşmesi”ni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile düzenlemesi isabetlidir. Ayrıca, özel kanun niteliğinde olan 4857 sayılı İş Kanunu’nda da, 2016 yılında yürürlüğe giren 6175 sayılı Kanun ile 14. maddeye eklenen fıkralarla benzer düzenlemelere yer verilmesi, Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemelerle bütünlüğün sağlanması amacıyla yerinde olmuştur.

Klasik istihdam dışında yapılan ve İş Kanunu m. 14/IV anlamında uzaktan çalışma sayılan işlerin işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu içinde görülmesi gerekmektedir. Evde hizmet sözleşmesi ile işçinin, çeyiz, yatak örtüleri, giysiler dikmesi, kendisine teslim edilen ürünleri paketlemesi gibi el emeği yoğun işleri ifa etmesi, işverenin doğrudan denetleme, emir ve talimat verme yetkisini, dolayısıyla bağımlılık unsurunun zayıflamasına neden olmaktadır. Evde çalışma istihdam modelinde çalışanların niteliğini belirlerken, hukuki ve kişisel bağımlılık ilişkisinin varlığını sıkı bir biçimde aramadan ve aynı zamanda İK ve TBK’nın evde hizmet sözleşmesi kapsamına dahil edecek şekilde bir yorum yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, evde hizmet sözleşmesi ile çalışan kişi, işverenin denetimi dışında iş görme edimini yerine getirirken belirli bir teknik bağımsızlığa sahip olsa bile bir işverene ait iş organizasyonu ile bütünleş-

miş olması hâlinde hukukî/kişisel bağımlılık ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir.

İki Kanun arasında farklılık yaratan hususların başında, evde hizmet sözleşmesinin şekil şartı gelmektedir. İK m. 14/IV’te yer alan yazılı şekil şartının, şekil serbestisini düzenleyen TBK m. 461 hükmü karşısında sonraki hüküm olması nedeniyle öncelikle uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

Evde çalışanlar hakkında iki Kanunda farklı zamanlarda farklı hükümler düzenlendiği için, evde çalışanların tâbi olacağı hükümlerin tespiti önem taşımaktadır. Evde çalışanlar, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu ve bağımlılık içinde çalıştıkları takdirde işçi sayılacak ve İK m. 4’te sayılan istisnalar haricinde ise İş Kanunu kapsamında olacaklardır. Borçlar Kanunu’nda özel olarak evde çalışanların düzenlenmesi ise iki kanun hükümlerinin birlikte uygulanması sonucunu getirdiği kanaatindeyiz. Fakat bu durum İş Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümleri arasında çelişki olması hâlinde ayrıca değerlendirilmelidir. İş Kanunu hükümleri ve Kanunun 14/IV-VII fıkra hükümlerinde boşluk olması hâlinde sırasıyla Borçlar Kanunu evde hizmet sözleşmesi (m. 461-469), genel hizmet sözleşmesi ile genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Aynı şekilde, İş Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun evde hizmet sözleşmesi hükümleri arasında çelişki bulunması hâlinde, sonraki ve özel hüküm niteliğinde olan Borçlar Kanunu uygulama alanı bulacaktır. Fakat İş Kanunu m. 14/IV-VII hükümleri ile Borçlar Kanunu evde hizmet sözleşmesi hükümleri arasında çelişki bulunması hâlinde, sonraki tarihli hüküm niteliğinde olan İş Kanunu m. 14/IV-VII hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Evde çalışanlar her ne kadar iş organizasyonu kapsamında çalıştıkları için işçi sayılsalar ve bireysel ve toplu iş yasalarından diğer işçiler gibi yararlanma haklarına sahip olsalar da, dar anlamdaki işyerinin dışında iş görme edimlerini yerine getirdiklerinden, özellikle iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulanmasında birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır. 6715 sayılı Kanun ile uzaktan

çalışanlar bakımından işverenin işçiyi gözetme borcu özel olarak düzenlense de, özellik gösteren hususlarda ayrıntılı hükümler getirmemesi Kanunda bu konudaki boşluğun devam etmesine neden olmuştur. İK m. 14/VII'de uzaktan çalışmanın usul ve esasları, işin niteliği dikkate alınarak hangi işlerde uzaktan çalışmanın yapılamayacağı, verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin işletme kurallarının uygulanması ile diğer hususlar Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmış fakat henüz yönetmelik çıkarılmamıştır. Bu bakımdan özellikle iş sağlığı ve güvenliği denetiminin yapılabilmesi ve ayrıca çalışma ve dinlenme sürelerinin uygulanabilmesi için yönetmelik ile yapılacak ayrıntılı bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa: "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan I, İstanbul 2011.
- Aydın, Ufuk: "Tele Çalışma ve Tele Çalışma Avrupa Sözleşmesi", Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, ss. 351-376.
- Başterzi, Süleyman: "Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi", Ankara, 2007.
- Berenstein, Ave/Mahon, Pascal: Labour Law in Switzerland, Kluwer Law International, Hague-London-Boston, 2001.
- Centel, Tankut: "Türkiye'de Yeni İstihdam Türleri ile İş İlişkilerinin Esnekleştirilmesi" ("Yeni İstihdam Türleri"), Çalışma Hayatında Esneklik/ Flexibilität im Arbeitsleben, İzmir 1994.
- Civan Ersun Orhan: İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma/Tele Çalışma), Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 26, 2010, ss. 525-573.
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, Eylül 2017, İstanbul.
- Däubler, Wolfgang: Die Offenen Flanken Des Arbeitsrechts / İş Hukukunun Zayıf Yönleri, (Çev. Vedat Laçiner). Ali Güzel'e Armağan, 2010, ss.145-158.
- Dulay Yangın, Dilek: Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Ankara 2016.
- Dulay Yangın, Dilek: "6715 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi", SİCİL, Sayı: 36, Yıl: 2016, ss. 148-171. (Uzaktan Çalışma)
- Engin, Murat: Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. 2000, Ankara, ss. 269-287.
- Erdut, Tijen: Toplumsal Cinsiyet Bakımından Evde Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/2, ss. 55-82.
- Ergin, Hediye: "Özel Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 15. Yıl Toplantıları, 3-4 Haziran 2011, İstanbul 2012, ss. 209-221.
- Eyrenci, Öner: "Tele Çalışma ve İş Hukuku", İHD, 1991, Cilt 1, ss. 199-210.
- Eyrenci, Öner/Bakırcı, Kadriye: Dünyada ve Türkiye'de Evde Çalışma ve Eve İş Verme, İTO Yayınları İstanbul 2000.
- Freeman, Dena: Homeworkers In Global Supply Chains, Greener Management International, No. 43, 2003.
- Gülver, Ender: "Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜ-HFM C.I, XXII, S.2, 2014, ss. 103-122.
- Güzel, Ali: "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1997, Ankara, ss. 83- 126.
- Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, 17. Bası, İstanbul, 2018.

- Kandemir, Murat: İş Hukuku Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Kandemir, Murat: "Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHFM C.I, XXII, S.2, 2014, ss. 143-166. (Evde Çalışma)
- Karadeniz, Oğuz: "Ev Hizmetlerinde Çalışanlar ve Sosyal Koruma Sorunu", İş Müfettişleri Derneği II. Çalışma Yaşamı Kongresi, 2008, Ankara.
- Keskin, Doğan: "Kısmi Süreli ve Ev Eksenli Çalışmada Kadının Yeri ve Sorunları", İş Müfettişleri Derneği II. Çalışma Yaşamı Kongresi, Ankara 2008.
- Koç, Yıdırım: Eve İş Verme, Ankara 2001.
- Lordoğlu, Kuvvet: İş Verme Sistemi İçinde Kadın İşgücü Üzerine Bir Alan Araştırması, Friedrich Ebert Vakfı, 1990, İstanbul.
- Martino, Vittorio Di/Wirth Linda: Telework: A New Way of Working and Living. International Labour Review, 129 (5), 1990, ss. 529-549.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt I, Ankara 2017 (I).
- Moore, Jeanne: "Homeworking and Work-Life Balance: Does It Add To Quality Of Life?", Revue Européenne de Psychologie Appliquée. No. 56, 2006, ss. 5-13.
- Özdemir, Burhan: "Ev Çalışması", Kemal Oğuzman'a Armağan. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 1997, Ankara, ss. 127-150.
- Özer, Hatice Duygu: Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı:12, Aralık 2018, ss. 193-226.
- Ray, Jean-Emmanuel/Rojot, Jacques: "A Comparative Study of the Impact of Electronic Technology on Workplace Disputes: National Report on France", Comp. Labor Law&Pol'y Journal. 24, 2005, ss. 117-146.
- Ruiz Vega, Luz: "Home Work: Towards a New Regulatory Framework?" International Labour Review. 2, 1992, 131 vd.
- Soysal, Tamer: "Tele Çalışma", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 9, Cilt: 1, 2006, ss. 133-165.
- Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2019.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 2018, İstanbul.
- Tuncay, A. Can: "Çalışma Süreleri ve İstihdam Türlerinde Esnekleştirme", Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler, ÇMİS, Ankara 1995, ss. 57-74.
- Turan, Ercan/Pakin-Akın, Ebru: "Ev Eksenli Çalışanların Sosyal Güvenliği Üzerine Değerlendirmeler", SİCİL, Yıl: 3, Sayı: 12, Aralık 2008, ss. 187-199.
- Uşan, Fatih: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Ankara, 2003.
- Villegas Schneider de G.: Home Work: a Case for Social Protection", International Labour Review, 129 (4), 1990, ss. 423-439.

Covid-19 Salgınlarının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi

Öz

Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel bir salgın hastalık olarak ilan edilen ve insan sağlığını ciddi şekilde tehdit eden Covid-19 salgını, ekonomik ve sosyal hayatı derinden sarsmıştır. Ülkemizde salgınla mücadele kapsamında işletmeleri ayakta tutmak ve bu suretle istihdamı korumak amacıyla, 7226 ve 7244 sayılı Kanunlar ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda birtakım değişiklikler yapılmış ve bu kanunlara bazı geçici maddeler eklenmiştir. Bu kapsamda kısa çalışma uygulaması kolaylaştırılmış ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşulları yumuşatılmıştır. İşverene geçici bir süre için ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri dışında bir sebeple, fesih yasağı getirilmiştir. Tam-kısmi süreli, belirli-belirsiz süreli ve deneme süreli sözleşmeler de fesih yasağı kapsamındadır. Fesih niteliğinde olmamaları

nedeniyle sözleşmesinin süre bitiminde kendiliğinden veya geçerli bir ikale ile sona ermesi, fesih yasağı kapsamında değerlendirilemez. Yasağa aykırı olarak yapılan fesih, kesin olarak hükümsüz olduğundan, işverenin temerrüdü söz konusu olur. Diğer yandan, salgın nedeniyle ekonomik sorunlar yaşayan işverene, getirilen fesih yasağına karşılık olmak üzere, bu süreyle sınırlı olmak kaydıyla, işçiyi tek taraflı ücretsiz izne ayırma yetkisi verilmiştir. Aynı düzenleme kapsamında ücretsiz iznin işçi bakımından fesih için haklı sebep teşkil etmeyeceği de belirtilmiştir. Bu süre içinde işçi, ücretsiz izne dayanan derhal fesih hakkı dışında, şartları oluştuğunda sağlık, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri sebepleri veya zorlayıcı sebeplere bağlı olarak iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi, söz konusu dönemde süreli fesih yoluna da başvurabilir.

Anahtar Sözcükler:

Covid-19, salgın hastalık, fesih yasağı, ücretsiz izin.

The Effect of The Covid-19 Pandemic on Termination of The Employment Contract and Other Reasons Ending The Contract

Abstract

The Covid-19 pandemic, declared by the World Health Organization as a global pandemic and seriously threatening human

health, has deeply shaken economic and social life. In order to keep the businesses alive and thus protect employment within

*Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Başkanı-seracettingoktas@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5103-9947

the scope of combating the pandemic in our country, some amendments were made in the Laws No. 7226 and 7244, the Unemployment Insurance Law No. 4447 and the Labor Law No. 4857, and some temporary provisions were added to these laws. In this context, short-term work has been facilitated and conditions for benefiting from short-term work allowance have been softened. The employer has been temporarily banned from termination for reasons other than those that do not comply with the rules of ethics and goodwill and the like. Full time-part time, definite-indefinite term and probationary contracts are also covered by the prohibition of termination. Termination of the employment contract automatically at the end of the period and valid mutual rescission agreements are not covered by the prohibition of termination because they cannot be

considered as termination. Since the termination made against the prohibition is absolutely null, the employer's default will come into question. On the other hand, the employer, who has economic problems due to the pandemic, has been given the right to unilaterally resort to unpaid leave, in return for the termination ban, provided that this period is limited. In the same provisions, it is stated that unpaid leave will not constitute a just cause for termination for the employees.

During this period, apart from exercising a right for immediate termination due to unpaid leave, when the conditions avail, the employee may terminate the employment contract, for compelling reasons and conditions similar to health, morality, and goodwill. The worker may also recourse to the termination with notice within the period in question.

Keywords:

Covid-19, pandemic, prohibition of termination, unpaid leave.

A. Genel Olarak

Çin'in Wuhan kentinde başlayan ve tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgını insan sağlığının yanı sıra ekonomik ve sosyal hayatı da ciddi anlamda olumsuz etkilemiş bulunmaktadır. Pek çok ülke kamu sağlığını korumak ile ekonomik ve sosyal faaliyetlere yönelik kısıtlamaları en az seviyede tutmak arasındaki hassas dengeyi gözeterek imkânları ölçüsünde tedbirler almıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 26.03.2020 tarihli raporunda¹, Covid-19 salgınına karşı ülkeler tarafından en çok alınan tedbirlerin sosyal korumaya ilişkin olduğu belirtilmektedir. Rapora göre, alınan tedbirlerden yarısından fazlası, mevcut sosyal koruma programlarında yardım düzeylerini artırmayı, kapsamı genişletmeyi veya hak kazanma ölçütlerini esnetmeyi hedeflemektedir.

Ülkemizde Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Bilim Kurulu'nun tespit ve önerileri doğrultusunda, Covid-19 salgınının yayılmasını engellemek ve çalışma yaşamına etkilerini azaltmak için idari ve yasal düzenleme bağlamında pek çok önlem alınmıştır. İstihdamı korumak amacıyla, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda 25.03.2020 tarih ve 7226 sayılı Kanun'un² 41. maddesi ile 4447 sayılı Kanun'a eklenen ve 16.04.2020 tarih ve 7244 sayılı Kanun'un³ 6. maddesi ile değiştirilen geçici 23. madde ile, kısa çalışma uygulamasına başvuru kolaylığı ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanma şartlarında esneklik sağlanmıştır. 7244 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 4447 sayılı Kanun'a eklenen geçici 24. madde ile de, kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayanlar ve ücretsiz izne ayrılan işçilere nakdi ücret deste-

1 Raporun tam metni için bkz. https://www.ilo.org/anka-ra/publications/WCMS_741444/lang--tr/index.htm

2 26.03.2020 tarih ve 31080 (Mükerrer) sayılı RG.

3 17.04.2020 tarih ve 31102 sayılı RG.

ğinin yapılacağı öngörülmüştür. Ayrıca 7226 sayılı Kanun'un 43. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 64. maddesinde yapılan değişiklikle telafi çalışmasının yaptırılacağı süre iki aydan dört aya çıkarılmıştır. 7244 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde ile, işverenlere geçici bir süre ile ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri dışında bir sebeple fesih yasağı getirilmiş, aynı maddede işverenlere işçileri tek taraflı ücretsiz izne ayırabilme yetkisi verilmiş ve bunun işçi açısından derhal fesih sebebi sayılmayacağı düzenlenmiştir.

Ülkemizde ilk vakianın tespit edildiği 11.03.2020 tarihinden itibaren, idari makamlarca salgının yayılmasının önlenmesi ve kontrol altına alınması amacıyla, geçici olarak bazı temel hakların kısıtlanması sonucunu doğuran kararlar verilmiştir. Bu kapsamda uygulanan seyahat sınırlaması, bazı işyerlerinin kapatılması veya faaliyetin durdurulması, karantina ve sokağa çıkma yasağı gibi tedbirler, doğal olarak pek çok sektörde üretim faaliyetlerinin yavaşlamasına, yatırımların durmasına ve verimliliğin düşmesine yol açar. Salgın nedeniyle ekonomik açıdan zor durumda kalan işletmelerde istihdamın korunması ciddi bir sorundur. İşverenler, bu dönemde kısa çalışma, uzaktan çalışma, telafi çalışması, ücretli ve ücretsiz izin gibi uygulamalara yönelmek zorunda kalmışlardır. Genellikle ücretten başka geliri olmayan işçilerde ve onların aile üyelerinde sağlık yönünden yaşanan tedirginliğin yanında geçim sıkıntısı kaygısının da başlaması sorunu çok daha önemli hale getirmiştir.

Covid-19 salgınına yönelik alınan tedbirlerin bazıları işçi açısından ifa imkânsızlığına, bazıları da işverenin ifayı kabul imkânsızlığına yol açmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/III ve 25/III hükümlerine göre, kusursuz imkânsızlık nedeniyle edimlerin ifa edilememesi, taraflara belli şartlarda derhal fesih hakkı verir. Ancak, İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi uyarınca işverene getirilen fesih yasağı kapsamında, işverenin Covid-19 salgınından kaynaklanan zorlayıcı nedene dayalı fesih yoluna başvurma imkânı, geçici bir süre için ortadan kaldırılmıştır.

Covid-19 salgınından dolayı çalışma hayatında uzaktan çalışma ve telafi çalışması gibi esnek çalışma yöntemleri ile ücretli ve ücretsiz izin uygulamaları yaygınlık kazanmıştır. Salgın ve buna bağlı olarak yapılan yasal düzenlemeler ve alınan tedbirler, sadece çalışma düzenini değil, tarafların fesih haklarını ve iş sözleşmesinin diğer sona erme nedenlerini de etkilemiştir. Bu makalede Covid-19 salgınının 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde, iş sözleşmesinin sona ermesi nedenleri ve özellikle tarafların fesih haklarına etkisi ve hukuki sonuçları değerlendirilecektir.

B. Haklı Nedenle Fesih Hakkına Etkisi

1. İşçinin Derhal Fesih Hakkına Etkisi

İşçinin derhal fesih hakkını doğuran sebepler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde sağlık sebepleri, ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ve zorlayıcı sebepler olmak üzere üç başlık altında düzenlenmiştir. İşçinin belirtilen derhal fesih sebepleri, Covid-19 bağlamında aşağıda ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

a. İşçinin Sağlık Sebepleriyle Derhal Fesih Hakkı

İş Kanunu'nun 24. maddesinin 1.fıkrasının I. bendinin (a) alt bendine göre, "iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olursa" işçi, iş sözleşmesini derhal feshedebilir. Buna göre, sözleşmenin feshedilebilmesi için işin yapılması, işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlike arz etmelidir. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 3. maddesine göre, tehlike, "işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyelini" ifade eder. Öğretiye göre de, tehlike, "işçinin sağlığının ve yaşamının ileride karşılaşacağı istenilmeyen kötü durumlar, telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkma-

bileceği hallerdir"⁴. Tehlikenin tespitinde, sadece objektif kıstaslar değil, işçinin yaşı, vücut ve sağlık durumu, cinsiyeti gibi sübjektif özellikleri de dikkate alınmalıdır. Yapılan iş niteliği icabı işçinin sağlığı ve yaşamı için tehlikeli olabileceği gibi, işçinin vücut yapısı ve sağlık durumu bakımından da tehlikeli olabilir. Örneğin, tüberküloz geçirmiş bir insanın barut imal eden bir işyerinde çalışması onun için tehlikeli iken, daha önce bu tür bir hastalık geçirmemiş olan kimse için ise tehlikeli olmayabilir⁵.

Tehlike, işin niteliğinden doğmuş olmalıdır. Örneğin, ağır iş makinesinde operatörlük yapan işçinin kulaklarının duyma fonksiyonunu önemli ölçüde kaybetmesi veya sürekli gürültünün sinir sisteminde yol açtığı ruhsal gerilimin işin niteliğinden doğduğu söylenebilir⁶. Ancak Yargıtay birçok kararında, tehlikenin işin niteliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakmaksızın, işçinin o işte çalışması halinde mevcut hastalığının sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olup olmadığına göre değerlendirme yapmıştır⁷. Tehlikenin işin niteliğinden doğup doğmadığı ve işin yapılmasının işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olup olmadığı uzmanlarınca tespiti gereken bir husustur⁸.

Tehlikenin, işçi tarafından sözleşmenin yapıldığı sırada bilinip bilinmemesi önemli değildir⁹.

İşyerinde faaliyetin konusu ve işçinin iş görme borcu kapsamındaki görevi üçüncü kişilerin sağlığına yönelmiş tehlikelerin ortadan kaldırılması ise, salt tehlikenin varlığı o işçiye iş sözleşmesini derhal fesih hakkı vermez. Örneğin, hastane personelinin, hastanede Covid-19 hastalarının bulunmasının sağlığı ve yaşamı için tehlike arz ettiği gerekçesiyle iş sözleşmesini derhal feshetmesi mümkün değildir. Aynı şekilde itfaiye görevlisi yaptığı işin sağlığı ve yaşamı için tehlikeli olduğunu belirterek, İş Kanunu m.24/1-a kapsamında iş sözleşmesini feshetmesi haklı görülmez. Bununla birlikte, bu kişiler, iş görme sırasında kendilerine koruyucu malzemenin sağlanmaması nedeniyle ya da genel anlamda iş sağlığı ve güvenliği bakımından gerekli tedbirlerinin alınmaması halinde iş sözleşmelerini derhal feshedebilirler.

İş Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrasının I. bendinin (b) alt bendinde işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işverenin veya başka bir işçinin bulaşıcı bir hastalığa tutulması veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması, işçiye derhal fesih hakkı veren bir sağlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Hastalığın bulaşıcı ve önemli salgın hastalıklardan olması gerekir¹⁰. Örneğin, işçinin sağlığı için ciddi tehlike oluşturabilecek olan verem, zührevi hastalıklar, uyuz ve cüzzam gibi hastalıklar, işçiye anılan hüküm kapsamında derhal fesih imkânını verir. Buna karşılık, nezle gibi önemsiz bulaşıcı hastalıklar, derhal fesih sebebi olamaz¹¹. Öğretide bir görüşe

4 Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2014, s. 420; Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, İş Hukuku, 6.Bası, Ankara 2014, s. 816.

5 Narmanlıoğlu, s. 420; Akyiğit, Ercan, Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 114.

6 Akyiğit, S.115; Uşan, M. Fatih, İş Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2009, s. 118; Aynı yazar, "İşçinin Kendisinin İş ile İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum mudur?", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, S.17, 2008, s. 208.

7 "Davacının beyaz et entegre tesislerinde çalıştığı, parçalama işi yaptığı, mevcut olan hastalığı nedeniyle sık sık bayılıp düştüğü ve revire kaldırıldığı tanık anlatımları ile ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, davacının 4857" Sayılı İş Kanununun 24/1 maddesi uyarınca iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması sonradan doğan bir sebeple işçinin sağlığı için tehlikeli hale geldiği görülmektedir..." (Y9HD, 08.03.2007, 2006/21363-2007/6171). İşçinin çalışmasına engel olan bir hastalığının olup olmadığının tespiti için sağlık kurulu raporu alınması gerektiği hakkında bkz. Y9HD, 25.06.2009, 10473-17999. Aynı yönde, Y22HD, 19.06.2012, 3400-13955.

8 Narmanlıoğlu, s. 421. "Davacı, sağlık sebebi ile iş sözleşmesini feshettiğine göre, Mahkemece, davacının tedavi gördüğü hastanelerden raporları temin edilerek; İş Ka-

nunu, 24/1-a'daki işyerinin özellikleri, çalışma koşulları, yapılan işin özellikleri bir bütün halinde değerlendirilip bu koşulların işçi yönünden oluşup oluşmadığı, işçinin yaptığı işin sağlığını doğrudan etkileyip etkilemediği ve fesih tarihi itibarıyla davacının çalışmasına engel olabilecek bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığı buna göre iş sözleşmesini sona erdirmesinde zorunluluk bulunup bulunmadığı yönünden sağlık kurulu raporu alınarak sonucuna göre kıdem tazminatı hakkında bir karar verilmelidir". Y7HD, 10.09.2015, 2014/20246-2015/14573), Aynı yönde, Y9HD, 17.12.2018, 2015/29195-2018/23354.

9 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 817-818.

10 Narmanlıoğlu, S. 422-423; Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, s. 819.

11 Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C.I, İstanbul 1976, s. 168; Nar-

göre, AIDS ve sarılık hastalıkları da söz konusu hüküm uyarınca fesih sebebidir¹². Bir başka görüşe göre ise, kan veya cinsel yollarla bulaşan hastalıklar bu kapsamda kabul edilemez¹³. Kanımızca da, işçinin yakından ve doğrudan görüşüp buluştuğu işveren veya başka bir işçinin tutulduğu bulaşıcı hastalığın solunum ya da temas yoluyla bulaşması mümkün değilse, söz konusu hüküm kapsamında derhal fesih sebebi yapılmaması gerekir.

İş Kanunu'nun 24/I-b hükmüne göre, fesih hakkının doğumu için, işverenin veya başka bir işçinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması yeterli değildir. Bunun için ayrıca hastalananın işçinin yakından veya doğrudan buluşup görüştüğü kişi olması gerekir. Bu nedenle, bulaşıcı nitelikteki hastalığa yakalanan işveren ya da başka bir işçi ile yakından veya doğrudan buluşma ve görüşme ihtimali ortadan kaldırılmış işçilerin, İş Kanunu'nun m.24/I-b hükmü kapsamında iş sözleşmesini feshetmeleri haklı görülemez¹⁴. İnsan sağlığı açısından ciddi tehlike oluşturan, solunum ve temas gibi yollarla bulaştığı bilimsel olarak kanıtlanmış olan Covid-19 salgını¹⁵, İş Kanunu'nun 24/I-b hük-

mü çerçevesinde iş sözleşmesinin derhal feshine imkân veren bir sağlık sebebi olarak düşünülebilir¹⁶. Ancak, işverenin, gerekli tedbirleri alması halinde işçinin bu sebeple iş sözleşmesini feshetmesi mümkün değildir. Başka bir anlatımla, işverinde işveren veya başka bir işçi, söz konusu bulaşıcı hastalığa yakalanmakla birlikte, bu kişilerle temasta bulunma ihtimalinin ortadan kaldırılması halinde, İş Kanunu m.24/I-b hükmü uyarınca iş sözleşmesi feshedilemez¹⁷.

Bulaşıcı olmamakla birlikte, işveren yahut başka bir işçinin, işçinin "iş ile bağdaşmayan bir hastalığa" yakalanması da İş Kanunu'nun m.24/I-b hükmü kapsamında derhal fesih sebebidir. Öğretide işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığın aynı zamanda bulaşıcı olması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, hükümde yer alan "veya" bağlacı dikkate alındığında işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığın tek başına gerçekleşmiş olması yeterlidir. Hastalığın ayrıca bulaşıcı olması gerekli değildir¹⁹. Bununla birlikte, işçinin işi ile bağdaşmayan hastalığın bulaşıcı olması söz konusu olabilir. İşçinin işi ile bağdaşmayan hastalık, işçinin o işi ile alakalı işgücünü tamamen veya kısmen engelleyen hastalık olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, pazarlamacı olarak çalışanın bir işçinin aracını kullanan şoförün gözünde ciddi derecede görme bozukluğunun mevcut olması veya şoförün kronik kalp hastalığı pazarlamacı açısından derhal fesih sebebidir. Bunun gibi, bir lokantada veya gıda maddeleri üzerine iş yapan bir işyerinde bir işçinin tüberküloz olması

manlıoğlu, s. 422-423; Akyiğit, s. 116.

12 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 819.

13 Ertan, Emre, "İşe Girişte Sağlık Muayenesi ve Hepatitler", Türk Karaciğer Vakfı Karaciğerim Vakfı Dergisi, S.3, 2015, s. 36-38.

14 Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 117; Ergin, s. 186.

15 Dünya Sağlık Örgütü, 11.03.2020 tarihinde Covid-19'u salgın bir hastalık olarak ilan etmiştir. Sağlık Bakanlığı web sayfasında covid-19 salgını hakkında şu bilgiler verilmektedir: "Yeni Koronavirüs Hastalığı (COVID-19), ilk olarak Çin'in Vuhan Eyaleti'nde Aralık ayının sonlarında solunum yolu belirtileri (ateş, öksürük, nefes darlığı) gelişen bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda 13 Ocak 2020'de tanımlanan bir virüstür. Salgın başlangıçta bu bölgedeki deniz ürünleri ve hayvan pazarında bulunanlarda tespit edilmiştir. Daha sonra insandan insana bulaşarak Vuhan başta olmak üzere Hubei eyaletindeki diğer şehirlere ve Çin Halk Cumhuriyeti'nin diğer eyaletlerine ve diğer dünya ülkelerine yayılmıştır. Koronavirüsler, hayvanlarda veya insanlarda hastalığa neden olabilecek büyük bir virüs ailesidir. İnsanlarda, birkaç koronavirüsün soğuk algınlığından Orta Doğu Solunum Sendromu (MERS) ve Şiddetli Akut Solunum Sendromu (SARS) gibi daha şiddetli hastalıklara kadar solunum yolu enfeksiyonlarına neden olduğu bilinmektedir. Yeni Koronavirüs Hastalığına SAR-CoV-2 virüsü neden olur. Hasta bireylerin öksürmeleri aksırmaları ile ortama saçılan damlacıkların solunması ile bulaşır. Hastaların solunum parçacıkları ile kirlenmiş yüzeylere dokunulduktan sonra

ellerin yıkanmadan yüz, göz, burun veya ağıza götürülmesi ile de virüs alınabilir. Kirli ellerle göz, burun veya ağıza temas etmek risklidir".

16 Keser, Hakan, "Korona Virüs (Covid-19) Özelinde Bir Salgının Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", LIHSGHD, C.17, S.65, 2020, (23-94), s. 64-65.

17 Keser, s. 64.

18 Akyiğit, Kıdem Tazminatı, s. 115

19 Ergin, Hediye, "Hastalık Riskinden Dolayı İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1, 2014, (177-200), s. 186. Ayrıca bkz. Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7.Baskı, Ankara 2009, s. 288.

halinde, diğer işçiler iş sözleşmelerini bu sebeple feshedebilirler²⁰. Yargıtay hastalanan işçinin de bu hüküm çerçevesinde iş sözleşmesini derhal feshedebileceğine karar vermiştir²¹. Oysa işçinin kendi hastalığı, İş Kanunu'nun m.24/I-a kapsamında fesih sebebidir²².

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde de, işverenin iş sağlığı ve güvenliği yönünden gerekli tedbirleri almaması halinde işçinin belirli şartlarda iş sözleşmesini derhal feshedebileceği öngörülmüştür. İş sağlığı ve güvenliğine uygun bir çalışma ortamı en önemli çalışma koşullarındandır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli tedbirleri almaması, işçinin çalışma koşullarını uygulamadığı anlamına gelir. Bu kapsamda yapılacak fesih, İş Kanunu'nun 24/II-f hükmünün uygulama alanına girer²³. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi, işçinin bu sebeple derhal fesih hakkını kullanabilmesini bir prosedüre bağlamıştır. Buna göre, işçinin öncelikle İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna, Kurul yoksa işverene başvurarak, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından ciddi ve yakın bir tehlike mevcut olduğunun ve işverence gerekli önlemlerin alınması gerektiğinin tespitini istemesi gerekir. Kurulun ya da işverenin işçinin talebi yönünde karar vermesinden sonra, işçi, iş sözleşmesini derhal feshedebilir. İşçi iş sözleşmesini feshetmeden önce işveren gerekli tedbirleri almışsa, örne-

ğin, bulaşıcı hastalığa yakalanmış olan işveren ya da başka bir işçi tedavi amacıyla hastaneye sevk edilmişse veya işçinin hasta ile yakından görüşmesi yahut doğrudan buluşup görüşmesi ya da temasta bulunması engellenmişse, artık sözleşme bu sebeple feshedilemez²⁴. İşçinin bu fıkra kapsamında iş sözleşmesini feshetmesi için bulaşıcı hastalığa yakalanması şart değildir. Ciddi ve yakın tehlikenin varlığı yeterlidir. İşçi ciddi ve yakın tehlike devam ettiği sürece iş sözleşmesini feshedebilir. Bir görüşe göre, maddede öngörülen prosedüre uyulmadan yapılan fesih, haksızdır²⁵. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, işçinin belirtilen prosedüre uymak suretiyle iş sözleşmesini feshetmesi sadece daha güvenilir bir yoldur. İşçinin kurula ya da işverene başvurmadan İş Kanunu'nun m.24/II-f hükmü uyarınca iş sözleşmesini feshetmesi halinde, ciddi ve yakın tehlikenin varlığını değerlendirmede hataya düşmesi feshin haksızlığına yol açabilir²⁶.

İş Kanunu'nun 24/I-a ve b bentleri uyarınca yapılan fesihlerde aynı Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen hak düşürücü süreler uygulanmaz. Zira 26. maddede sadece 24/II ve 25/II hükümleri kapsamında yapılan fesihlere ilişkin hak düşürücü süreler öngörülmüştür. Yukarıda belirtildiği gibi, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasına dayalı olarak işçi tarafından yapılan fesih, İş Kanunu'nun m.24/II-f hükmünün uygulama alanına girdiğinden, 26.maddede öngörülen hak düşürücü süreler tabidir. Bununla birlikte, işverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı davranışı temadi ediyorsa, söz konusu hak düşürücü süreler, temadi süresince işlemeyecektir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun

20 Narmanlıoğlu, s. 423.

21 "Davacı, davalıya ait kahvehanede işçi olarak çalışmış ve kendini çalışmayacak derecede hasta görerek işyerinden ayrılmıştır. Dosyada SSK... Sağlık Kurulu'nun 26.6.1987 tarihli raporunda davacının gerçekten mide ameliyatı geçirdiği ve akciğerlerinden hasta olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir hastalığın işi ile bağdaşmayan nitelikte olduğunun kabulü gerekir ve bu durumda da İş Kanununun 16. (şimdi İş K. m. 24) maddesinin sağlık sebepleri ile ilgili bendinin (b) fıkrasındaki işçinin bildirimsiz feshi söz konusu olur. Böyle olunca da kıdem tazminatına hak kazanır".(Y9HD, 10.04.1989,231-3355, Yargıtay Kararları Dergisi, Eylül 1989, s. 1269). Ayrıca Sar'a hastalığına yakalanan inşaat işçisinin bu sebeple iş sözleşmesini derhal feshedebileceğine dair karar için bkz. Y9HD, 05.05.1988, 5122-5373, Çimento İşveren, C.2, S.4, Temmuz 1988, s. 17.

22 Sümer, Uygulamalar, s. 288, UŞAN, İşçinin Kendisinin İş İle İlgili Olmayan bir Hastalığa Yakalanması, s. 210.

23 Süzek, İş Hukuku, s. 911.

24 Keser, s. 71-72.

25 Sümer, İş Hukuku, s. 182; Ekmekçi, Ömer, "4857 sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hükümler", Yeni İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 25-29 Haziran 2003, s.192

26 Süzek, İş Hukuku, s. 911; Baycık, Gaye, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2013, (103-170), s. 121; Erdoğan, Canan, "Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", YBHD, S.2, 2017, (127-158), s. 149.

13. maddesine uygun olarak iş sözleşmesini fesheden işçi, diğer koşullar da varsa, kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Bununla birlikte haklı da olsa iş sözleşmesini fesheden işçi, işverenden ihbar tazminatı talep edemez.

b. İşçinin Zorlayıcı Sebep Fesih Hakkı

İş Kanunu'nun 24. maddenin 1. fıkrasının III. bendine göre, işçi, çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek bir zorlayıcı sebebin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesini derhal feshedebilir. Zorlayıcı sebep, önceden görülmeyen ve kaçınılmayan, kusurdan uzak dıştan gelen bir olaydır²⁷. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesine göre, zorlayıcı sebep, "İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan, dışsal etkilerden ileri gelen, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması ve faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan deprem, yangın, su baskını, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri nedenler" olarak tanımlanmıştır. Zorlayıcı sebep hukuki ya da maddi olabilir. Deprem, yangın, su basması, şiddetli kar gibi tabii olaylar ya da yasama ve yürütme organlarınca konulan yasaklar ve yapılan işlemler (sokağa çıkma yasağı, karantina vs.), işyerine el konması, ithalat yasakları gibi hukuki olaylar olabilir. Kişilerin fiilleri, iç savaş, isyan gibi olaylar da zorlayıcı sebep kabul edilebilir. Buna karşılık, malların satılamaması, stok fazlalığı, hammadde teminindeki zorluklar vs. zorlayıcı sebep kabul edilemez²⁸.

27 Zorlayıcı sebep kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Kayırgan, Hasan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenle, İstanbul 2019, s. 5 vd.; Yuvalı, Ertuğrul, "İş Hukukunda Zorunlu Neden ve Zorlayıcı Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", Kamu-İş, C.12, S.3, 2012, s. 2 vd. Ayrıca bkz. Ekonomi, s. 172, dn. 405; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 605; Narmanlioğlu, s. 434; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 247; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 792-793; Sümer, Uygulamalar, s. 289 vd.

28 Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s. 547; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 605; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 833-834; Yuvalı, s. 4 vd.; Kayırgan, s. 12 vd.; Akyiğit, İş Hukuku, s. 289-290.

İş Kanunu'nun 24. maddesinin III. bendi uyarınca, işçinin fesih hakkının doğumu için öncelikle zorlayıcı bir sebebin doğmuş olması, işçinin çalışmakta olduğu işyerinde işin durmuş bulunması ve durmanın en az bir hafta devam etmiş olması gerekir. İşçinin çevresinde meydana gelen ve ifa imkânsızlığına yol açan zorlayıcı sebep, işçiye İş Kanunu'nun m.24/III uyarınca derhal fesih imkânını vermez²⁹. İşçiye derhal fesih hakkını veren zorlayıcı sebep, işverenin çevresinde meydana gelmeli ve ifayı kabul imkânsızlığına yol açmalıdır. Yargıtay bir kararında işyerinin belediye tarafından kapatılmasını zorlayıcı sebep olarak kabul etmiştir³⁰. Ancak işyerinin kapatılması, herhangi bir mevzuat hükmüne aykırılıktan kaynaklanmış ise, kapatılma zorlayıcı sebep olarak kabul edilemez. Çünkü kanuna aykırılık halinde işyerinin kapatılacağı öngörülebilir bir durumdur³¹. Nitekim Yargıtay başka bir kararında otel işyerinin cebri icra yoluyla tahliye edilmesi ve kapanmasının işletme riski kapsamında olduğunu ve zorlayıcı sebep sayılamayacağını belirtmiştir³². Yargıtay'ın ekonomik krizi de zorlayıcı sebep sayan bir kararı³³ öğretide haklı olarak eleştirilmiştir³⁴. Ekonomik kriz, ham madde yokluğu ya da bir işletme riski dolayısıyla işi durdurmak suretiyle işçiye çalıştırılmaması Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca ifayı kabulde temerrüde yol açar³⁵.

Covid-19 salgını, tek başına bir zorlayıcı sebep değildir. Salgının zorlayıcı sebep etkisi ortaya koyması için ifa imkânsızlığına ya da ifayı kabul imkânsızlığına yol açması gerekir. Buna göre, işverenin salgın döneminde zarar kaygısı ve benzeri işletme risklerini göz önünde bulundurarak faaliyetini durdurması, zorlayıcı sebep etkisini ortaya koymaz. Başka bir anlatımla, işverenin karşı ko-

29 Kayırgan, s. 101-102.

30 Y9HD, 28.01.1982, 1981/24889-1982/665.

31 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 833; KAYIRGAN, s. 103-104.

32 Y9HD, 25.04.2008, 2007/16205-2008/10253.

33 Y9HD, 24.01.1996, 1995/24809-1996/685.

34 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 835; Akyiğit, s. 170. Tüm ülkede etkili olan genel bir ekonomik krizin zorlayıcı neden olabileceği hakkındaki görüş hakkında bkz. Narmanlioğlu, s. 311, dn.175; Kayırgan, s. 134.

35 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 835.

yamayacağı bir dış etki olmadan, kendi tercihi ile işi durdurması halinde, sözleşme askıya alınmış sayılmaz³⁶. Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi uyarınca, işveren, alacaklının temerrüdü hükümleri çerçevesinde sorumlu olur.

İşçinin zorlayıcı sebeple fesih hakkının doğumu için kendisinin de ifa imkânsızlığı içinde bulunmaması gerekir. Başka bir anlatımla, işçi, edimini ifaya hazır ise, fesih hakkı söz konusu olur. Şayet işçi de zorlayıcı sebeple iş görme edimini ifa edemiyorsa, zorlayıcı sebeple iş sözleşmesini feshedemez. Zorlayıcı sebep nedeniyle geçici nitelikteki imkânsızlık işçi ve işverenin çevresinde aynı anda meydana gelmişse, iki taraf için de derhal fesih hakkının doğmayacağı kanısındayız. Zira bir tarafın bu sebeple fesih hakkını kullanabilmesi için kendisinin de edimini ifaya hazır olması gerekir. Örneğin, Covid-19 salgını nedeniyle idari kararla kapatılan kafede çalışan bir işçinin zorlayıcı sebeple fesih hakkını kullanabilmesi için kendisinin de sokağa çıkma yasağı kapsamında ya da karantina altında olmaması gerekir. Buna karşılık, sokağa çıkma yasağı kapsamında ve karantina da bulunmadığı halde çalıştığı işyerinde faaliyet zorlayıcı sebeple bir haftadan fazla durmuşsa, işçi derhal fesih hakkını kullanabilir.

İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi uyarınca 17.04.2020 tarihinden itibaren üç aylık süre içinde işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan işçi, zorlayıcı nedene dayalı olarak derhal fesih hakkını kullanamaz. Ücretsiz izin verilmemişse, zorlayıcı sebebin etkisi ile meydana gelen askı durumu bir haftalık süreyi aştığı takdirde işçi, iş sözleşmesini İş Kanunu'nun m.24/III hükmü uyarınca feshedebilir.

İş Kanunu'nun m. 24/III'e göre, iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için zorlayıcı sebebin oluşturduğu imkânsızlığın en az bir hafta sürmesi gerekir. Zorlayıcı sebebin etkisi bir haftadan fazla sürmüşse, işçi, sözleşmeyi feshedemez. Bu durumda sözleşme bir hafta süreyle askıdadır³⁷. Askı hali,

zorlayıcı sebebin etkisini bir haftadan fazla sürdürdüğü durumda da fesih bildiriminde bulununcaya kadar devam eder. Başka bir anlatımla, bir haftalık süre geçtikten sonra iş sözleşmesini feshedinceye kadar, zorlayıcı sebebin devamı süresince, iş sözleşmesi askı halindedir³⁸. Ancak işçi, ifayı kabul imkânsızlığı süresinin bir haftayı geçmesinden sonra sözleşmeyi feshedebilir. Bir haftalık süre geçmesine rağmen fesih hakkını kulllanmayan işçi, zorlayıcı sebep ortadan kalktıktan sonra iş sözleşmesini bu nedenle feshedemez³⁹.

Öğretide bir görüşe göre, bir haftalık süre takvim haftası değil, işçinin çalışma borcunun bulunduğu yedi günlük süre olarak anlaşılmalıdır. İşçinin iş görme borcunun bulunmadığı günler ve bu kapsamda yıllık izin süresi veya iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle askıda olduğu süre dikkate alınmaz. Bu nedenle işçinin iş görme borcunun bulunmadığı hafta tatili gününün de sayılmaması gerekir⁴⁰. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, bir haftalık süre, takvim haftasıdır⁴¹.

Kanımızca hafta tatili gününün zorlayıcı sebebin etkisini gösterdiği bir haftalık süreye ne şekilde rastladığına göre değerlendirme yapılmalıdır. Zorlayıcı sebep, işçinin hafta tatiline hak kazanacak şekilde çalışmasından sonra başlamışsa, o hafta tatili dikkate alınmamalıdır. Örneğin, işçi, işyerinde haftanın altı günü çalıştıktan sonra zorlayıcı sebeple iş durmuşsa, hak kazandığı hafta tatili gününün bir haftalık süreden sayılmaması gerekir. Çünkü bu durumda işçinin iş görme borcunun bulunmadığı ve çalışmadan ücretine hak kazandığı bir günlük süre söz konusudur. Buna karşılık zorlayıcı sebep, işçinin hafta tatiline hak kazanmadığı günlere rastlamışsa, bir haftalık sürenin takvim haftası olarak ele alınması gerekir. Sözleşmenin askıda olduğu bir haftalık süreye denk gelen hafta tatili için de yarım ücret ödeneceğini ön-

36 Baycık, Gaye, "Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkisi", <http://gayebaycik.av.tr/blog-standard/> (E.T.29.05.2020).

37 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 793

38 Ekonomi, s. 172; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 248; Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, s. 772; Süzek, İş Hukuku, s. 688; Kayırgan, s. 141.

39 Kayırgan, s. 141.

40 Akyiğit, Ercan, Kıdem Tazminatı, s. 227-228; Savaş, F. Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, s. 135.

41 Kayırgan, s. 95.

gören İş Kanunu'nun m.46/5 hükmü, işçinin hafta tatiline hak kazanmadığı gün ile ilgilidir⁴².

Zorlayıcı sebepten kaynaklanan durum, derhal fesih hakkını doğurur. Yani edimini ifa edemeyen tarafa bildirim süresinin verilmesi gerekmez. Başka bir anlatımla, "derhal fesih" söz konusu olduğu için işverenin feshi halinde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz. Buna karşılık, mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun, 4857 sayılı Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca yürürlükte bulunan 14. maddesine göre, iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından zorlayıcı sebeple feshedilmesi halinde, çalışma süresi bir yıl veya daha fazla olan işçi, kıdem tazminatına hak kazanır.

c. İşçinin Derhal Fesih Hakkının Sınırlandırılması

Türk İş Hukukunda taraflar iş sözleşmesini açık bir sözleşme hükmüyle ya da ücretsiz izin anlaşmasıyla askıya alabilirler⁴³. Bununla birlikte anlaşmaya dayansa bile, askıya almanın veya ücretsiz iznin süresiz yahut "makul bir süreyi" aşacak şekilde uzun olması halinde, işçi, çalışma koşullarının uygulanmadığını öne sürerek iş sözleşmesini derhal feshedebilir⁴⁴.

Ücretsiz izin uygulaması, işçinin çalışma ko-

şularında esaslı değişiklik mahiyetindedir. Bu nedenle, İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca ücretsiz izin anlaşması olmadan ya da işçinin yazılı rızası alınmadan, işverenin tek taraflı ücretsiz izne ayırması işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir⁴⁵. Ancak Covid-19 salgını süresince istihdamın korunması amacıyla, İş Kanunu'nun geçici 10. maddesinin 2. fıkrasında 17.04.2020 tarihinden itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere, işverenin işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabileceği, bu şekilde ücretsiz ayrılmanın işçiye haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini fesih hakkı vermeyeceği öngörülmüştür. Böylece, İş Kanunu'nun geçici 10. maddesinin 1. fıkrasıyla getirilen fesih yasağı karşılığında, işverene işçiyi tek taraflı ücretsiz izne ayırma yetkisi verilmiş ve işçinin de bu sebeple derhal fesih hakkı sınırlandırılmıştır. İşçinin ücretsiz izne çıkarılması için işveren açısından herhangi bir koşul öngörülmemişse de söz konusu hakkın dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanılması gerekir. İşveren tarafından yalnızca kendisi hakkında daha önce yasal şikâyet hakkını kullanan, dava açan veya aleyhinde tanıklık yapan işçinin ücretsiz izne çıkarılması, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bu durumda, işverenin tek taraflı ücretsiz izne ayırma işlemi haksız bir fesih bildiri olarak nitelendirilebilir⁴⁶.

İşçinin derhal fesih hakkını sınırlandıran söz konusu düzenleme, 17.04.2020 tarihinden itibaren üç aylık süre için geçerlidir. Ayrıca işçinin derhal feshi için haklı neden oluşturmayacak sebep, işverenin tek taraflı ücretsiz izne ayırması ile sınırlıdır. Ücretsiz izne ayrılan işçinin, aynı süre içinde İş Ka-

42 İş Kanunu'nun 46.maddesinin 4.fıkrasına göre, "zorlayıcı ve ekonomik bir sebep olmadan işyerindeki çalışmanın haftanın bir veya birkaç gününde işveren tarafından tatil edilmesi halinde haftanın çalışılmayan günleri ücretli hafta tatiline hak kazanmak için çalışılmış sayılır". Hükmün mefhumu muhalifinden zorlayıcı ve ekonomik bir sebeple çalışılmayan günler, ücretli hafta tatiline hak kazanmak için çalışılmış sayılmaz anlamı çıkmaktadır.

43 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 177; Sümer, Uygulamalar, s. 196; Köseoğlu, Ali Cengiz, "İşyerinin Kapanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, 2006, (43-68), s.49.

44 Süzek, İş Hukuku, s. 485; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 179; Yazarlara göre, makul sürenin göz önünde bulundurulması gerekmele birlikte, makul süre ölçütünün de soyut olması nedeniyle, en uygun olanın 4447 sayılı Kanun'un ek 2.maddesinde öngörülen 3 aylık kısa çalışma süresinin tavan olarak kabul edilmesidir. Bkz. Aynı yer, s. 179; Tarafların anlaşarak iş sözleşmesini askıya almalarının geçici ve makul bir süre için olması gerektiği hakkında bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 774; Sümer, Uygulamalar, s. 197; Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 49; Yamakoğlu, Efe, Karaçöp, Eda, "İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1, 2014, (479-508), s. 480.

45 Süzek, İş Hukuku, s. 487; Yamakoğlu/Karaçöp, s. 492. Tek taraflı ücretli izin halinde işverenin temerrüde düşeceği hakkında bkz. Köseoğlu, İşyerinin Kapanması, s. 49. Yargıtay ise tek taraflı ücretsiz izni işverenin feshi niteliğinde değerlendirmiştir: "Kökleşmiş içtihatlarımıza göre işverenin işçiye ücretsiz izin vermesi fesih niteliğindedir". (Y9HD, 04.12.2008, 200//31333-2008/33412), "Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden "işverenin feshi" olarak değerlendirilmektedir". (Y9HD, 21.05.2019, 2016/2014-2019/11635). Aynı yönde, Y7HD, 15.01.2014, 2013/15874-2014/310.

46 Baycık, Gaye, "16.04.2020 Tarihli ve 7244 sayılı Kanunun Muhtemel Uygulama Sorunları", [http:// gayebaycik.av.tr/ blog-standard/](http://gayebaycik.av.tr/blog-standard/) (E.T.29.05.2020).

nunu'nun 24/III hükmü uyarınca zorlayıcı sebeple derhal fesih hakkını da kullanamayacağı söylenebilir. Ancak, zorlayıcı sebeple iş sözleşmesinin aslında olduğu dönem içinde işverenin ücretsiz izne ayırma iradesini işçiye ulaştırmaması ve Türkiye İş Kurumu'na salgın nedeniyle ücretsiz izin bildiriminde bulunmaması halinde işçi, İş Kanunu'nun 24. maddesinin 1.fıkrasının III numaralı bendi kapsamında fesih hakkı kullanılabilir.

Yukarıda belirtildiği gibi, işçinin fesih hakkını sınırlandıran geçici 10. maddenin 2. fıkrası, ücretsiz izne ayrılmaya dayalı derhal fesih hakkını kapsamaktadır. İşçi, ücretsiz izne ayrılma dışındaki diğer bir sebeple iş sözleşmesini derhal feshedebileceği gibi, süreli fesih yoluna da başvurabilir. Bu bağlamda, işçinin emeklilik, askerlik veya evlenme nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi, sözü edilen hükme aykırı düşmez⁴⁷. Bunun gibi, sözleşmenin ikale ile sona erdirilmesi de mümkündür.

Kısa çalışma uygulaması nedeniyle iş sözleşmesi askıya alınan veya çalışma süresi azaltılmak suretiyle aldığı ücret miktarı düşen işçinin, bu sebeple derhal fesih hakkına sahip olup olamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kısa çalışma uygulamasına başvuran işverenin çalışma süresini azaltma ya da faaliyeti kısmen veya tamamen durdurmak suretiyle iş sözleşmesini askıya alması kanundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle işçinin derhal fesih hakkı bulunmamaktadır⁴⁸. Başka bir görüşe göre, kısa çalışma uygulamasında çalışma süresinin azaltılması halinde İş Kanunu'nun 22. maddesi uygulama alanı bulmamaktadır. Bu süreçte ödenecek ücretin belirlenmesi konusun-

da işverenin tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Çünkü bu durumda ücret, kanun tarafından belirlenmektedir. İşçinin ücretinin tam ödenmemesi gerekçesiyle iş sözleşmesini feshetmesi, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine aykırılık teşkil edecektir⁴⁹. Buna karşılık, işçinin zorlayıcı sebeple fesih hakkı varlığını korumalıdır⁵⁰.

Konuyu sadece işçinin zorlayıcı sebeple fesih hakkı açısından ele alan bir görüşe göre, işçinin kısa çalışma ödeneği aldığı süreler içinde İş Kanunu'nun 24/III hükmü kapsamında fesih hakkını kullanması, objektif iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz⁵¹.

Bir görüşe göre, kısa çalışma uygulaması başlamadan önce işçinin kısa çalışmaya fiilen katılıp katılmadığı veya ödenekten yararlanıp yararlanmadığına göre değerlendirme yapılmalıdır⁵². Kısa çalışma ödeneğinden yararlanmamak suretiyle kısa çalışmaya uygulamasına fiilen katılmayan işçi, iş sözleşmesini çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle feshedebilecektir. Kısa çalışma uygulaması başladıktan sonra işveren tarafından çalışma sürelerinin azaltılması suretiyle ücretin düşürülmesi ya da iş sözleşmesinin aksıya alınması kanunun verdiği yetkiye dayandığından, işçi buna dayanarak iş sözleşmesini feshedemez. Kısa çalışmanın faaliyetin durdurulması yöntemiyle uygulanması halinde de, iş sözleşmesinin askıya alınması kanundan kaynaklandığından, işçi bu nedenle derhal fesih hakkına sahip değildir⁵³.

Başka bir görüşe göre ise, işçinin İş Kanunu'nun 24/III uyarınca fesih hakkını kullanması, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 2.madde düzenlemesi ile ilişkilendirilemez. İş Kanunu'nun 24/III'den doğan fesih hakkı, ne zaman sona ereceği

47 Aksi görüş için bkz. AKIN, Levent, "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", Çimento İşveren, C.34, S.3, Mayıs 2020, (16-71), s. 66.

48 Caniklioğlu, Nurşen, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, (499-547), s. 522; Köseoğlu, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmesine Etkisi, İstanbul 2004 s. 50-51; Keser, 67 vd.; OCAK, Saim, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009; s. 622-623; Kısa çalışma başladıktan sonra işçinin bu nedenle derhal fesih hakkına sahip olmadığı hakkında bkz. Yücesoy, Yasemin, "Kısa Çalışma Uygulaması ve İş Sözleşmesine Etkileri ile Kısa Çalışmanın Nedenleri ve Süresel Koşulları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.42, 2019, (144-172), s. 155-156.

49 Keser, S. 68; Kayalı Çetinkaya, s. 455; Aksi görüşte, Aydın, s. 37; Ekmekçi, Ömer, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, 2009, (47- 59), s. 54.

50 Kayalı Çetinkaya, Tuba, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, (416-474), s. 455.

51 Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2016, s. 257.

52 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 331; Ekmekçi, s. 53; Keser, s. 67; Kısa çalışma başlamadan işçinin fesih hakkına sahip olması gerektiği hakkında bkz. Yücesoy, s.156.

53 Yücesoy, s. 155; Keser, s. 88.

önceden kestirilmeyen bir askı süresi karşısında, işçiden iş sözleşmesini devam ettirmesini beklemenin iyiniyet kurallarına uygun düşmeyeceği düşüncesine, hatta böyle bir durumda ona özgürlüğünü tanıma zorunluluğuna dayanır. Bu nedenle, işçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanıp yararlanması önemli değildir. İşin zorlayıcı sebeplerle durması halinde işçi, ne zaman sona ereceği bilinmeyen bir askı süresi içinde kısa çalışma ödeneğinden yararlanmak yerine fesih hakkını tercih edebilir⁵⁴.

Konu ile ilgili yargı içtihatları arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Yargıtay 22. Hukuku Dairesi 2012 yılında verdiği bir kararında⁵⁵ "... kısa çalışma uygulaması ile işverene, kanunda yer alan belirli koşulların gerçekleşmesi halinde işçilerin rızaları bulunmaksızın çalışma koşullarında geçici olarak değişiklik yapma, kanun ve sözleşme hükümleriyle belirlenen çalışma koşullarını yine geçici bir süre uygulamama imkânı verilmektedir. Buna karşın, uygulamada da görüldüğü üzere çoğu zaman ne kadar süreceği belli olmayan kısa çalışma uygulaması bakımından ücret kaybı da olmasına rağmen işçiye haklı nedenle fesih hakkının verilmemesi ise menfaatler dengesine ve hakkaniyete uygun düşmez. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu açısından kısa çalışma ödeneğinden yararlanıp yararlanmadığından bağımsız bir değerlendirme ile işçinin, kısa çalışma uygulamasının kaynağı zorlayıcı nedenler ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24.maddesinin III numaralı bendi uyarınca, diğer kısa çalışma nedenleri yönünden ise yine aynı maddenin II numaralı bendinin "f" alt bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğinin kabulü yerinde olacaktır" ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise tamamen aksi yönde verdiği kararında⁵⁶, "Kısa çalışma yaptırılacak hallerde kanunda genel ekonomik kriz ve zorlayıcı sebep ola-

rak sınırlanmış ve bakanlık onayına tabi tutularak geçici olduğu belirtilmiş ancak işçinin rızasının gerektiği konusunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kısa çalışma sistemi kanundan doğan işçiye yüklenmiş bir yükümlülük olup, işçinin rızasının aranmayacağı işveren lehine yapılan nadir düzenlemelerden biridir ve bu çalışma sisteminde işçinin ücretinde düşüş olması doğaldır. Kısa çalışma sistemine geçilmesi kanundan kaynaklı olduğundan ve İş Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenen iş şartlarında esaslı değişiklik şartları gerçekleşmediği" gerekçesiyle kıdem tazminatının reddi gerektiğine yönelik ifadelerle yer vermiştir.

Görüldüğü gibi, kısa çalışma uygulaması nedeniyle işçinin derhal fesih hakkının bulunup bulunmadığı konusunda öğretici ve yargı içtihatlarında görüş birliği bulunmamaktadır. Söz konusu tartışmaların, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun kısa çalışmayı düzenleyen ek 2. maddesinin yeterliliğinden kaynaklandığı söylenebilir. Zira mevcut düzenlemede işçinin kısa çalışma uygulamasına katılma zorunluluğu açık değildir⁵⁷. Kısa çalışma sistemi mevzuatımıza ilk kez, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 65. maddesinde düzenlenmiştir. Sadece İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerini kapsamının eleştirilmesi üzerine 65. madde, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı Kanunun 37. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve aynı Kanunun 18. maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen ek madde 2 ile yeniden düzenlenmiştir. Ek 2. maddenin gerekçesinde yalnızca İş Kanunu'nun 65. maddesinin yürürlükten kaldırılma ve düzenlemenin İşsizlik Sigortası Kanunu bünyesine alınma nedeninden söz edilmektedir. İş Kanunu'nun mülga 65. maddesinde ise, kısa çalışma sisteminin gerekçesi, "Özellikle genel ekonomik krizlerde ve zorlayıcı sebeplerle çalışma hayatında sıkça görülen işçilerin ücretsiz izine çıkarılması durumunda, işçilere sınırlı da olsa bir gelir güvencesi sağlamak amacıyla, "kısa çalışma" ve "kısa çalışma ödeneği" kavramları getirilerek bunlarla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Her şeyden önce, kısa çalışmaya hangi hallerde başvurulabileceği belirlenmiş ve bunlar "ekonomik kriz" ve "zor-

54 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1289; Aynı görüşte, Akyiğit, Kısa Çalışma, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S.1-2, Ağustos-Kasım 2004, (1-35) s. 20; Sümer, Uygulamalar, s. 437; Aydın, Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, 2009, (29-40) s. 37-38; AKIN, s. 47-48; Kayırgan, s. 103.

55 Y22HD, 05.12.2012, 4892-27269.

56 Y9HD, 08.07.2013, 2011/26183-2013/20766. Aynı yönde, Y9HD, 08.07.2013, 2011/26182-2013/20765.

57 Akyiğit, Kısa Çalışma, s. 20; Kayalı Çetinkaya, s. 454.

layıcı sebep” olarak sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, zorlayıcı bir sebep dışında, işveren ancak ülke çapındaki bir ekonomik kriz nedeniyle, işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması kısa çalışma olarak nitelenecektir. Ekonomik ya da yönetsel veya organizasyona dayalı olarak o işyerinin kendisinden kaynaklanan bir krize girmesi yahut pazara bağlı olarak sektörel bir kriz o işyerinde kısa çalışma yapılmasını haklı gösterecek nedenlerden değildir... Yukarıda belirtilen nedenlerle, işyerinde geçici olarak en az dört hafta işi durdurmak veya kısa çalışma uygulamasına karar veren işveren, bu kararını derhal ve gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Kurumuna ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Bu karar sonucu kendilerine en az dört hafta ücretsiz izin verilen işçiler işsizlik sigortasından “kısa çalışma ödeneği” almaya hak kazanacaklardır. Bu düzenleme ile, bir ekonomik krizde veya zorlayıcı bir sebebin varlığı halinde, işyerinde işçiler arasında tenkizat yapma yerine, işçilerin tamamının veya bir kısmının geçici olarak ücretsiz izine çıkartılması ekonomik ve sosyal politika olarak tercih edilmekte; işçilerin geçici olarak ücretsiz izine çıkarılması “geçici bir işsizlik” olarak nitelenerek işsizlik sigortasından “kısa çalışma ödeneği” almaları öngörülmektedir. Bu şekilde, bu işçiler işsiz kalsa idi, işsizlik sigortasının bu işçileri yeniden işe yerleştirmek için yapacağı masraflardan da kurtulmuş olmaktadır. Ayrıca kısa çalışma süresi zorlayıcı sebebin devam ettiği süre ve herhalde üç ay ile sınırlı tutulmuştur...” şeklinde açıklanmıştır. Gerekçede işverene tek taraflı olarak çalışma sürelerini azaltma veya işçileri ücretsiz izne çıkarma yetkisi verildiğinden açıkça söz edilmemiştir. Aksine “işçilerin ücretsiz izine çıkarılması durumunda” ibaresi, böyle bir sonuca varmayı güçleştirmektedir. Bununla birlikte, gerekçede ekonomik krizde veya zorlayıcı bir sebebin varlığı halinde, işçiler arasında tenkizat yapma yerine, işçilerin tamamının veya bir kısmının geçici olarak ücretsiz izne çıkarılmasının ekonomik ve sosyal politika olarak tercih edildiğinin belirtilmesi ve madde metni birlikte dikkate alındığında, işverene Kurumun onayına bağlı bir yetki verildiği sonucu çıkarılabilir. Ancak, madde

metninin ve gerekçesinin açık olmaması nedeniyle sistemin amacından yola çıkılarak, yorum yoluyla varılan bu sonucun, işçinin çalışma koşullarının ancak yazılı kabulüyle gerçekleşebileceğini öngören İş Kanunu’nun 22. maddesi hükümlerini saf dışı bıraktığı belirtilmelidir⁵⁸. İşverenin yönetim hakkı kapsamına alınan bir yetkinin kullanımı işçinin derhal fesih hakkını düzenleyen hükümlerin uygulanma olanağını da ortadan kaldırır. Belirtmek gerekir ki, emredici nitelikteki bir hükmün istisnasını teşkil edecek bir düzenleme açık ve kesin olmalıdır. Diğer yandan, işletme rizikosunun işçiye yükletilmesi, açık bir kanun hükmünün varlığını ya da işçinin rızasını gerektirir⁵⁹. Bu noktada, işverene tek taraflı ücretsiz izne ayırma yetkisini veren ve bunun işçi açısından derhal fesih nedeni olamayacağını açıkça belirten İş Kanunu’nun geçici 10/2 hükmü iyi bir örnek olarak gösterilebilir. Kısa çalışma uygulaması hangi yöntemle yapılırsa yapılsın, işçinin gelirinde önemli ölçüde bir azalma meydana gelmektedir. Nitekim uygulamada işverenlerin ilave bir ödeme yapmak suretiyle işçilerin mağduriyetlerini bir ölçüde gidermeye çalıştıkları görülmektedir. Hukukta öngörülebilirlik ilkesi gereğince, kısa çalışma süresi ve ödenekten yararlanma koşullarını taşımayan işçiler de göz önünde bulundurularak, açık ve kesin bir düzenleme yapılması gerektiği açıktır.

2. İşveren Açısından

a. Fesih Hakkının Geçici Olarak Yasaklanması

Covid-19 salgını tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de ekonomik ve sosyal hayatı ve dolayısıyla iş ilişkilerini derinden sarsmıştır. Ekonomik açıdan olumsuz etkilenen pek çok işverenin istihdam hacminde oluşan daralmayı çalışanları işten

58 Kısa çalışmada İş Kanunu’nun 22. maddesinin uygulanmayacağı hakkındaki görüşler için bkz. Caniklioğlu, s. 522; Köseoğlu, s. 50-51; Keser, 68; Ocak, s. 622-623; Kayalı Çetinkaya, s. 455; Yücesoy, s. 155-156. Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 08.07.2013, 2011/26183-2013/20766. Aksi görüş için bkz. Aydın, s. 37; Ekmekçi, s. 54.

59 İşçi temsilciliği sistemine yer veren AB ülkelerinde kısa çalışmalar katılımcı yöntemle ve karşılıklı anlaşmayla gerçekleştirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, İş Hukuku, s. 787.

çıkarmakla aşacağı, bunun da sosyal açıdan ciddi olumsuzluklara yol açacağı tahmin edilerek, bazı tedbirler alınmıştır. Bu tedbirlerden birisi de işverenlere bu süreçte geçici bir süre için işten çıkarma yasağının getirilmesidir.

7244 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile İş Kanunu'na eklenen geçici 10. maddenin 1. fıkrası uyarınca 17.04.2020 tarihinden itibaren üç ay içinde 25. maddenin 1. fıkrasının II numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işçinin iş sözleşmesi feshedilemez. Belirtilen güvence, Türk Borçlar Kanunu'na ve diğer iş kanunlarına tabi işçiler için de geçerlidir. Söz konusu düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanı fesih yasağını altı aya kadar uzatabilir.

7226 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen geçici 23. maddesinin 1. fıkrasında hangi kanuna tabi olursa olsun, tüm iş ilişkilerini kapsayacak şekilde, Covid-19 salgınından kaynaklı zorlayıcı sebeple kısa çalışma ödeneğinden yararlanma şartları özel olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, maddenin 2. fıkrasında işverenin kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmesi için herhangi bir işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasının II numaralı bendi kapsamı dışında kalan sebeplerle feshetmemesi gerektiği belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında sadece İş Kanunu'nun 25. maddesinin II numaralı bendi dışında kalan fesihlerden söz edilmesinden, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na veya diğer iş kanunlarına tabi işçiler bakımından kısa çalışma uygulamasından yararlanmak için belirtilen şartın öngörülmediği anlamı çıkabilir. Kanımıza göre kanun koyucunun amacı, kısa çalışma uygulaması döneminde tüm işçiler için geçici bir istihdam güvencesi sağlamak olduğundan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na veya 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranları Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun (Basın İş Kanunu)'a tabi işçileri için de söz konusu güvencenin geçerli olması gerekir. İş Kanunu kapsamı haricinde kalan iş ilişkileri açısından işverenin kısa çalışma uygulamasından yararlanabilme-

si için, dürüstlük kuralları gereğince sözleşmenin devamı kendisinden beklenemeyecek durum ve şartlar dışında kalan sebeplerle herhangi bir işçinin iş sözleşmesi feshedilmemiş olmalıdır. Maddede söz edilen güvence, sadece çalışma süresi azaltılan ya da Covid-19 kaynaklı zorlayıcı sebeple iş sözleşmesi askıya alınan işçiler için değil, işyerinde çalışan tüm işçiler bakımından geçerlidir. Covid-19 bağlamında işverenin kısa çalışma uygulaması için getirilmiş olan bu şart, sözleşmenin süreli fesih yoluyla sona erdirilmemesini de gerektirir⁶⁰. Buna karşılık, iş sözleşmesinin ikale ya da süre bitimi sona ermesi fesih niteliğinde olmadığından, kısa çalışma uygulamasına engel değildir⁶¹. İş sözleşmesinin devri ya da işyeri devri şeklinde gerçekleşen işveren değişikliğinde iş sözleşmesi kesintiye uğramadan devam ettiğinden, fesih yasağının ihlali söz konusu olmaz⁶².

İşçi için belirli bir süre çalışmış olma şartı yoktur. Yasak döneminde işe alınan işçiler de söz konusu geçici istihdam güvencesi kapsamındadır.

Deneme süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından deneme süresi içinde sona erdirilmesinin fesih yasağı kapsamına girip girmediği de önemli bir hukuki sorundur. İş Kanunu'nun m.15/II ve Türk Borçlar Kanunu'nun m.433/I-II hükümlerinde deneme süresi içinde tarafların iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız olarak feshedebilecekleri öngörülmüştür. Buna göre, deneme süreli iş sözleşmesinde taraflar, kural olarak, deneme süresi içinde sözleşmeyi herhangi bir yükümlülük altına girmeksizin istedikleri zaman sona erdirebilirler⁶³. Deneme süresi içinde İş Kanunu'nun geçici m.10 uyarınca söz-

60 Akın, s. 47.

61 Akın'a göre, 4447 sayılı Kanun'un geçici 23.maddesindeki "... işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir" ifadesi, sözleşmenin iradi olarak sonlandırılmamasını kapsar. İkale, fesih niteliğinde değilse de, işçi ve işverenin iradesi ile gerçekleşmektedir. Bu nedenle, sözleşmenin ikale ile sonlandırılması da, kısa çalışma uygulamasından yararlanmayı engeller. Bkz. s. 63.

62 Özkaraca, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 142. Ayrıca iş sözleşmesini devri hakkında bkz. Aynı yer, s. 113 vd.

63 Süzek, İş Hukuku, s. 255.

leşmenin feshedilemeyeceğinin kabulü halinde, deneme süresinin anlamsız kalacağı söylenebilir. Ancak, söz konusu hükmün öngördüğü fesih yasağı, sözleşmenin türü bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır. Buna göre sözleşme, belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, deneme süreli ya da mevsimlik olabilir. Bu nedenle, fesih yasağı deneme süresi içinde yapılan fesihleri de kapsar⁶⁴. Bununla birlikte, deneme süresinin yasak süresi kadar uzadığını kabul etmenin menfaatler dengesine uygun düşeceğini düşünüyoruz. Aynı şekilde, yasak süresinin, iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından gerekli altı aylık kıdem süresinin belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği de söylenebilir⁶⁵.

7244 sayılı Kanunla İş Kanunu'na eklenen geçici 10. madde uyarınca işveren, iş sözleşmesini sağlık sebepleriyle üç ay süreyle feshedemez. Cumhurbaşkanı bu süreyi altı aya kadar uzatabilir. İşverenin sağlık sebepleriyle İş Kanunu'nun m.25/II hükmü çerçevesinde iş sözleşmesini derhal fesih hakkını yasaklayan bu hüküm, sadece Covid-19 salgınından kaynaklanan sağlık sebepleriyle sınırlı değildir. Başka bir anlatımla, Covid-19 salgını dışında herhangi bir nedenle ortaya çıkacak diğer sağlık sebeplerine dayalı yapılacak fesihler de maddede belirtilen süre içinde fesih yasağı kapsamına girer.

İş Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasının III. bendi ise, işverene iş sözleşmesini zorlayıcı sebeple derhal fesih hakkı vermiştir. Buna göre, "İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması" halinde işveren derhal fesih hakkını kullanabilir. Ancak, işverenin anılan hükümden doğan fesih hakkını kullanması, İş Kanunu'nun geçici m.10. hükmü uyarınca 17.04.2020 tarihinden itibaren üç ay süreyle yasaklanmıştır. Cumhurbaşkanı bu süreyi altı aya kadar uzatabilir.

İşverene getirilen geçici fesih yasağının tek istisnası, işverenin İş Kanunu'nun 25/II hükmü

çerçevesinde işçinin ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri davranışlarından dolayı derhal fesih hakkıdır. Konumuz bağlamında belirtmek gerekir ki, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na göre, çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymakla yükümlüdür. İşçinin bu yükümlülüğe aykırı davranması işverene İş Kanunu'nun m.25/II-ı hükmü çerçevesinde derhal fesih hakkı verir⁶⁶. İşçinin Covid-19 salgınına karşı işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uymaması işveren açısından derhal fesih nedenidir. Örneğin, işçinin maske takmaması, sosyal mesafeye dikkate etmemesi gibi sebeplerle işveren tarafından yapılan fesih, söz konusu fesih yasağı kapsamında değildir. Ancak, işverenin işçinin İş Kanunu'nun m.25/II-ı hükmüne uyan bir eylemi nedeniyle aynı Kanun'un 26. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre geçtikten sonra ya da varsa disiplin kurulu kararı alınmadan yapılan fesihler, yasağın ihlaline yol açar.

b. Geçici Fesih Yasağının İhlali ve Hukuki Sonuçları

İşveren, tarafından yapılan ve İş Kanunu'nun 25/II hükmü dışında kalan tüm fesihler fesih yasağı kapsamındadır. Bu bağlamda işverenin bildirimli feshi, haksız feshi ve İş Kanunu'nun 25/I, III ve IV hükümleri çerçevesindeki derhal feshi, fesih yasağına aykırı düşer.

Diğer yandan, işveren tarafından fesih gerekçesi yapılan sebebin ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerlerinden olmaması, feshin İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre geçtikten sonra yapılması⁶⁷ ya

64 Aksi görüş için bkz. Akın, s. 64.

65 Özkaraca, Ercüment, 26.05.2020 tarihinde sözlü olarak bildirdiği görüşü.

66 Süzek, İş Hukuku, s. 913; Akyiğit, İş Hukuku, s. 500; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 397; İşçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine uymaması halinde sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. Baysal, Ulaş, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul 2019.

67 "4857 İş Kanununun 26 ncı maddesinde, fesih nedeninin öğrenildiği tarih ile olayın gerçekleştiği tarih başlangıç esas alınmak üzere iki ayrı süre öngörülmüştür. Bu süreler içinde fesih yoluna gitmeyen işçi ya da işverenin feshi, haklı bir feshin sonuçlarını doğurmaz... altı iş günlük ve bir yıllık hak düşürücü süreler, işçi açısından 24/II madde, işveren açısından ise 25/II maddede belirtilen sebeplere dayanan fesihler yönünden aranmalıdır...". (Y9HD,

da disiplin kurulu kararı alınmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi⁶⁸ halinde, yapılan fesih, İş Kanunu'nun 25/II hükmüne uygun bir fesih olarak değerlendirilmez. Bu durumda geçici fesih yasağının ihlali söz konusu olur. Yargıtay'a göre, toplu iş sözleşmesinde işçinin bir davranışına sıralı disiplin cezası öngörülmüş ve ikinci veya üçüncü kez tekrarında işten çıkarma cezası verileceği belirtilmişse, tekerrür şartı gerçekleşmeden yapılan fesih, haksız olarak nitelendirilmelidir⁶⁹. Keza Yargıtay, aynı davranışta bulunan işçilerden bir veya birkaçının iş sözleşmelerinin feshedilmesi, bazılarının ise işten çıkarılmaması halinde ayrımı haklı kılan bir sebep ortaya konulmadığı takdirde yapılan feshi de haksız kabul etmektedir⁷⁰.

İş Kanunu'nun geçici 10. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, maddede öngörülen süre içinde ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri sebepleri dışında iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen

her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir.

Geçici fesih yasağının ihlali halinde uygulanacak diğer bir yaptırım da 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na 7226 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle eklenen geçici 23. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, Covid-19 kaynaklı zorlayıcı sebeple kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, işyerinde kısa çalışma uygulanan dönemde 4857 sayılı Kanunun 25. maddesinin 1. fıkrasının II numaralı bendinde yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla, işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir. Geçici 23. maddede sözleşmenin işveren tarafından feshedilmemesi, kısa çalışma uygulamasından yararlanmanın bir şartı olarak öngörülmüştür. Öngörülen süre içinde herhangi bir işçinin iş sözleşmesinin anılan hükme aykırı olarak feshedilmesi halinde, işverenin kısa çalışma uygulamasından yararlanma imkânı ortadan kalkacaktır.

Fesih yasağının ihlal edilmesi halinde ortaya çıkacak diğer bir hukuki yaptırım ise, yapılan fesih bildirimının hüküm doğurup doğurmayacağı ve buna bağlı işçinin sahip olacağı haklardır. Kanunda öngörülen yasak süresi içinde işveren tarafından İş Kanunu'nun 25/II hükmü dışında kalan bir sebeple yapılan fesih bildiriminin niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, maddede işverenin fesih yasağını ihlal etmesine idari para cezası dışında ayrıca bir hukuki yaptırım öngörülmediğinden, yapılan fesih haksız feshin hukuki sonuçlarına tabi olur⁷¹. Bu durumda, iş güvencesi kapsamındaki işçiler iş güvencesi hükümleri çerçevesinde feshin geçersizliğine karar verilmesini mahkemeden isteyebilirler. İş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinde öngörülen haklarını ve diğer şartları varsa kıdem tazminatı talep edebilirler. Buna kar-

13.10.2012, 42609). Aynı yönde, Y7HD, 11.07.2013, 5158-13212 ve Y22HD, 27.02.2017, 5668-3753.

68 "Disiplin kuruluna gitmeden feshin gerçekleştirilmesi halinde, Dairemizin uygulamasına göre fesih, haksız fesih haline geleceğinden işçi, ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilecektir". (Y9HD, 29.06.2009, 2008/36286-2009/18338). Aynı yönde, Y22HD, 13.06.2017, 34978-14058.

69 "...dava konusu işyerinde fesih tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin Disiplin Ceza Cetvelinde amirlerine karşı küfür ve saldırıda bulunma eylemi için ihtar, 2 yevmiye kesimi, 3 yevmiye kesimi ve işten çıkarma olarak öngörülmüştür. Aynı toplu iş sözleşmesinin 30.maddesinde disiplin ceza cetvelindeki cezaların sırasıyla uygulanacağını düzenlemiş olup, dosya içeriğine göre davacının daha önce benzer davranışlarda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Toplu iş sözleşmesinin yukarıda sözü edilen düzenlemesi işverenin haklı nedenle fesih hakkını sınırlamıştır. Buna göre işveren daha önce benzer davranışta bulunmayan davacının iş sözleşmesini doğrudan haklı nedenle, başka bir anlatımla tazminatsız olarak feshedemez..." (Y9HD, 15.09.2008, 3680-23508). Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 18.06.2013, 2011/14895-2013/18735.

70 "Tartışma ve kavganın hangi işçi tarafından başlatıldığı belirlenmediği gibi kavgaya karışan diğer işçinin söz konusu olay sonrasında disiplin cezası alıp almadığı ve işverenin aynı eyleme karşı eşit işlem borcuna uygun davranıp davranmadığı araştırılmamıştır. Eksik inceleme ile davanın reddi yönünde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir". (Y22HD, 12.12.2016, 2015/14029-2016/26826). Aynı yönde, Y9HD, 15.11.2016, 153-20054 ve Y9HD, 26.10.2017, 2015/14932-2017/16821.

71 Alpagut, Gülsevil, "Pandemi Sürecinde İş Hukuku", <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4PHUpivk>, (E.T.01.06.2020); Canbolat, Talat, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkisi"- 41. dakika <https://www.youtube.com/watch?v=EJnQea2zmVk> (E.T.01.06.2020); Çil, Şahin, "7244 Sayılı Kanunun İş Hukukuna Etkileri ve Zorlayıcı Nedenler", <https://www.youtube.com/watch?v=b-Ehk-nZeaAI>, (E.T.01.06.2020).

şılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, madde metninde geçen “feshedilemez” ifadesi ve buna aykırılık halinde idari para cezası öngörülmüş olması, kuralı emredici hale getirmiştir. Emredici kurala aykırı olarak yapılan fesih, kesin olarak hükümsüzdür⁷². Madde gerekçesinde de fesih yasağına aykırı olarak yapılan feshin geçersiz olacağı açıkça belirtilmiştir. İşverenin yaptığı feshin hükümsüzlüğü söz konusu olduğunda, işçi, çalıştırılmadığı süreye ilişkin haklarını 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 408. maddesi hükümleri çerçevesinde talep edebilir. İşçinin Türk Borçlar Kanunu’nun anılan hükmünden yararlanabilmesi için hangi kanuna tabi olduğu ve iş güvencesinin kapsamına girip girmediği önemli değildir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından İş Kanunu’nun 25/II hükmü kapsamı dışında kalan bir sebeple feshedilmesi halinde, işverence yapılan fesih hükümsüz olduğundan, sözleşme, süre bitimine kadar feshedilmemiş gibi devam edecektir. Bu durumda, işçi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 408. maddesi uyarınca süre bitimine kadar olan ücret ve diğer haklarını talep edebilir. Ancak, işçinin bu süre içinde elde ettiği veya elde etmekten kasten feragat ettiği gelirler ile çalışmamaktan dolayı tasarruf ettiği miktarlar mahsup edilir. İşverenin yasağa rağmen yaptığı feshin haksız feshin hükümlerine tabi olduğu görüşüne göre ise, işçi, Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesi çerçevesinde bakiye ücreti tutarındaki tazminatı isteyebilecektir.

C. Süreli Fesih Hakkına Etkisi

Covid-19 salgını ile bağlantılı olarak işçinin süreli feshini sınırlandıran herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır. İşçi süreli fesih hakkını kullanırken herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir. Bu nedenle işçinin süreli fesih hakkını Covid-19 salgını gerekçesiyle kullanıp kullanmadığı önem arz etmez. İşveren tarafından işçinin 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nun geçici

24. maddesi çerçevesinde ücretsiz izne çıkarılması, işçi için derhal fesih nedeni değilse de, anılan hüküm işçinin süreli fesih hakkını kullanmasına engel değildir.

İşverenin süreli fesih bakımından ise, iş güvenliği kapsamına girsin ya da girmesin tüm işçilerin iş sözleşmelerinin süreli fesihle sona erdirilmesi, İş Kanunu’nun geçici 10. maddesinde öngörülen geçici fesih yasağı kapsamına girer. Süreli feshin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı önemli değildir. Örneğin, işyerinin kapanması, faaliyetin durdurulması, yeniden yapılanma, işçinin performans düşüklüğü, işyerinde haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte işin ve işyerinin yürütümünü bozan işçinin davranışları gibi geçerli sebeplere dayanan süreli fesihler de fesih yasağı kapsamındadır.

Acaba işveren tarafından 17.04.2020 tarihinden önce yapılan ve bildirim süresi yasak dönemine denk gelen fesih bildirimini yasak kapsamına girer mi? Bu soruya fesih bildiriminin niteliğinden hareketle cevap verilmesi gerekir. Fesih bildirimini, taraflardan birinin irade beyanıyla belirsiz süreli iş sözleşmesini bildirim süresi sonunda sona erdirmesidir. Karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdiren fesih bildirimini, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir haktır⁷³. Fesih bildirimini karşı tarafa varmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur. En önemli sonucu ise sözleşmenin bildirim süresi sonunda sona erecek olmasıdır. Bu nedenle bildirim süresinin sonunda ikinci bir fesih bildirimine gerek bulunmadığı gibi sonuca etkisi de olmaz. Bu nedenle 17.04.2020 tarihinden önce yapılan bildirimli fesih, bildirim süresi anılan tarihten sonra sona erse bile, fesih yasağı kapsamında değerlendirilemez.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştıktan sonra geri alınamaz. Fesih bildirimini muhatabına ulaştıktan sonra bildirim süresi içinde tarafların anlaşmasıyla hüküm ve sonuç doğurmaması sağlanabilir. Bu durumda, İş Kanunu’nun geçici 10. maddesinde öngörülen fesih yasağının ihlal edildiği söylenebilir. Bildirim süresi geçtikten sonra ise, fesih bil-

72 Okur, Zeki, “Pandemi Sürecinde İş Hukukunda Güncel Sorunlar”, <https://www.youtube.com/watch?v=EkbFL-VW6Rmo> (E.T.01.06.2020).

73 Narmanlıoğlu, s. 352.

diriminin doğurduğu hüküm ve sonuçlar, tarafların anlaşmasıyla dahi ortadan kaldırılamaz. İşçinin bildirim süresinin sona ermesinden sonra çalıştırılması, yeni bir iş sözleşmesi kurulduğu anlamına gelir⁷⁴. Yeni bir iş sözleşmesinin yapılması, önceki sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik fesih bildirimimin yasağa aykırılığını ortadan kaldıramaz.

İş sözleşmesinin askıda bulunması fesih bildirimine engel olmaz. Ancak, askı süresince bildirim süreleri işlemez⁷⁵. Bu husus, Türk Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinin 6. fıkrasında da açıkça belirtilmiştir. Buna göre, bildirim süreleri askı sırasında durur. İşveren, bildirimli fesihle bulunduktan sonra Covid-19 salgınından kaynaklı zorlayıcı sebeple işçi veya işverenin açısından edimin ifasında imkânsızlık söz konusu olduğunda, sözleşmenin askı haline geçmesinden dolayı bildirim süresi askı süresinin bitimine kadar duracaktır. Askı hali sona erdikten sonra bildirim süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır. Bildirim süresi içinde işçinin rapor alması ya da ücretsiz izin halinde de aynı sonuç gerçekleşir. Bununla birlikte, bildirim süresi içinde verilen ücretsiz iznin fesih bildiriminin hüküm ve sonuç doğurmamasına yönelik bir anlaşmadan kaynaklanıp kaynaklanmadığı önemlidir. Çünkü yukarıda belirtildiği gibi, bildirim süresi içinde tarafların fesih bildiriminin hüküm ve sonuç doğurmasını anlaşma ile engellemeleri mümkündür. Bu durumda sözleşmenin sona erdiği söylenemez.

Geçici fesih yasağı döneminde yapılan bildirimli feshin fesih yasağı kapsamında kalıp kalmadığı da önemli bir sorundur. Yukarıda belirtildiği gibi, İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi uyarınca işverenin süreli fesih hakkı da yasak kapsamındadır. Başka bir anlatımla, yasak süresi içinde işveren, bildirim süresi vererek ya da bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek suretiyle iş sözleşmesini feshedemez. Bir görüşe göre, yasağın ihlaline yol açsa da fesih bildiri hüküm ve sonuç doğurur. Ancak bildirim süreleri yasak süresince işleye-

mez⁷⁶. Kanımızca, fesih yasağını öngören emredici nitelikteki hükme aykırı olarak yapılan fesih kesin olarak hükümsüzdür. Bu nedenle, işverenin yasak dönemi içinde yaptığı bildirimli fesih, hüküm ve sonuç doğurmaz. İş sözleşmesi feshedilmemiş gibi devam eder. Yasak süresi sona erdikten sonra sözleşme sona erdirilmek istenirse, yeni bir fesih bildiriminde bulunulması gerekir.

D. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinin Sona Ermesi

Belirli süreli iş sözleşmesi, taraflarca sözleşmenin kurulduğu anda hukuki ilişkinin sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği, bu anın sözleşmede açıkça veya örtülü olarak kararlaştırıldığı sözleşmedir⁷⁷. İş Kanunu'nun 11. maddesine göre, belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.

Belirli süreli iş sözleşmesi, süresinden önce süreli fesih yoluyla feshedilemediği ve süre bitiminde kendiliğinden sona erdiği için ihbar tazminatı söz konusu olmaz. Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte bulunan 14. maddesine göre, belirli süreli iş sözleşmesinin süre bitiminde kendiliğinden sona ermesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. Diğer yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamazlar. İş Hukukunda belirsiz süreli iş sözleşmesine nazaran belirtilen dezavantajları nedeniyle işverenin belirli süreli iş sözleşme yapma hakkı sınırlandırılmıştır⁷⁸. İş Ka-

74 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 186-187.

75 Narmanlıoğlu, s. 354.

76 Çil, "7244 sayılı Kanunun İş Hukukuna Etkileri ve Zorlayıcı Nedenler", <https://www.youtube.com/watch?v=b-EhkN-ZeaAl>, (E.T.01.06.2020).

77 Alpagut, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, s. 7; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 5.

78 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 180-181; Süzek, İş Hukuku, s. 238; Sümer, İş Hukuku, s. 41.

nunu'nun 11. maddesi uyarınca, objektif koşullar bulunmadığı halde yapılan belirli süreli iş sözleşmesi, başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılır. Aynı maddeye göre, belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri ise, belirli süreli olma özelliğini korurlar.

İlk defa yapılan belirli süreli iş sözleşmesinde de objektif koşulların aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, İş Kanunu'nun 11. maddesine dayanak teşkil eden Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Genelgesi'nin zincirleme belirli süreli iş sözleşmeleri için objektif şartları aramaktadır. Bu nedenle, 11. madde hükmü ilk defa yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde de objektif şartların aranacağı şeklinde yorumlanamaz⁷⁹. Buna karşılık baskın görüş ve Yargıtay uygulaması, ilk defa yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde de objektif şartların aranacağı yönündedir⁸⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 432. maddesinin 1. fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildirimine gerek olmaksızın sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. İş sözleşmesinin askıya alınması halinde, işçi ve iş-

verenin sadece temel borçları söz konusu olmaz. Askı sırasında tüm sözleşmeler gibi belirli süreli iş sözleşmesi de feshedilmediği sürece devam eder. Başka bir anlatımla, sözleşmenin askıda olması, belirli süreli iş sözleşmesi süre bitiminde kendiliğinden sona ermesine engel değildir⁸¹.

Belirli süreli iş sözleşmesi süre bitiminde kendiliğinden sona erdiği için kural olarak süresinden önce haklı neden olmadan feshedilemez. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun 438. maddesinin 1. fıkrasına göre, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından yapılan fesih, haksız da olsa sözleşmeyi sona erdirir. Bu durumda haksız feshin sonuçları söz konusu olur. Sözleşme belirli süreli de olsa, İş Kanunu'nun 25. maddesinde öngörülen haklı sebeplerin bulunması halinde, süresinden önce derhal feshedilebilir.

İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımını yapmadan tüm iş sözleşmeleri için fesih yasağını düzenlemiştir. Covid-19 salgını nedeniyle işveren için getirilmiş olan geçici fesih yasağı, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi halinde de geçerlidir. Başka bir anlatımla, belirli iş sözleşmesinin süresinden önce İş Kanunu'nun 25/II hükmü dışında feshedilmesi halinde fesih yasağına aykırılık söz konusu olur.

Fesih yasağı süresi içinde belirli süreli iş sözleşmesinin süresi sona erebilir. Belirli süreli iş sözleşmesinin süre bitiminde kendiliğinden sona ermesi, fesih niteliğinde olmadığından, fesih yasağının ihlaline yol açmaz⁸². Ancak, süre bitiminde kendiliğinden sona eren bir belirli süreli iş sözleşmesinden söz edebilmek için, İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri bakımından Kanun'un 11. maddesinde belirtilen objektif koşulların bulunması gerekir. Diğer kanunlara tabi iş ilişkilerinde de, TBK m.430/2 kapsamına giren durumlarda söz konusu olduğu üzere, varlığı arandığı takdirde belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif haklı sebeplerin bulunması ve işverenin bu hakkını kötüye kullanmamış olması gerekir. Koşulları

79 Taşkent, Savaş, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbesliği ve Bunun Sınırı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.9, 2008, (14-22), s. 17-18; Yazara göre, İş Kanunu'nun 11.maddesinin dayanağı olan Avrupa Birliği'nin 99/70 sayılı Yönergesinde "objektif koşul"; belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sonunun objektif olarak belirlenmesini deyimler. Bir başka söyleyişle, tanımda belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin objektif örnekler gösterilmektedir. Bunlar Yönergeye göre, belirli bir tarihe ulaşma, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkmasıdır. İş Kanunu'nda farklı olan ise, belirli bir tarihe ulaşma örneği yerine, bir anlam taşımadığı açık olan "belirli süreli işlerde" deyimine yer verilmiş olmasıdır. Söz konusu iki tanımda başka önemli bir fark yoktur. Aynı yer, s. 18. Aynı yazar, "Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine-Tekrar", Sicil, İş Hukuku Dergisi, S.13, 2009, (5-18), s. 9 vd.

80 Çelik/Astarlı/Baysal, s. 184; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, s. 215; Süzek, İş Hukuku, s. 237; Mollamahmutooğlu/Astarlı/Baysal, s. 418; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 69; Akyiğit, İş Hukuku, s. 155; Sümer, İş Hukuku, s. 41; Aynı yazar, İş Hukuku Uygulamaları, s. 45; Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap, İş Hukuku, 5.Baskı, İstanbul 2018, s. 121; Uşan, İş Hukuku, s. 47; Y9HD, 07.04.2014, 2012/7189-2014/11509; Y22HD, 05.03.2015, 2014/34840-2015/9084.

81 Mollamahmutooğlu/Baysal/Astarlı, s. 781.

82 AKIN, s. 63.

bulunmadığı halde yapılan belirli süreli iş sözleşmesi başlangıcından itibaren belirsiz kabul edilir. Bu durumda, sözleşmenin süre bitiminde kendiliğinden sona ermesinden değil, feshinden söz edilir.

Yargıtay 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9. maddesinde öngörüldüğü gibi, kanun hükmü gereği belirli süreli iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde, sözleşmenin işveren tarafından yenilenmemesi durumunda, diğer koşullar da gerçekleşmek kaydıyla, işçinin kıdem tazminatına hak kazandığına karar vermektedir⁸³. Kanımızca sırf özel okul öğretmenleri ve yöneticilerinin kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamak amacıyla varılan bu sonuç, belirli süreli iş sözleşmesinin süre bitimi nedeniyle kendiliğinden sona erdiği gerçeğini değiştiremez. Bu durumda fesih yasağının ihlali edildiği söylenebilir.

E. İkale

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, taraflar yaptıkları sözleşmeyi anlaşarak her zaman sona erdirebilirler. Tarafların sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik yaptıkları ikinci sözleşmeye ikale denilmektedir⁸⁴. Kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, temelini sözleşme özgürlüğünde bulan ikale, bir sözleşme olması nedeniyle yapılması, şekli, içeriği ve geçerliliği Türk Borçlar

Kanunu hükümlerine tabidir⁸⁵. İkale, sözleşme taraflarının ortak iradesine dayalı bir bozma anlaşması olduğundan fesih niteliğinde değildir. Başka bir anlatımla, geçerli bir ikale ile sözleşme fesihle değil, tarafların anlaşmasıyla son bulmuş olur. Bu durumda Covid-19 salgını bağlamında getirilen geçici fesih yasağına aykırılıktan söz edilemez.

İkale ile sözleşmenin sona erdirilmemesi için sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olmasının önemi yoktur. Belirli süreli iş sözleşmelerinin de ikale ile süresinden önce sona erdirilmesi mümkündür⁸⁶. İkale açık veya örtülü irade ile yapılabilirse de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, yazılı yapılması gereken sözleşmelerin değiştirilmesini öngören sözleşmeler yazılı yapılmalıdır. Bu nedenle, süresi bir yıl ve daha fazla olan belirli süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesine yönelik yapılan ikalenin yazılı yapılması gerekir⁸⁷.

Sözleşmenin ikale ile sona ermesinde feshe ilişkin hükümler uygulanmaz⁸⁸. Fesih bildiri ve bildirim süreleri ikaleye yabancı kavramlardır. Bu nedenle sözleşmenin ikale ile sona ermesi halinde ihbar tazminatı talep edilemez. Diğer yandan, mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinde kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında sözleşmenin ikale ile sona ermesi bulunmamaktadır. Ancak, iş sözleşmesi ikale ile sona ermesine rağmen, işçiye ihbar veya kıdem tazminatı adı altında her iki tazminatın ya da sadece birisinin ödenmesi kararlaştırılabilir⁸⁹. Sözleşmenin ikale ile sona ermesi nedeniyle işçinin güvencesi hükümlerinden yararlanması da mümkün değildir⁹⁰. Diğer yandan, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda işsizlik sigortasından yararlanma koşulları arasında iş sözleşmesinin ikale ile

83 YHGK, 26.11.2014, 2013/22-1443-2014/958. Aynı yönde, Y22HD, 02.05.2016, 2015/8190-2016/12828.

84 İkale kavramı ve unsurları hakkında geniş bilgi için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 784; Süzek, İş Hukuku, s. 497; Taşkent, Savaş, "İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi", Kamu-İş, C.11, S.4, 2011, (1-7); Alpagut, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi", İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 11. Toplantısı, 2008; Gerek, Hasan Nüvit, "İş Sözleşmesinin İkale İle Sona Ermesi", Çalışma ve Toplum, S.31, 2011/4; Aydın, Ufuk, "İş Sözleşmesinin Anlaşma İle Sona Ermesi", Çimento İşveren, Mayıs 2004, (4-9); Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi, Ankara 2013; Sevimli K. Ahmet, "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", SİCİL, S.14, Haziran 2009, 84-109; Çil, Şahin, "İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.7, 2007.

85 Süzek, İş Hukuku, s. 497; Astarlı, İkale, s. 6, 154; Çil, s. 27.

86 Alpagut, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, s. 158; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, s. 288 vd.

87 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 787.

88 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 788; Süzek, İş Hukuku, s. 497.

89 Çil, s. 27. Ancak, ikale ile yapılan ödemeler kanunun öngördüğü anlamda ihbar ve kıdem tazminatı olarak nitelendirilemez. Bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 788.

90 Süzek, İş Hukuku, s. 497.

sona ermesi yer almamaktadır⁹¹.

Yukarıda belirtilen işçilik haklarını bertaraf eden özelliği nedeniyle, uygulamada sözleşmenin ikale ile sona ermesinde işçinin serbest iradesinin bulunup bulunmadığının üzerinde titizlikler durulmaktadır. İşçinin iradesinin fesada uğramış olması halinde geçerli bir ikaleden söz edilemeyecektir. Diğer yandan, Yargıtay'a göre, işverenin ikale icabı işçi tarafından kural olarak karşılıksız kabul edilmiş olamaz. İşçinin ikale ile ihbar ve kıdem tazminatı ile iş güvencesi hükümleri ve işsizlik sigortasından karşılıksız vazgeçmesi olağan değildir. İş sözleşmesi işveren tarafından feshedildiğinde zaten yasal tazminatlara hak kazanacak olan işçiye ilave bir menfaat sağlanmamışsa yapılan ikalenin işçinin serbest iradesine dayandığı söylenemez. Başka bir anlatımla, işverenin ikale icabını kabul etmesi için işçiye makul bir yarar sağlanmamışsa, işçinin serbest iradesine dayalı bir ikaleden söz edilemez. Bu durumda sözleşmenin ikale ile değil, işverenin feshi ile sona erdiği kabul edilmelidir⁹². İ kale ile işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaktan da vazgeçtiği dikkate alındığında, işçiye sağlanması gereken makul yarar, çok daha önemli hale gelmektedir. Çalışma hayatında bazı hallerde ikale icabı işçiden de gelebilir. Bu durumda, işverenin kural ola-

rak herhangi bir tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ikale icabı işçiden gelmesine rağmen, işverenin tazminat ya da başka bir ad altında bir miktar ödeme yapacağı kararlaştırılabilir.

Yukarıda belirtilen unsurları taşımayan bir ikale geçersiz olduğunda, sözleşmenin işveren tarafından feshedildiği şeklinde değerlendirilir. Fesih yasağı döneminde ikale adı altında işveren feshinin bulunduğu sonucuna varılması halinde, yapılan fesih, İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi uyarınca kesin olarak hükümsüz kabul edilir. Bu durumda, ayrıca idari para cezası söz konusu olur.

F. Ölüm

Türk Borçlar Kanunu'nun 440 maddesinin 1. fıkrasına göre, işçinin ölümü ile iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. İş sözleşmesinde işçi, mamelekini değil, kişiliğini taahhüt altına sokmaktadır. Bu nedenle, iş görme borcunun mirasçılara geçmesi söz konusu olmaz. İş sözleşmesinin belirtilen kişisel özelliği, işçinin ölümü ile sözleşmenin kendiliğinden sona ermesini gerektirir. Buna karşılık, işçinin alacakları mirasçılara intikal eder. Türk Medeni Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca gaiplik kararı da sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirir⁹³.

İş sözleşmesi işverenin kişiliği göz önünde bulundurularak yapılmamışsa, işverenin ölümü ile sözleşme sona ermez. İşverenin ölümü sadece işveren değişikliğine yol açar. Çünkü işverenin kişiliği değil, mameleki ön plandadır. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun 441. maddesinin 1. fıkrasına uyarınca, işverenin ölümü halinde iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların mirasçılara geçeceği öngörülmüştür. Türk Medeni Kanunu'nun 605 ve devamı maddeleri çerçevesinde mirası reddetmeyen mirasçılar, iş sözleşmesinin tarafı olurlar⁹⁴.

İşverenin tüzel kişi olması halinde, tüzel kişinin

91 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 441; Süzek, İş Hukuku, s. 497; Çil, s. 27.

92 "Bozma sözleşmesinde davacıya yalnızca kıdem ve ihbar tazminatlarının ödeneceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Ancak ikale yapılması konusundaki teklif işverence yapıldığından, yalnızca kanuni yükümlülüklerinin ödeneceği belirtilen ikale sözleşmesinin işveren feshinden farklı bir yönü olmayacaktır. Bu nedenle davacının iş güvencesinden yararlanmayı bertaraf edecek nitelikte olan bozma sözleşmesi yapması için makul yararının karşılanması gerekir. Davacıyla imzalanan bozma sözleşmesinde fesih nedeniyle yapılan yasal ödemeler haricinde herhangi bir ek menfaat sağlanmadığı görüldüğünden davacının iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma yoluyla sonlandırıldığını kabul etmeye imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir". (Y9HD, 14.09.2015, 17239-25415). Aynı yönde karar için bkz. Y22HD, 14.01.2014, 2013/37017-2014/196. İkalenin geçerlilik koşullarının bulunmaması halinde, sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerektiği hakkında öğreti görüşü için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 445; Süzek, İş Hukuku, s. 498; Sevimli, s. 93.

93 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 789; Akyiğit, İş Hukuku, s. 246; Kocagil, İpek, "İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C.20, S.1, 2014, (429-457), s.432.

94 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 791; Akyiğit, İş Hukuku, s. 246; Sümer, s. 98; Başbuğ/Yücel Bodur, s. 182.

infisahı ölümle aynı sonucu doğurur⁹⁵. Tüzel kişiliğin genel kurul kararıyla feshedilmesi durumunda ise iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermez. Tüzel kişiliğin yetkili organınca fesih bildiriminde bulunulması gerekir⁹⁶.

İş sözleşmesinin işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılmış olması halinde ise, işverenin ölümü, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine yol açar. Bu husus, Türk Borçlar Kanunu'nun 441. maddesinin 2. fıkrasında "Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer" şeklinde ifade edilmiştir.

İş sözleşmesini sona erdirme etkisi bakımından ölümün bir sebebe dayanıp dayanmadığı önemli değildir. Ölüm, bir hastalık veya iş kazasından kaynaklanabileceği gibi, kasten adam öldürme sonucunda da gerçekleşebilir. Ölümün sebebi sadece hukuki sonuçlarında etkisini gösterir. Örneğin, işçinin kendi ölümüne yol açan davranışı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu anlamında bir cürüm niteliğinde ise, kıdem tazminatı talep hakkı doğmaz⁹⁷. Bunun gibi, sözleşmenin sona ermesine yol açan işçinin ölümü Covid-19'dan kaynaklanmışsa, ölüm ile iş arasında nedensellik bağı kurulabildiği takdirde, işverenin hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır⁹⁸.

Sosyal Güvenlik Kurumu, 07.05.2020 tarih ve 2020/12 sayılı Genelgesi'nde Covid-19 salgınından kaynaklanan rahatsızlığın 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 15. maddesi kapsamında hastalık hali olduğunu belirtmiştir. Genelge, Covid-19 salgınına hastalık olarak değerlendiren Dünya Sağlık Örgütü'nün açıklamalarıyla da uyumludur. Böylece salgın nedeniyle çalışamayan işçi, geçici iş göremezlik ödeneği alabilecektir. İşçinin salgın sonucu öl-

mesi durumunda ise, hak sahipleri şartları varsa ölüm aylığı alabileceklerdir. Salgının hastalık olarak değerlendirilmesi, işyerinde gerekli tedbirler alınmadığı için virüsün bulaşmasına neden olan işverenin sorumluluğunu ortadan kaldıramaz. Genelge'ye rağmen, virüsün işyerinde ya da işyeri dışında işin görülmesi sırasında kapılması halinde, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak, olayın iş kazası olabileceği ileri sürülebilir⁹⁹. Ancak virüsün bulaşma şekilleri ve kuluçka süresi de dikkate alındığında olayın işyeri ya da iş ile illiyet bağına kurmanın neredeyse imkânsız olduğu açıktır¹⁰⁰. Ölen işçinin virüsü işyerinde ya da işyeri dışında işin görülmesi sırasında kapıldığını iddia eden mirasçılar, dava açarak olayın iş kazası olduğunu ileri sürebileceklerdir¹⁰¹. Belirtelim ki, olayın iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin kesin olarak sorumlu olduğu anlamına gelmez.

İş sözleşmesinin ölümle sona ermesinin hukuki sonuçları, ölenin işçi veya işveren olması, iş ilişkisinin tabii olduğu kanuna ve iş sözleşmesinin türüne göre farklılık gösterir. Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesine göre, işçinin ölümü halinde, işveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere¹⁰², iş sözleşmesi beş yıldan az sürmüştüğü bir aylık, beş yıldan fazla ise iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür. Hem eşin hem de ergin olmayan çocukların bulunması halinde ölüm tazminatının anılan kişilere eşit olarak ödenmesi gerekir¹⁰³.

99 Keser, s. 71. Aksi görüşte Baycık, Corona, s. 6.

100 Baycık, Corona, s. 6.

101 Keser, s. 71. Aksi görüş için bkz.

102 İşçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin tespitinde Türk Medeni Kanunu'nun 364. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. AKYİĞİT, Ercan, "Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları", Sicil, Haziran 2011, s. 36.

103 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, S. 449; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, S. 1129; Süzek, İş Hukuku, s. 502; Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, s. 35-57. Bu konuda miras hukuku kuralarına göre hareket edilmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. Yürekli, Sebahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 146.

95 Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, s. 336.

96 Saymen, Ferih Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 540.

97 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1128. Aksi yönde görüş için bkz. Eyrenci/Taşkent/ Ulucan, s. 267

98 Covid-19 salgınının iş kazası ve meslek hastalığı teşkil edip etmediği ve işverenin gözetim borcu çerçevesinde sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. AKIN, Levent, s. 29.

“Ölüm tazminatı” olarak ifade edilen¹⁰⁴ bu ödemenin miktarı, işçinin son çıplak ücreti üzerinden hesaplanır. Sözü edilen hüküm nispi emredici nitelikte olduğundan, ölüm tazminatının miktarı sözleşmelerle artırılabilir¹⁰⁵.

Ölüm tazminatı, ölümün sebebine bağlı değildir. Ancak, ölümün işçinin aynı zamanda suç teşkil eden bir fiili sonucu meydana gelmesi durumunda ölüm tazminatının söz konusu olmaması gerekir¹⁰⁶.

Ölüm tazminatını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 440. maddesi hükmünün, iş kanunlarına tabi iş ilişkilerinde de uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ölüm tazminatını düzenlemeyen iş kanunları bakımından boşluğun genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu’nun sözü edilen hükmü ile doldurulması gerekir. Kıdem tazminatı ile ölüm tazminatı farklı amaçlara hizmet etmektedir. Bu nedenle, işçinin kıdemi ne olursa olsun, 4857 sayılı İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde uygulanmalıdır. Buna karşılık, 5953 sayılı Basın İş Kanunu’nun 18. maddesinde ölüm tazminatı özel olarak düzenlendiğinden, gazetecinin ölümü halinde genel hüküm uygulanmaz¹⁰⁷. Diğer bir görüşe göre, işçinin ölümü sonucunda kıdem tazminatından yararlanma imkânına sahip olan kişilerin ayrıca ölüm tazminatından yararlanmaması gerekir. Çünkü Türk Borçlar Kanunu’nda ölüm tazminatına yer verilmesi, iş kanunlarındaki gibi ölüm halinde kıdem tazminatından yararlanmaya ilişkin bir hükmün bulunmamasından kaynaklanmıştır¹⁰⁸. Bizim de katıldığımız üçüncü bir

görüşe göre ise, iş kanunlarında işçinin ölümü halinde mirasçılara kıdem tazminatı ödenmesi öngörüldüğü için bir boşluktan söz edilemez. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen ölüm tazminatı iş kanunlarına tabi iş ilişkilerinde uygulanamaz¹⁰⁹.

Türk Borçlar Kanunu’na tabi bir işçinin iş sözleşmesinin ölüm ile sona ermesi halinde çalışma süresi ne olursa olsun mirasçılarının kıdem tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, İş Kanunu’na, Deniz İş Kanunu’na ve Basın İş Kanunu’na tabi iş ilişkilerinde sözleşmenin ölümle sona ermesi halinde çalışma süresine ilişkin şartın da gerçekleşmiş olması kaydıyla, kıdem tazminatı talep hakkı doğar. Hangi kanuna tabi olursa olsun ölümle sözleşme kendiliğinden sona erdiği için ihbar tazminatı söz konusu olmaz.

Türk Borçlar Kanunu’nun 441. maddesinin 2. fıkrasına göre, işverenin ölümü ile iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilir. Bir görüşe göre, maddede geçen “süresinden önce” ibaresi hükmün sadece belirli süreli iş sözleşmelerini değil, belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından işçinin çalışma süresine denk gelen varsayımsal bildirim süresinden önce ölümle sona ermesini de kapsar¹¹⁰. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, maddede geçen “sözleşmenin süresi” belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin bir kavramdır. Söz konusu hükmün belirli süreli iş sözleşmelerini kapsadığı kabul edilmelidir¹¹¹. İş Kanunlarımızda sözleşmenin süresinden önce işverenin ölümü ile sona ermesi halinde mirasçılarının işçiye tazminat ödemesini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konudaki boşluğun Türk Borçlar Kanunu’nun anılan hükmü ile doldurulması gerekir.

104 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, S. 447; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1128 vd.; Süzek, İş Hukuku, s. 739.

105 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, S. 448; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, S. 1129; Akyiğit, İş Hukuku, S. 246.

106 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, S. 1129.

107 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 1130; Sümer, İş Hukuku, s. 135.

108 Alpogut, Gülsevil, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.31, 2011, s. 942; Özdemir, M. Erdem, “Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27, 2012, s. 41.

109 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat,, s. 448; Soyer, Polat, “Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.22, Haziran 2011, s. 18; Süzek, İş Hukuku, s. 739-740; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 268; Akyiğit, Ölüm ve İş İlişkisi, s. 39.

110 Akyiğit, İş Hukuku, s. 246; Yürekli, s. 155 vd.

111 Uşan, İş Hukuku, 99.

Sonuç

Ülkemizde salgın hastalıkların çalışma hayatına etkilerinin azaltılması için mevcut mevzuatın yetersizliği karşısında, Covid-19 salgınına özgü olmak üzere, kısa sürede pek çok yasal düzenleme yapılmıştır. Covid-19 salgınınun zorlayıcı sebep olarak kabul edilmesi ve başvuruda işverenin beyanı esas alınmak suretiyle kısa çalışma uygulaması kolaylaştırılmıştır. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun ek 2. maddesinde belirtilen kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşulları yumuşatılmıştır.

Diğer yandan, bu süre içinde işçilere geçici bir istihdam güvencesi sağlamak amacıyla işverenin ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri dışında kalan sebeplerle fesih hakkı yasaklanmıştır. Ancak bunun karşılığında işverenlere üç ay süre ile işçileri ücretsiz izne ayırma yetkisi verilmiş, ayrıca işçinin ücretsiz izin nedeniyle derhal fesih yoluna başvuramayacağına ilişkin hüküm ihdas edilmiştir. İşçi bakımından herhangi bir fesih yasağı söz konusu değildir. Bir başka düzenleme ise, kısa çalışma ödeneğinden yararlanmayanlara ve ücretsiz izne ayrılan işçilere nakdi ücret desteği yapılmasına ilişkindir.

Covid-19 salgınına özgü olarak işverene getirilen geçici fesih yasağında, belirli veya belirsiz süreli sözleşme ayrımı söz konusu değildir. Deneme süreli sözleşmelerin feshi de fesih yasağı kapsamındadır. İşverenin süreli fesih hakkını da geçici olarak ortadan kaldıran bu düzenlemenin, bu süre içinde işin veya ihalenin bitimi nedeniyle yapılacak fesihleri de kapsamaması, özellikle ekonomik sorunlar yaşayan işletmeler yönünden uygun olmamıştır.

İş Kanunu'na eklenen geçici 10. maddesi uyarınca fesih yasağının ihlali halinde işverene idari para cezası verileceği öngörülmüştür. Emredici düzenleme niteliğindeki fesih yasağına ilişkin hüküm ihlal edilmesinin hukuki sonucu, fesih bildirim keskin hükümsüzlüğüdür. Bu durumda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 408. maddesi hükümlerinin uygulanması söz konusu olur. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen geçici 23. maddenin 2. fıkrasında, kısa çalışma uygulama-

masından yararlanabilmek için, kısa çalışma uygulanan dönemde işçilerin 4857 İş Kanunu'nun 25/II hükmü dışında kalan sebeplerle işten çıkarılmamış olması şartı getirilmiştir. Sözü edilen şart, diğer kanunlara tabi iş ilişkileri bakımından da geçerlidir.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından Covid-19 salgını için hastalık bildiriminde bulunulmasına yönelik çıkarılan 07.05.2020 tarih ve 2020/12 sayılı Genelge, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, olayın iş kazası olarak nitelendirilmesine engel değildir. Bununla birlikte, virüsün işyerinde veya iş ile bağlantılı bir durumda iken kapıldığının ispatı çok zordur. Diğer yandan, salgın nedeniyle işçinin ölümü halinde, şartları bulunmak kaydıyla, işverenin hukuki sorumluluğu da söz konusu olabilir.

Kısa çalışma uygulamasında işçinin çalışma koşullarının uygulanmaması ya da zorlayıcı sebeple derhal fesih hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. İş Kanunu'nun 22. maddesine göre, çalışma koşullarında aleyhine esaslı bir değişiklik yapılması işçinin yazılı kabulüne bağlıdır. Bu emredici hükmün kısa çalışmada uygulanmamasına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun gibi, işçinin İş Kanunu'nun 24/III hükmü uyarınca sahip olduğu derhal fesih hakkını kısa çalışma uygulamasında kullanamayacağına ilişkin de herhangi bir düzenleme yoktur. Kanunda emredici nitelikteki bazı hakların kullanılmayacağına yönelik açık hüküm bulunmaması, öğreti ve uygulamada tartışmalara neden olmuştur. Kısa çalışma uygulamasında çalışma şartları değişen işçinin rızasının alınmasının gerekli olmadığı, genel, sektörel veya bölgesel kriz ya da zorlayıcı sebeple kısa çalışma uygulamasına gidilmesi halinde işçinin derhal fesih hakkının mevcut olup olmadığı yönünde açık düzenlemeler yapılmak suretiyle mevcut tartışmalara son verilmelidir. Diğer yandan, işin aciliyetine binaen Covid-19 salgınına özgü geçici düzenlemeler yapılması yerinde ise de, muhtemel diğer herhangi bir salgını da kapsayacak şekilde istihdamı koruyucu genel bir düzenleme yapılması gereği ortadadır.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent, "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", Çimento İşveren, C.34, S.3, Mayıs 2020, (16-71).
- Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018.
- Akyiğit, Ercan, Kıdem Tazminatı, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Akyiğit, Ercan, Kısa Çalışma, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S.1-2, Ağustos-Kasım 2004, (1-35).
- Akyiğit, Ercan, Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları, Sicil, Haziran 2011 s. 36.
- Alpagut, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Sözleşmesel Kayıtlar ve Sözleşmenin Tarafların Anlaşmasıyla Sona Ermesi", İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 11.Toplantısı, 2008.
- Alpagut, Gülsevil, "Pandemi Sürecinde İş Hukuku", <https://www.youtube.com/watch?v=3pO4PHUpivk>, (E.T.01.06.2020).
- Alpagut, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasası, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.31, 2011.
- Alpagut, Gülsevil, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998.
- Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi), Ankara 2013.
- Aydın, Ufuk, "İş Sözleşmesinin Anlaşma ile Sona Ermesi", Çimento İşveren, Mayıs 2004, (4-9).
- Aydın, Ufuk, Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, 2009, (29-40).
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap, İş Hukuku, 5.Baskı, İstanbul 2018.
- Baycık, Gaye, "16.04.2020 Tarihli ve 7244 sayılı Kanunun Muhtemel Uygulama Sorunları", [http:// gayebaycık.av.tr/blog-standard/](http://gayebaycık.av.tr/blog-standard/) (E.T.29.05.2020).
- Baycık, Gaye, "Corona Virüs Salgınının İş İlişkilerine Etkisi", [http:// gayebaycık.av.tr/blog-standard/](http://gayebaycık.av.tr/blog-standard/) (E.T.29.05.2020).
- Baycık, Gaye, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2013, (103-170).
- Baysal, Ulaş, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul 2019.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz, Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- Canbolat, Talat, "Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkisi"- 41. dakika <https://www.youtube.com/watch?v=EJnQea2zmVk> (E.T.01.06.2020).
- Caniklioğlu, Nurşen, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, (499-547).
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32.Baskı, İstanbul 2019.
- Çil, Şahin, «7244 Sayılı Kanunun İş Hukukuna Etkileri ve Zorlayıcı Nedenler», <https://www.youtube.com/watch?v=b-EhknZeaAI>, (E.T.01.06.2020).
- Çil, Şahin, "İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.7, 2007.
- Demir, Fevzi, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2016.
- Ekmekçi, Ömer, "4857 sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hükümler", Yeni İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 25-29 Haziran 2003.
- Ekmekçi, Ömer, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, 2009, (47-59).
- Ekonomi, Münir, İş Hukuku, C.I, İstanbul 1976.
- Erdoğan, Canan, "Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü", YBHD, S.2, 2017, (127-158).
- Ergin, Hediye, "Hastalık Riskinden Dolayı İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,

- C.20, S.1, 2014, (177-200).
- Ertan, Emre, "İşe Girişte Sağlık Muayenesi ve Hepatitler", Türk Karaciğer Vakfı Karaciğerim Vakfı Dergisi, S.3, 2015.
 - Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Demir, İş Hukuku, 9.Baskı, İstanbul 2019.
 - Gerek, Hasan Nüvit, "İş Sözleşmesinin İkale ile Sona Ermesi", Çalışma ve Toplum, S.31, 2011/4.
 - Kayalı Çetinkaya, Tuba, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, (416-474).
 - Kayırgan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Sebepler, İstanbul 2019.
 - Keser, Hakan, "Korona Virüs (Covid-19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", LIHSGHD, C.17, S.65, 2020, (23-94).
 - Kocagil, İpek, "İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C.20, S.1, 2014, (429-457).
 - Köseoğlu, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmesine Etkisi, İstanbul 2004.
 - Köseoğlu, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, 2006.
 - Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, 6.Bası, Ankara 2014.
 - Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2014.
 - Ocak, Saim, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.
 - Okur, Zeki, "Pandemi Sürecinde İş Hukukunda Güncel Sorunlar», <https://www.youtube.com/watch?v=EkbFLVW6Rmo> (E.T.01.06.2020).
 - Özdemir, M. Erdem, "Yeni Borçlar Kanununun İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27, 2012.
 - Özkaraca, Ercüment, 26.05.2020 tarihinde sözlü olarak bildirdiği görüşü.
 - Özkaraca, Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
 - Savaş, F. Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.
 - Saymen, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul-1954.
 - Sevimli, K. Ahmet, "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler", SİCİL, S.14, Haziran 2009, (84-109).
 - Soyer, Polat, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.22, Haziran 2011.
 - Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7.Baskı, Ankara 2009.
 - Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 24.Baskı, Ankara 2019.
 - Süzek, İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2019.
 - Taşkent, Savaş, "Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine-Tekrar", Sicil, İş Hukuku Dergisi, S.13, 2009, (5-18).
 - Taşkent, Savaş, "İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi", Kamu-İş, C.11, S.4, 2011, (1-7).
 - Taşkent, Savaş, "Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bunun Sınırı", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.9, 2008, (14-22).
 - Uşan, M. Fatih, İş Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2009, s. 118; Aynı yazar, "İşçinin Kendisinin İşi ile İlgili Olmayan Bir Hastalığa Yakalanması, Haklı Fesih Nedeni Sayılıp, Kıdem Tazminatına Hak Kazandıran Bir Durum mudur?", Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, S.17, 2008.
 - Uşan, M. Fatih, İş Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2009.
 - Yamakoğlu, Efe, KARAÇÖP, Eda, "İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1, 2014, (479-508).
 - Yuvalı, Ertuğrul, "İş Hukukunda Zorunlu Neden ve Zorlayıcı Neden Kavramları ile Bu Kavramların İş sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", Kamu-İş,

C.12, S.3, 2012, (1-30).

- Yücesoy, Yasemin, "Kısa Çalışma Uygulaması ve İş Sözleşmesine Etkileri ile Kısa Çalışmanın Nedensel ve Süresel Koşulları", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.42, 2019, (144-172).
- Yürekli, Sebahattin, Türk Borçlar Kanununa Göre, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Baskı, Ankara 2014.

YAZI TESLİM KURALLARI

1. Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in elektronik posta adresine e-posta yoluyla ya da MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'nın Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175 Kat: 13-14 34394 Şişli - İstanbul adresine tek yüze basılı olarak 4 kopya ve CD veya taşınabilir bellek ile birlikte gönderilmelidir.
2. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 2003 ve üzeri versiyonlar) formatında (doc. veya docx dosya uzantılı), en fazla 40 sayfa olarak yazılmalı ve yazıların sayfa düzeni için aşağıdaki şekil şartlarına uyulmalıdır: Kağıt boyutu: A4; Üst, alt, sağ ve sol boşlukları: 2,5 cm.; Yazı tipi: Times New Roman (Türkçe yazı dili seçilerek); Punto: 12; Satır arası: 1,5; Hizalama: İki yana yaslanmış; Dipnotlar: Sayfa altında ve Times New Roman yazı tipinde, 10 punto, 1 satır arası ve iki yana yaslanarak hizalanmış. Ayrıca, en fazla 150'şer kelimededen oluşacak ve araştırmanın kapsamı ve amacının belirtildiği, kullanılan yöntemin tanımlandığı ve ulaşılan sonuçların kısaca yer verildiği Türkçe ve İngilizce özet, en az üç Türkçe ve üç İngilizce anahtar sözcük ile birlikte, yazının Türkçe ve İngilizce yazılmış başlığı, yazar ismi, kurumu ve yazarların açık adresleri ile telefon numaraları ve e-posta adresinin bulunduğu üst kapak sayfası gönderilmelidir. Başlığının Türkçe ve İngilizce ayrıca yer aldığı yazının ilk sayfasında yazar ismi yer almamalıdır.
3. Kaynaklar yazının sonunda ayrı bir sayfada "Kaynakça" başlığı altında yazar soyadlarına göre alfabetik sıraya dizilmelidir.
4. Yararlanılan ve gönderme yapılan kaynaklar, aşağıda örnekleri sunulan APA (American Psychological Association) ölçütlerine göre yazılmalıdır.

Metin İçinde Kaynak Gösterimi

- Metin içindeki atıflar, yazarın adı cümle içinde geçiyorsa;
Oğuzman (1981, s.125)
Yazarın adı cümle içinde geçmiyorsa;
(Oğuzman, 1981, s.125) şeklinde yazılmalıdır.
- Metin içinde ikiden fazla yazarlı kitaplara atıfta bulunurken ilk seferinde bütün isimler kullanılmalı; aynı yayına daha sonra yapılan atıflarda sadece birinci isim yazılmalı, diğer yazarlar için "ve diğerleri" ibaresi kullanılmalı, a.g.e., a.g.m. gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.

Oğuzman ve diğerleri (1979)

Metin içinde yer alması uygun görülmeyen açıklamalar için sayfa altı dipnot yöntemi kullanılmalıdır. Bu not içinde yapılacak atıflarda da yukarıdaki yöntem uygulanmalıdır.

Kaynakçaların Düzenlenmesi

- Kaynakça listesinde bütün yazarların isimleri soyadına göre alfabetik yer almalıdır. Atıf yapılan kaynaklar birden fazlaysa, atıflar noktalı virgülle ayrılmalıdır. Bir yazarın birden çok çalışması kaynakçada yer alacaksa yayın tarihine göre eskiden yeniye doğru bir sıralama yapılmalıdır. Aynı yılda yapılan çalışmalar için a, b, c ibareleri kullanılmalıdır ve bunlar metin içinde yapılan atıflarda da aynı olmalıdır.

Oğuzman 1981, 125; Elbir, 1980, 101

- Kitaplar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Başlık. Baskı. Basıldığı Yer: Basımevi-
nin İsmi

Oğuzman, M.K. (1981). Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası

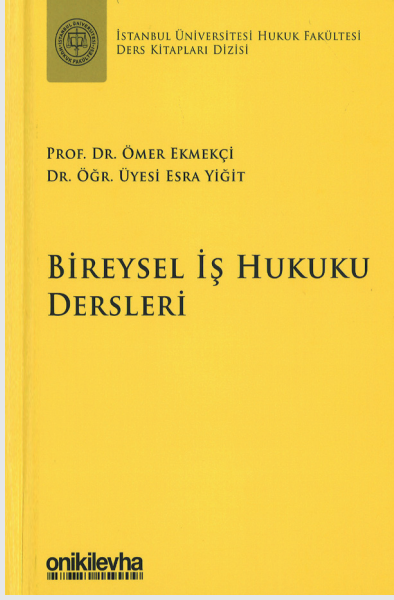
- Yazılar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Derginin İsmi.
Cilt Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 10, 5-12

- İnternette alınan belgeler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Kaynağın İsmi. Sayfa Numaraları. (Erişim tarihi Gün/Ay/Yıl) <http://www.ile.başlayan.internet.adresi>

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri. 5-25. 15 Ocak 2014 tarihinde <http://www.mess.org.tr/ti.asp?eid=1000&icid=0> adresinden erişildi.

Yeni Yayınlar



Prof. Dr. Ömer Ekmekçi ve **Dr. Öğr. Üyesi Esra Yiğit** tarafından hazırlanan **“Bireysel İş Hukuku Dersleri”** isimli eser Nisan 2020 tarihinde yayımlanmıştır.

Kitabın ilk baskısı olması itibarıyla lisans derslerinde anlatılan konulara öncelik verilmiştir. Eserde alışlagelmiş bir plan yerine nispeten farklı bir plan tercih edilmiş ve diğer kitaplarda olmayan bazı konulara yer verilmesi uygun görülmüştür.

Bu eserde, öğrencilerin öncelikli olarak yargı uygulamasının ne şekilde olduğunu bilmeleri gerektiği düşüncesi ile konuya ilişkin en yeni yargı kararlarına da yer vermeye çalışılmıştır. Bununla birlikte, belirli konulardaki yargı kararlarında sık görüş değişikliğine rastlanması, en son görüşün ne yolda olduğunun belirlenmesini güçleştirmiştir. Uygulamadaki durum yansıtılarak kitabın sadece öğrenciler için değil, uygulayıcılar bakımından da yararlı olması amaçlanmıştır.

Eserde Bireysel İş Hukukuna Giriş birinci bölümde; Temel Kavramlar ikinci bölümde; İşyerinde Bir Başka İşverenden Hizmet Alınması üçüncü bölümde; İş Sözleşmesinin Tarafının Değişmesi dördüncü bölümde; İşverenin Yeni İşçi İstihdamı Yükümlülüğü Kapsamında Engelli İşçi İstihdamı beşinci bölümde; İşçi ve İşverenin İş Sözleşmesinden Doğan Belirli Borçları altıncı bölümde; İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu ve Çalışma Taahhüdü Kararlaştırılması yedinci bölümde; İş Sürelerinin Düzenlenmesi sekizinci bölümde; İzinler ve Dinlenme Süreleri dokuzuncu bölümde; İş Sözleşmesinden Doğan Alacaklarda Zamanaşımı ve Faiz onuncu bölümde; İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları onuncu bölümde ele alınmıştır.



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi **Şahin ÇİL** tarafından hazırlanan **“Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri”** isimli eser Haziran 2020 tarihinde yayımlanmıştır.

İş hukuku sürekli gelişen dinamik bir yapıya sahiptir. Çalışma yaşamına etki eden gelişmeler, iş hukukunun farklı bir alanını öne çıkarabilmektedir. 2020 yılında ortaya çıkan ve bütün dünyayı etkileyen koronavirüs salgını, çalışma ilişkilerinde ani ve uzun süre etkili değişikliklere neden olmuştur.

Bu çalışmada zorlayıcı sebeplerle zorunlu nedenler arasındaki ilişki ele alınmış, iş sözleşmesinin sona ermesi ile çalışma ve dinlenme sürelerine etkileri ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Konuyla ilgili öğretici görüşleri ile geçmiş dönem Yargıtay uygulamalarına yer verilmiştir. İş hukukunun yeni kurumları olan “fesih yasağı” ile “tek taraflı ücretsiz izin” ve “nakdi ücret desteği” bakımından ayrıntılı değerlendirmeler yapılmıştır. Sözü edilen kurumları ilgilendirebilecek Yargıtay kararlarına yer verilerek, olası sorunlar ve çözüm önerileri ele alınmıştır.

Eserde konular; Zorlayıcı Sebepler, Yeni Koronavirüsün Çalışma ve Dinlenme Sürelerine Etkileri, 7244 Sayılı Kanunun Getirdiği Değişiklikler, 7266 Sayılı Kanun ile Sürelerin Uzatılması başlıkları altında değerlendirilmiştir. Kitabın sonunda ise kısa sorular ve cevapları ile Koronavirüs ile ilgili mevzuata yer verilmiştir.

Yeni Yayınlar

Prof. Dr. A. Murat Demircioğlu tarafından hazırlanan “**Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı İş Güvenliği Mühendisliği/İş Güvenliği Teknisyenliği**” isimli eserin güncellenmiş 3. baskısı Şubat 2020 tarihinde yayımlanmıştır.

İş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi konusu gerek uluslararası örgütler gerekse de ülkeler düzeyinde her zaman gündemdedir. Bu bağlamda, ILO iş sağlığı ve güvenliği konusunda sözleşmeler hazırlamış, tavsiye kararları almıştır. Yine Avrupa Birliği normlarında da bu konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu eser, bazı ülkelerdeki yasal düzenlemeleri tanıtmayı amaçlayan bir çalışmanın ürünüdür. Yine bu monografik çalışmada, iş sağlığı ve güvenliği açısından Avrupa Birliği ve ILO normlarıyla tanışma olanağı yaratılmıştır.

Söz konusu eserde, iş sağlığı ve güvenliği yönünden gerek ülke mevzuatları gerekse de uluslararası hukuk metinleri 1. ve 2. bası sonrası güncellenmiş, ayrıca önceki baskılarda daha çok iş güvenliği uzmanlığı özelinde ve önceliğinde irdelenen ülke mevzuatları dışında, bu basıda kimi ülkeler, iş sağlığı ve güvenliği genelinde ele alınıp incelenmiştir. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere iş sağlığı ve güvenliği mevzuatları genel olarak tanıtılmaya çalışılmıştır.

Üç bölümden oluşan eserin birinci bölümünde “ILO ve Avrupa Topluluğu Normlarında İş Güvenliği ve İş Güvenliği Uzmanlığı”, ikinci bölümünde “Ülke Mevzuatlarında İş Güvenliği Uzmanlığı”, üçüncü bölümde ise “Türkiye’de İş Güvenliği Uzmanı” konuları ele alınmıştır. Kitabın son kısmında ise, Almanya ve Türkiye’de uygulanan sözleşme örneklerine yer verilmiştir.

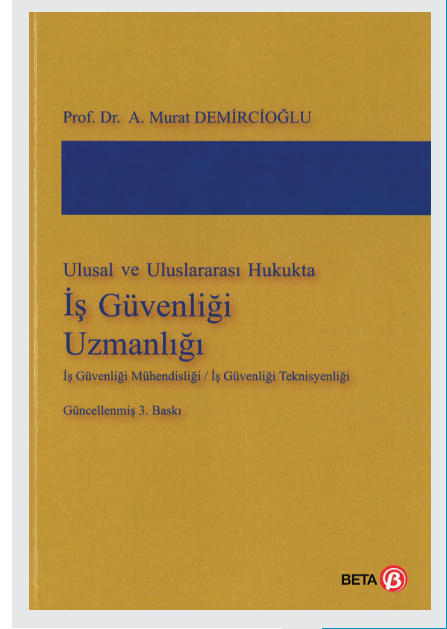
Dr. Elif Küzeci tarafından hazırlanan “**Kişisel Verilerin Korunması**” adlı eserin 4. baskısı Mayıs 2020 tarihinde yayımlanmıştır.

Kişisel verilerin korunması hakkı yalnızca akademik toplantılarda değil, günlük konuşmalarda da daha büyük bir yer kaplamaya başladı. Veri işleme- nin ekonomik, sosyal ve siyasal etkileri düşünüldüğünde bu elbette şaşırtıcı değil. Bu gelişmeler hukuk alanında da yeniliklere gereksinim duyulmasına neden oldu. Bir akademik alan olarak kişisel verilerin korunması yeni düzenlemeler, kararlar ve eserlerle zenginleşti.

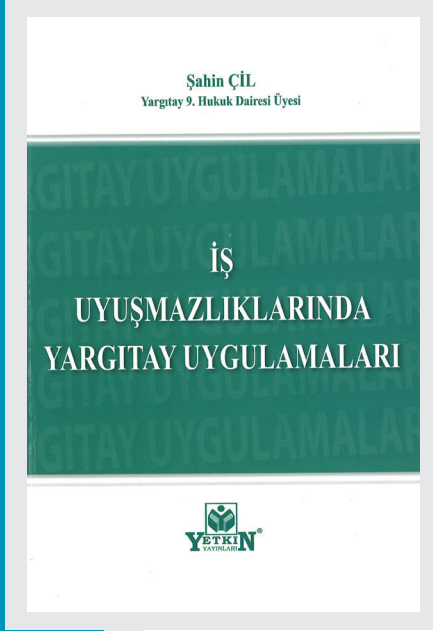
Avrupa Birliği’nin veri koruma reformu en dikkat çekici bölgesel gelişme- dir. Reform kapsamında 2018 yılı Mayıs ayında yürürlüğe giren Genel Veri Koruma Tüzüğü, Avrupa Birliği sınırlarını aşan bir ilgi ve etki yaratmaktadır.

Kişisel verilerin korunması hukukuna artan ilgi, Avrupa coğrafyası ile sınırlı değildir. Küresel düzeyde, kişisel verilere yönelik düzenlemeler son yıllarda daha da yaygınlaşmış, veri işlemeyle ilişkili sorunlar gündemde daha geniş yer tutmaya başlamıştır. Büyük çaplı veri sızıntıları, hukuka aykırı veri işleme etkinlikleri ve bunların yarattığı sonuçlar hararetle tartışılmakta ve çözüm yolları aranmaktadır.

Bu eserin ilk baskısı, doktora çalışmasının bir ürünüdür. Bu baskı hazırlanırken, kişisel verilerin korunması hukukundaki yenilikler ve gelişmeler dikkate alınmış, mümkün olduğunca değerlendirmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, kitabın sistematigi korunarak ulusal ve uluslararası alandaki mevzuat değişiklikleri doğrultusunda güncellemeler yapılmıştır.



Yeni Yayınlar



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi **Şahin ÇİL** tarafından hazırlanan “**İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları**” adlı eser Ocak 2020 tarihinde yayımlanmıştır.

İş mevzuatında son yıllardaki en önemli değişiklik, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş uyuşmazlıklarında dava şartı olarak arabuluculuğun kabulüdür. Dava şartı olarak arabuluculukla ilgili Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay tarafından çok sayıda karar verilmiştir. Bu çalışmada sözü edilen kararların başlıklar halinde değerlendirilmesine gidilmiş, dava şartı olarak arabuluculukla ilgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemelerinin en önemli kararlarına tarih sırasına göre ve özetleriyle birlikte kitabın son bölümünde yer verilmiştir.

Eserde 7036 sayılı Kanun ile iş güvencesi alanında yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi yapılmış, değişiklik sonrası verilen kararlara yer verilmiştir. Fazla çalışma, hafta tatili çalışmaları, Ulusal Bayram ve genel tatil çalışmaları ile yıllık izin ispatı ve hesabı yönlerinden yapılan değişiklikler ve uygulamalar ilgili bölümlere aktarılmıştır.

Eserin anlatım kısmında konularla ilgili olarak açıklamalara yer verilmiş, arabuluculuk uygulaması hariç tüm kararlar, çalışmada dipnot olarak yer almıştır. Böylece anlatım bütünlüğünün korunmasına çalışılmış, çok sayıda karara atıf yapılabilmemiş ve kolay taşınabilir bir kitapta hemen her konunun ayrıntılı biçimde ele alınması imkanı doğmuştur.

Editörlüğünü Prof. Dr. Muhammet Özkes’in yaptığı “**Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu-Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler**” isimli eser, Haziran 2020 tarihinde yayımlanmıştır.

Söz konusu eser, konuyla ilgili tüm (en azından güncel) hukuki sorunları birlikte ele almayı amaçlayan bir çalışmadır. Kitapta sorun, sadece bir yönü ve bir boyutu ile değil, genel hukuk bakış açısı yanında özel hukuk ve kamu hukukunun tüm alanlarını kapsayacak şekilde ele alınmış; hukukun tüm alanlarını içine alan bir kapsamda hazırlanmıştır. Kitapta, ortak ve bireysel olarak kaleme alınan tüm hukuk alanlarında altmış civarında farklı yazı yer almaktadır.

Kitapta yazıların bir araya getirilmesinde şu yöntem izlenmiştir: Öncelikle yazılar temel hukuk alanlarına göre ayrılmıştır. Aynı alan içinde de akademik unvan ya da isme göre değil, o alanda ele alınan konulara göre, genelden özele doğru bir sıralama yapılmıştır. Sürecin ve sorunların özelliği gereği aynı konuda birden fazla görüş ve değerlendirme ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple, özellikle tartışmalı ve özel düzenleme yapılan konularda, birden fazla farklı yazarın yazısına birlikte yer verilmiş, bunlar da arka arkaya konularak aynı konunun okuyucu tarafından farklı değerlendirmelerle birlikte incelenmesine imkân tanınmıştır.

