

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 *MALİ HUKUK*

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*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU *AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU*

MALİ HUKUK *BİREYSEL İŞ HUKUKU*

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU *KARAR İNCELEMELERİ*

TOPLU İŞ HUKUKU *ÇALIŞMA CEZA HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

MALİ HUKUK *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

BİREYSEL İŞ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

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

BİREYSEL İŞ HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

MALİ HUKUK *SOSYAL GÜVENLİK*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU *HUKUKU*

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU *KARAR İNCELEMELERİ*

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU *MALİ HUKUK*

BİREYSEL İŞ HUKUKU *SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ *AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU*

KARAR İNCELEMELERİ **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

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

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU *MALİ HUKUK*

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU *KARAR İNCELEMELERİ*

BİREYSEL İŞ HUKUKU

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2021 **Sayı/Issue:** 45 **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:

Fatih AY, 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, MESS, In-House Counsel

Av. Şeyda AKTEKİN, MESS, In-House Counsel

Av. Murat BATUR, MESS, In-House Counsel

Av. Nağme HOZAR, MESS, In-House Counsel

Av. Uygur BOSTANCI, MESS, In-House Counsel

Av. Kadir GÜNAY, MESS, In-House Counsel

Av. Emre BÜYÜKKARABOSTANOĞLU, MESS, In-House Counsel

Av. Oğuz Kağan BÜYÜKTOSUNOĞLU, MESS, In-House Counsel

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 Dili/Language of Publication:

Türkçe/Turkish

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:

Haziran 2021/June 2021

İletişim Adresi/Contact Address:

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 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 Emekli Öğretim Üyesi

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 ve sosyal güvenlik 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 and social security 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 45. sayısında 9 makale ve 1 karar incelemesi bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 45. sayısında; Prof. Dr. Mustafa ALP-Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR'in "Bahçe İzni (Garden Leave) ve Türk İş Hukukunda Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Şükran ERTÜRK'ün "Anayasa Mahkemesi'nin Çalışan Sigortalının Yaşlılık Aylığı Bağlanması İçin İşten Ayrılmasını Gerektiren Kuralın İptaline Karar Vermesinin Bazı Sonuçları Hakkında", Prof. Dr. Hakan KESER'in "İş Sözleşmesinin İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Sonucu Ortaya Çıkan Devamsızlık ve Sonrasındaki Performans Düşüklüğü Sebebi ile İşverence Feshi", Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA-Arş. Gör. Sema Deniz ÖZKAN KOÇ'un "Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme", Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR-Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN'ın "Türk Hukukunda Kadın Çalışanların Analizinin Korunması", Doç. Dr. Gaye Burcu

YILDIZ'ın "COVID-19 Pandemisinin İş Hukukuna Mevcut ve Olası Etkileri", Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR-Arş. Gör. Büşra KAZMAZ TEPE'nin "Gemi Adamının Hizmet Sözleşmesinden Doğan Para Alacaklarının Tahsili", Dr. Yavuz ÖZKAN-Arş. Gör. Fatih AYDIN'ın "İşe İade Davası ile İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi" ve Arş. Gör. Muhammed Türkalp SEÇKİN'in "Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan İşçilerin Pandemi Dönemindeki Çalışma Esasları" başlıklı makaleleri ile Prof. Dr. Mustafa ALP'in "Belirsiz Alacak Davasının Usulden Reddi Üzerine TBK Madde 158 Uyarınca Ek Süre İçinde Dava Açılabilmesi-Yargıtay Karar İncelemesi" başlıklı karar incelemesi yer almaktadır.

MESS olarak, ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören ve önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız SİCİL İş Hukuku dergisinin 45. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar, yazarlarımıza, makaleleri ve karar incelemelerini büyük bir titizlikle inceleyen hakemlerimize ve Danışma Kurulumuza teşekkür ederiz.

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

Saygılarımızla,

Yayın yönetmeni/Editorial Director

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1 | SİCİL İş Hukuku dergisi altı ayda bir (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

Bahçe İzni (Garden Leave) ve Türk İş Hukukunda Uygulanabilirliği

Prof. Dr. Mustafa ALP* - 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

32

Anayasa Mahkemesi'nin Çalışan Sigortalının Yaşlılık Aylığı Bağlanması İçin İşten Ayrılmasını Gerektiren Kuralın İptaline Karar Vermesinin Bazı Sonuçları Hakkında

Prof. Dr. Şükran ERTÜRK

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

45

İş Sözleşmesinin İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Sonucu Ortaya Çıkan Devamsızlık ve Sonrasındaki Performans Düşüklüğü Sebebi ile İşverence Feshi

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

75

Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA-Arş. Gör. Sema Deniz ÖZKAN KOÇ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

106

Türk Hukukunda Kadın Çalışanların Analığının Korunması

Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR* - Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN**

*Hakim

**Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

128

COVID-19 Pandemisinin İş Hukukuna Mevcut ve Olası Etkileri

Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Anabilim Dalı

144

Gemi Adamının Hizmet Sözleşmesinden Doğan Para Alacaklarının Tahsili

Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR* - Arş. Gör. Büşra KAZMAZ TEPE**

*İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

İçindekiler

166

İşe İade Davası ile İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi

Dr. Yavuz ÖZKAN*-**Arş. Gör. Fatih AYDIN****

*İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Arabolucu

183

Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan İşçilerin Pandemi Dönemindeki Çalışma Esasları

Arş. Gör. Muhammed Türkalp SEÇKİN

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

Karar İncelemesi

209

Belirsiz Alacak Davasının Usulden Reddi Üzerine TBK Madde 158 Uyarınca Ek Süre İçinde Dava Açılabilmesi - Yargıtay Karar İncelemesi -

Prof. Dr. Mustafa ALP

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Contents

Articles

- 11** Garden Leave and It's Applicability in Turkish Labor Law
Prof. Dr. Mustafa ALP*- **Assit. 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
- 32** About Some Consequences of the Constitutional Court's Decision to Cancel the Rule Requiring the Employee Insured to Leave for Old Age Pension
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK
Eastern Mediterranean University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 45** Termination of Labor Contracts by The Employer Due to Absenteeism and Subsequent Performance Decline as a Result of Reports Received Due to Health Problems
Prof. Dr. Hakan KESER
Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations
- 75** The Competent Court in Disputes Arising From Non-Compete Agreements
Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA- Res. Assist. Sema Deniz ÖZKAN KOÇ
Marmara University, Faculty of Law, Labour Law and Social Security Law
- 106** Maternity Protection for Female Workers in Turkish Law
Assoc. Prof. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR*- **Assit. Prof. Dr. Canan ERDOĞAN****
*Judge
**Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law
- 128** The Actual and Possible Effects of Covid-19 on Labour Law
Assoc. Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ
Ankara University, Faculty of Political Science, Labour Economics and Industrial Relations, Labour Law and Social Security
- 144** The Collection of Pecuniary Claims Arising from the Labor Contract of Seafarer
Assit. Prof. Dr. Asiye ŞAHİN EMİR*- **Res. Assist. Büşra KAZMAZ TEPE****
*İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
**Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Law of Civil Procedure, Enforcement and Insolvency

Contents

- 166** Demanding Labor Claims with Reemployment Lawsuits by Alternative Pleading
Dr. Yavuz ÖZKAN* - **Res. Assist. Fatih AYDIN****
*İnönü University, Faculty of Law
** Bingöl University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Erciyes University, Institute of Social Sciences, Private Law PHD Student (Department of Labor Law and Social Security Law), Mediator
- 183** Working Principles of Employees Working With Ionizing Radiation Resources In Healthcare Services During The Pandemic Period
Res. Assist. Muhammed Türkalp SEÇKİN
İstanbul Technical University, Faculty of Management, Department of Management Engineering, Labour and Social Security Law
- ### Court Verdict Analysis
- 209** Suitability of Claim in Collateral Limitation in Accordance With Turkish Obligation Code Art 158 on Refusal of Uncertain Case of Debt of Procedural Grounds -Review of Supreme Court's Decision-
Prof. Dr. Mustafa ALP
Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

Makale Gönderim Tarihi: 6 Mayıs 2021

Makale Kabul Tarihi: 12 Mayıs 2021

Bahçe İzni (Garden Leave) ve Türk İş Hukukunda Uygulanabilirliği

Öz

İşveren, iş sözleşmesinde aksi yönde açık bir anlaşma olmadıkça işçinin çalışmasına izin vermek zorundadır. Bahçe izni (Garden leave), işverene işçisini işyerinde çalıştırmama yetkisi verir. Bu izin, işverenin işçisinin faaliyetlerini kısıtlamaya çalıştığı bir yoldur. İşveren çeşitli sebeplerle bahçe izni uygulamasına başvurabilir. Bununla birlikte, bahçe izni genellikle iş sözleşmesinin bildirimli feshinde işçinin ihbar önelinde işyerinden uzakta geçirdiği süreyi ifade etmektedir. İhbar öneli boyunca iş ilişkisi devam ettiği için kural olarak

işçi çalışmakla yükümlüdür. Ancak işveren bu süre boyunca işçiye bahçe izni vererek onu iş görme borcundan kurtarabilir. Özellikle İngiltere’de çalışma hayatında sıklıkla uygulanan bu izin mevzuatımızda açıkça düzenlenmediği için Türk İş Hukukuna yabancı bir kavramdır. Buna karşılık, ülkemizde de işverenler çeşitli nedenlerle bu uygulamaya başvurmak isteyebilirler. Biz çalışmamızda bahçe izni kavramını, yabancı hukuktaki uygulamaları dikkate alarak açıklayacak, ardından Türk İş Hukukunda bu iznin uygulanabilirliğini ele alacağız.

Anahtar Sözcükler:

Bahçe izni (Garden leave), iş sözleşmesi, fesih, ihbar süresi, rekabet yasağı.

Garden Leave and It’s Applicability in Turkish Labor Law

Abstract

The employer is obliged to allow the employee to work unless there is a clear agreement to the contrary in the employment contract. Garden leave authorizes the employer not to employ the worker in the workplace. This leave is a way that the employer tries to restrict the activities of his / her worker. The employer can apply for a garden leave application for various reasons. However, garden

leave is usually used in the notified termination of the employment contract. It refers to the time the worker spends in his notification period away from the workplace. As a rule, the employee is obliged to work since the business relationship continues throughout the notice period. However, the employer can save the worker from his/her duty to work by giving the worker a garden leave during this period. This

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, mustafa.alp@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7299-4487

**İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, asiye.sahinemir@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9262-3608

leave, which is frequently applied especially in business life in England, is a concept foreign to Turkish Labor Law as it is not clearly regulated in our legislation. On the other hand, employers in our country may want to apply for this

implementation for various reasons. In our study, we will explain the concept of garden leave by considering the practices in foreign law, then we will discuss the applicability of this leave in Turkish Labor Law.

Keywords:

Garden leave, employment contract, termination, notice period, prohibition of competition.

Giriş

İş ve üretim sırları ile müşteri çevresinin korunması işverenler bakımından büyük öneme sahiptir. İş ilişkisi boyunca sadakat borcu gereği işçi, iş sırlarını korumak ve işveren ile rekabet etmemekle yükümlüdür. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte işçinin sadakat borcu ortadan kalkmaktadır. Her ne kadar işçinin sır saklama borcu, işverenin haklı menfaatinin korunmasının gerektirdiği ölçüde iş ilişkisi sona erdikten sonra devam etse de bu yükümlülük, işçinin eski işvereniyle hukuka uygun bir şekilde rekabet etmesini engellememektedir. Bu nedenle de işverenler rekabet yasağı (ticaretin sınırlandırılması (restraint of trade)) sözleşmeleri ya da iş sözleşmesine koydukları rekabet yasağı kayıtları ile iş ilişkisi sonrası işçinin kendileri ile rekabet etmesini engellemek istemektedirler.

İngiliz hukukunda rekabet yasağı sözleşmelerine/kayıtlarına karşı mahkemelere çok fazla başvuru yapılması nedeniyle sözleşmelerin/kayıtların uygulanabilirliği konusunda yargı belirsizlikleri ortaya çıkmıştır. Bu nedenle de işverenler kendi özel bilgilerini ve müşteri ilişkilerini korumak amacıyla rekabet yasağı sözleşmelerine/kayıtlarına alternatif bir uygulama arayışı içine girmişlerdir. Böylelikle, bahçe izni uygulamaları ortaya çıkmıştır. Başka bir ifade ile, iş sözleşmelerinde yer alan ya da ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılan bahçe izni hükümlerinin rekabet yasağı sözleşmelerine/kayıtlarına alternatif olarak geliştiğini söylemek mümkündür. Bahçe iznine ilişkin hükümlerin, işverenlerin meşru ticari çıkarlarını/

sırlarını korumak ve belirli çalışanların rakip bir işveren için hemen çalışmasını engellemek amacıyla kullanabilecekleri yararlı bir araç olduğunu kabul etmek mümkündür. Bahçe izni uygulaması Anglosakson hukukuna tabi ülkelerde yaygınlaşmak yanında uluslararası şirketlerin faaliyeti kapsamında kıta Avrupası hukukuna tabi ülkelerde de iş sözleşmelerinde yer almaktadır. Ülkemizde de yabancı şirketlerin iştiraklerinde çalışan üst düzey yöneticilerin iş sözleşmelerinde bahçe iznine uygun hükümlere yer verildiği görülmektedir. Türk öğretisinde de sınırlı da olsa bahçe izni kavramını açıklayan yazarlar bulunmaktadır¹.

I. Bahçe İzni (Garden Leave) Uygulamasının Ortaya Çıkışı

Amerika'da iş sözleşmelerinde işçilerin sözleşme sonrası rekabet teşkil eden çalışmaları bakımından çeşitli kısıtlamalara yer verilmektedir². Mahkemeler çoğu zaman bu hükümlere şüpheyle yaklaşmaktadır³. Bu durum, kilit (önemli)

1 Uşan, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, (İş Sırrının Korunması), s. 261; Bilge, Mehmet Emin: Ticari Sırların Korunması, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005, s.157; Gürkaynak, Gönenç: "Garden Leave under Turkish Labor Law", <https://www.gurkaynak.av.tr/>, (ET: 03.12.2020), s. 1-3.

2 Lembrich, T. Greg: "Garden Leave: A Possible to the Uncertain Enforceability of Restrictive Employment Covenants", Columbia Law Review, 2002, Vol.: 102, No.: 8, s. 2291.

3 Lembrich, s. 2291.

pozisyonda çalışan bir işçinin rakip bir firmaya katılmasını veya kendileriyle rekabet etmesini engelleyecek güvenilir hiçbir yolu olmayan birçok sektördeki işverenler için büyük bir sorun olmuştur⁴. Benzer sorunlar yaşayan İngiltere’de de iş sözleşmelerinde yer alan rekabet yasağı hükümlerine ilişkin yargı kararlarındaki belirsizlik bahçe izni kavramının doğmasına ve gelişmesine yol açmıştır⁵. Bu nedenle İngiltere’de işverenler, çalışanların rekabetten uzak tutuldukları süre boyunca ücretlerinin tam olarak ödendiği “bahçe izni (*garden leave*)” adlı bir uygulama geliştirmişlerdir⁶. Günümüzde İngiliz mahkemeleri tarafından bu izin uygulamaları büyük ölçüde kabul görmektedir⁷. Zira izin İngiltere’de zamanla hukuki olarak tanınan ve yaygın bir şekilde kullanılan uygulama haline gelmiştir⁸. İngiltere’de sıklıkla kullanılan bahçe izni terimi, işvere-

nin çalışanına “*evde kalması ve bahçesine*” bakması için para ödemesi şeklinde ilginç bir fikre dayanmaktadır⁹.

İngiliz hukukunda bahçe izni mevzuattan kaynaklanmamaktadır¹⁰. Bu nedenle de bu izne ilişkin hususlar içtihat yoluyla gelişme göstermektedir¹¹. Bahçe izninin uygulanabilmesi için bunun açıkça iş sözleşmesinde ya da ayrı bir sözleşme ile taraflarca kararlaştırılmış olması gerekir¹². İşveren iş sözleşmesinde açık bir hüküm olmadıkça işçiyi bahçe iznine ayrılmaya zorlayamaz¹³. İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi’nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, iş sözleşmesinde işçinin bahçe iznine çıkarılmasına ilişkin bir hüküm olmamasına rağmen mevzuatın işverene iş sözleşmesinin bir parçası olarak bahçe iznini zorunlu kılma yönünde zımni bir yetki verip vermediği tartışılmıştır. Mahkeme, iş sürekliliği ve çalışanın iş becerilerini korumak için, işveren tarafından işçinin büyük bir suiistimali kanıtlanmadığı sürece zımni bir bahçe izni hükmünün kabulünün söz konusu olmadığına karar vermiştir¹⁴. Taraflar arasında bahçe izni kararlaştırılmaksızın işçinin bahçe iznine çıkarılması durumunda iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğinin ve işçinin yeni bir işe girmekte özgür olduğunun kabulü gerekir¹⁵. İsviçre hukukunda ise işverenin

4 Lembrich, s. 2291.

5 İngiltere’de Evening Standard Co. Ltd. - Henderson, [1987] ICR 588 davası, bahçe izni kavramının doğmasına neden olmuştur. Bu davada mahkeme, iş sözleşmesi süresince işçinin başka bir işveren için çalışmasına izin verilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Henderson, Londra’daki tek büyük akşam gazetesi olan Evening Standard’ın prodüksiyon müdürü olarak çalışmaktadır. Ancak Henderson’a rakip bir gazeteden daha önce çalıştığı pozisyondan daha üst bir statü önerilmiştir. Henderson, işverene yalnızca iki ay önceden bildirimde bulunmuş ve iş teklifini kabul etmiştir. Ancak iş sözleşmesinde “sözleşme süresi boyunca başka bir işveren için çalışmayacağı ve sözleşmenin her iki taraftan da bir yıllık bildirimle feshedilebileceği” hükmü yer almaktadır. Henderson ile olan sözleşmesi uyarınca Evening Standard, rakip bir firma için tam bir yıl çalışmasının engellenmesi amacıyla mahkemeden bir tedbir talebinde bulunmuştur. Henderson’ın sözleşmesini feshettiğini düşündüğü istifa mektubuna rağmen, Evening Standard onu hâlâ bir çalışan olarak görmekte ve Henderson’a tam maaşını ve sözleşme kapsamındaki sosyal haklarını ödemeyi planlamaktadır. Mahkeme, Henderson’ın iş sözleşmesi süresince başka bir işveren için çalışmasına izin verilmemesi gerektiğine karar verdi. Evening Standard Co. Ltd. - Henderson davasından bu yana bahçe izni hükümleri, İngiliz mahkemeleri arasında bir işverenin işini korumanın meşru bir yolu olarak kabul edilmiştir. Ancak söz konusu hükümlere ilişkin sınırlamalar da mahkemeler tarafından yapılmaktadır. Karar hakkında geniş bilgi için bkz., Lembrich, s. 2308-2309.

6 Lembrich, s. 2291, 2305; Harth, Angela/Taggart, Andrew: “Arbeitsrecht in Grossbritannien” in: Arbeitsrecht in Europa, Henssler/Braun, 3. Auflage, Köln, 2011, Rn. 43.

7 Lembrich, s. 2305; Harth/Taggart, Rn. 43, 44.

8 Lembrich, s. 2314; Harth/Taggart, Rn. 43, 44.

9 Klein, S. Jeffrey/Pappas, J. Nichols: ““Garden Leave” Clauses in Lieu of Non-Competes”, New York Law Journal, Vol.: 241, No.: 24, s.1; Lembrich, s. 2305.

10 Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 261.

11 Lembrich, s. 2313.

12 <http://media.straffordpub.com/products/noncompet-agreements-for-multinational-employers-2013-01-29/reference-materials.pdf> (ET.: 04.12.2020), s. 2; <https://www.employment.govt.nz/#gref>, (ET.: 04.12.2020); Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 261.

13 A Guide to UK Employment Law, s. 24. Taraflarca bahçe izni hükmü kararlaştırılmadığı bazı durumlarda işçinin bahçe iznine çıkarılabileceği yönündeki görüş için bkz., Emir, s. 488; Christie v. Johnston Carmichael UK-ATS/0064/09/BI; [2010] IRLR 1016, [https://uk.practical-law.thomsonreuters.com/1-503-5777?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practical-law.thomsonreuters.com/1-503-5777?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), (ET.: 15.01.2021).

14 SG & R Valuation Service Co v. Boudrais and Ors [2008] EWHC 1340 (QB); <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2008/1340.html>, (ET.: 04.12.2020); Srivastava/Shroff, s.1-2.

15 <https://www.rocketlawyer.com/gb/en/quick-guides/gardening-leave>, (ET.: 20.04.2021). Ayrıca bkz. <https://>

yönetim hakkı kapsamında işçisini tek taraflı olarak ve ücretini ödeyerek işyerinden uzaklaştırabileceği belirtilmiştir. Böyle bir durumda işverenin işi kabulde temerrüde düştüğüne de yer verilmiştir¹⁶.

Birleşik Krallık'ta uzun süredir geleneksel rekabet etmeme sözleşmelerine alternatif olarak kullanılan bahçe izni, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki işverenler arasında da giderek daha popüler hale gelmiştir¹⁷. Amerikalı işverenler de kilit (önemli) pozisyonda çalışanlarının iş sözleşmelerinde benzer hükümlere yer vermeye başlamışlardır¹⁸. Çünkü bu izin, işverenlerin rekabet yasağı anlaşmalarında yaşadıkları zorluklar olmadan rekabet yasağına ilişkin hükümlerle aynı faydaları sağlamaktadır¹⁹.

Uzun yıllar Birleşik Krallık'ta ve Amerika'da bahçe izni uygulamalarının geçerliliği mahkeme kararlarında tartışılmıştır. Bu hukuk sistemlerinde belirli koşullar altında bahçe izni hükümlerinin uygulanabilirliği kabul edilmektedir²⁰. Birleşik Krallık ve Amerika'nın dışında yaygın olarak bahçe izni uygulanan ülkeler arasında Bangladeş, Hindistan, Endonezya, Japonya, Çin Halk Cumhuriyeti Makao Özel İdari Bölgesi, Malezya, Myanmar, Yeni Zelanda, Pakistan, Singapur, Tayvan, Tayland sayılabilir²¹.

lawgazette.com.sg/feature/the-law-and-practice-of-garden-leave-rights-duties-enforcement-and-resistance/, (ET:02.01.2021); General Billposting Co Ltd v. Atkinson [1909] A.C. 118.

16 Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR Auflage 7., Zürich - Basel - Genf 2012, Art. 324, 2012, N 13, www.swisslex.ch, (ET.: 21.02.2021); Adrian Staehelin in Peter Gauch, Jörg Schmid: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Vierte, völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2006, s. 265.

17 Lembrich, s. 2291; Klein/Pappas, s.1.

18 Lembrich, s. 2292, 2314.

19 Klein/Pappas, s.1.

20 Lembrich, s. 291 vd.; Klein/Pappas, s.1 vd.

21 Bkz., Employment Termination Survey, April 2019, https://www.wongpartnership.com/, (ET.: 05.12.2020); Yabancı ülkelerde bazı çalışanlar LinkedIn profillerinde mevcut işverenlerinde bahçe izninde olduklarını belirtmektedirler. Bkz., Komie, L. James: "Garden Leave Grows in Popularity among U.S. Employers", Chicago Daily Law Bulletin, No-

II. Bahçe İzni (Garden Leave) Kavramı

1. Tanım ve İşlev

Bahçe izni, genel olarak işçinin ihbar süresinin bir kısmını veya tamamını çalışmadan ancak ücret ve sosyal yardımlardan yararlanarak geçirdiği süreyi ifade eder²². İş sözleşmesinin feshi için ihbar süresi tanınması bahçe izninin öne çıkan bir özelliğidir²³. İşverenler genellikle üretim sırlarını korumak ve işçinin rakip firmada çalışarak kendisiyle rekabet etmesini önlemek amacıyla ihbar süresi (notice period) içerisinde işçinin başka bir işte çalışmamasını "bahçesine bakmasını", "evde oturmasını (stay at home)" talep etmektedir²⁴. Çalışan genellikle bu süre zarfında görev ve sorumluluklarından kurtulur, ancak yine de işveren tarafından istihdam edilir ve bu nedenle başka bir işveren için çalışamaz. Bunun yanı sıra bahçe izninde olan işçi, serbest meslek de icra edemez²⁵. Bahçe iznini bir çalışma yasağı olarak değil, rekabetin önünde bir kısıtlama olarak ifade etmek gerekir²⁶. Bu bağlamda bahçe izni, çalışana rekabet etmeme süresi boyunca ödeme yapılmasını gerektirmesi ve böylece çalışanın belirtilen süre boyunca işvereni ile rekabet teşkil eden bir başka işte veya işyerinde çalıştırılmasına izin verilmemesi olarak tanımlanabilir²⁷. Rekabet ya-

vember 8, 2018, s. 2.

22 https://parslowsjersey.com/2021/01/14/garden-leave-employment-law/, (ET.: 15.04.2021); https://www.jobsite.co.uk/worklife/garden-leave-mean-23271, (ET.: 20.04.2021).

23 Anneline de Sousa do Cabeco, s. 4.

24 Bainbridge, David: Intellectual Property, Longman, Londra 2010, s. 363-364; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 260-261; Sulu, Muhammed: Ticari Sırların Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Ticari Sır), s. 111; Sulu, Muhammed: "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", MÜHF - HAD, C. 22, S. 2, (Rekabet Yasağı), s. 596; https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnick-Steinmeyer-May-2017.pdf, (ET.: 08.01.2021), s. 1.

25 https://www.jobsite.co.uk/worklife/garden-leave-mean-23271/, (ET.: 20.04.2021).

26 Sullivan, A. Charles: "Tending the Garden: Restricting Competition via "Garden Leave", Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 2016, Vol.: 37, No. 2, s. 20.

27 Lembrich, s. 2291.

sağı sözleşmeleri/kayıtları gibi bu izin, tarafların anlaşması sonucu ortaya çıkan sözleşmeye dayalı bir çalışma ve faaliyet kısıtlamasıdır²⁸. Ancak rekabet yasağı sözleşmelerinden/kayıtlarından farklı olarak bahçe izninde çalışanın faaliyeti iş ilişkisi devam ederken kısıtlanmaktadır²⁹. Bu izin süresi boyunca iş ilişkisi devam ettiği için işçinin sadakat borcu gereği işveren ile rekabet etme yükümlülüğü vardır. Ancak uygulamada bahçe izni sadece rekabet yasağı ile sınırlı anlamını aşmış, başka amaçlarla da başvurulmuş bir önlem haline gelmiştir. Bahçe izni, işçinin işyerinde huzuru bozacağından korkulan durumlarda veya cinsel taciz gibi ağır bir eyleminden şüphelenildiği takdirde işyerinden uzaklaştırılmasını sağlayan bir araç olarak da kullanılabilir.

Taraflarca kararlaştırılan bahçe izni hükmü çalışana mali bir zorluk çıkarmadan, işletmenin meşru çıkarlarını etkin bir şekilde korumaya hizmet eder³⁰. Bu izin uygulamasında genellikle işçi, iş sözleşmesini feshetmeden belirli bir süre önce işverene bildirimde bulunacağını, işveren ise bu süre boyunca işçiyi çalıştırmadan ücretini ödeyeceğini taahhüt eder³¹. Bahçe izninde olan işçi,

iş sözleşmesinin bildirimli feshinde ihbar öneli boyunca iş ilişkisinin devam etmesine karşılık bu süreyi işyerinden uzakta geçirir³². İzinde olan işçinin işyerine gelip çalışması zorunlu değildir³³ ya da bu durum işveren tarafından yasaklanmıştır. Ancak işçi yine de ücretini almaya ve işyerindeki sosyal yardımlardan yararlanmaya devam eder³⁴. İşveren, izin süresi boyunca iş ilişkisi devam ettiği için herhangi bir zamanda işçinin işe dönmesini, iş ile ilgili herhangi bir bilgi göndermesini ya da bazı konularda yardımını isteyebilir³⁵. Bahçe izni, genellikle işçiyi rakip işverenlerden uzak tutmak amacıyla kullanılmaktadır³⁶. İzin süresi boyunca işçinin yeteneklerinin ve bilgi birikiminin yeni işverene sunması engellenmiş olur³⁷. Ayrıca bu izin ile işçinin işyerinden uzakta kalması sağlanarak işyerindeki sistemlere, bilgilere erişmesi, personel ve müşterilerle iletişime geçmesi engellenebilir veya sınırlandırılabilir³⁸. Bu durumun bir sonucu olarak da çalışan, işverenin gizli bilgilerine erişemeyecek ve muhtemelen halihazırda sahip olduğu gizli bilgiler yeni bir işveren için çalışmaya başladığında geçersiz veya en azından

download/pdf/153553173.pdf, (ET.: 07.12.2020), s. 28.

28 Bishara, D. Norman/Westermann-Behaylo, Michelle: "The Law and Ethics of Restrictions on an Employee's Post-Employment Mobility", *American Business Law Journal*, Vol.: 49, Issue: 1, s. 25.

29 <http://media.straffordpub.com/products/noncompete-agreements-for-multinational-employers-2013-01-29/reference-materials.pdf>, (ET.: 04.12.2020), s. 2.

30 Lewis, B. Thomas/ Kowal, F. Mark: "Garden Leave Provisions: A Growing Trend in Employment Agreements", *New Jersey Law Journal*, Vol.: 204, No.: 3, https://www.njlawblog.com/files/2014/08/TBL-MFK-NJLJ-4_18_11.pdf, (ET.: 12.11.2020), s. 1

31 Carnevale, F. Lawrence: *Contractual Restraints on Employee Conduct*, <https://www.clm.com/>, s. 24; Raker, J. Daniel: "A Lower Level of Scrutiny? New Alternatives for an Effective Restraint on Competitive Activity", *Loyola University Chicago Law Journal*, 2008, Vol.: 39, Issue: 4, s. 752, 757; Rubin, J. Howard/Gilman, A. Gregg: "Will Garden Leaves Blossom in the States?", *Employee Relations Law Journal*, 2007, Vol.: 33, No.: 2, s. 1; Bishara/Westermann-Behaylo, s. 26; Anneline de Sousa do Cabeco: *Garden Leave in South Africa: Vodacom (Pty) Ltd V Motsa & Another 2016 (3) Sa 116 (LC)*, Ms Karmini Pillay at the Faculty of Law, University of Witwatersrand 2018, s. 4, 5; Lembrich, s. 2292; Lewis/ Kowal, s. 1; Gürkaynak, s.1; Wong, Lyndsey Deanne: *Restraint of Trade: How Much Protection Can an Employer Obtain?*, Law Faculty Victoria University of Wellington, 2002, <https://core.ac.uk/>

32 A Guide to UK Employment Law, www.tim-russell.co.uk, (ET.: 02.12.2020), s. 9; Carnevale, s. 24; Raker, s. 752, 757; Stratton, LG.C.: "Restraint Of Trade During And On The Termination Of A Contract Of Employment", *The Denning Law Journal*, Vol.: 12, No. 1 (1997), s.112; Estlund, L. Cynthia: "Between Rights and Contract: Arbitration Agreements and Non-Compete Covenants as a Hybrid Form of Employment Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.: 15, Issue: 2, s. 425; Rubin/Gilman, s. 1, 2; Bishara/Westermann-Behaylo, s. 26; Anneline de Sousa do Cabeco, s. 4, 5; Richards, G. W.: "Paper on Miscellaneous Issues, Including Workplace Privacy", *IÜHF M C. LXXII*, 2014, S. 2, s. 371; Gürkaynak, s.1.

33 Emir, s. 488.

34 Lembrich, s. 2292, 2305, 2315; Emir, Astra: *Selwyn's Law of Employment*, 18. Edition Oxford University Press, United States of America 2014, s. 488; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 261; Sulu, Ticari Sır, s. 111; Sulu, Rekabet Yasağı, s. 596; <https://parslowsjersey.com/2021/01/14/garden-leave-employment-law/>, (ET.: 15.04.2021).

35 <https://www.jobsite.co.uk/worklife/garden-leave-mean-23271/>, (ET.: 20.04.2021).

36 A Guide to UK Employment Law, s. 9; Carnevale, s. 24; Rubin/Gilman, s. 2.

37 Stratton, s. 112.

38 Sullivan, s. 4; Rubin/Gilman, s. 2; Richards, s. 371; <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnick-Steinmeyer-May-2017.pdf>, (ET.: 08.01.2021), s. 2.

daha az değerli hale gelecektir³⁹.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bahçe izni hükümleri dışarıda oturma hükümleri (sitting out) olarak da adlandırılmaktadır⁴⁰. Bu hukuk sisteminde zamanla işverenlerin rekabeti sınırlama dışında başka sebeplerden dolayı da işçileri işyerinden uzak tutmak istediği durumlarda bu izne başvurduğu görülmektedir. Örneğin, iş sözleşmesini bildirimli fesheden işçinin ihbar süresi boyunca çalışması durumunda işveren, işçinin işyerindeki huzuru bozabileceğine dair bir endişeye sahipse bu izne başvurmayı tercih edebilir⁴¹. Aynı şekilde işveren, fesih bildiriminde bulunan ya da bildirimli fesih ile iş sözleşmesi feshedilen işçiden ihbar süresi boyunca çalışması halinde gerekli performansı alma konusunda şüphe duyuyorsa bahçe izni uygulaması ile çalışanı işyerinden uzak tutmayı isteyebilir⁴². Tüm bunların yanı sıra, işyerinde yürütülen soruşturmanın etkin ve kesintisiz bir şekilde ilerlemesini sağlamak amacıyla soruşturma süresince ilgili işçiye bahçe izni verilebilir⁴³. Özetle, Amerika'da bahçe izni zamanla işçinin işyerine girmesine ve çalışmaya devam etmesine izin verildiğinde ortaya çıkabilecek çeşitli istenmeyen durumları ortadan kaldırmak için alınan bir önlem halini almıştır⁴⁴.

İsviçre hukukundaki Freistellung (iş görmekten muaf tutma) uygulamasının bahçe iznine benzer bir uygulama olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu uygulama, işçinin ücret hakkını kaybetmeksizin işveren tarafından izne çıkarılmasına dayanmaktadır. İşçi, iş görmekten muaf tutulmakta, ancak sadakat borcu devam etmektedir. Bu hukuk sisteminde de kural olarak ihbar süresi boyunca işçinin iş görmekten muaf tutulabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, İsviçre'de çalışanlara karşı cinsel taciz iddiası söz konusu olduğunda ya da işveren tarafından disiplin soruşturması yürütülmek istendiğinde işçinin iş gör-

mekten muaf tutabileceği kabul edilmektedir. Bu sayede daha fazla cinsel taciz olayının gerçekleşmesinin ve haksız işten çıkarmaların önlenileceği ifade edilmiştir⁴⁵. Alman hukukunda da işçi tarafından işverenin ticari sırlarının ifşa edilmesi, işveren ile rekabet teşkil eden davranışlar sergilenmesi durumunda işçinin iş görmekten muaf tutabileceği kabul edilmektedir. Bu durumun yanı sıra işveren tarafından yapılan fesih, işçinin suç teşkil eden bir davranışına ya da bu yönde acil bir şüphenin varlığına dayanıyorsa, işverenin işçiyi iş görmekten muaf tutabileceği ve ücretini ödemeye devam edeceği kabul edilmektedir⁴⁶.

Bahçe izni uygulaması, özellikle bankacılık, finansal hizmetler⁴⁷, bilişim teknolojisi, ilaç, biyoteknoloji, medya, telekom ve perakende gibi sektörlerde faaliyet gösteren şirketler bakımından çok önemli olabilir⁴⁸. İşverene maddi bir külfet yükleyen bu izin, özellikle üretim sınırlarına vakif olmuş olan üst düzey çalışanların iş sözleşmelerinde yaygın olarak yer almaktadır⁴⁹. Zira, bu işçilerin sır niteliğindeki bilgilere ulaşması ya da işveren ile rekabet edici davranışta bulunma olasılığı yüksektir. Bu nedenle, bahçe izni hükümleri genellikle düşük ücretli çalışanlar için kullanılmaz⁵⁰. Bahçe izni süresince işveren tarafından ücret ve sosyal yardımlar işçiye ödenmeye devam edeceği için işveren hangi işçilerin iş sözleşmesine bahçe iznine ilişkin hüküm koyacağı hususunda dikkatli olmalıdır. Genellikle üst düzey yöneticilerle, işyerindeki gizli bilgilere erişim hakkı olan işçilerle yapılacak olan iş sözleşmelerinde bahçe izni hü-

39 Lembrich, s. 2305; Lewis/ Kowal, s. 1.

40 Sullivan, s. 5.

41 Gürkaynak, s.1.

42 Gürkaynak, s.1.

43 Gürkaynak, s.1.

44 Gürkaynak, s.1.

45 Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 13, www.swisslex.ch, (ET.: 21.02.2021).

46 Kreitner Jochen, in: Wolfdieter Küttner, Personalbuch 2020, 27. Auflage, Rn. 18-19, www.beckonline.de, (ET.: 01.10.2020).

47 Sullivan, s. 1.

48 Srivastava, Kabeer/Shroff, Vikram: "Using Garden Leave Can Help Take the edge off Attrition", Daily News & Analysis, <http://www.nishithdesai.com/>, (ET.: 02.01.2021), s.1.

49 Anneline de Sousa do Cabeco, s. 4; <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnick-Steinmeyer-May-2017.pdf>, (ET.: 08.01.2021), s. 4; Lembrich, s. 2310; Sullivan, s. 8; Bilge, s.157; Sulu, Ticari Sır, s. 111; Sulu, Rekabet Yasağı, s. 596.

50 <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnick-Steinmeyer-May-2017.pdf>, (ET.: 08.01.2021), s. 4.

kümülerine rastlanmaktadır⁵¹.

Rekabet yasağı sözleşmelerine/kayıtlarına bir alternatif olarak geliştirilen bahçe izni uygulamalarında genelde işçinin 30 ile 90 gün boyunca rakip bir işveren yanında çalışması engellenirken, rekabet yasağı sözleşmelerinde/kayıtlarında bu süre 1 ya da 2 yıldır⁵². Ancak 6 aya ve hatta 12 aya kadar bahçe izni süresi ile de karşılaşmak mümkündür⁵³. İşçinin işyerindeki konumu ve iş sözleşmesinin özelliği, bahçe izninin süresinin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Önemli görevlerde çalışan işçiler için daha uzun süreli bahçe izni kararlaştırılabilmektedir⁵⁴. Ancak bahçe izni süresinin aşırı olmaması gerekir. İzin süresinin uzun olması, çalışanın çok uzun süre işyerinde olmadığı anlamına gelebilir ve bu durum çalışanın işi ile ilgili yeteneklerine zarar verebilir. Örneğin, çalışanın rekabetçi bir piyasada çalışma yeteneğini önemli ölçüde azaltacağından, bir mahkemenin 2 yıllık bir bahçe izni süresi uygulaması pek olası değildir⁵⁵. Bahçe izni süresi taraflarca kararlaştırılan ihbar süresi kadardır. Örneğin işçi, iş sözleşmesini feshetmek istiyorsa ve bunu 3 ay önceden işverene bildirmek zorunda olduğu iş sözleşmesinde yazıyorsa, bahçe izni süresi de kural olarak 3 aydır. Bununla birlikte, tarafların ihbar süresinin bir kısmında işçinin çalışacağını bir kısmında bahçe izninde olacağını kararlaştırmasına engel bulunmamaktadır⁵⁶. Tarafların ih-

bar süresinden uzun kararlaştırdıkları bahçe izni, mahkemeler tarafından geçersiz sayılmaktadır⁵⁷.

Çoğu iş sözleşmesinde bahçe izni ifadesi kullanılmaz. Bunun yerine, iş sözleşmelerinde çalışanın istifasını belirli bir süre önceden işverene bildirmesi gerektiğine, bu süre boyunca çalışmayaacağına, müşterilerle veya tedarikçilerle iletişime geçmeyeceğine dair hükümlere yer verilir. Bu hükümler, işverenin çalışanın ihbar süresi içinde bahçe iznine çıkarabileceği anlamına gelir⁵⁸. Bu sürede işçi, işverene sadakat yükümlülüğü ile bağlı olup işçilik haklarından yararlanmaya devam eder⁵⁹. İşçi, izin süresi boyunca yeni bir işverenin yanında çalışmaya başlayamayacağı gibi işverene ait gizli bilgileri başka işverenlerle de paylaşamaz⁶⁰. Bunun yanı sıra işveren söz konusu sürede işçinin çalışmasını da isteyebilir⁶¹.

Kural olarak, bir bahçe izni süresini rekabeti yasaklayan bir hükmün takip etmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶². Diğer bir ifade ile bahçe izninin rekabet yasağı sözleşmesi/kaydı ile bir arada kullanılması mümkündür. Böyle bir durumda bahçe izni hükmü, rekabetçi faaliyetin yasaklandığı süreyi uzatma etkisine sahiptir. Söz konusu durumda çalışan, ihbar süresi boyunca ve rekabet yasağı hükümlerinde belirtilen süre boyunca rakip bir işveren için çalışamaz⁶³. Bu iki yönlü yaklaşım İngiliz mahkemeleri tarafından onaylanmıştır⁶⁴. Ancak, bir bahçe izni maddesinin varlığı, rekabet yasağı sözleşmesinin/kaydının geçerliliğini belirlerken dikkate alınması gereken bir faktör olabilir

51 Klein/Pappas, s. 2.

52 Komie, s.1; <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnick-Steinmeyer-May-2017.pdf>, (ET.: 08.01.2021), s. 4-5.

53 <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnick-Steinmeyer-May-2017.pdf>, (ET.: 08.01.2021), s. 5. Ayrıca bkz., Davis, Angie/ Reicin, Eric D./ Warren, Marisa: "Developing Trends in Non-Compete Agreements and Other Restrictive Covenants", ABA Journal of Labor & Employment Law, Winter 2015, Vol.: 30, Issue: 2, <https://www.jstor.org/stable/e26410758>, (ET.: 13.12.2020), s. 267; Lembrich, s. 2305.

54 Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 262.

55 <http://media.straffordpub.com/products/non-compete-agreements-for-multinational-employers-2013-01-29/reference-materials.pdf>, (ET.: 12.01.2021), s. 3.

56 <https://parslowsjersey.com/2021/01/14/garden-leave-employment-law/>, (ET.: 15.04.2021); <https://www.jobsite.co.uk/worklife/garden-leave-mean-23271>, (ET.: 20.04.2021).

57 Dava konusu olayda, ihbar öneli 6 ay olmasına rağmen bahçe izni süresi 12 ay olarak kararlaştırılmıştır. Mahkeme bahçe izninin ihbar önelinden sonraki 6 aylık bölümünün geçersizliğine karar vermiştir. Bkz., 1996 tarihli Credit Suisse Asset Management Ltd v. Armstrong (1996) ICR 882; Bainbridge, s. 363.

58 Raker, s. 757; Komie, s.1, 2; Lewis/ Kowal, s.1; Emir, s. 488; <https://www.employment.govt.nz/#gref>, (ET.: 21.12.2020).

59 Raker, s. 757; Komie, s.1, 2; Lewis/ Kowal, s.1; Emir, s. 488; In Balston Ltd v. Headline Filters Ltd (1990) FSR 385.

60 Komie, s. 2.

61 Komie, s. 1.

62 Emir, s. 489.

63 Carnevale, s. 25; <https://www.employment.govt.nz/#gref>, (ET.: 21.12.2020).

64 Carnevale, s. 25; Credit Suisse Asset Mgmt. v. Armstrong (1996), I.R.L.R. 450.

ve eğer bahçe izni süresi aşırı uzunsa, mahkemeler iş sözleşmesi sonrası rekabeti yasaklayan hükümlerin uygulamasını reddedebilirler⁶⁵.

2. İş Sözleşmesinde Yer Alan Bahçe İzni (Garden Leave) Hükümlerinin Geçerliliği

İş sözleşmesinde yer alan ya da ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılan bahçe izni hükmü, ancak süre açısından makul olması ve işverenin gerçek menfaatlerini koruma amacı taşıması halinde uygulanabilir⁶⁶. İşçinin çalışma ve kendini geliştirme hakkı, özellikle beceri ve yeteneklerinin körelmesindeki menfaati karşısında bahçe izninin geçerli olması, işverenin meşru menfaatlerine hizmet etmesi ve ölçülü olması koşullarına bağlıdır⁶⁷.

Yabancı hukukta mahkemeler, taraflarca kararlaştırılan bahçe izni hükümlerinin suiistimale açık olduklarını kabul etmiş ve hem süresi hem de kapsamı bakımından söz konusu izne ilişkin hükümlerin uygulanmasında geniş bir takdir yetkisi kullanmışlardır⁶⁸.

Hindistan'da Bombay Yüksek Mahkemesi'nde görülen VFS Global Pvt Ltd ile Mr. Suprit Roy davasında uyuşmazlık, iş sözleşmesinde yer alan bahçe izni hükmünün uygulanabilirliğine ilişkindir. Mahkeme kararında, iş sözleşmesinde yer alan bahçe izni hükmünde izin süresi boyunca iş sözleşmesinin devam edeceğine ve çalışanın tüm sözleşme hüküm ve koşullarına tabi olacağı belirtilmesi gerektiğine yer vermiştir⁶⁹. Hindistan'da iş sözleşmelerinde, sözleşmenin feshinden sonra işçinin işveren ile rekabet etmesini yasaklayan hükümler geçersiz sayılmaktadır. Bu nedenle, iş ilişkisi devam ederken işçinin rekabet etmesini kısıtlamaya ilişkin uygulama yapılmadıkça, işten ayrılan işçinin rakip bir işverene katılmasının

engellenmesi mümkün değildir. Bu sebeple de Hindistan'da söz konusu durumun çözümünde bahçe izni etkin bir çözüm yolu olarak kabul edilebilir⁷⁰.

Güney Afrika'daki bahçe iznine ilişkin ilk karar Vodacom (Pty) Ltd v. Motsa davasında⁷¹ verilmiştir. Vodacom şirketi ile kıdemli ve yönetici konumunda bir çalışan olan Motsa arasında imzalanan iş sözleşmesinde yer alan 16. madde hükmü tartışma konusu olmuştur. Motsa satış, pazarlama, veri toplama ve tüketici satışlarının yönetimi, ürün stratejisi, toptan ürün ve hizmetler, toplum hizmetleri, müşteri ilişkileri yönetimi ve bayi ilişkileri dahil olmak üzere Vodacom şirketinin ticari işinin önemli yönlerinden sorumludur. Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin 16. maddesi sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Madde hükmüne göre, taraflardan herhangi biri, diğer tarafa en az 6 ay önceden yazılı bildirimde bulunarak iş sözleşmesini feshetme hakkına sahip olacaktır (16/1). İşveren bu süre içerisinde, yegâne ve mutlak takdir yetkisine bağlı olarak, herhangi bir nedenle, yönetici konumunda olan işçinin feshe ilişkin ihbarı sırasında normal istihdamla ilgili görev ve sorumluluklarını yerine getirmesini talep etmeyebilir. Ancak işveren, bu süre içinde işçinin sorumluluklarını yerine getirmek üzere hazır bulunmasını isteyebilir. Aynı maddede işçinin, bu tür durumlarda, işverenin önceden yazılı izni olmaksızın ihbar süresi boyunca müşteriler ile temas kuramayacağına yer verilmiştir (16/6). İşçinin sözleşmenin 16. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen ihbar süresinde çalışması gerekebilir. Ancak işveren ihbar süresinde işçinin çalışması yerine ona ödeme yapmayı seçebilir. Böyle bir durumda işverenin işçiyi ihbar süresinde çalıştırması gerekmez. Motsa, Vodacom'un en büyük rakibi olarak tanımladığı MTN şirketinde çalışmak için istifasını sunmuş daha sonra ise bu istifasını geri çekmiştir. Ancak Vodacom şirketi, MTN firmasının Ocak 2016 tarihinden itibaren Güney Afrika'yı içeren güneydoğu Afrika bölgesinden sorumlu başkan

65 Emir, s. 489. Ayrıca bkz., <https://www.rocketlawyer.com/gb/en/quick-guides/gardening-leave>, (ET.:20.04.2021).

66 Emir, s. 488.

67 William Hill Organisation v. Tucker (1998) IRLR 313, CA.

68 <https://www.independent.co.uk/news/people/law-report-restrictions-enforced-after-garden-leave-1336989.html>, (05.01.2021).

69 2008 (2) BomCR 446, 2007 (2) CTLJ 423 Bom, <https://indiankanoon.org/>, (ET. 02.12.2020); Srivastava/Shroff, s.1.

70 Srivastava/Shroff, s.1.

71 Vodacom (Pty) Ltd v. Motsa and Another (J 74/16) [2016] ZALCJHB 53.

yardımcısı olarak Motsa'yı işe alacağını öğrenmiştir. Bu durum, işveren tarafından Motsa'ya sorulduğunda Motsa teklifi düşündüğünü bildirmiş ve daha sonra istifasını sunmuştur. İşveren ise bunun ardından Motsa'ya 6 aylık ihbar süresine tabi olduğunu, bu süre boyunca işyerinde kendisine ihtiyaç duyulmadığını, buna rağmen ücretinin ödenmeye devam edeceğini ve kendisinin sadakat yükümlülüğüne bağlı olduğunu bildiren bir yazı göndermiştir. Mahkeme, işçinin ihbarını sunduğunda iş sözleşmesinde yer alan 16. madde hükmü gereğince işverenin üç farklı seçeneğinin bulunduğu karar vermiştir. İşverenin ilk seçeneği, ihbar süresinde işçinin çalışmasına izin veremesidir. İkinci olarak işveren, işçiyi bahçe iznine çıkarabilir. Üçüncü olarak da işveren, ihbar süresinden feragat edip işçiye ödeme yapabilir. Mahkeme, işverenin hangi seçeneği uygulayacağını seçme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Ayrıca mahkeme işverenin ihbar süresinden feragat ettiğine ve taraflar arasındaki ilişkinin ancak Motsa hizmet verdikten sonra sona erdiğine dair hiçbir kanıt olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle de mahkeme Vodacom şirketinin açıkça Motsa'yı ihbar süresi boyunca ticari olarak pasif hale getirerek elde edebileceği gizli bilgilerden uzaklaştırarak olan bahçe iznine çıkardığına karar vermiştir. Bununla birlikte mahkeme, tecrübeli ve yetkin çalışanların hareketsiz kalmasına ve ticari faaliyetlerden makul olmayan bir şekilde uzun süreli dışlanmaları sırasında becerilerinin zayıflamasına engel olan hükümlerin kamu çıkarıyla daha uyumlu olacağını belirtmiştir.

Bazen mahkemeler bahçe izni hükümlerinin içeriğine müdahale etmektedir. İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen Symbian Ltd v. Christensen davasına konu olayda, işveren ile işçiler arasında imzalanan iş sözleşmesinde işçilerin 6 ay önceden bildirerek iş sözleşmelerini feshedebileceği ve bu ihbar öneli boyunca herhangi bir işveren için çalışmasının yasak olduğu belirtilmiştir. Mahkeme ise, bu hükmü işçinin işveren ile rekabet etmeyen işverenlerin yanında çalışmasını yasakladığı için geniş bulmuştur. Bu

nedenle de mahkeme söz konusu hükmü, işçinin 6 ay boyunca herhangi bir zamanda rakip bir işveren yanında çalışmayacağı şeklinde değiştirmiştir⁷². Benzer şekilde, mahkeme bahçe izninin uzunluğunu da değiştirebilir ve gerekirse somut durumun gereklerine uygun bir süreye indirebilir⁷³. Yüksek Mahkeme GFI Group Inc v. Eaglestone⁷⁴ davasında 20 haftalık bahçe izni süresini 13 haftaya indirirken, Euro Brokers Ltd v. Rabey⁷⁵ davasında 6 aylık bahçe izni süresini uygun bulmuştur⁷⁶. Doktrinde de her ne kadar bahçe izni süresi boyunca işçiye ücreti ve sosyal hakları ödenecek olsa da uzun süreli izin içeren hükümlerin uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁷.

Rekabeti sınırlayan sözleşmeler gibi bahçe izni hükümleri, doğası gereği ticareti kısıtlayan sözleşmelerdir. Bu nedenle, yalnızca makul olmaları, yani işverenin meşru ticari çıkarlarına atıfta bulunularak gerekçelendirilmeleri halinde mahkemeler tarafından uygun bulunacaktır. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir mahkemenin bahçe iznine ilişkin düzenlemeyi kabul edip etmeyeceği her somut olayın özelliğine göre belirlenecek bir takdir meselesidir⁷⁸.

Bununla birlikte, mahkemeler hem bahçe izni uygulama kararının süresi hem de kapsamı ile ilgili olarak bu geniş takdir yetkisini kullanırken, uzun süreli bahçe izni uygulamasının açıkça kötüye kullanılabilmesini ve bunun işverenlerin elinde bir silah olduğu da belirtilmiştir⁷⁹.

3. Bahçe İzni (Garden Leave) Hükmüne Aykırı Davranışın Sonuçları

İşveren, işçinin bahçe izni hükmüne aykırı dav-

72 Symbian Ltd v. Christensen [2000] UKCLR 879; Emir, s. 489.

73 Emir, s. 489.

74 GFI Group Inc v. Eaglestone (1994) IRLR 119. Ayrıca bkz., Brooks, s. 374-375.

75 Euro Brokers Ltd v. Rabey [1995] IRLR 206, HC.

76 Emir, s. 489.

77 Stratton, s. 116.

78 Emir, s. 488.

79 Provident Financial Group Plc v. Hayward [1989] 3 All ER 298; JM Finn & Co Limited v. Holliday [2013] EWHC 3450 (QB).

ranması halinde mahkemeye başvurup uğradığı zararların giderilmesini ya da ihtiyati tedbir kararı verilmesini isteyebilir⁸⁰. Ancak, bu tür çözümlerin isteğe bağlı olduğu unutulmamalıdır⁸¹. Bahçe izninde olan bir işçi, başka bir işyerinde çalışırsa mahkeme vereceği bir kararla işçiyi çalışmaktan alıkoyabilmektedir⁸². Ancak mahkemeler bahçe iznini hukuka uygun bulduğu her davada ihtiyati tedbir kararı vermeyebilir. İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen Provident Financial Group v. Hayward⁸³ davasında, iş sözleşmesinde istihdam süresi boyunca işçinin başka bir işveren için çalışmasını yasaklayan, işçinin sözleşmenin feshini 1 yıl önceden bildirmesini ve bu sürede işçinin tam ücretini alacağını belirten hükümler bulunmaktadır. Mahkeme tarafından bu hükümlerin halk arasında bahçe izni olarak nitelendirildiği ifade edilmiştir. Taraflar, sözleşmedeki 1 yıllık ihbar süresini daha sonra 6 aya indirmek üzere anlaşmışlardır. İş sözleşmesini feshetmek için bildirimde bulunan işçi, ihbar süresinin 2. ayına kadar işyerinde çalışmaya devam etmiştir. Ancak davacı işveren, işçinin gizli bilgiler edinebileceğinden korkarak, bahçe izni nedeniyle ihbar süresinin geri kalanını evde geçirmesini talep etmiştir. Davalı işçi, ihbar süresinin tamamının bitmesini beklemeden başka bir işveren yanında işe başlayacağını işverene bildirmiştir. Bunun üzerine işveren, ihbar süresinin tamamı bitmeden başka bir işveren yanında çalışmasını engellemek amacıyla mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, davacı işveren ile işçinin yeni işe başlayacağı işveren birbirine rakip olsa da davalı işçinin işyerindeki konumunun farklı olduğunu be-

lirtmiş ve işçinin ihbar süresinden kalan 10 hafta boyunca başka bir işveren yanında çalışması durumunun işveren bakımından herhangi önemli bir zarar yaratmayacağı gerekçesiyle ihtiyati tedbir kararı vermeyi reddetmiştir⁸⁴. Bunun yanı sıra, JA Mont (UK) Ltd. v. Mills davasında aynı mahkeme, işverenin iş sözleşmesinde açık bir bahçe izni hükmü yoksa çalışanı bahçe iznine çıkaramayacağını tespit ederek ihtiyati tedbir kararı vermeyi reddetmiştir⁸⁵.

İşçi, bahçe izninde işverene rakip olmayan bir şirket için çalışır veya gizli olmayan bilgileri ifşa ederse, bu durum rakip bir firmada çalışmayı engelleyen bahçe izni hükmünün ihlali anlamına gelmez, ancak böyle bir durumda genel olarak sözleşmede yer alan bahçe izni hükümlerine aykırılık söz konusu olur. Söz konusu durumda işveren, işçinin iş sözleşmesini feshedebilir ve/veya işçiye karşı tazminat davası açabilir⁸⁶.

4. Bahçe İzninin (Garden Leave) Avantaj ve Dezavantajları

Tek taraflı ya da mahkeme tarafından belirlenmiş koşullar olmadığı için bahçe izni hükümlerinin sözleşmenin tarafları bakımından birçok avantajı bulunmaktadır⁸⁷. Bahçe izni uygulaması genellikle ticari sırların korunmasına hizmet ettiği için işverenler bakımından oldukça caziptir⁸⁸. Söz konusu izin uygulamasında işçi, her ne kadar işverenin işyerinde çalışmasa da izin süresi boyunca işveren ile arasındaki iş ilişkisi devam ettiği süre boyunca işverenin işçisi sayılmaktadır. Bu nedenle de işçinin izin süresi boyunca işverene karşı sadakat borcu devam etmekte, işçi, işverenin iş sırlarını korumak ve işveren ile rekabet teşkil eden her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlü kalmak-

80 Emir, s. 488.

81 Emir, s. 488.

82 Bainbridge, s. 363; JM Finn & Co Limited v. Holliday [2013] EWHC 3450 (QB), davasında işçi 12 aylık bahçe izni süresi sona erene kadar rakip bir işveren yanında çalışmaya başlamasını engelleyen tedbir kararına itiraz etmiştir. Mahkeme, bahçe izni süresinin uygulanmasına yardımcı olacak bir tedbirin, davacının meşru menfaatini korumak için makul olduğuna karar vermiş ve işçinin talebini reddetmiştir. Ayrıca bkz., Großbritannien: Einstweilige Verfügung bei "Garden Leave"-Klausel, EuZA 2014, 395, www.beck-online.de, (ET.10.11.2020).

83 Provident Financial Group Plc v. Hayward [1989] 3 All ER 298.

84 Karar hakkında geniş bilgi için bkz., Lembrich, s. 2309-2311.

85 JA Mont (UK) Ltd v. Mills [1993] IRLR 172. Ayrıca bkz., Brooks, Adrian: "The Limits Of Competition: Restraint of Trade in the context of Employment Contracts", UNSW Law Journal, 2001, Vol.: 24(2), s. 373-374.

86 Emir, s. 488.

87 Bishara/Westermann-Behaylo, s. 54, 55.

88 Raker, s. 757.

tadır⁸⁹. Aksi taktirde, işçi sadakat borcunu ihlal etmiş olur⁹⁰. Bu kapsamda, iş sözleşmesinde yer alan bahçe izni hükmünün işvereni hem çalışandan gelen rekabete hem de gizli iş bilgilerinin kötüye kullanılmasına karşı koruduğunu söylemek mümkündür⁹¹. Özetle bahçe izni, işçinin rekabet etmesinin engellenmesi ile işverenin çıkarlarını korurken, izin süresi boyunca iş görmesi gerekmeden işveren tarafından ücretin ödenmesiyle de işçinin çıkarlarını korur⁹².

Uzun süreli bahçe izinlerinde işçi, her ne kadar çalışmadan ücrete hak kazansa da daha iyi bir maaşla çalışma şansından mahrum kalmaktadır. Ayrıca izin süresi boyunca çalışmadığı için işçinin bilgi, beceri ve yeteneklerinde azalma sözkonusu olabilecektir⁹³. Böyle bir durumda, işçinin gelecekte herhangi bir işveren için değeri azalabilecektir⁹⁴.

Bahçe izni uygulamalarının temel zayıf yönlerinden biri, çalışan açısından tembelliğe ve toplumun genelinin zararına bir üretkenlik kaybına yol açmasıdır. Buna karşılık, haklar açısından bakıldığında, bahçe izni hem işverenlerin hem de çalışanların temel haklarını ve meşru menfaatlerini korumak için en iyi yoldur. İşverenler, özel bilgiler üzerindeki mülkiyet haklarını korurken, çalışanlar ücret haklarını korumaktadır. Her iki tarafa hak ve yükümlülüklerin tanınması, bahçe izni mekanizmasının doğasında vardır. Zira bu izin, her iki tarafın önemli haklarını korumanın bir yolunu bularak karşılıklı kabul edilebilir uzlaşma sonucu ortaya çıkar⁹⁵.

III. Bahçe İzninin (Garden Leave) Türk İş Hukukunda Uygulanabilirliği

Bahçe izni uygulamaları hem işverenlere hem de çalışanlara sağladığı karşılıklı faydalar nedeniyle özellikle sözleşme ile ihbar öneli uzatıldığına Türk İş Hukukunda da rekabeti kısıtlayan diğer sözleşmelere popüler bir alternatif olabilir. Bununla birlikte ülkemizde işverenler başka sebeplerden dolayı da bahçe izni uygulamasına başvurmak isteyebilirler.

Bahçe izninin Türk İş Hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. İş mevzuatında bahçe iznine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, Türk iş mevzuatı açık bir şekilde işverene bahçe izni kullandırma hakkı vermemektedir. Bununla birlikte, Türk hukukunda iş sözleşmesinin taraflarının karşılıklı anlaşması ile sözleşmeye bahçe izni uygulanmasına yönelik hüküm koymalarını engelleyen açık yasal bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle de tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında iş sözleşmesinin bir hükmü olarak ya da ayrı bir sözleşme ile bahçe izni uygulaması kararlaştırılabilmelerinin mümkün olduğu söylenebilir⁹⁶. Bir uyuşmazlık çıkması durumunda ispat kolaylığı için söz konusu iznin yazılı bir anlaşmayla kararlaştırılması isabetli olur⁹⁷. Ancak elbette ki söz konusu hükümlerin geçerliliği yargı denetimine tabidir. Kanaatimizce böyle bir durumda tarafların menfaatleri, söz konusu iznin süresi ve kapsamı iznin geçerliliği bakımından önem taşıyacaktır. Bu hususların yanı sıra, mahkemelerin bahçe izni hükümlerinin geçerliliğini incelerken rekabet yasağı sözleşmelerinin/kayıtlarının geçerliliği konusundaki sınırlamalara ilişkin⁹⁸ yargı

89 Klein/Pappas, s.1; Lembrich, s. 2292; Uşan, s. 262; Lewis, B. Thomas/ Kowal, F. Mark: "Garden Leave Provisions: A Growing Trend in Employment Agreements", New Jersey Law Journal, Vol.: 204, No.: 3, https://www.njlawblog.com/files/2014/08/TBL-MFK-NJLJ-4_18_11.pdf, s. 1.

90 Klein/Pappas, s.1; Raker, s. 757; Lewis/Kowal, s.1; Sullivan, s. 3.

91 Davis/ Reicin/ Warren, s. 267; Emir, s. 488; Klein/Pappas, s.1; Sullivan, s. 6.

92 Lembrich, s. 2292; Raker, s. 757.

93 Deakin, Simon/Morris, Gillian: Labour Law, 3. Ed., Butterworths, London 2001, s. 341; Wong, s. 28-29; Anneline de Sousa do Cabeco, s. 3.

94 Deakin/Morris, s. 341; Wong, s. 28-29; Anneline de Sousa do Cabeco, s. 3

95 Bishara/Westermann-Behaylo, s. 55.

96 Aynı yönde bkz., Gürkaynak, s. 2.

97 Gürkaynak, s. 2.

98 Bu konuda geniş bilgi için bkz., Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020, (İş Hukuku), s. 350-353; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Basım, İstanbul 2020, s. 326-330; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Ş. Esra:

görüşlerini temel alacağı kanaatindeyiz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Anayasa'da⁹⁹(Any) güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü (Any md. 48), işçinin hayatını kazanması yanında, onun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını da temin eder¹⁰⁰. Bu nedenle, yabancı ülkelerde olduğu gibi Türk yargısında da uzun süreli bahçe izni hükümlerinin geçerliliğinin tartışılmasına neden olabilir.

Bahçe izninin Türk çalışma hayatında başvurulabileceği ve yarar sağlayabileceği durumlara örnek olarak aşağıdakiler sayılabilir:

İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020, s. 136; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 228-248; Şahlanan, Fevzi: "Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sonuçları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorular ve Çözüm Önerileri, 11. Toplantı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, (Rekabet Yasağı Sözleşmesi), s. 79-82; Taşkent, Savaş/Kabakçı, Mahmut: "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, S. 16, s. 29-34; Uşan, M. Fatih: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, S. 21, (Rekabet Yasağı Sözleşmesi), s. 123-124; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhiittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt: 1 Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019, s. 152-154; Süzek, Sarper: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHFM, C. LXXII, S. 2, (Rekabet Etmeme Borcu), s. 458-461; Şahlanan, Fevzi: "Bir Bedel Karşılığı Öngörülen Rekabet Yasağından İşverenin Vazgeçmesi (Karar İncelemesi)", Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Aylık Dergisi, 2015, S. 94, (Karar İncelemesi), s. 3-5; Tuncay, A. Can: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine)", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan C. 1, İKÜHFD Özel Sayısı, C. 15, S. 11, s. 489-492; Savaş, Fatma Burcu: "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması)", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, C. 4, S.13, s. 108-113; Yıldız, Burcu Gaye: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 48-52; Manav, A. Eda: "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", TBB Dergisi, 2010, S. 87, s. 343-352; Keser, Hakan: "6098 Sayılı Kanun'na Göre Rekabet Yasağı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, S. 24, s. 94-96; Başkan, Şükriye Esra: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 2, S. 2, s. 120-121; Doğan, Sevil: İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 106-121.

99 RG.:09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

100 Taşkent/Kabakçı, s. 22.

1. 4857 sayılı İş Kanunu iş sözleşmesinin bildirimli feshinde işverene iki alternatif vermektedir: İhbar öneli sonuna kadar iş ilişkisini sürdürmek veya peşin ödeme ile iş ilişkisine derhal son vermek. Özellikle, işçi lehine ihbar önelinin uzatıldığı durumlarda bu alternatifler işveren açısından bazı sorunlara yol açabilir. Örneğin, yüksek ücretli bir genel müdürün ihbar öneli kadar ücretini bir anda peşin ödemek ve ondan hemen ayrılmak rekabet etmesine imkân tanımak işletme menfaatlerine aykırı olacaktır. Bu çalışanın işyerinde uzatılmış ihbar öneli sonuna kadar çalışması ise başka sorunlar doğurmaya elverişlidir. Çalışanın motivasyonunda azalma, verimsizlik ve rakiplere iş sırlarını taşıyacağı endişesi karşısında işverenin bu çalışana bahçe izni ile işyerinden ve işyeri bilgilerinden uzaklaştırılmasında açık bir menfaati bulunmaktadır.

Bu olasılıkta gerçi işçi ücretini almaya devam edeceği için işçi aleyhine bir sonuç doğmamış gibi görünmektedir. Ancak bu durumda özellikle ihbar öneli çok uzun ise işçinin çalışma hayatından ve kendini geliştirme imkânından uzaklaşması, yeni bir işe de girememesi ve böylece dolaylı olarak bir rekabet yasağı uygulamasına gidilmesine karşı korunmasına da dikkat edilmelidir. Fakat yerindeliği tartışmalı olmakla birlikte Yargıtay'ın toplu iş sözleşmeleri ile arttırılan ihbar önelleri bakımından geliştirdiği içtihadı burada da uygulanır ve yasal ihbar öneli azami dört katına kadar arttırılabilirse¹⁰¹ (kanuni ihbar öneli

101 İhbar önellerinin arttırılması konusunda öğretici görüşleri ve yargı kararları için bkz., Süzek, İş Hukuku, s. 529-532; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 488-490; Eyrenci/ Taşkent/Ulucan/Başkan, s. 181-182; Çelik, Nuri: "Toplu İş Sözleşmeleri ile Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Arttırılmasında Karşılaşılan Sorunlar", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011, S. 31, s. 19-21; Kaplan, Emine Tuncay: "Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Arttırılmasının Üst Sınırı Sorunu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2008, S. 9, s. 10-13; Yarg. 9. HD, 11.4.2006, 2006/2630 E., 2006/9547 K., Kararın incelemesi için bkz., Şahlanan, Fevzi: "Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Fahiş İhbar Önelleri ve Yargının Müdahalesi", (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2006, Hukuk 8, s. 2-4; Kararın eleştirisi için bkz., Bakırçı, Kadriye: "Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, s. 106-113; Yarg. 9 HD., 21.03.2006, 2006/109 E., 2006/7052 K., <https://lib.kazanci.com.tr/>, (ET.: 04.03.2021); Yarg. 9.

8 hafta olan işçi için azami 32 hafta) aşırıya kaçmayan bir bahçe izninin geçerli olduğu söylenebilir.

Özellikle iş sözleşmesi feshedildikten sonra taraflar bahçe izni konusunda anlaşmış iseler artık işçinin özgür iradesi ile bahçe iznini kabul ettiği ve bunun kural olarak geçerli olacağı kabul edilmelidir. İş sözleşmesi kurulurken genel işlem şartı niteliğinde işverene bahçe iznine çıkarma yetkisi veren hükümler ise işe girerken müzakere edilmeden verilen bir rıza beyanına dayandıkları için yürürlük ve içerik denetimine¹⁰² tabi tutulmalıdır. Burada özellikle işçinin görevi, işyerindeki konumu ve ihbar önelinin uzunluğu nedeni ile bahçe izninde işverenin korunmaya değer bir menfaati olup olmadığı ile bahçe izninin süresi dikkate alınarak bir gereklilik ve ölçülülük denetimi yapılmalıdır. Bahçe izninde işçiye ücret ve diğer haklarının tam olarak sağlanması zaten temel geçerlilik koşuludur.

Burada tartışılmalı husus, Türk hukukunda işverene peşin ödeme ile iş akdini derhal fesih imkânı tanınması nedeni ile bahçe izninin mümkün olup olmadığıdır. İş Kanunu'nda böyle bir imkân bulunduğu için bahçe izninin örtülü olarak yasaklandığı düşünülebilir. Kanımızca Kanundan böyle bir yasaklama sonucu çıkmamaktadır. Öncelikle Kanun iş sözleşmesinin bildirimli feshinde sadece ihbar öneline uyulmasını aramakta fakat peşin ödemeye izin vererek işverenin ihbar öneline uymadan işçiyi derhal işyerinden uzaklaştırmasını da serbest bırakmaktadır. Böyle bir sistemde ödeme ve işyerinden uzaklaştırmanın bir arada olmasının yasaklandığı kabul edilemez.

Bunun da ötesinde bahçe izni, bildirimli fesihle yeni bir usul olmaktan ziyade, ihbar önelinin işyerinde çalışma olmadan geçirilmesi üzerinde anlaşma sağlanmasıdır. İhbar önelinin ne şekilde geçirileceği konusunda tarafların irade özerkliği kapsamında bir anlaşmaya gitmesi, bunu bir tür ücretli izin olarak belirlemeleri kanımızca mümkündür. Bunun aksini gerektiren bir irade iş mevzuatından çıkmamaktadır. Bahçe izninde işçinin ihbar öneli boyunca ücret ve diğer hakları korunduğu için kanun koyucunun önem verdiği temel menfaatler de yeterince korunmuş olmaktadır. Bahçe izni işçinin yararına sonuçlar da doğurmaktadır: İşçi böylece yeni iş aramak için kanuni yeni iş arama izninden çok daha fazla zaman bulmaktadır. Ayrıca işçi yıllık ücretli izninden kayıp olmadan bir ücreti dinlenme imkânı da elde etmektedir. Şüphesiz durumun buna uygun olması için işçinin bahçe izninde yeni iş aramasına engel olunmamalı, bahçe izni yıllık ücretli izinden düşülmemeli ve ücreti tam olarak ödenmeye devam edilmelidir. Bahçe izni bu durumda amacına uygun olarak işçinin sadece işten hemen ayrılıp başka bir işte çalışması ve rekabet etmesi imkânını sınırlamak, işyeri sınırlarını korumak, işyerinde doğabilecek aksaklık ve huzursuzlukları önlemek hedefini aşmamalıdır. Bu koşullar ile özellikle üst düzey yöneticiler ile yapılan iş sözleşmelerinde yer verilen bahçe izni kayıtları geçerli kabul edilmelidir.

2. İşçinin bir suç işlediği veya iş sözleşmesine ağır aykırılıkta bulunduğu şüphesi doğduğunda, özellikle de bu şüphenin giderilmesi için bir soruşturma yapılması gerekli olduğunda, bu işçinin işyerinde bulunması soruşturma açısından zararlı olabilir. Başka bir çalışanı cinsel taciz iddiası veya ayrıntılı incelemeleri gerektiren yolsuzluk iddialarının araştırılması sırasında işçinin işyerinden uzak tutulması daha da önemli olacaktır. Bahçe izni ile işçinin bu durumda soruşturma süresince eve gönderilmesi, işyeri ile iletişiminin bu şekilde kesilmesinde işletmenin korunmaya değer bir yararı olduğu ve bahçe izninin uygun bir tedbir olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir bahçe izni, işçinin yıllık ücretli izni kalmadığı veya henüz doğ-

HD., 14.7.2008, 2007/24490 E., 2008/20203 K, <https://www.lexpera.com.tr>, (ET.: 04.03.2021); Yarg. 9 HD., 16.01.2013, 2010/38843 E., 2013/1608 K., <https://lib.kazanci.com.tr/>, (ET.: 04.03.2021); Yarg. 9. HD., 27.10.2014, 2012/39092 E., 2014/31025 K., <https://lib.kazanci.com.tr/>, (ET.: 04.03.2021).

102 Genel işlem koşullarının denetimi hakkında bkz., Soyer, Polat M.: Genel İş Koşulları, Özgün Matbaacılık, İzmir 1987, s. 153 vd.; Süzek, İş Hukuku, s. 66-69; Ertürk, Şükran: "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, C. 1, 2013, s. 100-114; Civan, Orhan Ersun: Genel İş Koşulları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 141-282.

madığı durumlarda özellikle başvurulması uygun bir çözüm yoludur. Ancak işçinin yıllık ücretli izin hakkından hiç düşülmeyen başka bir ücretli izin olarak kullanılabilmesi işçi lehine olacağından bahçe izni daha da uygun görünmektedir.

Bununla birlikte madalyonun diğer yüzünde işçinin bu şekilde itham altında bırakılması, damgalanması ve tecrit edilmesi yer almaktadır. Bu nedenle, işverenin bu durumda bahçe iznini işçiyi gözetme borcuna uygun olarak çok dikkatli uygulaması zorunludur. Kuvvetli bir şüphe oluşmadıkça veya daha hafif tedbirler (örneğin geçici işyeri değişikliği) mümkün veya yeterli görülmedikçe bahçe iznine başvurulmamalıdır. Ayrıca işçinin itibarının korunması için bahçe izni uygulandığı ve nedenleri mümkün olduğunca gizli tutulmalıdır. Böyle bir durumda sözleşmede önceden yer verilen bahçe izni kaydının geçerliliği ayrıca ölçülülük denetimine de tabi tutulmalı, özellikle de bahçe izninin önceden sözleşmede açıkça belirtilen sınırlı kısa bir süreyi aşmamasına dikkat edilmelidir.

IV. Bahçe İzni (Garden Leave) ile Rekabet Yasağı Sözleşmelerinin/Kayıtlarının Karşılaştırılması

1. Genel Olarak

Sadakat borcu gereğince işçi, iş sözleşmesinin devamı süresince işveren ile rekabet etmemelidir (TBK md. 396/3)¹⁰³. Buna karşılık, taraflar

103 Süzek, İş Hukuku, s. 348; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 322-323; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018, s. 103; Eyrenci/Ulucan/Taşkent/Baskan, s. 134; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 45, 47; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 457; Şahlanan, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 71; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 149-150; Alpagut, 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, 2011, C. 8, S. 31, s. 943, 944; Doğan Yenisey, Kübra/Öztürk, Özgür: "İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü", Devrim Ulu-

cağ, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 423; Özkaraca, Ercüment: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 341; Yıldız, s. 33; Savaş, s. 105, 106; Baskan, s. 117; Doğan, s. 46; Yarg. 22. HD. 20.01.2020, 2016/27017 E., 2020/665 K., <https://legalbank.net/>, (ET.: 30.01.2021).

iş sözleşmesi yapılırken veya iş sözleşmesi sona ermeden önce bazı koşullar altında sözleşmenin sona ermesinden sonra işçinin işveren ile rekabet etmeyeceğine ilişkin iş sözleşmesine hüküm koyabileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de bunu kararlaştırabilirler¹⁰⁴. Rekabeti yasaklayan hükümler ile işverenin işletmesel menfaatleri korunmakta iken işçinin bu yasaktan hiçbir menfaati bulunmamakta, aksine çalışma ve sözleşme özgürlüğü kısıtlanmaktadır¹⁰⁵.

Bahçe izni ve rekabet yasağı hükümlerinin her ikisi de işverenlerin çalışanın bir süre boyunca rakip bir işveren için çalışmasını önlemek istediğinde başvurabileceği araçlardır. Geleneksel rekabet yasağı hükümlerinde, çalışanların istihdam ilişkileri sona erdikten sonra sınırlı bir süre için işverenin rakipleri (veya belirli tanımlanmış rakipler) yanında çalışması ya da kendisinin işveren ile rekabet halinde bir iş yapması doğrudan yasaklanır¹⁰⁶. Çalışanlara genellikle rekabetin olmadığı dönemde ödeme yapılmaz¹⁰⁷. Rekabet yasağına tabi olan kişi, yasak süresi boyunca hayatını geçindirmek için genellikle tek geçim kaynağı olan ücret gelirinden mahrum kalmaktadır¹⁰⁸.

can'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 423; Özkaraca, Ercüment: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 341; Yıldız, s. 33; Savaş, s. 105, 106; Baskan, s. 117; Doğan, s. 46; Yarg. 22. HD. 20.01.2020, 2016/27017 E., 2020/665 K., <https://legalbank.net/>, (ET.: 30.01.2021).

104 Süzek, İş Hukuku, s. 348; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 323; Tunçomağ/Centel, s. 104; Eyrenci/Ulucan/Taşkent/Baskan, s. 135; Şahlanan, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 72; Taşkent/Kabakçı, s.35; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 152; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 457; Ak-yiğit, Ercan: Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, (İş Hukuku), s. 316; Alpagut, s. 943-944; Keser, s. 89; Savaş, s. 106-107; Yıldız, s. 36; Baskan, s. 117.

105 Ertan, s. 255; Özkaraca, s. 359.

106 Süzek, İş Hukuku, s. 352; Tunçomağ/Centel, s. 103-104; Eyrenci/Ulucan/Taşkent/Baskan, s. 135-136; Uşan, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 121; Süzek, Rekabet Etmeme Borcu, s. 458; Tuncay, s. 489; Doğan Yenisey/Öztürk, s. 426; Savaş, s. 106; Manav, s. 323; Baskan, s. 117; Keser, s. 89; Doğan, s. 83.

107 <https://www.ebgilaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnick-Steinmeyer-May-2017.pdf>, (ET.: 08.01.2021), s. 2.

108 Taşkent/Kabakçı, s. 37; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 263; Özkaraca, s. 354.

Bunun aksine, bahçe izni uygulamasında, iş sözleşmesinin bildirimli feshinde işçi,¹⁰⁹ ihbar öneli boyunca işverenin işçisi olarak kalır. Bu nedenle de ücret ve diğer haklarını almaya devam eder, ancak genellikle görev ve sorumluluklarının bir kısmından veya tamamından kurtulur. Bahçe izni hükmünün geçerli olduğu durumlarda işveren, bir işçisine aynı ihbar süresini vermeden veya ihbar süresi yerine ödeme yapmadan onu işten çıkaramaz¹¹⁰.

Bahçe izni uygulaması ile işveren, benzer bir rekabet yasağı hükmü ile aynı korumayı elde eder¹¹¹, ancak bu yasağın sonuçlarını çalışana yüklemek yerine birincil ekonomik yükü kendisi taşır. Rekabet yasağı sözleşmelerinde işçilerin işten çıkarılma sonrası faaliyetleri sınırlıdır. Bu yasağın döneminde bazı fırsatlar ve çalışanların bazı bilgileri eskimiş olabilir. Ancak bahçe izni, işverenleri, çalışanların işten ayrılma sonrası faaliyetlerine getirilen kısıtlamaların birincil maliyetini içselleştirmeye ve böylece bunu yapmak isteyip istemediklerini ve ne kadar süreyle yapacaklarını iki kez düşünmeye zorlama etkisine sahiptir¹¹². Zira, iş sözleşmesinin feshinden sonra rekabeti kısıtlayan hükümlere kıyasla bahçe izninde işveren ücret ödeme yükümlülüğü altına girdiği için bu izne başvurmak isteyip istemediğini ve iznin kendisine ne gibi faydalar getireceği konusunda daha dikkatli olacaktır.

Bahçe izni hükümleri ile rekabet yasağı sözleşmeleri arasındaki temel fark sadece çalışanın izin süresi boyunca (ihbar süresi) ücrete hak kazanması değil, aynı zamanda işverenin bir çalışana olarak kalmaya devam etmesidir¹¹³. Uygulamada bahçe izni süreleri rekabet yasağı hükümlerinde belirtilen sürelerle kıyasla daha kısa olduğu için işveren bakımından daha az koruma sağlayabi-

lir¹¹⁴. Rekabet yasağı hükmü, işverene tek taraflı haklar sağlayıp çalışanı görevler ile bağlarken, bahçe izni hükümleri hem işveren hem de çalışan adına iki taraflı haklar ve görevler oluşturur¹¹⁵. Bu nedenle, rekabet yasağı hükümlerine kıyasla bahçe izni uygulamalarının işveren ile işçinin çıkarlarını büyük ölçüde dengelediğini söylemek mümkündür¹¹⁶.

2. Bahçe İzni ile Karşı Edimli Rekabet Yasağı Sözleşmelerinin/Kayıtlarının Karşılaştırılması

Karşı edim, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olacak olan rekabet yasağı hükmü gereğince çalışma özgürlüğü sınırlanmış olan işçiye, bu sınırlamanın bir karşılığı olarak ödenen bir bedel şeklinde ifade edilebilir¹¹⁷. Karşı edimin, kendine özgü götürü bir tazminat olduğunu söylemek mümkündür¹¹⁸. Almanya'da işverenin rekabet yasağı karşılığında işçiye ödemekle yükümlü olduğu edime *Karenzentschädigung (mahrumiyet/yoksunluk tazminatı)* denilmektedir¹¹⁹. Alman hukukunda rekabet yasağı hükümlerinin geçerliliği için işverenin işçiye karşı edim ödemeyi üstlenmesi gerekir¹²⁰. Alman Ticaret Kanunu'na (*Handelsgesetzbuch*) göre, rekabet yasağı hükmünün geçerli olabilmesi için işverenin işçinin son ücretinin en az yarısı kadar bir karşı edim üstlenmesi gerekir (§ 74 Abs. 2 HGB)¹²¹.

114 Lembrich, s. 2305.

115 Bishara/Westermann-Behaylo, s. 41.

116 Lembrich, s. 2321.

117 Ertan, Emre: İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2012, s. 220; Özkaraca, s. 352.

118 Ertan, s. 220.

119 Pauken, Thomas: "Nachvertragliche Wettbewerbsverbote rechtssicher gestalten", *ArbRAktuell* 2017, s. 379; Heilmann, Insa/Koch, Jochen: "Karenzentschädigung im Rahmen eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes nach § 74 HGB bei Altersteilzeitarbeitsverträgen", *NZA* 2018, s. 339; Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. neubearbeitete Aufl., C.H. Beck, München 2021, ErfK/Oetker, HGB § 74, rn 18.

120 ErfK/Oetker, HGB § 74, rn 18.

121 Das Wettbewerbsverbot ist nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots

109 Carnevale, s. 24; Raker, s. 752, 757; Rubin/Gilman, s. 1; Bishara/Westermann-Behaylo, s. 26; Lembrich, s. 2292; Lewis/ Kowal, s. 1; Uşan, s. 260; Gürkaynak, s. 1

110 <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnick-Steinmeyer-May-2017.pdf>, (ET.: 08.01.2021), s. 2.

111 Estlund, s. 425; Lewis/ Kowal, s. 1.

112 Estlund, s. 425; Bishara/Westermann-Behaylo, s. 49.

113 Lembrich, s. 2305.

Mevzuatımızda rekabet yasağı hükümlerinin geçerlilik koşulları arasında karşı edime yer verilmiştir¹²². Buna karşılık, taraflarca rekabet yasağı hükümlerinde karşı edim kararlaştırılması mümkündür¹²³.

Karşı edimli rekabet yasağı sözleşmelerinde/kayıtlarında, işverenin menfaatleri korunurken her ne kadar işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü kısıtlanırsa da işçiye karşı edim ödenerek söz konusu yasağın yükü sadece işçi üzerinde bırakılmamış olmaktadır¹²⁴. Bu nedenle, Türk hukukunda rekabet yasağı hükümlerinde karşı edimin geçerlilik koşulu olarak düzenlenmemiş olması eleştirilmektedir. Bu bağlamda, mevcut hukuki durumun iş hukukunun temel ilkelerinden biri olan işçiyi koruma ilkesi ile de bağdaşmadığını söylemek mümkündür¹²⁵.

Her ne kadar karşı edimli rekabet yasağı hükümleri bazen bahçe izni olarak adlandırılırsa da bu kullanım yanlıştır¹²⁶. Bu hükümler, bahçe izni ile aynı özelliklere ve aynı avantajlara sahip gibi görünse de önemli farklılıklar söz konusudur. Zira, bahçe izninde iş sözleşmesi devam ederken bir rekabet etmeme durumu söz konusudur

ve bu süre esnasında işçi, sözleşmesi devam ettiği için sadakat borcu ile yükümlüdür. Bununla birlikte, izin süresi boyunca işveren tarafından işçiye ücret ve sosyal hakları ödenmektedir. Oysaki karşı edimli rekabet yasağı hükümlerinde, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işveren ile rekabet etmemesi söz konusudur. Ayrıca karşı edim olarak ödenen bedel, götürü bir tazminat niteliğinde olup ücret özelliği taşımamaktadır¹²⁷. İş sözleşmesi sona erdiği için işçi adına herhangi bir sigorta primi ödenmesi de söz konusu değildir. Şunu belirtmek gerekir ki, işverenler iş sözleşmelerine bahçe izni hükmü koyarken titiz ve dikkatlidirler. Zira izin süresi boyunca işçiye ücret ödemeye devam etmektedirler. Öğretide benzer bir şekilde karşı edimin, rekabet yasağı sözleşmelerinin/kayıtlarının geçerlilik koşulu olarak düzenlenmesi durumunda, işverenlerin gerçekten kendileri ile rekabet etmesi önemli zararlara sebep olacak işçiler ile rekabet yasağı hükümlerini kararlaştıracakları belirtilmiştir¹²⁸. Karşı edimli rekabet yasağı hükümleri ile geleneksel rekabet yasağı hükümleri aynı yargısal denetime tabi tutulurlar ve bahçe izni uygulamalarıyla karıştırılmamalıdır¹²⁹.

Sonuç

Bahçe izni (garden leave), iş ve üretim sırları ile müşteri çevresini korumak isteyen işverenlerin rekabet yasağı kayıtlarına alternatif olarak, ihbar önelinde işçiyi işyerinden uzakta/evinde tutması şeklinde ortaya çıkmıştır. Özellikle Birleşik Krallık'ta ve Amerika'da uzun zamandır mahkemeler tarafından belirli koşullar altında bahçe izni hükümlerinin geçerliliği kabul edilmiştir. Bu izin, başlangıçta iş sözleşmesi bildirimli fesih ile sona eren işçinin işyerinden uzaklaştırılarak işyerindeki bilgilere, işverenin müşteri çevresine ulaşmasını engellemek ve bu sayede işveren ile rekabet teş-

mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht.

122 Mevzuatımızda rekabet yasağı karşılığında işverenin karşı ediminin bir geçerlilik şartı olarak açıkça düzenlenmemesinin yerinde olmadığı yönündeki görüşler için bkz., Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 136; Taşkent/Kabakçı, s. 37; Özdemir, Erdem: "İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret", III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, s. 51-52; Savaş, s. 111; Özkaraca, s. 359, 367; Ayrıca bkz. Soyer, Polat M.: "Karşı Edimli" Rekabet Yasağı Sözleşmesinde İşverenin Yasaktan Vazgeçme Hakkı", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2019, C. 16, S. 63, s. 889-890.

123 Soyer, s. 19-20; Akyiğit, Ercan: "İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 2, S. 6-7, Ocak 1991, s. 8; Uşan, İş Sırrının Korunması, s. 257; Şahlanan, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 83; Taşkent/Kabakçı, s. 37; Şahlanan, Karar İncelemesi, s. 5; Ertan, s. 268; Akyiğit, İş Hukuku, s. 318; Tuncay, s. 495; Keser, s. 90; Yıldız, s. 38; Baskan, s.121; Manav, s. 358; Doğan, s. 96, 134.

124 Özkaraca, s. 359.

125 Taşkent/Kabakçı, s. 37; Özkaraca, s. 359.

126 <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnack-Steinmeyer-May-2017.pdf>, (ET.: 08.01.2021), s. 2.

127 Karşı edimin hukuki niteliği hakkında bkz., Ertan, s. 219-220.

128 Özkaraca, s. 359.

129 <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnack-Steinmeyer-May-2017.pdf>, (ET.: 08.01.2021), s. 2.

kil eden davranışlardan uzak tutulması amacıyla uygulanmıştır. Ancak zamanla işverenler sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işyerinde doğabilecek huzursuzlukları ve çatışmaları engellemek gibi başka sebeplerle de bu izne başvurmuşlardır. İsviçre ve Alman hukukunda, cinsel taciz gibi ağır davranışlar ile itham edilen işçinin ücretli olarak işyerinden uzaklaştırılması üzerinde durulmuştur. Çeşitli görünülerinin ortak noktası, bahçe izninin ücretli olmasıdır. Bununla birlikte, bahçe izni tam anlamı ile bir ücretli izin de değildir. Zira işçi işyerinden ve işyeri bilgilerinden uzak tutulmakla birlikte, bahçe izni sırasında da işle ilgili bazı edimlerde bulunması, örneğin bilgi sorulduğunda cevap vermesi, tanıdığı müşterilere bilgi vermesi veya yerine yetiştirilecek kişiye yardımcı olması beklenebilir. Amacına göre bahçe izninin şekli ve süresi farklı değerlendirilmektedir. Bu nedenle, bahçe iznine ilişkin hükümlerin geçerliliğinde her somut olayın özellikleri dikkate alınmaktadır. İznin süresinin makul olup olmadığı, izin ile işverenin meşru çıkarlarının korunup korunmadığı konusunda mahkemelerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

Bahçe izni bakımından sözleşmeyi fesheden tarafın işçi veya işveren olması bir fark yaratmaz. Türk hukukunda rekabet yasağının kanunla düzenlenmesine karşılık bahçe iznine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, tarafların bahçe izni kararlaştıramayacağı anlamına gelmez. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar işverenin bahçe iznine başvurulabileceğini kararlaştırabilirler. İhbar öneli içinde kullanılan bahçe izni, sözleşme sonrası rekabet yasağı hükümlerine kıyasla işveren ile işçinin çıkarlarını daha adil dengelemektedir. Zira ihbar öneli içinde işçinin rekabet etmeme ve sır saklama borçları halen bir sınırlama da olmadan devam etmekte, işçi buna karşılık ücret ve diğer haklarından tam olarak yararlanmaktadır. İşveren de fesih üzerine peşin ödeme yapma veya işçiyi önel sonuna kadar işyerinde tutma alternatiflerinden daha uygun bir çözüm yolu elde etmektedir. Özellikle sözleşme ile ihbar önellerinin uzun belirlendiği durumlarda ve üst düzey nitelikli çalışanlarda bu

tür bahçe izninin önemli bir avantaj sağlayacağı açıktır. Ancak bahçe izninin aşırı uzun olması, işçinin çalışma ve kendini geliştirme özgürlüğünü sınırlandırabileceği için dikkatli olunmalıdır. Türk hukukunda Yargıtay kararları ile aşırı ihbar önellerini sınırlandırması burada da bir ölçüt olarak kullanılabilir veya somut duruma göre mahkemeler bahçe izninin ölçülü olup olmadığını denetleyebilir.

İş mevzuatımızda bahçe iznini yasaklayan, ihbar öneli içinde işçinin hakları korunmak kaydı ile tarafların aralarındaki ilişkiyi düzenlemesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Özellikle iş sözleşmesi feshedildikten sonra tarafların ihbar öneli içinde bahçe izni uygulanacağını kararlaştırmaları geçerli kabul edilmelidir. Bu durumda işçinin özgür iradesi ile ihbar öneli içinde işyerinde çalışmaya devam etmek yerine evinde oturup ücretini almak, daha rahat yeni iş aramak ve geçiş sürecini dinlenerek geçirme tercihi olması normaldir. Genel işlem şartı niteliğinde sözleşme hükümleri ile işverene önceden tanınan tek taraflı bahçe izni yetkisi ise yürürlük ve geçerlilik denetimine tabi tutulmalıdır. Bu denetimde de işçinin görev ve nitelikleri, işverenin bahçe izninden menfaatleri ve işçinin menfaatlerine göre somut olay bazında bir değerlendirme yapılmalı, rekabet yasağının denetiminde olduğu gibi bahçe izninin gerekli ve ölçülü olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Örneğin, sözleşmesi feshedilen bir genel müdürün birkaç ay bahçe iznine çıkarılması kural olarak geçerli kabul edilirken, niteliksiz bir işçinin yasal ihbar önellerini de aşan bir süre bahçe iznine çıkarılması kural olarak yerinde olmayabilir.

Bahçe izninin başka nedenlerle örneğin, işçi hakkında yapılan soruşturma veya yaşanan bir olumsuz olay üzerine geçici olarak işyerinden uzaklaştırma amacı ile kullanılması da mümkündür. Ancak bu tip bahçe iznine daha sınırlayıcı yaklaşılmalıdır. Zira bir itham ile işyerinden uzaklaştırma işçinin kişilik haklarını ihlal edip ona zarar veren bir hale gelebilir. Bununla birlikte işletmenin haklı menfaatlerinin gerektirdiği ağır durumlarda, örneğin bir cinsel taciz veya işvere-

nin güvenini kötüye kullanma eylemlerinde, objektif olarak şüphe duyulmasını haklı kılan koşulların da bulunmasına bağlı olarak işçinin bahçe iznine gönderilmesi yerinde olabilir. Bu tip bahçe izni, her nitelikte çalışan için başvurulabilecek bir önlemdir. Ancak kısa sürmesi ve işçinin kişilik haklarının korunması özellikle üzerinde durulması gereken hususlardır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: "İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı", Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 2, S. 6-7, Ocak 1991, s. 4-22.
- Alpagut, 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, 2011, C. 8, S. 31, s. 913-959.
- Anneline de Sousa do Cabeco: Garden Leave in South Africa: Vodacom (Pty) Ltd v. Motsa & Another 2016 (3) Sa 116 (LC), Ms Karmini Pillay at the Faculty of Law, University of Witwatersrand 2018.
- Bainbridge, David: Intellectual Property, Longman, Londra 2010.
- Bakırcı, Kadriye: "Yargıcın Toplu İş Sözleşmesine Müdahalesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2007, s. 106-113.
- Başkan, Şükriye Esra: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 2, S. 2, s.116-125.
- Bilge, Mehmet Emin: Ticari Sırların Korunması, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2005.
- Bishara, D. Norman/Westermann-Behaylo, Michelle: "The Law and Ethics of Restrictions on an Employee's Post-Employment Mobility", American Business Law Journal, Vol.: 49, Issue: 1, s. 1-61.
- Brooks, Adrian: "The Limits Of Competition: Restraint of Trade in the context of Employment Contracts", UNSW Law Journal, 2001, Vol.: 24(2), s. 346-381.
- Carnevale, F. Lawrence: Contractual Restraints on Employee Conduct, <https://www.clm.com/>
- Civan, Orhan Ersun: Genel İş Koşulları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Collins H./Ewing, K./McColgan, A: Labour Law Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Basım, İstanbul 2020.
- Çelik, Nuri: "Toplu İş Sözleşmeleri ile Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011, S. 31, s. 11-24.
- Davis, Angie/ Reicin, Eric D./ Warren, Marisa: "Developing Trends in Non-Compete Agreements and Other Restrictive Covenants", ABA Journal of Labor & Employment Law, Winter 2015, Vol.: 30, Issue: 2, s. 255-272, <https://www.jstor.org/stable/e26410758>.
- Doğan, Sevil: İşçinin Rekabet Yasağı-İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Doğan Yenisey, Kübra/Öztürk, Özgür: "İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü", Devrim Ulucan'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 399-457.
- Emir, Astra: Selwyn's Law of Employment, 18. Edition Oxford University Press, United States of America 2014.
- Ertan, Emre: İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012.
- Ertürk, Şükran: "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, C. 1, 2013, s. 81-118.

- Estlund, L. Cynthia: "Between Rights and Contract: Arbitration Agreements and Non-Compete Covenants as a Hybrid Form of Employment Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.: 15, Issue: 2, s. 379-445.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Ş. Esra: *İş Hukuku*, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020.
- Harth, Angela/Taggart, Andrew: "Arbeitsrecht in Grossbritannien" in: *Arbeitsrecht in Europa*, Henssler/Braun, 3. Auflage, Köln, 2011.
- Kaplan, Emine Tuncay: "Bildirim Sürelerinin Sözleşmelerle Artırılmasının Üst Sınırı Sorunu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2008, S. 9, s. 10-13.
- Keser, Hakan: "6098 Sayılı Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2011, S. 24, s. 88-106.
- Klein, S. Jeffrey/Pappas, J. Nichols: "Garden Leave" Clauses in Lieu of Non-Competes", *New York Law Journal*, Vol.: 241, No.: 24, s.1-2.
- Komie, L. James: "Garden Leave Grows in Popularity among U.S. Employers", *Chicago Daily Law Bulletin*, November 8, 2018, s.1-2.
- Kreitner Jochen, in: Wolfdieter Küttner, *Personalbuch 2020*, 27. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2020 Rn. 18-19, www.beckonline.de
- Lembrich, T. Greg: "Garden Leave: A Possible to the Uncertain Enforceability of Restrictive Employment Covenants", *Columbia Law Review*, 2002, Vol.: 102, No.: 8, s. 2291-2323.
- Lewis, B. Thomas/ Kowal, F. Mark: "Garden Leave Provisions: A Growing Trend in Employment Agreements", *New Jersey Law Journal*, Vol.: 204, No.: 3, s. 1-3, https://www.njlawblog.com/files/2014/08/TBL-MFK-NJ-LJ-4_18_11.pdf.
- Manav, A. Eda: "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", *TBB Dergisi*, 2010, S. 87, s. 332-364.
- 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*, 21. neubearbeitete Aufl., C.H. Beck, München 2021, (ErfK/Bölüm Yazarı).
- Özdemir, Erdem: "İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret", III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, s. 27-55.
- Özkaraca, Ercüment: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 341-369.
- Raker, J. Daniel: "A Lower Level of Scrutiny? New Alternatives for an Effective Restraint on Competitive Activity", *Loyola University Chicago Law Journal*, 2008, Vol.: 39, Issue: 4, s. 751-766.
- Richards, G. W.: "Paper on Miscellaneous Issues, Including Workplace Privacy", *iÜHFM C. LXXII*, 2014, S. 2, s. 367-378.
- Rubin, J. Howard/Gilman, A. Gregg: "Will Garden Leaves Blossom in the States?", *Employee Relations Law Journal*, 2007, Vol.: 33, No.: 2, s. 1-11.
- Savaş, Fatma Burcu: "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri (Türk ve Fransız Hukuklarına İlişkin Mukayeseli Hukuk Çalışması)", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2007, C. 4, S.13, s. 103-134.
- Soyer, Polat M.: "Karşı Edimli" Rekabet Yasağı Sözleşmesinde İşverenin Yasaktan Vazgeçme Hakkı", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2019, C. 16, S. 63, s. 885-898.
- Soyer, Polat M.: *Genel İş Koşulları*, Özgün Matbaacılık, İzmir 1987.
- Stratton, LG.C.: "Restraint Of Trade During And On The Termination Of A Contract Of Employment", *The Denning Law Journal*, Vol.: 12, No.: 1 (1997), s. 107-128.

- Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR Auflage 7., Zürich - Basel - Genf 2012, Art. 324, 2012, N 13, www.swisslex.ch
- Sullivan, A. Charles: "Tending the Garden: Restricting Competition via "Garden Leave"", Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 2016, Vol.: 37, No.: 2, s.1-30.
- Sulu, Muhammed: "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", MÜHF - HAD, C. 22, S. 2, s. 575-600, (Rekabet Yasağı).
- Sulu, Muhammed: Ticari Sırların Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Ticari Sır).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020, (İş Hukuku).
- Süzek, Sarper: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, İÜHF, C. LXXII, S. 2, s. 457-467, (Rekabet Etmeme Borcu).
- Şahlanan, Fevzi: "Bir Bedel Karşılığı Öngörülen Rekabet Yasağından İşverenin Vazgeçmesi (Karar İncelemesi)", Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası Aylık Dergisi, 2015, S. 94, s. 2-5, (Karar İncelemesi).
- Şahlanan, Fevzi: "Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sonuçları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorular ve Çözüm Önerileri, 11. Toplantı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 71 (Rekabet Yasağı Sözleşmesi).
- Şahlanan, Fevzi: "Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alan Fahiş İhbar Önelleri ve Yargının Müdahalesi, (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren Dergisi, Aralık 2006 Eki, Hukuk 8, s. 2-4.
- Taşkent, Savaş/Kabakçı, Mahmut: "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, S. 16, s. 21-46.
- Tay, Yong Seng/Ang, Ann Liang/P'ng, Alyssa: "Recent Changes to the Employment At-Practical Implications (2019) SAL Prac 8", https://journalsonline.academypublishing.org.sg/
- Tuncay, A. Can: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları (Bir Yargıtay Kararı Üzerine)", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan C. 1, İKÜHFD Özel Sayısı, C. 15, S. 11, s. 473-498.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2018.
- Uşan, M. Fatih: "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, S. 21, s. 116-128, (Rekabet Yasağı).
- Uşan, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, (İş Sırrının Korunması).
- Yıldız, Burcu Gaye: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

İnternet Kaynakları

- A Guide to UK Employment Law, www.tim-russell.co.uk
- Employment Termination Survey, April 2019, https://www.wongpartnership.com/
- Großbritannien: Einstweilige Verfügung bei "Garden Leave"-Klausel, EuZA 2014, 395, www.beck-online.de
- Gürkaynak, Gönenç: "Garden Leave under Turkish Labor Law", s. 1-3, https://www.gurkaynak.av.tr/
- https://indiankanoon.org/
- https://lawgazette.com.sg/feature/the-law-and-practice-of-garden-leave-rights-duties-enforcement-and-resistance/
- https://legalbank.net
- https://lib.kazanci.com.tr/
- http://media.straffordpub.com/products/noncompete-agreements-for-multinational-employers-2013-01-29/reference-materials.pdf
- http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/

QB/2008/1340.html

- <https://www.ebglaw.com/content/uploads/2017/05/Thomson-Reuters-Rasnick-Steinmeyer-May-2017.pdf>, s.1-6.
- <https://www.employment.govt.nz/#gref>
- <https://www.employment.govt.nz/leave-and-holidays/other-types-of-leave/garden-leave/>
- <https://www.independent.co.uk/news/people/law-report-restrictions-enforced-after-garden-leave-1336989.html>
- <https://www.jobsite.co.uk/worklife/garden-leave-mean-23271/>
- <https://www.lexpera.com.tr>
- <https://www.rocketlawyer.com/gb/en/quick-guides/gardening-leave>
- Srivastava, Kabeer/Shroff, Vikram: "Using Garden Leave Can Help Take the edge off Attrition", Daily News & Analysis, <http://www.nishithdesai.com/>
- Wong, Lyndsey Deanne: Restraint of Trade: How Much Protection Can an Employer Obtain?, Law Faculty Victoria University of Wellington, 2002, <https://core.ac.uk/download/pdf/153553173.pdf>.

Makale Gönderim Tarihi: 27 Nisan 2021

Makale Kabul Tarihi: 4 Mayıs 2021

Anayasa Mahkemesi'nin Çalışan Sigortalının Yaşlılık Aylığı Bağlanması İçin İşten Ayrılmasını Gerektiren Kuralın İptaline Karar Vermesinin Bazı Sonuçları Hakkında

Öz

Anayasa Mahkemesi, 14.01.2021 tarihinde 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 62. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "... çalıştığı işyerinden ayrıldıktan sonra..." ibaresini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu durum sosyal güvenlik hukuku ve iş hu-

kuku bakımından sorunları beraberinde getirmiştir. Çalışmada kararın ve karara açıklık getirilmek amacıyla çıkarılan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2021/5 sayılı Genelgesi'nin sosyal güvenlik hukuku ve iş hukuku bakımından yarattığı sonuçlar incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Yaşlılık aylığı, işten ayrılma koşulu, sosyal güvenlik destek primi.

About Some Consequences of the Constitutional Court's Decision to Cancel the Rule Requiring the Employee Insured to Leave for Old Age Pension

Abstract

The Constitutional Court annulled the phrase "... after leaving the workplace ..." in the first paragraph of the abrogated article 62 of the Social Insurance Law No.506 on 14.01.2021, as unconstitutional. This situation brought problems in

terms of social security law and labor law. In the study, the results of the Social Security Institution's Circular No. 2021/5, which were issued to clarify the decision and the decision, in terms of social security law and labor law were examined.

Keywords:

Old age pension, requirement of leaving job, social security support premium.

*Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, sukran.erturk@emu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1531-9490

Giriş

Anayasa Mahkemesi E. 2019/104, K. 2021/3 sayılı ve 14.01.2021 tarihli kararı¹ ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun² mülga 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...çalıştığı işyerinden ayrıldıktan sonra..." ibaresinin iptaline karar vermiştir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, işyerinden ayrılmadan yaşlılık aylığı bağlananlarla ilgili uyumsuzluklar bakımından uygulanmaya devam etmekte olup bu konudaki uyumsuzluklar yargı kararlarına konu olmayı sürdürmektedir. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının bu sigortalılar bakımından yarattığı hukuki sonuçları üzerinde durulmalıdır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen kararının ilk kez 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Genel Sağlık Sigortası³ döneminde sigortalı olanlar ile bu Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olup, yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunanlar bakımından bir etkisinin bulunup bulunmadığı da incelenmelidir. Kararın yayınlanmasından sonra, yaşlılık aylığının bağlanması açısından işyerinden ayrılma zorunluluğunun kaldırıldığı gibi bir izlenim yaratılmış olup, bu yanlış izlenimin ortadan kaldırılması, çalışmanın yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Çalışmanın esas amacı, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının sosyal güvenlik hukuku alanında yarattığı sonuçları ortaya koymaktır. Bununla birlikte çalışmada "işyerinden ayrılmanın" 1475 sayılı İş Kanunu'nun⁴ 14. maddesi bakımından yarattığı sonuçlar üzerinde de durulmuştur.

I. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

1. İtirazın Gerekçesi Olarak İleri Sunulan Hususlar

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga

62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..." ibaresinin Anayasa'nın⁵ 2., 10., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırılığını ileri sürerek, sözü edilen düzenlemenin iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralın sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, sigortalının yaşlılık aylığı talebinde bulunduğu sırada yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla çalışma hayatına devam edebilmesinin sosyal hukuk devletinin amacıyla uyumlu olduğu, kuralın yaşlılık aylığı talebinde bulunabilmek için çalışmakta olan işten ayrılmayı öngörmesi nedeniyle çalışma hak ve özgürlüğünü ihlal ettiği, 29/4/1986 tarihli ve 3279 sayılı Kanun'la⁶ yapılan değişiklikle yaşlılık aylığı bağlananların sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle hem aylık almalarının hem de çalışmalarının mümkün olduğu, bu durumda yaşlılık aylığı için işten ayrılma koşulunun aranmasının bir öneminin kalmadığı, nitekim itiraz konusu kuralla öngörülen şekli şartı yerine getirmek için sigortalının çalıştığı işten çıkışını yaptırıp yazılı tahsis talebinde bulduktan sonra sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle ertesi gün işbaşı yapabileceği, koşulları taşıyan sigortalıya mevzuat uyarınca tahsis talebinden itibaren üç ay içinde Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından aylığın bağlanması gerektiği ancak uygulamada bu sürenin çok daha uzun olduğu, bu durumda kural uyarınca işten ayrılmış olan sigortalının aylık bağlanıncaya kadar hiçbir gelirin olmayacağı, hizmet akdi ile çalışanların da Emekli Sandığı iştirakçileri gibi çalıştıkları işten ayrılmaksızın talepte bulunabilmelerinin ve talebin kabul edildiği tarihe kadar çalışabilmelerinin eşitlik ilkesine uygun olacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Gerekçesinin Özeti

Anayasa Mahkemesi, 506 sayılı Kanun'un mül-

1 RG.: 03.03.2021, S.: 31412.

2 RG.: 29.07.1964, S.:11766.

3 RG.: 16.06.2006, S.: 26200.

4 RG.: 01.09.1971, S.: 13943.

5 RG.: 09.11.1982, S.: 17863 (Mükerrer).

6 RG.: 06.05.1986, S.: 19099.

ga 62. maddesinin birinci fıkrasında sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunan ve yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya, bu isteğinden sonraki aybaşından başlanarak yaşlılık aylığı bağlanacağı öngörülmüş olup anılan fıkrada yer alan "...çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..." ibaresinin itirazın temelini oluşturduğunu tespit etmiştir.

Mahkeme, Anayasa'nın 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkının varlığına işaret ettikten sonra, yine Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini belirtmiştir. Kararda Anayasa'nın 60. maddesinde sosyal güvenlik hakkı için bir sınırlama öngörülmemiş birlikte, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da doğası gereği bazı sınırlarının olacağı kabul edildiği vurgulanmıştır. Sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanması için Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurudan önce, işten ayrılma şartının aranması ile sigortalılık statüsünde meydana gelen değişiklikleri, işyeri ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına sağlıklı olarak işlenmesi ve böylelikle sosyal güvenlik sisteminin düzenli bir şekilde işleminin gerçekleştirildiği tespiti yapılmıştır. Dolayısıyla kurala getirilen sınırlamanın hakkın doğasından kaynaklandığı, bu yönüyle anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı kabul edilmiştir.

Kararda, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu belirtilmiştir. Bununla birlikte *elverişliliğin*, öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; *gerekliliğin* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını (diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmasını); *orantılılığın* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade ettiği vurgulanmıştır.

Mahkeme sözü edilen ilkeler bakımından ip-

tali istenen hükmü inceleyerek şu sonuçlara ulaşmıştır: "Kuralın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yaşlılık aylığı bağlanan sigortalıların yeniden çalışmaya başlamaları hâlinde aylıkları 506 sayılı Kanun'un mülga 63. maddesinde 3279 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle yaşlılık aylığı alanlara talep etmeleri ve kendilerinden sosyal güvenlik destek primi kesilmesi şartıyla hem yaşlılık aylığı alma hem de aktif çalışmaya başlama imkânı getirilmiştir. Sigortalının çalıştığı işten ayrılmadan da pasif sigortalı statüsüne geçirilerek prim ödemelerinin buna göre düzenlenmesinin sosyal güvenlik sisteminin düzenli işleyişi üzerinde olumsuz bir etkisinin olacağı söylenemez. Mülga maddenin ilk hâlinde bulunmayan bu yeni imkân karşısında itiraz konusu kurala kişinin yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunabilmesi için işten ayrılma şartının öngörülmesinin sosyal güvenlik sisteminin düzenli işleyişini sağlama bakımından elverişli bir sınırlama olduğundan bahsedilemez.

Bir hakka getirilen sınırlamanın gerekli kabul edilebilmesi için ulaşılmak istenen amaç bakımından getirilen önlemin zorunlu olması, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmaması gerekir. Yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunan sigortalının ya da Sosyal Güvenlik Kurumu'nun tahsis talebinde bulunulduğunu işverene bildirmesi ve Kurum ile işveren kayıtlarının buna göre düzenlenmesi mümkündür. Sigortalının yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunmadan önce çalıştığı işten fiilen ayrılmasını gerektirecek daha hafif nitelikteki tedbirlerle de sosyal güvenlik sisteminin düzenli bir şekilde işleyişinin sağlanması amacına ulaşılabileceği gözetildiğinde kurala öngörülen sınırlamanın anılan amaca ulaşma bakımından gerekli olmadığı da anlaşılmaktadır.

Öte yandan 506 sayılı Kanun'un mülga 31. maddesinin birinci fıkrası ile 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 42. maddesinde yaşlılık aylığı bağlanacak sigortalıların tahsis taleplerine Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından gerekli belgelerin ve incelemelerin tamamlandığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde yazılı olarak cevap verilmesi öngö-

rülmüştür, itiraz konusu kural uyarınca sigortalının yaşlılık aylığı talebinde bulunabilmesi için işten ayrılması gerektiği gözetildiğinde kural, sigortalının söz konusu üç aylık dönemi herhangi bir gelir elde etmeksizin geçirmek zorunda kalmasına neden olmaktadır. Her ne kadar daha sonra aylık bağlandı-ğında sigortalıya aylık bağlanmayan dönemlerin ödemesi yapılabilenekte ise de bu durum sigortalının aylar boyunca ekonomik olarak hiçbir gelir elde edememesinin neden olduğu mağduriyetleri tümüyle ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla kuralın getirdiği sınırlamanın sonuçları itibarıyla orantılı olduğundan da bahsedilemez.

Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesi kuralı, Anayasa'nın 13. ve 60. maddelerine aykırı bularak iptali gerektiğine karar vermiştir⁷.

Mahkeme kuralı, Anayasa'nın 13. ve 60. maddelerine aykırı görerek iptal ettiğinden ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelememiştir.

3. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararına Konu Olan Yasal Düzenleme ve Konu ile İlgili Yargı Kararlarındaki Durum

İptal edilen ibarenin yer aldığı, 506 sayılı Kanun'un 62. maddesi şöyledir:

"Aylığın başlangıcı:

Madde 62- "Sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunan ve yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya bu isteğinden sonraki aybaşından başlanarak yaşlılık aylığı bağlanır.

Erken yaşlanmış olması dolayısıyla yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalının bu husustaki raporunun tarihi, yazılı isteğini takip eden takvim ayından sonraki bir tarih ise, yaşlılık aylığı, raporun tarihinden sonraki aybaşından başlanarak verilir.

Yukarıdaki fıkralara göre aylığının ödenmesine başlanacağı tespit edilen tarihte hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği almakla olan sigortalının yaşlılık aylığı geçici

iş göremezlik ödeneği verilme süresinin sona erdiği tarihten sonraki ay başından başlar. Şu kadar ki, bağlanacak yaşlılık aylığı sigortalının hastalık sigortasından almakta olduğu geçici iş göremezlik ödeneğinin aylık tutarından fazla ise, aradaki fark, yukarıdaki fıkralara göre tespit edilecek tarihten başlanarak verilir."

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2015/21632 K. 2016/13420 ve T. 31.10.2016 sayılı kararında "... Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Kanun'un 62. maddesinde "Sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunan ve yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya bu isteğinden sonraki aybaşından başlanarak yaşlılık aylığı bağlanır..." hükmü bulunmakta olup 506 Sayılı Kanun'un 63 maddesinde de " ...Bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı olarak bir işte çalışmaya başlayanların yazılı talepte bulunmaları halinde yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam olunur. Ancak bunlardan 78. maddeye göre tespit edilen prime esas kazançları üzerinden % 30 oranında Sosyal Güvenlik Destek Primi kesilir. Bu primin 1/4'ü sigortalı hissesi, 3/4'ü işveren hissesidir..." hükmü yer almaktadır.

5510 sayılı Kanun'da benzer bir düzenleme 28. maddede bulunmaktadır. Buna göre; "...Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yaşlılık aylıklarından yararlanabilmek için 4. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalının çalıştığı işten ayrıldıktan, (b) bendinde belirtilen sigortalının sigortalılığa esas faaliyete son verip vermeyeceğini beyan ettikten sonra yazılı istekte bulunmaları ... şarttır" şeklinde hüküm kurulmuştur.

Somut olayda, yukarıda sözü edilen yasal düzenlemeler uyarınca yaşlılık aylığı tahsisi için sigortalının çalıştığı işten ayrılması gerektiği ortadadır. Bu koşulun yerine getirilip getirilmediğinin belirlenebilmesi için ise davacının fiilen çalışıp çalışmadığının anlaşılması gerekir⁷ şeklinde karar verilmiştir.

7 Aynı yönde kararlar için bkz., Yarg. 10. HD. 10.03.2015, E. 2014/24049, K. 2015/4337; YHGK, 23.11.2005, E. 2005/9-631, K. 2005/643; Yarg. 10. HD. 13.10.2014, E. 2014/16239, K.2014/19314; Yarg. 10. HD. 30.01.2014, E. 2012/21973, K. 2014/1490, (www.kazanci.com Erişim tarihi 20.04.2021); Yarg. 21. HD. 16.11.2009, E. 2009/8563

Aynı yönde Yargıtay kararlarında ortak nokta olarak göze çarpan husus, 506 sayılı Kanun'un 62. maddesi uyarınca işten ayrılmadan yaşlılık aylığı bağlanması için yapılacak olan başvuruların geçersiz olacağı gerekçesi ile Kurumun aylık bağlamaması, bağlamış ise iptaline yönelik karar verilmesi gereğinden söz edilmesidir.

4. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı Hakkındaki Görüşümüz

506 sayılı Kanun'un mülga 63/ B maddesinde 3279 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik uyarınca *"Bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı olarak bir işte çalışmaya başlayanların yazılı talepte bulunmaları halinde yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam olunur. Ancak bunlardan 78 inci maddeye göre tespit edilen prime esas kazançları üzerinden % 30 oranında Sosyal Güvenlik Destek Primi kesilir. Bu primin 1/4'ü sigortalı hissesi, 3/4'ü işveren hissesidir"*⁸.

Görüldüğü gibi bu maddede, sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışabilmek için işten ayrılarak sigortalı olarak bir işte çalışmaya başlayanlar açısından işyerinden ayrılma şartı bulunmaktadır. Dolayısıyla sigortalı Kuruma müracaat ederek yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunduğu, çalışmasını sürdürebilecek, ancak yazılı talepte bulunarak sosyal güvenlik destek primi ödeme yönündeki iradesini bildirmek sureti ile yaşlılık aylığını almaya başlayabilecektir.

Buradaki *"işten ayrılma"*nın hukuki açıdan anlamı sözleşmesini feshetmeksizin, iş sözleşmesi devam ederken yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunabilmesi ve sosyal güvenlik destek primi ödeyerek, işyerindeki çalışmasını sürdürerek iş sözleşmesinin devam etmesini sağlama olanağını ifade etmektedir.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kararının,

K.2009/14838, YHGK, 12.02.2014, E. 2013/10-486 K. 2014/89; Yarg. 21. HD. 15.04.2019, E. 2018/6615 K. 2019/2934; Yarg. 21. HD. 27.02.2018, E. 2016/14643, K. 2018/1902 (www.sinerji.com, Erişim tarihi 20.04.2021)

8 Bu bentte geçen "% 24" oranı, 25/8/1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi ile 01.10.1999'dan geçerli olarak "% 30" olarak değiştirilmiştir.

sözleşme özgürlüğü açısından da anlam ifade ettiğini belirtmek gerekir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, bir kimsenin sözleşme yapması, yapmaması ve kurulan ilişkiyi devam ettirme yönündeki iradelerinin tamamını içeriğinde barındırmaktadır. Dolayısıyla kurulmuş olan iş sözleşmesine devam ederken, başka bir hak olan emekli olma veya yaşlılık aylığı bağlanması talebinde bulunma hakkı ile birlikte kullanılabilmesi de önemlidir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin bu yönüyle kararının olumlu olduğu söylenebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının hukukumuz açısından mevcut diğer birtakım haklar açısından nasıl bir etki ve sonuç yarattığının da ortaya konulması gereklidir. Bu sonuçlar ve etkilere geçmeden önce iptal kararı üzerine, konu ile ilgili yayınlanan Genelge'nin getirdikleri ve sonuçları üzerinde de durmak yararlı olacaktır.

5. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2021/5 Sayılı ve 10.3.2021 Tarihli Genelgesi

A. Genelge'nin 5510 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girdiği Tarihten Önce Sigortalı Olup Yaşlılık Aylığı Tahsis Talebinde Bulunanlar Bakımından Sonucu

506 sayılı Kanun'un *"Yaşlılık Aylığından Yararlanma Şartları"* başlıklı mülga 60'ıncı maddesinin (H) bendi *"Bu maddede belirtilen yaşlılık aylıklarından yararlanabilmek için sigortalının çalıştığı işten ayrılması ve yazılı istekte bulunması şarttır."* hükmünü amir olup bu bent ile ilgili herhangi bir iptal kararı verilmemiştir.

Öte yandan, 5510 sayılı Kanun'un 106'ncı maddesi ile 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 142 ve 143'üncü, ek 36'ncı, geçici 20'nci, geçici 81'inci ve geçici 87'nci maddeleri hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca, 5510 sayılı Kanun'un geçici maddeleri ile de 506 sayılı Kanun'un mülga 62'nci maddesine herhangi bir atıf yapılmamıştır.

Yine, 5510 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre, yaşlılık aylıklarından

yararlanabilmek için 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalının iş yerinden ayrılma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında 506 sayılı Kanun'un mülga 60'ıncı maddesinin (H) bendine ilişkin bir hüküm kurulmamakla birlikte mahkeme kararları gerekçe ve hüküm kısımları ile bir bütün olduğundan, söz konusu karar gereğince 2018/38 sayılı Genelge'nin "İkinci Kısım/Üçüncü Bölüm/Yaşlılık Sigortası" başlığının "6.5. Aylığa Hak Kazanma Koşullarının Oluşmadığının Aylık Bağlandıktan Sonra Tespit Edilmesi ve Aylığın Tekrar Başlaması" alt başlığı altına 6.5.4. maddesi eklenmiştir.

"6.5.4 Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2021 tarihli ve 31412 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 14.01.2021 tarihli 2019/104 E., 2021/3 K. sayılı Kararı ile 506 sayılı Kanun'un 62'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..." ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle, Kanun'un yürürlük tarihinden önce 4/1-(a) kapsamında yaşlılık aylığı bağlanan sigortalılardan tahsis talebinde buldukları tarihte işten ayrılma koşulunun gerçekleşmediğinin sonradan tespit edilmesi halinde, söz konusu sigortalılar hakkında işlem yapılmayacak ve aylıkları ödenmeye devam edecektir.

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce 4/1-a kapsamında sigortalı olup, yine 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yaşlılık aylığı bağlanan kimselerin, işten ayrılmadan Kurum tarafından yaşlılık aylığı bağlandığı tespit edilse bile, bu sigortalıların yargı kararlarındaki genel kabulün aksine yaşlılık aylıkları kesilmeyecek ve ödenmeye devam edecektir. Dolayısıyla daha önce, yargı kararlarında yapılması istendiği gibi, sigortalının işten ayrılıp ayrılmadığının Mahkemece araştırılması istenemeyecektir.

B. Genelge'nin 5510 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girdiği Tarihten Sonra Sigortalı Olup Yaşlılık Aylığı Tahsis Talebinde Bulunanlar Bakımından Sonucu

5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden

sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunan sigortalılar, "Yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları" başlıklı 28'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasına tabi olmaları nedeniyle, bu kapsamdakilerin yaşlılık aylıklarından yararlanabilmesi için çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunmaları gerekecektir.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen söz konusu ibarenin yer aldığı madde, 5510 sayılı Kanun'un 106'ncı maddesi ile yürürlükten kalkmıştır. 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunan sigortalıların, anılan Kanun'un "Yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları" başlıklı 28'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasına tabi olmaları nedeniyle bu kapsamdakilerin yaşlılık aylıklarından yararlanabilmeleri için çalıştıkları işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunma şartı aranmaktadır.

5510 sayılı Kanun'un 106. maddesi ile 506 sayılı Kanun'un 142,143, ek 36, geçici 20, geçici 81 ve 87 maddeleri hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle 506 sayılı Kanun'un 62.maddesinin de yürürlükten kalktığı söylenmelidir.

Dolayısıyla 5510 sayılı Kanun uyarınca ilk kez sigortalı olanlar ile 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce 506 sayılı Kanun anlamında 4/1-a kapsamında sigortalı olup, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunanlar bakımından Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı bir anlam ifade etmeyecektir. Çünkü 5510 sayılı Kanun uyarınca ilk kez sigortalı olanlar bakımından yaşlılık aylığı bağlanması konusunda 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesi uygulanacaktır. Buna karşılık 506 sayılı Kanun kapsamında 4/1-a kapsamında sigortalı olup, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra yaşlılık aylığı talebinde bulunanlar bakımından 5510 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi uyarınca sigorta başlangıçları hakkında mülga 506 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaksa da yaşlılık aylığı bağlanması konusunda 30.4.2008 tarihinden sonra yani 506, 1479, 5434, 2925 ve 2926 sayılı

Kanunlara göre ilk defa sigortalı olanlar hakkında bu Kanun'un 28. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanacaktır.

Ayrıca, 2018/38 sayılı Genelge'nin "İkinci Kısım/Üçüncü Bölüm/Yaşlılık Sigortası" başlığının 6.5.3. maddesinde, "tahsis talebinde buldukları tarihte işten ayrılma koşulunun gerçekleşmediği sonradan tespit edilenlere yersiz ödenen aylıklar borç çıkarılmakta ancak, sigortalıların işten ayrıldıkları tarihe kadar geçen hizmetleri dikkate alınarak aylıkları yeniden hesaplanmakta ve işten ayrılma koşulunun yerine geldiği tarihi takip eden ay başından itibaren talep şartı aranmaksızın aylıkları yeniden başlatılacağı" belirtilmektedir.

Yani 5510 sayılı Kanun'a göre ilk kez sigortalı olanlar ile 506 sayılı Kanun'a göre sigortalı olmakla birlikte 5510 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yaşlılık aylığı bağlananlar, işten ayrılmadan tahsis talebinde bulunmuşlar ve bu durum Kurum tarafından tespit edilmişse, ödenen aylıklar yersiz ödeme olarak geri istenebilecektir. Bu durumda sigortalıların, işten ayrıldıktan sonra çalıştıkları tarihe kadar hizmetleri dikkate alınarak aylıkları yeniden hesaplanmakta ve talep tarihinden sonraki aybaşından sonra yaşlılık aylığına hak kazanacakları kabul edilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Kurum Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra yukarıda belirtildiği gibi, "Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında 506 sayılı Kanun'un mülga 60'ıncı maddesinin (H) bendine ilişkin bir hüküm kurulmamasıyla birlikte mahkeme kararları gerekçe ve hüküm kısımları ile bir bütün olduğundan..." 60. maddede işten ayrılmaya ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş bir iptal olmamakla birlikte, burada da iptal kararını uygulamıştır. Ancak Kurum, 5510 sayılı Kanun'a göre ilk kez sigortalı olanlar ile 506 sayılı Kanun'a göre sigortalı olmakla birlikte 5510 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yaşlılık aylığı bağlanma talebinde bulunanlar bakımından aynı uygulama yoluna gitmemiştir. Oysa özellikle 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olanlar bakımından sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışma olanağı varlığını sürdürmektedir. Böyle olunca sigortalılar arasında "işten

ayrılma" koşulu bakımından eşitsizlik yaratıldığı ortadadır. Bunun ise hukuk güvenliği, eşitlik ve sosyal devlet ilkeleri ile bağdaştığını söylemek mümkün değildir.

II. Yaşlılık Aylığı-Kıdem Tazminatı İlişkisi

1. Genel Olarak

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının 4 bendinde, iş sözleşmesinin işçi tarafından, bağlı bulunduğu kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi, kıdem tazminatına hak kazandırabilecek bir durum olarak kabul edilmiştir.

Yine bu maddenin 3. fıkrasına göre "İşçinin birinci bendin 4 üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır."

Yargıtay'a göre de kıdem tazminatına hak kazanabilmek için işçinin iş sözleşmesini yaşlılık aylığı bağlanması amacıyla feshetmesi durumunda, fesih tarihinde yaşlılık aylığı bağlanması koşullarının gerçekleşmesi yeterlidir. Bu anlamda aylık bağlandığına ilişkin belgenin sağlanmamış olması, kıdem tazminatı talep edebilme hakkını engellemez. Belgenin sağlanmamış olması, kıdem tazminatına uygulanacak faizi etkileyen bir durumdur. Bu durumda faiz fesih tarihinden itibaren değil, belgenin alındığı tarihten itibaren başlayacak ve işverenin bu tarihte temerrüde düştüğü kabul edilecektir⁹.

Bunun yanında, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendine göre, "(Ek:

9 Yarg. 9. HD, 20.06.2011, E. 2009/17494, K. 2011/18376, <https://calismatoplum.org/>, (Erişim tarihi: 10.04.2021); Yarg. 22. HD, 22.10.2015, 17191/29550, Taşkent, Savaş: Açıklamalı-İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu, B.11, İstanbul 2018, s.472.

25/8/1999 - 4447/45 md.) 506 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle" sona ermesi durumunda da işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı kabul edilmektedir. Bu düzenleme ile sigortalılık süresi ve prim ödeme koşulunu sağlamış olmalarına rağmen, yaş şartını tamamlayamadığı için aylık bağlanmasına hak kazanamayanlara kıdem tazminatlarını alabilmeleri olanağı sağlanmıştır. Yargıtay da kararları ile açıkça buna işaret etmektedir¹⁰.

Şunu da belirtmek gerekir ki, işçinin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendinden yararlanmak amacıyla sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alması, onun aynı veya başka işyerinde çalışma hakkını ortadan kaldırmaz¹¹.

2. Aynı İşverene Ait İşyerinde Fasılasız Çalışma

Sigortalılık bakımından yukarıda açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda, 506 sayılı Kanun zamanında sigortalı olup, bu kanunun yürürlüğü boyunca yaşlılık aylığı talebinde bulunanlar bakımından işyerinden ayrılma koşulu aranmamakla birlikte, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için sözleşmenin

feshi zorunludur. Ancak bu hakka sahip olanlar, kıdem tazminatı almak istemiyorlarsa, fesih olmaksızın sadece yaşlılık aylığı bağlanma talebinde bulunabileceklerdir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının anlam ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yani işten ayrılma zorunluluğu bulunmadığı için sözleşmenin feshi söz konusu olmaksızın yaşlılık aylığı bağlanması mümkün olacaktır. Ancak bu söylenenler sadece 506 sayılı Kanun döneminin uygulama alanına sahip olduğu dönem için geçerlidir.

5510 sayılı Kanun uyarınca ilk kez sigortalı (30.04.2008 tarihinden sonra) olanlar bakımından yaşlılık aylığı bağlanması konusunda 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesi uygulanacaktır ve yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için işten ayrılma koşulu aranacaktır. Bu sebeple bu sigortalılar sözleşmelerini feshederlerse kıdem tazminatı alabilecekler ve ancak bu durumda yaşlılık aylığı bağlanabilecektir.

506 sayılı Kanun uyarınca ilk kez sigortalı olanlar (30.4.2008 tarihinden önce) hakkında, yaşlılık aylığı talebinde bulunmaları 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra söz konusu ise geçici 7. madde uyarınca 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra uygulanması gerekeceği için işten ayrılma koşulu aranacaktır. Yani iptal kararının bunlar bakımından uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu gruba dahil olanların yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için işten ayrılmaları ve kıdem tazminatı alabilmek için sözleşmelerini feshetmeleri gerekecektir.

Bu sebeple yukarıda son iki olasılık çerçevesinde 5510 sayılı Kanun anlamında ilk kez sigortalı olanlar ile 506 sayılı Kanun döneminde sigortalı olmakla birlikte 5510 sayılı Kanun döneminde yaşlılık aylığı bağlanması amacıyla sözleşmelerini feshetmiş olanlar bakımından işveren kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır. Sigortalı işçi fiilen hiç ayrılmadan (ama sözleşmesini feshederek) yaşlılık aylığı almak sureti ile işyerinde çalışmaya devam etmişse İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasına göre işçinin kıdemi yeni bir sözleşme yapılmış olsa bile aynı işverenin

10 Yarg. 22 HD. 20.01.2020, E. 2016/27701, K. 2020/630, www.kazanci.com.tr/, (Erişim tarihi: 20.04.2021); Yarg. 22. HD. 04.03.2014, E. 2013/5126, K. 2014/4622, https://legalbank.net/, (Erişim tarihi: 20.04.2021); Yarg. 22. HD. 08.10.2013, E.2013/26562, K. 2013/21200, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 10, S. 40, 2013, s. 59-60; Yarg. 22. HD. 14.05.2014, E. 2013/11079, K. 2014/12905, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/3, S. 46; Yarg. 7. HD. 09.02.2015, E. 2014/16384, K. 2015/939, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/1, S. 48, s. 309-311; Yarg. 9. HD. 20.06.2011, E. 2009/17494, K. 2011/18376, https://calismatoplum.org/, (Erişim tarihi: 20.04.2021).
11 Yarg. 22. HD. 13.01.2014, E. 2011/51535, K. 2014/52; Yarg. 22. HD. 14.05.2014, E. 2013/11079, K. 2014/12903, https://calismatoplum.org/, (Erişim tarihi: 20.04.2021).

aynı veya değişik işyerlerindeki süreler birleştirilerek hesaplanmalıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2004/104, K. 2004/10869 ve 10.05.2004 tarihli kararında¹² bu husus açıkça ifade edilmiştir. *"Dosyadaki delillere ve özellikle SSK sicil kayıtlarına göre davacı çalışırken 30.12.1998 tarihinde bağlı bulunduğu SSK'ya başvurarak emeklilik aylığının bağlanması talep etmiş ve kendisine yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Emekliye ayrılan davacı, ertesi gün davalı işverene dilekçe vermiş olup, destekleme primi ödenmesi sureti ile iş talebinde bulunmuş ve tekrar çalışmaya başlamıştır. Emeklilik halinde, işçi emekliliğinin belgelendirdiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanır. Davacıya emekliye ayrıldığı bu tarihte, kıdem tazminatının ödenmediği anlaşılmaktadır.... Diğer taraftan, davacının emekliye ayrıldıktan sonraki dönemde, ara vermeksizin davalıya ait işyerinde Araçlar Amiri olarak çalıştığı, işveren temsilcisi gibi hareket ederek, işyerinde çalışan şoförleri görevlendirdiği ve denetlediği anlaşılmaktadır. Davacının bu konumda iken fosseptik çukuru temizlemede içinde bulunan vidanjör şoförlüğünde görevlendirilmesi tenzili rütbe olup, iş şartlarında esaslı değişiklik kabul edilmelidir. Zira görevlendirmenin geçici olduğu ileri sürülmüş ise de bu husus görevlendirme tutanağı ve davacının yerine birinin görevlendirilmiş olması karşısında, yerinde değildir. İş şartlarında esaslı değişiklik 1475 sayılı İş Yasasının 16/11 maddesi uyarınca işçiye haklı fesih hakkı verir. Davacı işçi bu şartlarda iş sözleşmesini feshettiğinden kıdem tazminatına hak kazanır.*

1475 sayılı İş Kanununun 14/2 maddesi uyarınca *"İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş-veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır."* Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre davacının emekliye ayrıldığı dönemde kıdem tazminatı ödenmediğinden ve son dönemde davacı tarafından haklı olarak feshedildiğinden, bilirkişi tarafından tüm süre üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı bir değerlendirmeye tabii tutularak hü-

küm altına alınmalıdır. Mahkemece aksine düşünce ile bu kıdem tazminatı isteminin reddi hatalıdır." denmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken konulardan birisi de davacı aynı işverene ait işyerinde yaşlılık aylığı olarak çalışmasını sürdürürken, işçinin ve işverenin iradesi dışında yasal zorunluluk sebebiyle artık yaşlılık aylığı olarak çalışması olanağının kalkması halinde durumun ne olacağıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2010/28784, K. 2010/31580 ve 4.11.2010 tarihli kararında¹³, bu durum incelenmiştir. Davacının çalıştığı işyerinin belediyeye devredilmesinden sonra yaşlılık aylığının kesilmemesi için işçinin sözleşmeyi feshetmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmuştur. *"... Somut olayda davacı işçinin sosyal güvenlik kurumundan emekli olduktan sonra davalı işyerinde çalışmaya başladığı hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. Davacı emekli statüsünde bulunduğundan 5277 Sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanununun 25/F bendi uyarınca "Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik ve yaşlılık aylığı alanların bu aylıkları kesilmeksizin görev yapamayacakları" hükmünün davacı işçi için de uygulanması söz konusudur. Davacı tarafından verilen 04.01.2005 tarihli dilekçe ile söz konusu yasa uyarınca emeklilik aylığının kesilmesini istemediği için 31.12.2004 tarihinde sona eren hizmet akdinin uzatılmaması dolayısı ile adına tahakkuk eden izin, ikramiye ve tüm sosyal haklarının toplanarak ödenmesi isteğinde bulunmuştur. Davacı işçinin vermiş olduğu dilekçesi ile kendisinin ayrılmış olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. (Dairemizin 2008/33302 E., 2010/22660 K.; 2008/33458 E., 2010/22662 K. No.lu ve 2008/33458 E., 2010/22663 K. No.lu onama ilamları bu doğrultudadır) Davacının istifası kanundan kaynaklanan tercih hakkını kullanmaktan ibaret olup, kıdem tazminatını gerektirir zorlayıcı sebep olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda kıdem tazminatı is-*

12 <https://legalbank.net/>, (Erişim tarihi: 20.04.2021).

13 Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/3, S. 30, s. 422-425.

teğinin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır." sonucuna ulaşmıştır.

Davacının işyerinin devrinden önce şirkette hem yaşlılık aylığı aldığı hem de işyerinde çalışmasını sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Ancak işyerinin belediyeye devredilmesi üzerine, 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu uyarınca yaşlılık aylığını alarak işyerinde çalışmasının olanaksız hale gelmesi nedeniyle, davacı işçi aylığının kesilmesini istemediğini belirttiğinden, 31.12.2004 de sona eren sözleşmesinin yenilenmediği anlaşılmaktadır. Alt derece mahkemesi davanın sözleşmesinin zorlayıcı sebeple sona erdiğini kabul ederek davacının kıdem tazminatına hak kazanabileceğine hükmetmişken, Yargıtay davacının istifası bulunduğunu kabul ederek kıdem tazminatına hak kazanamayacağı gerekçesi ile kıdem tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesi ile alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Kanımızca Yargıtay'ın kararı doğru ama gerekçesi itibarı ile yanlıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun¹⁴ 24/III maddesinde işçinin çalıştığı işyerine ilişkin bir zorlayıcı sebep varken, m. 25/III de düzenlenmiş olan zorlayıcı sebep işçiye ilişkindir. Somut olayda bu durumlardan birisi söz konusu değildir. İşçi aslında yaşlılık aylığı kesilmeksizin işyerinde çalışmayı istemektedir. İşveren ise yasal zorunluluk sebebiyle işçiyi bu şekilde çalıştıramamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)¹⁵ 136 maddesi borçlunun sorumlu tutulmasını gerektirmeyen ve sonradan ortaya çıkan bir imkânsızlık yüzünden ifanın yapılamamasını hükme bağlamaktadır. Bu madde bakımından subjektif imkansızlığın bulunması yeterlidir. Subjektif imkansızlığa ifa güçsüzlüğü de denmektedir. Bu anlamda imkânsızlık, sadece borçlunun ifa edebilecek durumda olmamasını anlatır. Hatta subjektif imkansızlıkta borçludan ifayı istemek dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktadır. İmkânsızlık sonradan meydana gelmiş olmalıdır. Çünkü ön-

ceki imkânsızlık halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uygulanacaktır.

İmkânsızlık halinde borçlu borcundan kurtulur. İmkânsızlık borç ilişkisini sona erdirir. TBK'nın 136. maddesindeki bu kural, sadece tam iki yanlı sözleşmelerde uygulanır. İş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu nedenle davacının yaşlılık aylığının kesilmeksizin çalışmak istemesi durumu, işveren bakımından sonraki kusursuz imkânsızlık oluşturduğundan, iş sözleşmesi sona erecek, ancak bir fesih söz konusu olmadığı için kıdem ve ihbar tazminatının talep edilmesi söz konusu olmayacaktır.

3. Aynı İşverene Ait İşyerlerinde Fasılalı Çalışma

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında işçinin işyerindeki kıdemini, iş sözleşmesinin fasıllarla yeniden kurulmuş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştığı toplam süre dikkate alınarak hesaplanacağı düzenlenmiş olduğundan, kıdem açısından tüm çalışma süresi göz önünde tutularak hesaplama yapılması gerekecektir. Fasılalı çalışmanın belirli veya belirsiz süreli sözleşme kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediği de önemli olmayacaktır.

Bu gibi durumlarda işçi, işyerinden kıdem tazminatı alarak ayrılmış ise, daha sonra işverene ait işyeri veya işyerlerinde tekrar çalışmaya başlamış ise kıdem tazminatı hesaplamasının nasıl yapılacağı hususu önem kazanmaktadır. Bir görüşe göre, işçi kıdem tazminatını alarak işten ayrıldığı için, kıdem tazminatı ödenmiş olan bu süre, yeni kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bu görüşün hukuki dayanağını *"aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı ödenmez"* kuralı oluşturmaktadır (İş K. m.14 maddesinin 8 fıkrası)¹⁶. Yargıtay'ın da aynı

14 RG.: 10.06.2003, S.: 25134.

15 RG.: 04.07.2011, S.: 27836.

16 Bu görüş için bkz. Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, B.31, İstanbul 2018, s. 647-649; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, B.9, İstanbul 2019, s. 269; Tunçomağ, Kenan: İş Hukuku, C.I, B.4, İstanbul 1986, s. 412; Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, B.2, Ankara 2010, s.543;

görüşte olduğunu ve bu yöndeki içtihadını uzun yıllardan beri sürdürdüğünü belirtmek gerekir¹⁷.

Doktrindeki diğer bir görüş¹⁸, ki bu görüş biz de katılmaktayız, aynı işverene ait bir veya değişik işyerlerinde fasilalı olarak çalışan ve ilk döneme ilişkin kıdem tazminatını alan işçi, daha sonra yeniden kıdem tazminatına hak kazanarak işyerinden ayrılması söz konusu ise, kıdem tazminatının tüm hizmet süresi ve son ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini kabul etmektedir. Bu durumda, bulunan miktardan daha önce ödenmiş olan kıdem tazminatının mahsubu ile, bakiye kıdem tazminatı alacağına ulaşmak mümkün olacaktır.

Bu konuda yaşanan tartışma konularından bir diğeri, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 04.04.2006 tarihli 2006/2716 esas 2006/8549 sayılı kararındaki değerlendirmeler üzerine başlamıştır: "1475 sayılı İş Kanun'unun 14/1 5 hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanılabileceğine ilişkin düzenlemenin amacının prim ödeme gün sayısı ve sigortalılık süresi yönünden emeklilik hakkını kazanmış olsa da, diğer bir ölçüt olan emeklilik yaşını beklemek zorunda olan işçilerin, bundan böyle çalışma olmaksızın işyerinden ayrılmaları halinde kıdem tazminatı alabilmelerini sağlamaktır. Şüphesiz işçinin bu ayrılmasından sonra yeniden çalışması gündeme gelebilir ve Anayasal temeli olan çalışma hakkının ortadan kaldırılması beklenmemelidir. Bu itibarla işçinin ilk ayrıldığı andaki iradesinin tespi-

Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B. 6, Ankara 1986, s. 433; SÜMER, Hadi Haluk: İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2015, s.253.

17 Yarg. 9 HD.13.10.1983, 5609/7938 ve bu karar hakkında Çelik'in eleştirisi için bkz. İHU, İş.K.14, No.41. Yargıtay'ın aynı yöndeki diğer kararları için bkz. HGK 1.2.1989, 9-6/46, Tekstil İşveren Dergisi, Ağustos 1990, s.19 ve bu karar için Süzek'in eleştirisi, Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 1989, s.72-74; Yargıtay 9 HD 24.2.2016; 30839/3851, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/1, S. 52, s. 297.

18 Oğuzman, Kenan: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s.25-251; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B. 3, İstanbul 1987, s.266-268, Narmanlıoğlu, Ünal: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, s. 266 Süzek, Sarper: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul 1991, s.73-74.

ti önem kazanmaktadır. İşçinin başka bir işyerinde çalışmak için işyerinden ayrıldığı anlaşıldığı takdirde 1475 sayılı yasaya 4447 s. Kanun ile eklenen 5. bent hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu olmaz." denmiştir¹⁹.

İşçinin yaşlılık aylığı aldıktan sonra başka işyerinde çalışmaya başlaması durumunda, feshin yaşlılık aylığı bağlanması için değil, başka işyerinde çalışmak için yapıldığı gerekçesi ile işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı yönündeki Yargıtay kararlarına katılmadığımızı belirtmek isteriz. Sözü edilen kararlarda, işçinin yaşlılık aylığı almak amacıyla sözleşmeyi feshettikten sonra, çalışıp çalışmayacağına sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kendisi karar vereceği için, yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, çalışma hakkının engellenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir²⁰.

Nitekim daha sonraki tarihli kararlarda Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları tüm Dairelerde aynı hale gelmiş ve işçinin yaş şartı dışında diğer şartları yerine getirmesi sebebiyle sözleşmesini feshetmesi durumunda aynı veya başka işyerinde çalışmaya başlasa bile kıdem tazminatı alabileceği şeklinde sonuçlanmıştır²¹.

Görüldüğü gibi genel olarak işçinin yaşlılık aylığı bağlanması amacıyla veya yaş şartı dışında sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlaması şartıyla sözleşmesini feshetmesi, sosyal güvenlik hukukunda ifadesini bulan işyerinden ayrılma anlamına gelmektedir. Bunun ise özellikle işçi işyerinden ayrıldıktan sonra tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlaması durumunda kıdemi ve kıdem tazminatı ile ilişkisi bulunduğu açıktır.

Sonuç

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra sosyal güvenlik hukuku ve iş hukuku (kıdem

19 Yargıtay 9. HD aynı sonuca 4.5.2009, E.2008/1760, K.2009/13519 sayılı kararında da ulaşmıştır (Her iki karar için bkz. Ertürk, Şükran: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, B. 6, Ankara 2018, s.289-290).

20 Bu konudaki eleştiriler için bkz. Ertürk, s. 290-291.

21 Yarg. 22. HD. 25.1-01.2013, E. 2012/10954, K. 2013/909, Ertürk, s. 292-293.

tazminatı) açısından doğan sonuçların başlıklar altında şu şekilde özetlenmesinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Doğan Sonuçlar

1. Yaşlılık aylığı bağlanması için işten ayrılma şartının iptali sadece 506 sayılı Kanun zamanında sigortalı olup, bu kanunun yürürlüğü boyunca yaşlılık aylığı talebinde bulunanlar ve 506 sayılı Kanun döneminde aylık bağlananlar bakımından uygulama alanına sahiptir.

2. 5510 sayılı Kanun uyarınca ilk kez sigortalı (30.04.2008 tarihinden sonra) olanlar bakımından yaşlılık aylığı bağlanması konusunda 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesi uygulanacaktır ve yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için işten ayrılma koşulu aranacaktır.

3. 506 sayılı Kanun uyarınca ilk kez sigortalı olmakla birlikte (30.4.2008 tarihinden önce), yaşlılık aylığı talebinde bulunmaları 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra söz konusu ise, 5510 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi uyarınca 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra uygulanması gerekeceği için işten ayrılma koşulu aranacaktır. Yani iptal kararının bunlar bakımından uygulanması söz konusu olmayacaktır.

4. Malullük aylığı bağlanması konusunda gerek 506 sayılı Kanun döneminde gerekse 5510 sayılı Kanun'un 26 maddesi uyarınca "sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan sonra" aylık bağlanabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonra İş Hukuku (Kıdem Tazminatı) Bakımından Doğan Sonuçlar

1. 506 sayılı Kanun zamanında sigortalı olup, bu kanunun yürürlüğü boyunca yaşlılık aylığı talebinde bulunanlar bakımından işyerinden ayrılma koşulu aranmamakla birlikte, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için sözleşmenin feshi

zorunludur. Ancak bu hakka sahip olanlar, kıdem tazminatı almak istemiyorlarsa, fesih olmaksızın sadece yaşlılık aylığı bağlanma talebinde bulunabileceklerdir. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının anlam ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yani işten ayrılma zorunluluğu bulunmadığı için sözleşmenin feshi söz konusu olmaksızın yaşlılık aylığı bağlanması mümkün olacaktır.

2. 5510 sayılı Kanun uyarınca ilk kez sigortalı (30.04.2008 tarihinden sonra) olanlar bakımından yaşlılık aylığı bağlanması konusunda 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesi uygulanacaktır ve yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için işten ayrılma koşulu aranacaktır. Bu sebeple bu sigortalılar sözleşmelerini feshederlerse kıdem tazminatı alabilecekler ve ancak bu durumda yaşlılık aylığı bağlanabilecektir.

3. 506 sayılı Kanun uyarınca ilk kez sigortalı olmakla birlikte (30.4.2008 tarihinden önce), yaşlılık aylığı talebinde bulunmaları 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra söz konusu ise, 5510 sayılı Kanun'un geçici 7. maddesi uyarınca, 5510 sayılı Kanun 28. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasının uygulanması gerekeceği için işten ayrılma koşulu aranacaktır. Yani iptal kararının bunlar bakımından uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu gruba girenlerin yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için işten ayrılmaları ve kıdem tazminatı alabilmek için sözleşmelerini feshetmeleri gerekecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin işyerinden ayrılmaya ilişkin 506 sayılı Kanun'un 62. maddesinde yer alan iptal kararı ve gerekçeleri tarafımızca yerinde bulunmakla birlikte, gerekçede ortaya konulan ihtiyaçlar diğer sigortalılar bakımından varlığını sürdürmektedir. Yani ilk kez 5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı olanlar dışında, diğer sigortalılar bakımından sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışma olanağı varlığını sürdürmektedir. Bu sigortalılar yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için işyerinden ayrılmak zorundadırlar. İşyerinden ayrıldıktan sonra sosyal güvenlik destek primi ödemek sureti ile aynı işyerinde yeniden çalışmaya başlayabilirler. Anayasa Mah-

kemesi'nin iptal kararı bu sigortalıları kapsamadığından bu kez sigortalılar arasında bir eşitsizlik ortaya çıkmış bulunmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu iptal kararından sonra yayınladığı Genelge ile bu uygulamayı sigortalılar açısından fark oluşturmayacak şekilde genişletebilirdi. Bu yapılmamıştır. Eşitsizliği giderebilmek açısından, bu sigortalıları ilgilendiren yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılması mümkün olmakla birlikte, başvurulmadığı sürece yasal düzenlemeler uygulanmaya devam edecektir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: Kıdem Tazminatı, B. 2, Ankara 2010.
- Çalışma ve Toplum Dergisi
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, B. 31, İstanbul 2018.
- Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, B.6, Ankara 1986.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1987.
- Ertürk, Şükran: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, B. 6, Ankara 2018.
- Eyrenci, Öner/ Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, B.9, İstanbul 2019.
- <https://calismatoplum.org/>
- Narmanlioğlu, Ünal: Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973.
- Süzek, Sarper: Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul 1991.
- Oğuzman, Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- Sümer, Hadi Haluk: İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2015.
- Taşkent, Savaş: Açıklamalı- İçtihatlı 4857 Sa-

yılı İş Kanunu, B.11, İstanbul 2018.

- Tekstil İşveren Dergisi
- Tunçomağ, Kenan: İş Hukuku, C.I, B.4, İstanbul 1986.
- www.kazanci.com
- www.sinerji.com
- <https://legalbank.net/>

Makale Gönderim Tarihi: 15 Mart 2021

Makale Kabul Tarihi: 22 Mart 2021

İş Sözleşmesinin İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Sonucu Ortaya Çıkan Devamsızlık ve Sonrasındaki Performans Düşüklüğü Sebebi ile İşverence Feshi

Öz

Günümüzün en önemli konusu haline gelen sağlık, çalışma hayatı ile çok yakın bir ilişki içindedir. Sağlık sorunları sebebi ile alınan raporlar ortaya devamsızlıkların çıkmasına sebep olmakta ve bu durum da işyerinde işin yürütümünü olumsuz yönde etkilemektedir. Bu durumda işverenler işçilerin iş sözleşmelerini

sağlık sebeplerine dayanarak feshetme yolunu tercih etmektedirler. Çalışmamızda işçilerin iş sözleşmelerinin sağlık sorunları sebebi ile alınan raporlar sonucu ortaya devamsızlıklar ve sonrasındaki performans düşüklükleri sebebiyle işverence feshedilmesi konusu incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

Fesih, geçerli sebep, performans düşüklüğü, sağlık raporu.

Termination of Labor Contracts by the Employer Due to Absenteeism and Subsequent Performance Decline as a Result of Reports Received Due to Health Problems

Abstract

Health, which has become the most important issue of today, is in a very close relationship with working life. Reports received due to health problems cause absenteeism and this situation negatively affects the execution of the work in the workplace. In this case, employ-

ers prefer to terminate their employment contracts based on health reasons. In our study, the issue of termination of labor contracts by the employer due to absenteeism and subsequent performance decline as a result of reports received due to health problems was examined.

Keywords:

Termination, valid reason, low performance, health report.

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

Giriş

İnsan hayatında en önem taşıyan konu olan sağlık, özellikle son bir yıldır COVID 19 pandemisinin hayatımıza girmesiyle beraber hem çalışma hayatında hem de günlük hayatımızda üzerinde en çok konuşulan konu haline gelmiştir. Ruhsal, sosyal ve bedensel sağlık, çalışma hayatı ile çok yakın bir ilişki içerisinde. Zira, kişilerin beden, ruhen veya sosyal açıdan sağlık problemlerine sahip olmaları onların çalışma ilişkilerini, performanslarını ve verimlerini doğrudan etkileyebilmekte, bu da iş ilişkilerinin sona ermesine sebebiyet vermektedir.

Makalemizi kaleme aldığımız günlerde, 4857 sayılı İş Kanunu'na 7244 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesiyle 16.04.2020 tarihinde eklenen Geçici 10 uncu madde uyarınca getirilen ve İş Kanunu kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesinin, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle İK'nun 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 işverence feshedilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin, yine aynı maddenin son fıkrası uyarınca uzatılarak halen yürürlükte olmasına karşın; muhtemelen makalemizin yayınlandığı tarihte bu yasak ortadan kalkmış ve sağlık sebebi ile iş sözleşmelerinin feshi yine gündeme gelmiş olacaktır.

Çalışmamızda, sağlık sorunları sonucu işçiler tarafından alınan raporlar ve bunların sonucunda ortaya çıkacak devamsızlık ve rapor sonrası ortaya çıkabilecek performans düşüklüğü hallerinin işverene hangi tür fesih haklarını verip vermeyeceği konusu ve bu fesihlerin yapılması durumunda uyulması gereken kurallar mevzuat, doktrin, Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları ve Yargıtay Kararları dikkate alınarak incelenmiştir.

I- İşçinin Hastalanarak Rapor Alması ve Devamsızlık Kavramları

A - İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Kavramı

Herhangi bir konu, olay veya sorunla ilgili ola-

rak yapılan araştırma ve incelemenin sonuçlarını, ilgili makama bildiren yazı olarak tanımlanabilecek olan "rapor" kavramı, işçilerin sağlık durumlarıyla ilgili olarak kullanıldığında, işçilerin çalışma kabiliyetinin azalma derecesi ile işten uzak kalmaları gereken süreyi gösteren yazılı belgeler olarak anlaşılmalı ve çalışma hayatında büyük önem taşımaktadır.

Doktorluk mesleğinin, doktorlara yüklediği en temel yükümlülük, "tanı (teşhis) koyma yükümlülüğü" dür. Hekimin, gerçekleştirdiği muayene, tetkik, tahlil ve araştırmalar sonucunda hastalık konusunda bir yargıya ulaşması, hastanın sağlık durumuna ilişkin bir tanı koyması ile "tanı (teşhis) koyma borcu" yerine getirilir¹. Doktor koyduğu tanıya ilişkin olarak hastanın sağlık durumuyla ilgili tespitlerini özel bir tıbbi evraka işlemektedir ki, bu da "doktor raporu"dur. Bu belgeler, bir kimsenin halihazırdaki sağlık durumuna ilişkin bilgi verebileceği gibi; kişinin gelecekteki muhtemel sağlık durumuna ilişkin bilgileri de içerebilecektir². Bir başka ifade ile, doktorlar muayene ettikleri, tanı koydukları hastaların sağlık durumu ile ilgili değerlendirmelerini "doktor raporu" adı verilen özel bir tıbbi evraka işlemekte ve bu belge ile, ilgili kişinin bedensel veya zihinsel sağlığı gibi unsurlarının yerinde olup olmadığı belirlenmektedir³.

Doktorlar tarafından düzenlenen bu raporlar; hastalığın olup olmadığının, varsa teşhisinin, durumun gerektirdiği istirahat, tedavi ve bu gibi hususların tıbbi dille açıkça gösterildiği belgelerdir. Bu raporlara ihtiyaç duyulan haller, sadece kişilerin hastalandığı durumlar ile sınırlı olmamakta, çalışma hayatında ve günlük hayatta pek çok durumda bu raporlara ihtiyaç duyulabilmektedir.

1 Er, Ünal: Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s.73 vd.; Tunçer, Polat: Sağlık Hukuku Temel Bilgileri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.253 vd.; TÜRK-MEN, Ali: Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.81 vd.; Özkan, Zeynep, Aslı; Hekim Raporlarının Türleri ve Düzenlenmesi, Yaşar Hukuk Dergisi, C:3, S:1, Ocak 2021, s.4 vd.

2 Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.33

3 Özkan, s. 19

Nitekim, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun "Sağlık gözetimi" başlıklı 15 inci maddesinde, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacakların, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılmayacaklarının belirtilmesinin dışında, kişilerin sürücü belgesi alabilmesi için sürücü olmaya elverişli olduğunun değerlendirilmesi, evlenecek kişilerin evlenmeye sağlık açısından bir engel durumları olmadığının tespiti için de, yine söz konusu bu raporların alınması gerekmektedir.

Uygulamada doktorlar⁴ tarafından verilen bu raporlar, ilgilinin sağlıklı olduğunun tespiti hallerinde sağlık raporu; hastalık durumunun tespit edildiği hallerde ise "hastalık raporu" olarak adlandırılmaktadır. Çalışmamızda sözü edilen işçinin hastalanarak rapor almasından kastedilen, işçinin hastalanması sonucu doktordan aldığı çalışma kabiliyetinin azaldığını ve bir süre işten uzak kalması gerektiğini bildiren "hastalık raporu"dur.

İşçinin hastalanması sonucu alabileceği "hastalık raporları", doktorlardan, özel sağlık kuruluşlarından veya devlet hastaneleri, sağlık ocakları, aile hekimlikleri gibi Sağlık Bakanlığı teşkilatına dâhil sağlık kuruluşlarından alınabilmektedir. Ancak her tür sağlık raporu her kuruluştan alınmamakta; bazı sağlık raporları sadece belirli sağlık kuruluşlarından alınabilmektedir.

İşçiler tarafından alınabilecek hastalık raporları, raporu düzenleyen doktor sayısı bakımından iki şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan ilki tek bir doktorun, kendi yetkisi alanında kalan hallerde tek başına tanzim ettiği raporlardır. Bu raporlar, kişilerin sağlık durumları hakkında kararın tek hekim tarafından verildiği "tek doktor

raporları"dır⁵. Bazı durumlarda ise, rahatsızlığın tek bir doktorun görev alanını aşması sebebi ile, alanında uzman özel bir kurulun/heyetin incelemesi gerekeceğinden, hastanın sağlık durumunu inceleme ve tanısını koyma görevi ve yetkisi heyette olacak ve raporu da heyet düzenleyecektir. Bu raporlar, tek doktorun yetkisi dışında kalan hususlarda, kişilerin sağlık durumları hakkında karar verilen en az İç Hastalıkları, Kulak Burun Boğaz, Genel Cerrahi, Göz Hastalıkları, Nöroloji, Ruh Sağlığı ve Hastalıkları uzman doktorlarının yer aldığı sağlık kurullarınca düzenlenen "heyet"/"sağlık kurulu" raporlarıdır⁶.

"Heyet"/"sağlık kurulu" raporları, uzman bir kurulun varlığını gerektirdiği için yalnızca hastanelerde verilebilmektedir. Söz konusu hastane, devlet bünyesinde yer alan tam teşekküllü bir hastane olabileceği gibi, tam teşekküllü özel hastane⁷ de olabilecektir. Ancak, aile hekimlikleri, özel muayenehaneler, poliklinikler heyet raporu düzenleme yetkisini haiz değildir⁸.

Sağlık Raporları Usul ve Esasları Hakkında Yönerge (SRUEHY) m.6/7 uyarınca, tek doktor raporu ile bir defada en çok on gün⁹ rapor verilebilecektir. Raporda kontrol muayenesi¹⁰ öngörülmuş ise, kontrol muayenesi sonrasında tek hekim

4 "...Hekim (doktor) hukuk düzeni tarafından kendisine tıp mesleğini icra etme ve dolayısıyla tıbbi müdahalelerde bulunma yetkisi tanınmış, insan sağlığı ile uğraşan ve hastalıkları tanımayı ve iyileştirmeyi kendine meslek edinmiş kimsedir" Duysak, Merve: Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu, Hukuk Gündemi Dergisi, S.3, 2009, ss.25-39, s.25.

5 Bkz. 30.09.2019 tarih ve 23642684-010.04-1618 sayılı Makam Olur'u ile aynı tarihte yürürlüğe konulan; Sağlık Raporları Usul ve Esasları Hakkında Yönerge, (SRUEHY) m.4/1-s

6 SRUEHY, m.4/1-i

7 Özel hastaneler; ilaç raporları, istirahat raporları ile kabul ve tedavi ettiği hastalıkların tedavilerinde kullanılan tıbbi cihaz ve malzemelerin kullanımına yönelik olarak sağlık kurulu raporu düzenleyebileceklerdir. Ancak, özel hastanelerde, özürülü sağlık kurulu raporu, vergi muafiyeti raporu, yurt dışı tedavi raporu, maluliyet raporu, özel tertibatlı araç ithali amacıyla alınan raporlar gibi özellikli raporlar verilemez. Özel Hastanelerde Sağlık Kurulu Raporu Düzenlenmesi Hakkında Genelge, 07.05.2004 t. S:7455, Genelge No: 2004/67

8 Özkan, s.20

9 Sadece COVID-19 hastalığı şüphesi ile Z03.8 ve Z03.9 kodlu tanılarının konulduğu hastalar bakımından bu süre Mart 2020'den itibaren 14 güne uzatılmıştır.

10 Sundukları rapor üzerine bazı malullük aylığı alanların kendilerine belirtilen süre içerisinde bu raporu güncellemek, yenilemek ya da rapordaki nedenlerin kontrol edilmesi amacıyla ile yapılan muayene Kontrol Muayenesi olarak adlandırılmaktadır.

tarafından en çok on gün daha rapor verilebilecektir. Ancak, kontrol muayenesi sonrası hastalığın devam etmesi sebebiyle verilecek hastalık raporlarının on günü aşması durumunda, bu raporun sağlık kurulunca verilmesi zorunludur. Diğer yandan, bir takvim yılı içinde tek hekim tarafından aynı kişiye verilecek raporların toplamı da kırk günü geçemeyecektir (SRUEHY m.6/8).

Diğer yandan, "Heyet"/"sağlık kurulu" rapor sürelerine de bir üst sınır getiren Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği¹¹'nin (SSİY) 39 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca da, Heyet/sağlık kurulunun ilk vereceği istirahat süresi sigortalının tedavi altına alındığı tarihten başlamak üzere altı ayı geçemeyecektir. Ancak, tedaviye devam edilmesi hâlinde malûllük hâlinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği sağlık kurulu raporu ile tespit edilirse bu süre uzatılacaktır.

Aile hekimi raporu ve işyeri hekimi raporu, "tek doktor" raporu niteliğindedirler. Bu anlamda aile hekimleri de bir defada en fazla 10 günlük rapor verebilmektedirler. "İşyeri hekimi raporu" da "tek doktor" raporu olmasına karşın, SSİY'nin 39 uncu maddesinin 5 inci fıkrası uyarınca, işyeri hekimleri, istirahat gerektiren hastalıklar için bir defada en fazla 2 günlük rapor verebilmektedirler.

İşçi tarafından hastalanarak tek doktor ya da heyet/sağlık kurulu raporu alınması, işçinin dinlenme ihtiyacının ortaya çıkması, bir anlamda iş göremez hale gelmesi anlamına gelmektedir. Bu anlamda doktor ya da heyet/sağlık kurulu, ancak kişiyi iş göremez hale getiren ve dinlenmesini gerektiren bir rahatsızlık durumunun ortaya çıkması halinde bu yönde bir rapor vereceklerdir. İş göremezliğe sebep olan bu rahatsızlık, bir hastalıktan kaynaklanabileceği gibi, kaza sonucu ortaya çıkan bir rahatsızlık ya da ruhsal bir rahatsızlık da olabilecektir¹². Raporda belirlenen istirahat süreleri içerisinde, işçi işverence çalıştırılmayacaktır.

11 RG. 12.05.2010 t. S.27579

12 Bkz. Sözer, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.234; Özkan, s.25

B- Devamsızlık Kavramı

İş sözleşmesi niteliği gereği süreklilik arz eden bir yapıya sahiptir. Zira, sözleşme devam ettiği sürece işçi iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunu aralıksız olarak yerine getirmek, işveren de bunun karşılığında işçinin ücretini ödemek yükümlüğündedir. İşçinin iş görme borcuna işverenin rızası dışında ara vermesi, bir başka deyişle işine devamsızlık yapmasının, işverenin iş sözleşmesi yapmak suretiyle sağlamış olduğu menfaate zarar vereceği açıktır.

"Devam" bir anlamıyla daim olma; sürüp gitme şeklinde ifade edilirken, diğer anlamıyla belli bir yere belli saatlerde, belirli bir amaçla gitmeyi anlatmaktadır. Devamsızlık ise, bu anlamların ters şekilde açıklanmasıyla sürüp gitmeme, kesilme veya kesme yahut belli yere belirli saatlerde gitmeme anlamına gelmektedir. Bu anlamlardan, özellikle ikincisinin, iş hukukundaki işe devamsızlık kavramıyla ilişkili olduğu; işe devam veya devamsızlığın genel bir ifade ile işçinin işyerine çalışma saatlerinde iş görme amacıyla gitmesi yahut gitmemesi anlamına geldiği anlaşılmaktadır. Bu anlamda, iş hukukunda işe devamsızlık kavramı, iş sözleşmesiyle iş görme borcunu üstlenmiş bulunan işçinin, kanun ve sözleşme hükümleriyle belirlenmiş olan günlük çalışma saatleri içinde işe gitmemesini ve iş görme borcunu yerine getirmemesini ifade etmektedir¹³.

Buna göre, devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi hali olup, işyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçinin devamsızlıkta bulunduğundan söz edilemeyecektir¹⁴. Nitekim, işçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir durum olup, bu durumun yaptırımını 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İK.) 25/II-h maddesinde belirtilmiştir¹⁵.

13 Evren, Öcal Kemal; İş Hukukunda Ahlak ve İyiniyete Aykırı İşe Devamsızlık Kavramı Terazi Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, S:12, s. 51-62; Sümer, Haluk Hadi; Yargıtay Kararlarının Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, Metin Kutsal'a Armağan, Tühis, Ankara-1998, s. 201

14 Yarg. 9. HD. 04.10.2010 t. E. 2008/35469, K. 2010/26731. Legalbank

15 Bursa BAM 9. HD. 19.04.2018 t. E.2018/631, K.2018/850;

İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılacağından, toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu durumda söz konusu günlerde işe devam etmeme de devamsızlık sayılacaktır¹⁶. İşyerinde Cumartesi günü çalışılan bir gün ise, Cumartesi günü işe gitmeme de devamsızlık sayılacaktır. Bunun gibi, iş sözleşmesinin askıya alınması durumunda da işçinin çalışmaya başlaması gereken günde işe başlamaması da yine devamsızlık olarak değerlendirilecektir¹⁷.

Çalışmamız anlamında devamsızlık, işçinin hastalanması sonucu rapor alarak işyerine gelmemesini, bunun doğal sonucu olarak da iş görme borcunu yerine getirmemesini ifade etmektedir. Hastalık sebebi ile oluşabilecek devamsızlıktan İK'nun 25 inci maddesinin I inci bendinde söz edildiği görülmektedir. Maddede devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi ifadesi yer almaktadır.

Kanun'da devamsızlığa ilişkin olarak yer alan 'ay' kavramından takvim ayı değil, ilk devamsızlıktan sonraki bir ay veya son devamsızlıktan önceki bir aylık süre anlaşılacak ve bir aylık sürenin günlük karşılığı 30 gün olarak kabul edilecektir¹⁸. Sonraki ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde sonraki ayın son gününde bir aylık süre dolmuş olacaktır¹⁹. Sonra-

ki devamsızlıklar ise, takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilecektir²⁰.

Yine Kanun'da devamsızlığa ilişkin olarak işgününden söz edildiğine göre, işe gelmeme olgusunun işe devamsızlık olarak kabul edilebilmesi için, devamsızlığın öngörülen çalışma saatlerini kapsar şekilde, işgünlerinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu halde, işyerinde hangi günlerin işgünü; hangi günlerin tatil günü olduğunun veya işyeri her gün açık ise, işçinin hangi günde hafta tatili kullanıyor olduğunun tespiti de önem taşımaktadır²¹.

Devamsızlıktan söz edilebilmesi için, sözü edilen işgünlerinde işçinin hiç çalışmamış olması gerekmektedir. Buna karşılık, işçinin yapmış olduğu devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılması İş Kanunu'nun aradığı anlamda devamsızlığı oluşturmayacaktır. Yine bunun gibi, Kanun açıkça işe gelmemekten söz ettiği için geç gelme yahut erken ayrılma ile devamsızlık olgusu arasında bir bağ kurulamayacaktır²².

II – İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Sonucu Ortaya Çıkacak Devamsızlık ve Sonrasındaki Performans Düşüklüğü Sebebi ile İşverence Yapılabilecek Fesih Türleri

A – Genel Olarak

İş sözleşmesi taraflara sürekli olarak borç yükle-

Yarg. 7. HD. 06.06.2013 t. E.2013/4042, K.2013/ 10623; Yarg. 9. HD. 05.02.2014 t. E.2011/51200, K.2014/3448; Yarg. 9. HD. 08.05.2013 t. E.2011/9842, K.2013/ 13792. Legalbank
16 Yarg. 9. HD.09.05.2008 t. E. 2007/16956, K. 2008/11983. Legalbank
17 Yarg. 9. HD. 05.02.2014 t. E.2011/51200, K.2014/3448; Yarg. 7. HD. 06.06.2013 t. E.2013/4042, K.2013/10623. Legalbank
18 Yarg. 9. HD. 25.04.2008 t.E.2007/15152, K.2008/10326. Legalbank; Odaman, Serkan; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003, s. 160 Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, s.240; Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019, s.666
19 Yarg. 9. HD. 04.10.2010 t. E. 2008/35469, K. 2010/26731. Legalbank

20 Bursa BAM 9. HD. 19.04.2018 t. E.2018/631, K.2018/850; Yarg. 9. HD. 05.02.2014 t. E.2011/51200, K.2014/ 3448; Yarg. 9. HD. 08.05.2013 t. E.2011/9842, K.2013/13792. Legalbank
21 Bursa BAM 9. HD. 19.04.2018 t. E.2018/631, K.2018/850; Evren, s. 60; ODAMAN, s.159-160
22 Bursa BAM 9. HD. 19.04.2018 t. E.2018/631, K.2018/850; Yarg. 7. HD. 06.06.2013 t. E.2013/4042, K.2013/10623; Yarg. 9. HD. 04.07.2012 t. E.2010/13837, K.2012/26215. Legalbank

yen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür²³. Bu anlamda fesih, sözleşme taraflarından birinin iş sözleşmesini sona erdirmeye ilişkin iradesini karşı tarafa bildirmesi olarak tanımlanabilecektir. Diğer yandan, fesih bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı olduğundan, karşı tarafa “ulaşması” yeterli olup, karşı tarafça kabulüne de gerek bulunmamakta ve hakkın kullanılması ile iş sözleşmesi sona ermiş olmaktadır. Bu hak kullanılırken, fesih iradesi açık ve kesin olarak ortaya konmalı ve iş sözleşmesinin sona erdirildiği açıkça anlaşılır olmalıdır. Fesih bildiriminde, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesi yanında ayrıca, sona erme zamanı da yeterli kadar açık ve yanlış anlaşılmaya sebebiyet veremeyecek şekilde ifade edilmiş olmalıdır²⁴.

4857 sayılı İK. iş sözleşmesinin taraflarca feshine ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerinde, eski 1475 sayılı İş K'da da olduğu gibi iki tür fesih şekli öngörmüştür. Bunlardan ilki 17 nci maddesinde düzenlemiş olduğu “bildirim süreli fesih”, ikincisi ise, 24 ve 25 inci maddelerinde düzenlemiş olduğu “bildirim süresiz fesih” tir. Bildirim süreli fesih ile iş sözleşmelerinin feshinde; fesheden taraf karşı tarafa fesih bildiriminde bulunduktan sonra işçinin kıdemine göre belirli bir süre geçmesi gerekmekte, oysa bildirim süresiz fesihte bu tür bir bildirim süresinin geçmesi gerekmemektedir.

İK. uyarınca, 17 nci maddeye göre yapılabilecek bildirim süreli fesih, sadece Kanun kapsamına giren, niteliği itibarıyla otuz günden çok devam eden sürekli işlere ilişkin belirsiz süreli iş sözleşme-

leri açısından söz konusu olabilecek iken, 24 ve 25 inci maddelere göre yapılabilecek olan bildirim süresiz fesih, hem belirli süreli, hem de belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından söz konusu olabilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'na bakıldığında, işçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkacak devamsızlık sebebi ile iş sözleşmesinin feshedilebilmesi imkanından açık ve net bir şekilde, sadece işverenin haklı sebeple bildirim süresiz fesih hakkını düzenleyen 25 inci maddesinin I inci bendinde “Sağlık Sebepleri” başlığı altında söz edildiği görülmektedir. Kanun metninde bunun dışında, hastalanması durumunda işçinin iş sözleşmesinin feshedebileceğini belirten herhangi bir düzenleme bulunmamakta, aksine İK'nun 18 inci maddesinin 3. fıkrasının f bendinde, hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde, işe geçici devamsızlığın iş sözleşmesinin feshi için geçerli bir sebep oluşturmayacağı belirtilmektedir.

Ancak buna karşılık, 4857 sayılı İK'nun iş güvencesini düzenleyen 18 inci maddesinin gerekçesinde ise, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebeplere örnek verilirken “sık sık hastalanma” veya “çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık” sayılarak, söz konusu bu durumların iş sözleşmesinin feshinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebepler olarak kabul edilebileceği ifade edilmiştir.

İK'nun 25 inci maddesinin I inci bendindeki düzenlemeler ve Kanun'un iş güvencesini düzenleyen 18 inci maddesinin gerekçesi birlikte dikkate alındığında, her iki düzenlemede de feshe sebebiyet verebilecek olan asıl nedenin, rapor sonucu ortaya çıkan devamsızlığın uzun olması ya da bunun sıkça tekrarlanması olduğu görülmektedir. Kanun'da yazılı süre sınırları içerisinde kalan bir raporun ya da kabul edilebilir sıklıkta alınan raporların ortaya çıkaracağı devamsızlık, işçinin iş sözleşmesinin feshinde ne 25/I inci madde kapsamında haklı sebep, ne de 18 inci madde kapsamında geçerli bir sebep oluşturmayacaktır. Bu anlamda, işçinin hastalanarak rapor alması sonu-

23 Yarg.7.HD. 15.01.2014 t. E.2013/15874, K.2014/310; Yarg.9. HD. 19.04.2012 t.E.2010/5854, K.2012/13856; Yarg.9. HD. 05.04.2012 t. E.2010/5187, K.2012/11539

24 Keser, Hakan; 4857 sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3.Baskı, Ankara 2016, s.21 vd.; Centel, Tankut; İş Güvencesi, 2. Baskı, İstanbul 2020, s.67 vd.; Şefik Çalık: İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Yayınları, İstanbul 2005, s. 69 Ayrıca, bu anlamda bkz. Yarg. 9. HD., 16.11.1982 t., E.1982/8143, K.1982/8954, www.kazanci.com.tr, 22.11.2005. Yarg. 9. HD. 25.02.1988 t., E.1988/206, K.1988/1674; Yarg. 9. HD. 27.10.2008 t. E.2008/2898, K. 2008/28913. Legalbank

cu ortaya çıkacak devamsızlığın belirli bir süreyi aşması ya da bunun sıkça tekrarlanıyor olması durumunda fesih için haklı veya geçerli bir sebep oluşturabileceği ifade edilebilecektir.

Bu anlamda, sık sık hastalanma, uzun süreli hastalık sonucu iş görme yeteneğini yitirme, hastalık nedeni ile işi gereği gibi yapamama, tedavisi olmayan hastalığa yakalanma ve rapor sonrası işçinin performansının düşmesi gibi haller fesih için haklı veya geçerli bir sebep oluşturabileceklerdir. "Sıkça tekrarlanmadan" yani, sık sık hastalanmadan anlaşılacak olan, kısa süren ama sık sık tekrarlanan ve ne zaman meydana geleceği önceden öngörülemeyen hastalık durumları olacaktır. Bu anlamda işçinin sık sık, 1 gün bile olsa hastalık sebebi ile yokluğunun tekrarlanması bu kapsamda değerlendirilecektir²⁵.

Buna göre, işçinin hastalanarak rapor alması ve bu sebeple işe gelmeyerek devamsızlık yapması durumunda, işverenin duruma göre, işçinin iş sözleşmesini koşulların varlığı halinde hem İş Kanunu'nun 25 inci maddesinin I inci bendi uyarınca bildirim süresiz, hem de İş Kanunu'nun 17 nci maddesi uyarınca bildirim süreli olarak feshedebileceği ifade edilebilecektir.

Görüldüğü üzere İK. uyarınca işçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkacak devamsızlık; belirli bir uzunluğa veya sıklığa ulaştığında, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde, tüm işçiler için bazı hallerde haklı sebep olarak kabul edilebilecek, bazı hallerde ise, iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından geçerli sebep olarak kabul edilebilecektir. İşçinin almış olduğu raporların işverene zamanında sunulmamış olması ise, farklı bir durum olup ancak geçerli bir sebep olarak değerlendirilebilecektir²⁶.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından ise, işverenin işçinin iş sözleşmesini fesheder-

ken herhangi bir sebep gösterme yükümlülüğü bulunmadığı için, işveren işçinin iş sözleşmesini, hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkacak devamsızlık ya da performans düşüklüğü sebebiyle İş Kanunu'nun 17 nci maddesi uyarınca bildirim süreli fesih ile her zaman herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın feshedebileceği gibi, koşulların oluşması durumunda İK. m.25/I uyarınca bildirim süresiz fesih yoluyla da feshedebilecektir. Bu sebeple iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından, işçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkacak devamsızlık ve performans düşüklüğü sebebiyle İK. m.17 uyarınca yapılacak bildirim süreli fesihler, özel kurallar içermedikleri için çalışmamızda ayrıca ele alınmayacaktır.

Yine bunun gibi, uygulama sıkça karşılaşılan ve işverenlerce sahte rapor olarak isimlendirilen, bir başka ifadeyle işçinin hasta olmadığı halde muhtelif sağlık birimlerinden rapor getirerek devamsızlık yaptığı iddiası²⁷, ancak bu iddianın işverence kanıtlanabilmesi durumunda, İK'nun 25 inci maddesinin II nci bendi uyarınca "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" kapsamında, e alt bendinde sözü edilen "işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" olarak kabul edilip, iş sözleşmesinin İK. m.26 da belirtilen süre içerisinde haklı sebeple bildirim süresiz feshine imkan tanıyacaktır. Bu durum da ancak sahte rapor iddiasının işverence ispat edilebilmesi koşuluna bağlı haklı bir sebep olabileceğinden çalışmamızda ayrıca ele alınmamıştır.

B- İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Durumunda Ortaya Çıkan Devamsızlık Sebebiyle İK. m.25/I Uyarınca Yapılabilecek Bildirim Süresiz Fesih

1. Genel Olarak

4857 sayılı İK'nun 25 inci maddesi uyarınca, işveren maddede belirtilen hallerde belirli süreli

25 Ertürk, Şükran" İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, 2002, s.5

26 Yarg. 22. HD.04.12.2017 t. E.2015/21683, K. 2017/27756. Legalbank

27 İstanbul BAM 25. HD. 25.05.2017 t. E. 2017/90, K.2017/374. Legalbank

ya da belirsiz süreli olan iş sözleşmesini süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilecektir²⁸.

İş sözleşmesinin bildirim süresiz feshinde, iş sözleşmesi fesih bildiriminin yapıldığı tarihte sona ermektedir. Aşağıda ele alınacak olan bildirim süreli fesihden farklı olarak hem belirsiz süreli iş sözleşmeleri hem de belirli süreli iş sözleşmeleri bildirim süresiz fesih ile feshedilebilecektir. Haklı sebepler, iş sözleşmesinin devamını taraflar için çekilmez hâle getiren sebeplerdir. Bunlar, taraflara ilişkin olabileceği gibi, onların dışında oluşan olgular veya olaylar dolayısıyla da ortaya çıkabileceklerdir. Bu anlamda haklı sebepler, iş ilişkisinin taraflara yüklediği sadakat borcunun ihlali hâlinde ortaya çıkabileceği gibi, iş ilişkisinin taraflara yüklediği borçların yerine getirilmesinin dürüstlük kurallarına göre, onlardan talep edilebilmesinin imkânsız olduğu hâllerde de ortaya çıkabileceklerdir²⁹.

Ancak, İK. uyarınca bildirim süresiz fesih yapılabilmesi için, sözleşme taraflarının "haklı sebebe" dayanması gerekmektedir. İş sözleşmesinin feshinde birden fazla haklı sebep gösterilmişse, bunlardan birinin varlığı sözleşmenin feshi için yeterli olacak ancak, iş sözleşmesini fesheden taraf, fesih bildiriminde bildirdiği haklı sebebi, daha sonra haklı da olsa başka bir haklı sebep ile değiştiremeyecektir³⁰. Görüldüğü üzere, iş

sözleşmesinin haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshinde, haklı sebebin doğumu ile sözleşme kendiliğinden sona ermeyecek, lehine haklı sebep doğan taraf, bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbest olacaktır³¹.

Konunun çalışma hayatı açısından taşıdığı önemi göz önünde tutan kanun koyucu, İş Kanunu'na sağlık problemlerinin ve sağlık problemlerine bağlı devamsızlığın ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi taraflarının fesih haklarını düzenleyen düzenlemeler koymuştur. Nitekim 4857 sayılı İK. m.24/1 bent I ve m.25/1 bent I, sırasıyla işçinin ve işverenin sağlık sebebi ile iş sözleşmesini bildirim süresiz fesih hakkını düzenlemektedir. Buna göre, İK. m.24/1-bent I uyarınca, işçi; iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa ya da işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa, iş sözleşmesini haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshedebilecektir. İşçinin sahip olduğu hastalık sebebi ile bildirimsiz fesih hakkına karşılık, işverenin de hastalık sebebi ile işçinin iş sözleşmesini bildirim süresiz olarak feshetme hakkı vardır. Konumuz kapsamında düşünüldüğünde, çalışmamızda İK. m.25/1 bent I uyarınca, işverenin işçinin iş sözleşmesini sağlık sebeplerinden kaynaklanan haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshi ele alınarak incelenecektir.

2. İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Durumunda Ortaya Çıkacak Devamsızlığının İş Sözleşmesinin Bildirim Süresiz Feshinde Haklı Sebep Sayılması

4857 sayılı İK. m.25/1 bent I a fıkrasında, işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi durumunda, bunun işverene işçinin iş

28 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bildirimsiz feshi de Borçlar Kanunu kapsamındaki iş sözleşmeleri için farklı olarak düzenlemiştir. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 435 inci maddesi uyarınca, taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilecektir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılacaktır. 436 ncı madde uyarınca da işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilecektir.

29 Senyen Kaplan, E. Tuncay; Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2018, s.304-30

30 Yarg. 9.HD, 06.11.1970, 7068/11985, İşveren D., Ocak 1971, s.21; 9.HD, 25.02.1981, 282/2820, M. Ekonomi İncelemesi, İHU, İş K.md.16, No:5; Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33.Bası, İstanbul 2020, s.627

31 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.627

sözleşmesini bildirim süresiz olarak feshi hakkını vereceğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere, söz konusu sebeplere dayalı devamsızlığın maddede belirtilen sürelerle ulaşmaması hallerinde, işverenin haklı sebeple fesih hakkı olmayacağı söylenebilecektir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, devamsızlıktan söz edilebilmesi için, belirtilen iş günlerinde işçinin hiç çalışmamış olması gerekmekte olup, devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılması söz konusu olmayacaktır³². Devamsızlığa neden olacak olan hastalığın türü bir önem taşımamaktadır.

Maddenin düzenleniş tarzı, uygulamada gerçekten zorluklar yaratmaya çok müsaittir. Zira hastalığa yakalanma sebepleri olarak söz edilen işçinin kastı veya derli toplu olmayan yaşayışı yahut işkiye düşkünlüğü kavramlarının tam olarak neyi ifade ettiği açık değildir. Bununla beraber, işçinin bu sebeplerden ötürü hastalığa yakalandığını işverenin ispat etmek yükümü altında olduğu düşünüldüğünde, uygulamada karşılaşılabilecek sorunları tahmin etmek zor olmayacaktır. İşçinin kastı ve alkole düşkünlüğü³³ bir kenara konulduğunda, işçinin derli toplu olmayan yaşantısından ötürü hasta olduğu iddia edildiğinde, burada kime göre, neye göre derli toplu yaşantı değerlendirilmesi yapılacağı tartışması ortaya çıkacaktır. Bu kavrama değişen zamana ve farklı yerlere uygun şekilde anlam kazandırmak gerekli olacaktır.

İşçinin kastı dendiğinde, işçinin hastalık veya sakatlığa yol açan olayı bilerek isteyerek gerçekleştirmesi anlaşılacaktır³⁴. İşçinin kasdi davranışı sonucunda ortaya çıkan durum iş kazası olarak değerlendirilse bile, bu durum işverene haklı sebeple bildirim süresiz fesih hakkı verecektir³⁵. Kasıttan söz edildiğine göre, ihmali bir davranışın madde kapsamında olmayacağı ifade edile-

bilecektir³⁶. İşkiye düşkünlüğünden ise, işçinin alkollü içki kullanmayı alışkanlık haline getirmiş olması anlaşılacaktır. Bu anlamda alışkanlık halini almamış olmak koşulu ile arada sırada alkol almak bu kavramın dışında kalacaktır³⁷. Bunun gibi, alkol bağımlılığının varlığında dahi alkol bağımlılığının, işin yapılmasını etkilemediği, kısacası "hastalık" derecesine ulaşmadığı sürece fesihte dayanılabilecek bir sebep olmayacağı ifade edilebilecektir³⁸.

Bu anlamda işçinin hastalanarak rapor alması durumunda ortaya çıkacak olan devamsızlık işçinin kastından, işkiye düşkünlüğünden ya da derli toplu olmayan yaşayışından kaynaklanıyorsa ve işveren tarafından iddia edilen bu durum ispat edilebiliyorsa, devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi durumunda işçinin iş sözleşmesi işverence haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshedilebilecektir.

İK. m.25/1 bent I - b fıkrasının alt bendinde ise, yukarıda sayılan sebepler dışında hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde, işverene tanınan iş sözleşmesini bildirim süresiz fesih hakkının; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre İK'nun 17 nci maddesindeki bildirim sürelerini³⁹ altı hafta aşmasından sonra doğacağı esasını getirmiştir. Bu anlamda işçinin hastalık veya kaza nedeniyle, bildirim sürelerini altı hafta aşacak kadar veya daha fazla, kesintisiz devamsızlığı söz konusu olduğunda, bildirim süresiz fesih söz konusu olabilecektir. Doğum ve

32 Bursa BAM 9. HD. 03.05.2018 t. E. 2018/1173, K. 2018/936; Bursa BAM 9. HD. 19.04.2018 t. E.2018/ 631, K.2018/850. Legalbank

33 Bkz. Sözer, Ali Nazım; İş Hukukunda İşkiye Düşkünlük, Sarhoşluk ve Kusur, TÜHİS, Ocak 1994, s.13 vd.

34 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat s.638; Süzek, s.666

35 Bu yönde bkz. Ekonomi, M., İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1984, s.203

36 Ertürk, s.2

37 Süzek, s.666; Akyiğit, E., İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, s.747; Ertürk, s.2

38 Centel, s.88; Baysal, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, s.75 vd.

39 ".İş sözleşmeleri; a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İş altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İş birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır..." İK.m.17/2

gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin (doğumdan önce 8 hafta⁴⁰ + doğumdan sonra 8 hafta) bitiminde başlayacaktır. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise, doğumdan önce kullanamadığı süreler, doğum sonrası 8 haftalık süreye eklenerek bu hesaplama yapılacaktır⁴¹. Fesih bildirim sürelerinin taraflarca arttırılmış olması durumunda ise, hesaplamanın arttırılan bu süreler dikkate alınmak suretiyle yapılması gerekeceği açıktır⁴².

Görüldüğü üzere, maddede "... gibi haller" ifadesi kullanılmış olup, (a) bendinde sayılan durumlar dışındaki tüm haller sonucu ortaya çıkacak hastalık bu kapsamda olacaktır. Ancak eski 1475 sayılı İK. döneminde de ifade edildiği üzere, ortaya çıkacak hastalığın sebebi işverenin kusurundan kaynaklandığı tespit edilen bir iş kazası ise, işverenin bu madde kapsamında işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshedemeyeceği söylenebilecektir⁴³.

Hastalık veya kaza nedeniyle İK. m.25/1 bent I- b fıkrasının alt bendinde öngörülen bekleme süresini aşmayan sürelerde ortaya çıkacak olan geçici devamsızlık ise, iş sözleşmesinin bildirim süresiz feshinde haklı sebep olarak kabul edilmeyecektir⁴⁴. Bir başka ifadeyle, kasıt, alkole düşkünlük ya da derli toplu olmayan hayattan kaynaklamayan bir sebeple hastalığa yakalanan işçinin, devamsızlığı tek bir rapora dayanıyorsa, devamsızlık süresi bildirim sürelerini (2-4-6-8 hafta) altı hafta aşmadan, işverence buna dayalı olarak haklı sebeple işçinin iş sözleşmesi bildirim süresiz fesihle feshedilemeyecektir⁴⁵.

Bu durum dışında yine İK. m.25/1 bent I- b fıkrası uyarınca, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulun-

ca saptanması durumunda işveren yine işçinin iş sözleşmesini haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshedebilecektir. Bir başka deyişle, bildirim süresiz fesih hakkının doğması için, hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte bulunması, bunun işçinin işyerinde çalışmasında sakıncalı yaratması ve bu durumun sağlık kurulunca saptanması şartlarının bir arada oluşması gerekmektedir⁴⁶.

Görüldüğü üzere, işçinin işyerinde çalışmasında sakınca bulunmasının yani, işçinin işyerinde çalışmasının, hastalığın ağırlaşması, diğer işçilere bulaşması gibi tıbbi sakıncalar veya iş güvenliği gibi işyeri bakımından sakıncaların ortaya çıkmasına sebebiyet vermesi gibi hususların da sağlık kurulunca raporda saptanmış olması gerekmektedir⁴⁷. İşçinin tedavi edilemeyecek nitelikte bir hastalığa yakalandığı ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulu raporunca saptanması halinde, bunu mutlak bir haklı sebeple bildirim süresiz feshe imkân vereceği düşünülse de⁴⁸, raporda işçinin o işyerinde değil de yaptığı işte çalışmasının sakıncalı olduğunun belirtilmesi durumunda, öncelikle duruma uygun hafif bir işte değerlendirilme olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekecektir⁴⁹.

Maddede sağlık kurulunca tespitten söz edildiğine göre, bunun devlet hastanelerinin sağlık kurulu ya da özel bir hastanenin sağlık kurulu tarafından verilecek bir rapor olacağı anlaşıl-

40 Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. İK.m.74/1

41 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.639

42 Narmanlioğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014, s.353

43 Yarg. 9. HD, 14.5.1985, 2150/15223, Narmanlioğlu, s.352

44 Yarg. 9. HD. 05.12.2006 t. E. 2006/24253, K. 2006/32004, Legalbank

45 Ayrıca bkz. Ertürk, s.1 vd.

46 Ergin, Hediye; İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38, 2017, s.55; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s.838

47 Demir, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2018, s.406; Süzek, s.666; Sümer, Haluk Hadi; Karar İncelemesi, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, Sicil Aralık 2007 Y:2 S: 8 s.68; Ergin, s.55. Yarg. 9.HD. 10.11.2008 t E. 5816, K. 30572. Legalbank

48 Alpagut Gülsevil; İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Sebep Ayırımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Sicil, Mart 2006 Y:1 S.1, s.71,73

49 Yarg. 9. HD., 6.3.2006 t., E.2008/3213, K.2006/5521, Akyiğit, İş Kanunu Şerhi I, s.1137-1138; Bu yönde, Alp, Mustafa; Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 Yılı Semineri, s.163; Yarg. 7.HD. 10.11.2015 t. E. 2015/19111, K. 2015/ 22023. Legalbank

maktadır⁵⁰. Rapor sonucuna göre, haklı sebeple bildirim süresiz feshin söz konusu olabilmesi için öncelikle hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olması gerekmektedir, bu da tıp tarafından henüz çaresi kesin olarak bulunmamış hastalık anlamına gelmektedir⁵¹. Hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olup olmadığının tespiti de iş sözleşmesinin fesih tarihi esas alınmak suretiyle belirlenecektir⁵². Bu durumun işçinin kusuru ile olup olmaması herhangi fark yaratmayacaktır⁵³.

Kanımızca, böyle bir durumda işçinin devamsızlığının uzunluğu yani, ne kadar sürdüğü çok önem taşımayacak maddede sözü edilen, sağlık kurulunca saptamanın yapılmasıyla birlikte, işverenin haklı sebeple bildirim süresiz fesih hakkının doğduğu ayrıca maddede belirtilen bekleme süresinde devamsızlık yapma koşulunun aranmayacağı ifade edilebilecektir⁵⁴.

Diğer yandan, 4857 sayılı İK'nun 25/1 de düzenlenmiş olan, işverence işçinin iş sözleşmesinin sağlık kaynaklı haklı sebeple feshedilmesi hakkı incelendiğinde, 4857 sayılı İK'nun eski 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, salt işçinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması durumunda işverene bildirim süresiz fesih hakkı vermediği görülmektedir. 4857 sayılı İK. fesih hakkını, yukarıda açıklandığı üzere tedavi edile-

meyecek nitelikte olan hastalıklar dışında, sadece hastalık sebebi ile ortaya çıkan devamsızlığın belirli bir süreye ulaşılması koşuluyla işverene vermiştir. Bir başka ifade ile, eski 1475 sayılı İK. 17 nci maddesinde işverene işçinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşamayacak derecede tiksinti verici bir hastalığa tutulduğunun anlaşılması durumunda haklı sebeple bildirim süresiz fesih hakkı verirken⁵⁵, 4857 sayılı İK. işverene sadece işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun sağlık kurulunca saptanması durumunda bu hakkı vermiştir.

Buna göre, yakın gelecekte kontrol altına alınacağını umduğumuz ancak uzun yıllar duymaya devam edeceğimizi sandığımız COVID 19 ya da benzer nitelikte bulaşıcılık⁵⁶ özelliğini taşıyan hepatit, verem gibi ciddi hastalıklara yakalanan/testleri pozitif çıkmış olan işçilerin iş sözleşmelerinin, işverence devamsızlıklarının İK. m.25/1 bent I (b) de sözü edilen sürelerle ulaşmadan sırf bu hastalıklara yakalanmaları sebebi ile haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshedilemeyecekleri ifade edilebilecektir. Kanımızca buna aykırı olarak iş sözleşmelerine veya toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümler de geçersiz olacaktır. Yine bunlar gibi, uygulamada sıkça ele alındığı gibi, günümüzde gündemden biraz düşmüş olsa da halk arasında özellikle bir dönem çok korkulmuş olan AIDS hastalığına⁵⁷ yakalanan bir işçinin de iş sözleşmesinin salt bu sebeple haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshedilemeyeceği ancak hastalık sebebi ile oluşacak devamsızlığın İK. m.25/1 bent I (b) de sözü edilen devamsızlık süresine ulaştığında bir haklı sebepten söz edilebileceği ifade edilebilecektir⁵⁸.

Buna karşın, işçinin bulaşıcı ya da normal bir hastalığa yakalanması durumunda işveren ancak işçinin bu söz konusu hastalığa kastından, içkiye düşkünlüğünden ya da derli toplu olmayan

50 Sümer, (Sağlık Sebepleri) s.68; Ergin, s.59

51 "Türlerine göre değişmekle beraber, kanser hastalıkları ile AIDS hastalığı veya çok uzun süreli tedaviyi gerektiren ve sonucunda da kesin bir iyileşme ihtimalinin düşük olduğu hastalıklar, başta şizofreni olmak üzere psikoz grubundan ruhsal hastalıklar bu alt bent kapsamında tedavi edilemeyecek hastalıklardan kabul edilmelidir" Yarg. 9. HD. 09.04.2007 t. E.2006/35881, K.2007/9896, Sümer, (Sağlık Sebepleri), s.69; Mollamahmutoğlu / Astarlı/ Baysal, s.837

52 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.837; Sümer, (Sağlık Sebepleri) s. 68; Ertürk, s. 22-23; Ergin, s.56

53 Sümer, (Sağlık Sebepleri) s.69

54 Bu yönde bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.240; Sümer, (Sağlık Sebepleri) s.68; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/Baysal, s.838; Ergin, s. 62; Yarg. 22. HD. 22.1.2013 t. E. 2012/30004, K. 2013/380; Yarg 9.HD. 21.12.2011 t. E. 2009/31114, K. 2011/49075; Yarg. 9.HD.10.11.2008 t. E.2008/5816, K.2008/30572. Legalbank; Aksi görüş Akçığit, Ercan, Açıklamalı ve İçtihadı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007, s. 137; Yargıtay 7. HD., E. 2015/36349, K. 2016/2630, T.10.2.2016. Legalbank

55 Bkz. Ertürk, s.6

56 Hastalığın bulaşıcı olması, başka kimselere geçmesi ihtimali bulunmasını ifade eder. Ertürk, s.6

57 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertürk, s.7 vd.

58 Ertürk, s.22

yaşayışından ötürü yakalanmış olduğunu iddia ve ispat edilebiliyorsa devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi durumunda işçinin iş sözleşmesi haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshedilebilecektir. Aksi halde 25/1 bent I-(b) deki sürelerle tabi olacak, salt hastalık haklı sebeple bildirim süresiz fesih sebebi olamayacaktır.

3. İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Sonucu Ortaya Çıkan Devamsızlığın Haklı Bir Sebep Olarak Kabul Edilmesi Durumunda Fesihte Uyulması Gereken Prosedür

İş sözleşmesinin feshinde uyulması gereken usule ilişkin olarak sadece İK'nun 19 uncu maddesinde bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu bu düzenleme uyarınca, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorunda olacak ve hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya yetersizliği ile ilgili nedenlerle feshedemeyecektir. Ancak, yine madde uyarınca, işverenin İK'nun 25 inci maddesinin (II) numaralı bendi uyarınca ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri şartlarına uygun fesih hakkı saklı olacaktır.

Söz konusu madde hükmünden hareketle uygulamada Yargıtay, yazılı şeklin, açıklık, aleniyet ve ispat fonksiyonu haiz olduğunu belirttiikten sonra, iş sözleşmesinin feshinde yazılı şeklin İK'nun 18'inci maddesi uyarınca yapılacak fesihler için geçerlilik şartı olarak aranacağını, buna karşılık, aynı Kanun'un 25 inci maddesinde öngörülen işverenin haklı sebeple bildirim süresiz feshinde yazılı şekil şartı aranmadığını ifade etmektedir. Yargıtay'a göre, fesih sebebini yazılı fesih bildirim ile belirtme zorunluluğu, sadece aşağıda açıkladığımız iş güvencesi kapsamı içindeki işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli sebeple bildirim süreli olarak feshinde söz konusu olacaktır⁵⁹. Oysa kanımızca, her iki fesih türünde

de ortaya çıkacak ciddi hukuki sonuçlar dikkate alındığında feshin yazılı olması ve ahlaka aykırı haller ve benzerlerine ilişkin sebeplerle ile yapılacak bildirim süresiz fesihlerde işçinin yazılı savunmasının aranması daha yerinde olurdu⁶⁰.

Yargıtay görüşü doğrultusunda, hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkan devamsızlığın veya işçinin tedavi edilemeyecek durumda olduğunu gösteren bir sağlık kurulu raporunun İK.m.25/1 uyarınca, bir haklı sebep oluşturması durumunda işveren işçinin iş sözleşmesini bildirim süresiz olarak sözlü veya yazılı feshedebilecektir⁶¹. Feshin sözlü olarak yapılmış olması, feshin geçerliliğini ya da haklılığını herhangi bir şekilde etkilemeyecektir.

İK'nun 19 uncu maddesinde savunma almayla ilişkin olarak sadece 25 inci maddenin (II) numaralı bendinin saklı tutulmasından hareketle, 25 inci maddenin diğer bentleri uyarınca yapılacak bildirim süresiz fesihlerde işçiden savunma alınmasının gerekip gerekmeyeceği, bir başka ifade ile işverenin işçinin iş sözleşmesini 25/1 bent I uyarınca haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshinde, fesihten önce işçinin savunmasının alınıp alınmaması gerektiği hususunda doktrinde ve Yargıtay uygulamasında farklı görüşlerle karşılaşmıştır. Buna göre, doktrinde bizim de katıldığımız üzere bir kısım yazar 25 inci maddenin birinci fıkrasının bent I (b) fıkrası kapsamında yapılan haklı sebeple bildirim süresiz fesihte, maddenin son fıkrasından⁶² açıkça anlaşıldığı üzere, işçiden savunma alınmasının gerekmediğini savunurken⁶³, bir kısım yazar da bu durumda işçi-

Yarg. 9. HD. 27.10.2008 t. E.2008/2898, K. 2008/ 28913. Legalbank

60 Bu yönde Süzek, s.694; KAR, s.138-139; Mollamahmuttoğlu/Astarlı/Baysal, s.1030-1031

61 Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.240; Yarg. 9. HD. 27.10.2008 t. E.2008/2898, K. 2008/28913. Legalbank

62 "İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir." İK.m.25/son

63 Süzek, s.693-694; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.660-661; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s.240; Ergin, s.63 Yanğın, Dulay Dilek;"İş Sözleşmesinin İş Kanunu Md.25/1,b Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının

59 Yarg. 22. HD. 12.05.2014 t. E.2014/11693, K.2014/12407;

den savunma alınması gerektiğini belirtmiştir⁶⁴. Yargıtay da birçok kararında 25 inci maddenin birinci fıkrasının bent I (b) fıkrası kapsamında yapılan haklı sebeple bildirim süresiz fesihte işçiden savunma alınmasının gerekmediğini ifade ederken⁶⁵, bazı kararlarında ise aksi yönde görüş bildirmiştir⁶⁶.

Konuya ilişkin tartışmaya Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 19.10.2018 tarihinde vermiş olduğu İçtihadı Birleştirme Kararı ile son noktayı koymuş ve 4857 sayılı İK.'nun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının bent I-(b) fıkrası geçince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle yapılan bildirim süresiz fesihlerde, işçiden savunma alınmasının gerekmediğine karar vermiştir⁶⁷. Kararda, işçinin sağlık sebeplerinden kaynaklanan bekleme süresini aşan işe devamsızlığında, fesihden önce işçiden istenilecek savunmanın gerek işçi gerekse işveren yönünden bir önemi bulunmadığı, haklı sebebi doğuran olayın, bu devamsızlığın bildirim süresine eklenecek altı haftayı aşması olduğu, işçinin bekleme süresini aşan bu işe devamsızlığın fiili bir durum teşkil ettiği belirtilmiştir. Kanımızca aynı kural 4857 sayılı İK.'nun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının bent I-(a) fıkrasında sözü edilen devamsızlık durumunda da geçerli olacak, fesihden önce işçiden yazılı savunma alınması gerekmeyecektir⁶⁸.

Diğer yandan, İK.'nun 26 ncı maddesi uyarınca sadece 25 inci maddede gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işverence yapılacak fesihlerde söz konusu olacak zamanaşımı süresi de, 25/1 bent I uyarınca

yapılacak haklı sebeple bildirim süresiz fesihlerde söz konusu olmayacaktır. Ancak kanımızca, burada kanuni bir süre sınırlaması bulunmamasına rağmen, İK. m. 25/1 bent I şartlarının oluşmasından ve bu şartların sona ermesinden, kısacası işçinin işe dönmesinden itibaren her olayın kendine özgü özellikleri dikkate alınarak tespit edilebilecek uzun bir süre geçmesi durumunda yapılan feshin haksız bir fesih olduğu ifade edilebilecektir. Burada da fesih hakkının, aşağıda sözü edilecek olan iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli sebepte feshinde söz konusu olacak olan makul bir süre içinde kullanılması gerektiği ifade edilebilecektir.

C - İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Durumunda Ortaya Çıkan Devamsızlık ve Sonrasındaki Performans Düşüklüğü Sebebiyle İK. m.17 Uyarınca Yapılabilecek Bildirim Süreli Fesih

1. Genel Olarak

4857 sayılı İK. uyarınca bildirimli fesih, kanun kapsamına giren sadece niteliği itibariyle otuz günden çok devam eden sürekli işlere ilişkin belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından söz konusu olabilecek ve usulüne uygun bir bildirimli fesih kural olarak Kanun'da öngörülen bildirim sürelerine uyulması suretiyle yapılabilecektir. Bu anlamda, bildirimli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmesini, belirli bir bildirim süresine uymak koşuluyla, bu sürenin bitiminde sona erdiren tek yanlı bir irade beyanı⁶⁹ olarak tanımlanabilecektir. Bildirimli fesih hakkı, dayandığı esaslar itibariyle, her zaman kullanılabilen bir hak olarak kabul edilmiş, fesih hakkının kullanımı herhangi bir hak düşürücü süreye bağlı tutulmamıştır.

Bu hak belirsiz süreli iş sözleşmesi devam ettiği sürece mevcut olup her an kullanılabilir.

Alınması Gerekli midir? (Karar İncelemesi)", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, 2017, s.2052

64 Ulucan, s.76

65 Yarg. 9.HD. 19.06.2006 t. E.2006/13620, K.2006/17779; Yarg.22. HD. 11.6.2013 t. , E:2013/10035 K:2013/ 14132; Yarg. 9. HD. 06.02.2006, E.2006/1129, K.2006/2424. Legalbank

66 Yarg. 9.HD. 31.10.2016 t., E.2015/35476, K.2016/18795. Legalbank

67 Yarg. İBBGKK. 19.10.2018 t.E. 2017/9, K. 2018/10. RG. 09.05.2019 t. Sayı: 30769

68 Tolu, Hazal; İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 100-101

69 Bildirim süreli fesih hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.504 vd.; Keser, s.21 vd.; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.484 vd.; Mollamahmutoğlu, s. 656 vd.

cektir⁷⁰. Bu anlamda, bildirim süreli fesih hakkı taraflar açısından belirsiz süreli iş sözleşmesi yapmakla doğan⁷¹ tek taraflı olarak kullanılabilen ve iş sözleşmesini sona erdirdiği için de karşı tarafa yöneltilmesi gereken bozucu yenilik doğuran nitelikte olan bir haktır⁷². Fesih bildirim, bozucu yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirim geçerli değildir⁷³.

Bildirimli fesihte bildirim süreleri İK. m.17 de düzenlenmiştir. İK. m.17 uyarınca, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinde durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekecek ve iş sözleşmeleri; işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra sona erecektir. Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir. Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.

Ayrıca, İK. m.27 uyarınca, bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermek zorundadır. Buna göre, iş arama izninin süresi günde iki saatten az

olamayacak ve işçi isterse iş arama izni saatlerini birleştirerek toplu kullanabilecektir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorunda olacaktır. Buna karşılık, işveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödeyecektir. Yine, işveren, iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini de yüzde yüz zamlı ödemek zorunda kalacaktır⁷⁴ (m.27/3).

2. İş Güvencesi Kapsamında Olan İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Durumunda Ortaya Çıkan Devamsızlık ve Sonrasındaki Performans Düşüklüğü Sebebi ile İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshi

a- İş Güvencesi Kapsamındaki İşçi Kavramı

4857 sayılı İK'nun 18 inci maddesinde "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda" olduğunu belirten bir ifade yer almaktadır. Yine aynı maddenin son fıkrası uyarınca da bu kuralın işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarını ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiye işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir⁷⁵.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirim süreli fesih ile feshedilmesinde, geçerli sebep aranması zorunluluğu Türk İş Hukuku sisteminde iş güvencesi olarak ifade edilmiştir. Buna göre, bir işçiye iş güvencesi kapsamındaki

70 Oğuzman, M.Kemal: Türkiye'de İşçi ve İşveren İlişkileri, B.3, İstanbul, 1984 s. 168; Mollamahmutoğlu, s. 525

71 Oğuzman, s. 167; Süzek, Sarper; İş Hukuku, 4. Basım, İstanbul 2008, s.456 vd.

72 Yarg. 7. HD. 15.01.2014 t. E.2013/15874, K.2014/310, Yarg. 9. HD. 05.04.2012 t. E.2010/5187, K.2012/11539, Yarg. 9. HD. 19.04.2012 t.E.2010/5854, K.2012/13856. Legalbank; Oğuzman, s.167; Mollamahmutoğlu, s.523-524

73 Yarg. 7. HD. 15.01.2014 t. E.2013/15874, K.2014/310, Yarg. 9. HD. 19.04.2012 t.E.2010/5854, K.2012/13856, Yarg. 9. HD. 05.04.2012 t. E.2010/5187, K.2012/11539. Legalbank

74 Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.513-517; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.490-491

75 İş güvencesi ve koşulları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s.533; Centel, s.11 vd.; Keser, s.69 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.507 vd.

bir işçi denilebilmesi için bir başka ifadeyle, işçinin iş sözleşmesinin işverence bildirimli fesihle sona erdirilmesinde “geçerli sebep” aranması için, işçinin, İK. kapsamında olan, işçi sayısının en az otuz olduğu bir işyerinde, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile en az altı aydan beri çalışıyor olması ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden veya işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda olmaması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir⁷⁶.

İş güvencesi kapsamında olup da iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurabilecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde ise, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ise, ret kararı taraflara resen tebliğ edilecektir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren işçi iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilecektir. Arabulucuya başvurma süresi fesih bildirimünün tebliği tarihinden itibaren başlayacaktır. Sözü edilen süreler, zamanaşımı süreleri olmayıp hak düşürücü sürelerdir. Bu sebeple, ilgili tarafın talepte bulunmasına gerek olmaksızın hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulacaktır.

b- Geçerli Sebep Kavramı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 4857 sayılı İK. 25 inci maddesinde işverenin haklı sebeple fesih

hakkını düzenlemesinin yanında, iş güvencesi kapsamındaki işçiler açısından da 18 inci maddesinde geçerli bir sebeple fesihten söz etmektedir. Açıkça anlaşılmaktadır ki, geçerli sebep ve haklı sebep kavramları İş Kanunu’na göre farklı anlamlar ifade etmektedirler⁷⁷.

İş güvencesi kapsamında olan bir işçinin, iş sözleşmesinin bildirimli feshinde dayanılabilecek geçerli sebeplerin neler olabileceği İş Kanunu’nda ayrıntılı olarak belirtilmemiştir. Niteliği itibariyle geçerli sebeplerin neler olduğunun ayrıntılı ve somut olaylara yönelik olarak düzenlenmesinin mümkün olmaması yanında, böyle bir kanuni düzenlemenin isabetli olmayacağı doktrinde de ifade edilmiştir⁷⁸.

4857 sayılı İK.’nun gerekçesinde de açıklandığı üzere, geçerli sebep, İK.’nun 25 inci maddesinde belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen durumları ifade etmektedir. Bir başka deyişle işçinin iş görme borcunu, işçinin kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan nedenlerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler “geçerli sebep” olarak kabul edilecektir. Ortaya çıkan bu geçerli sebepler sonucunda, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda da feshin söz konusu bu geçerli sebeplere dayanılarak yapılmış olduğu ifade edilebilecektir. Görüldüğü üzere getirilen sistem, işverenin fesih hakkını, İş Kanunu’nun 25 inci maddesinde sözü edilen haklı sebeplerin olmadığı durumlarda, “geçerli bir sebep oluşuncaya kadar” sınırlamak-

76 “İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.” İK.m.2

77 Haklı sebep-geçerli sebep ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keser, s. 64 vd.; Centel s.72 vd. Süzek Sarper; İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, 565 vd.; Odaman, Serkan, Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayrımı, Kamu-İş, C.7, S.2, (Prof. Dr. Kâmil Turan’a Armağan), 587 vd.; Alpagut (Haklı-Geçerli Sebep Ayrımı) s.71-84

78 Ekmekçi, Ömer;4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulamalar Sorunları Üzerine, Mercek Ekim 2002, Y:7, S:28 s.96-101

tadır⁷⁹.

İş Kanunu'nda geçerli sebeplere ilişkin olarak katı, somut tanımlamalar yapılmaması, ortaya çıkan uyuşmazlığın kendine has niteliğinin, özelliklerinin, ortaya çıkış şeklinin, uyuşmazlığı inceleyen hâkim tarafından hak ve nispet esasları çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Buna göre, her uyuşmazlık açısından bir sebebin geçerli sebep olarak kabul edilip edilemeyeceği farklılık gösterebilecek, hâkim takdir yetkisi kullanacaktır. Geçerli sebebi, haklı sebepten ayıran en belirgin özellik de budur. Zira İş Kanunu'nun 25 inci maddesinde sözü edilen işverence işçinin iş sözleşmesinin feshinde dayanılabilecek olan "haklı sebebin" varlığı durumunda, hâkimin takdir yetkisine gerek bulunmamaktadır. Bu anlamda, belirli olguların, davranışların herhangi bir şüpheye yer bırakılmayacak tarzda İK'da haklı sebep olarak tanımlanmış olduğu hallerde, artık bu davranışın etkilerinin, feshi gerektirip gerektirmediğinin hâkim tarafından değerlendirilmesine gerek bulunmamakta, yargılama aşamasında bu olgunun, davranışın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yeterli olmaktadır⁸⁰.

İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinde geçerli bir sebebin varlığının aranması, ortaya çıkan durumun öncelikle işveren tarafından değerlendirilmesini gerektirmektedir. İşçinin davranışı veya ortaya çıkan olgu, iş sözleşmesi tarafları arasında bulunması gereken güven temelini çökertecek ağırlıkta olmayıp, iş ilişkisinin devamını tam anlamıyla çekilmez hale getirmeyecek nitelikte olmasına karşın, yine de işin normal işleyişini bozuyorsa, işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkiliyor ve bu sebeple işverenden iş ilişkisine devamı makul ölçüler içinde beklenemiyorsa İK. 18/1 uyarınca geçerli bir sebepten söz edilebilecektir⁸¹.

79 Kar, Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması, (2008 Yılı Emsal Kararları İle), Ankara 2009; s. 235

80 Alpagut, (Haklı-Geçerli Sebep Ayrımı) s. 80

81 Yarg. 9. HD. 01.07.2010 t. E. 2009/24402 K. 2010/21299. Legalbank

c- Hastalanarak Rapor Alma Sonucu Ortaya Çıkan Devamsızlık ve Sonrasındaki Performans Düşüklüğünün İş Güvencesi Kapsamındaki Bir İşçinin İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Bir Sebep Olarak Kabul Edilmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 4857 sayılı İK'nun 18 inci maddesinde "Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda" olduğunu belirten bir ifade yer almaktadır. Bir başka ifade ile, İK. üç tür geçerli sebepten söz etmektedir. Bunlar; işçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli sebepler, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler ve işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebeplerdir.

İşçinin hastalanarak rapor almasının ve buna dayanarak devamsızlık yapmasının ya da hastalık sebebi ile veriminin düşmesinin sözü edilen bu geçerli sebeplerden hangisine ya da hangilerine girebileceği düşünüldüğünde, bu durumun işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden ve işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler içerisinde değerlendirilemeyeceği açıkça görülmektedir. Buna karşın, söz konusu durumun İK'daki ifadesi ile "işçinin yeterliliğinden" kaynaklanan bir geçerli sebep olarak değerlendirilebilmesi mümkün olabilecektir. Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda, işçinin sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesinin, işçinin davranışlarından kaynaklanan bir geçerli sebep olduğunu ifade etse de kanımızca işçinin hastalanarak rapor alması ve buna dayanarak devamsızlık yapması ya da hastalık sebebi ile veriminin düşmesi işçinin davranışları ile değil, yetersizliği ile ilişkilendirilebilecektir⁸². Zira bu durum işçinin yapmaktan kaçınabileceği bir fiil değildir⁸³.

82 Bu yönde Sümer, (Sağlık Sebepleri) s.70

83 Ulucan, Devrim, İş Güvencesi, 2.B., İstanbul 2003, 46; Sümer, (Sağlık Sebepleri) s.70; Centel, s.85

İK'nun "feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlıklı 18 inci maddesi, iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin dayanmak zorunda olduğu geçerli sebepleri sayarken, ilk olarak işçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli sebeplerden söz etmiştir. Maddede sözü edilen ve iş güvencesi kapsamında olan işçinin iş sözleşmesinin feshinde dayanılması zorunluluğu bulunan, işçinin yeterliliğinin, işçinin yetersizliği olarak anlaşılması uygun olacaktır. Nitekim madde gerekçesinde de işçinin yetersizliğinden söz edilmektedir.

Yetersizlik, genel olarak belli bir fonksiyonun yeterli olmaması durumunu ifade eden bir kavramdır⁸⁴. Yeterlilik ise, bir olgunun gerçekleşmesi için gereken şartların sağlanmış olması durumudur. Yine bir başka ifade ile, yeterlilik, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerilerdir. Bir başka deyişle belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceriyi, kısaca donanımı vurgular⁸⁵.

İş hukuku açısından bakıldığında ise, yetersizlik işçinin işverence kendisinden beklenen beceriyi, performansı göstermemesi durumunu, yeterlilik ise, işçinin ilgili işyerinde çalışabilmesi için aranan profile sahip olmasını ifade etmektedir. İş Kanunu'nun gerekçesinde yetersizlik olarak algılanabilecek birçok durum sayılmakla birlikte, uygulamada işçinin yetersizliğinin iki şekilde ortaya çıkabileceği ifade edilebilecektir. Bunlardan ilki, işçinin fiziki yetersizliği diğeri ise, işçinin mesleki yetersizliğidir. İşçinin fiziki yetersizliği denildiğinde işçinin sağlık durumu, kapasitesi, eğitimi, yaşı gibi unsurlardan kaynaklanan yetersizlik anlaşılabilir. Mesleki yetersizlik ise, işçinin performans ve verim düşüklüğünü

ifade etmektedir⁸⁶.

İK'nun 18 inci maddesinin gerekçesinde, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerden söz edilerek, bu sebeplere örnek olarak; işçinin ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışması; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olması, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmaması; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanması; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalığa yakalanması, uyum yetersizliği göstermesi gibi haller gösterilmiştir⁸⁷.

Çalışmamız kapsamında düşünüldüğünde, işçinin hastalanarak sık sık rapor alması, bunun sonucunda devamsızlık yapması veya rapor sonrasında performans düşüklüğü yaşaması, işçinin sağlık problemleri sonucu ortaya çıkan fiziki bir yetersizlik olarak değerlendirildiği takdirde, iş sözleşmesinin feshinde dayanılabilecek bir geçerli sebebin varlığından söz edilebilecektir. Sağlık bilindiği üzere, insan hayatında en önem taşıyan konudur. Sağlık genel tanımıyla kişinin bedeninde hastalık ve sakatlık durumunun veya hastalık yapıcı bir etkenin bulunmaması durumudur. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre ise, sağlık, yalnızca hasta veya sakat olmamak değil beden, ruhen ve sosyal yönlerden tam bir iyilik halidir. Ruhsal sağlık, kişinin yaşına ve konumuna uygun olarak nerede nasıl davranacağını bilmesi durumudur.

Ruhsal, sosyal ve bedensel sağlık, çalışma hayatı ile de çok yakın bir ilişki içerisindedir. Zira, kişilerin beden, ruhen veya sosyal açıdan sağlık problemlerine sahip olmaları onların çalışma ilişkilerini, performanslarını ve verimlerini doğrudan etkileyebilmekte hatta çalışma ilişkileri-

84 Bu yönde bkz. Kabakçı, Mahmut; Geçerli Fesih Sebebi Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul 2012, s. 19; Centel, s.84

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

86 Kar, s. 345; Süzek, s.552

87 Yarg. 9. HD. 03.06.2008 t. E. 2007/37515 K. 2008/13801, Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/35818, K. 2008/ 11433, Yarg. 9. HD.08.04.2008 t. E. 2007/27829, K. 2008/7831, Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/35818, K. 2008/11433, Yarg. 9. HD. 18.03.2008 t. E. 2007/27584, K. 2008/53272. Legalbank

nin sona ermesine sebebiyet verebilmektedir. Aslında prensip olarak düşünülürken, işçinin iş sözleşmesinin sağlığı ile ilgili bir sebepten ötürü feshedilmesinin, işçinin kişilik haklarına aykırı olacağı ifade edilebileceği gibi, böyle bir durumda ayrımcılıktan da söz edilebilecektir.

Ancak bazı hallerde, işçinin sağlığından kaynaklanan bedensel elverişsizliğin doktor raporu ile tespit edilmesi ya da yine işçinin sağlığından kaynaklanan sık devamsızlık hallerinin ortaya çıkmasının, işletmenin işleyişi bakımından somut olumsuz sonuçlar doğurması, işveren açısından feshi zorunlu hale getirebilecektir. Fakat böyle bir durumda dahi, feshin asıl sebebi işçinin sağlık problemleri olması ve dolayısı ile sık sık rapor alması olmayıp, bunun işletmenin işleyişini olumsuz yönde etkilemesi olacaktır.

Bu anlamda, işçinin hastalanarak sık sık rapor alması sonucunda, bu durumun işveren tarafından önceden öngörülememesi, dolayısı ile önlem alınmaması, bu sebeple işlerin aksaması, kısa sürelerle sık sık rapor alan bir işçinin yerine yeni bir işçi alınmasının mümkün olmaması gibi sonuçların ortaya çıkacağı ve bunun işletmenin organizasyonunu olumsuz yönde etkileyeceği kabul edilebilecektir. Bu yüzden, işveren tarafından bir anlamda zorunlu olarak feshin gündeme getirilmesi halinde, kişilik haklarına aykırılıktan ve ayrımcılıktan söz edilemeyecektir⁸⁸. Ancak bu tür durumlarda dahi, yukarıda da ifade edildiği üzere, her olayın kendine özgü özelliklerinin, örneğin işyerinde çalışan toplam işçi sayısının, yapılan devamsızlığın süresinin, devamsızlığın organizasyona etkisinin, devamsızlığın tolere edilip edilemeyeceğinin dikkatte alınarak feshin imkân verebilecek geçerli bir sebebin olup olma-

dığı değerlendirilmelidir.

Hastalığa bağlı devamsızlık, performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebilmesi için bu durumun işyerinde önemli olumsuzluklara ve aksaklıklara sebep olması, işverenin işletme ile ilgili menfaatlerinin önemli ölçüde ihlal edilmiş olması da gerekmektedir⁸⁹. Nitekim, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilecekler, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilebilecektir⁹⁰. Bunun için, fesih anında işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması⁹¹, işçinin yetersizliğinin, işletmenin normal işleyişinde somut olarak aksaklık ve bozulmalara sebebiyet vermesi ve işçinin yetersizliğinin doğurduğu üretim aksaklığının ilave masrafı doğurmayan tedbirlerle giderilemez olması gerekmektedir⁹². Kanımızca, Kanun'un düzenleniş şekli ve gerekçesi bu tür bir yorumu zorunlu hale getirmekte, salt devamsızlık sebebi ile iş sözleşmesinin işveren tarafından bir anlamda cezalandırma şeklinde feshedilmesinde, bunun geçerli bir sebep olarak kabul edilemeyeceği ifade edilebilecektir. Bu anlamda, geçerli sebebin varlığının tespitinde, işverenin iş ilişkisini sona erdirmek ve işçinin çalışmaya devam etmek yönündeki menfaatlerinin mukayese edilmesi gerekmekte, bu mukayese sonucunda da işverenin menfaatlerinin işçininkine oranla daha ağır basmasının aranması ge-

88 Nitekim, ATAD (Avrupa Topluluğu Adalet Divanı)'nın 11 Temmuz 2006 tarih ve 2006/C224/15 numaralı kararında da, özürsüzlük temelinde ayrımcılığın yasak olduğu, hastalık temelinde işten çıkarmanın, 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi bakımından özürsüzlük temelinde işten çıkarma sayılmayacağı ifade edilmektedir. Karar incelemesi için bkz. Aktekin, Şeyda; Hastalık Nedeniyle İşten Çıkarma Özürsüzlük Temelinde Ayrımcılık Yasağına Aykırılık Teşkil Eder mi?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007 Sayı: 6, s.233 - 238

89 Süzek, s.554; Yarg. 9. HD. 18.03.2008 t. E. 2007/27584, K. 2008/5327. Legalbank

90 Yarg. 9. HD., 18.06.2007 t., E.2007/9567 K. 2007/19231. Legalbank, KAR, s.260

91 Yarg. 9. HD. 03.06.2008 t. E. 2007/37515 K. 2008/13801, Yarg. 9. HD.08.04.2008 t. E. 2007/27829, K. 2008/7831, Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/35818, K. 2008/11433. Legalbank

92 Yarg. 9. HD. 03.06.2008 t. E. 2007/37515 K. 2008/13801, Yarg. 9. HD.08.04.2008 t. E. 2007/27829, K. 2008/7831, Yarg. 9. HD. 18.03.2008 t. E. 2007/27584, K. 2008/5327. Legalbank

rekecektir⁹³. Bu hususta genel bir ölçü vermek yerine somut olayın özellikleri dikkate alınarak inceleme yapılması uygun olacaktır⁹⁴.

Uygulamada Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin zaman zaman vermiş olduğu kararlarda, işçinin hizmet süresine göre sık sık rapor alarak devamsızlık yapmasının, yapmakta olduğu iş göz önüne alındığında işin aksamasına, iş akışının bozulmasına, işyerinde olumsuzlukların ortaya çıkmasına neden olacağına açık bir olgu olduğu ve işverenin buna katlanamayacağına açık olduğu şeklinde görüş bildirdikleri görülmektedir. Buna gerekçe olarak da İş Kanunu'nun gerekçesinde sık sık hastalanmanın yeterlilikten kaynaklanan bir geçerli sebep olarak örnek kabilinden sayılmasının, kanun koyucu tarafından da devamsızlığın işyerinde olumsuzluklara yol açtığına kabul edildiğini gösterdiğini ifade etmektedirler⁹⁵.

Mantıksal bir çıkarımla verilen bu kararlar ilk bakışta yerinde gibi görülse de kanımızca rapor alınarak devamsızlık yapılması her bir işçi ve her bir işyeri açısından aynı sonucu doğurmayacaktır. Nitekim çok sık rapor alan ve devamsızlık yapan bir işçi, diğer zamanlarda bu açığını kapatabileceği gibi, büyük ve çok sayıda işçi çalıştıran bir işletmede sık sık rapor alan bir işçinin her zaman işin akışını bozduğu ve bir zarara sebebiyet verdiği iddia edilemeyecektir⁹⁶. Burada işçinin yaptığı iş ve işyerindeki konumu, işyerinin büyüklüğü/ küçüklüğü, devamsızlığın etkisinin diğer işçilere aşırı yük yüklenmeden azaltılıp azaltılmadığı, işçinin kıdemi gibi hususlar büyük önem taşımaktadır⁹⁷.

Bunun gibi, belirli bir dönemde ortaya çıkan bu durum geçici de olabilecek, işçi sağlığına kavuşabilecektir. Bu anlamda, kanımızca işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerin varlığı, rapor sonucu ortaya çıkan devamsızlığın ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda ve hatta daha somut olarak Yargıtay'ın bazı kararlarında belirtildiği üzere işçinin hastalığı sebebi ile devamsızlığının uzaması sonucu organizasyonda sorun yaşanması, hastalığı sebebiyle çalışamayan işçinin yerine başka bir işçi istihdam etme zorunluluğunun ortaya çıkması durumunda⁹⁸ kabul edilebilecektir. Bu anlamda iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebepten söz edilebilmesi için, mantıksal çıkarımdan ziyade söz konusu devamsızlığın ortaya çıkardığı sonuçların işçinin samimiyeti ve sağlık durumu da dikkate alınarak, her bir uyumsuzluk için verilerin ayrı ayrı incelenmesi ve belgelenmesi gerekecektir.

Diğer yandan, işçinin sık sık hastalanması ya da çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını etkileyen bir hastalığa yakalanması ve devamsızlık yapması durumunun işçinin yetersizliğinden doğan geçerli bir fesih sebebi olarak değerlendirilebilmesi için, bu durumun ne kadarlık bir süreye ilişkin olması gerektiği hususu da önem taşımaktadır.

Bu anlamda, işçinin performans ve verim düşüklüğünün hastalığından / devamsızlığından ileri gelmesi ve bunun hastalığa bağlı işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilebilmesi için, hastalığa/devamsızlığa bağlı verim düşüklüğünün öncelikle iş sözleşmesinin feshi anında tespit edilebilir olması ve bu durumun işçinin verim düşüklüğünün gelecekte de devam edeceğine dair bir tahmini haklı kılması gerekmektedir⁹⁹. Bir başka ifade ile, hastalığın ya

93 Bu yönde Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.536

94 Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/35818, K. 2008/11433. Legalbank

95 İzmir Bam. 3. HD. 14.02.2020 t. E.2019/2789, K.2020/171; İstanbul Bam 25. HD. 25.05.2017 t. E. 2017/90, K.2017/374; Yarg. 9. HD. 14.01.2013 t. E.2012/22940, K.2013/117; Yarg. 22.HD. 28.01.2013 t. E.2013/ 590, K.2013/1158. Legalbank

96 Devamsızlık hallerinin işyerine veya işletmeye zarar verecek nitelikte olup olmadığının ayrıca araştırılmak zorunda olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. Centel, s. 90

97 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.536

98 Yarg. 22.HD. 23.05.2016 t. E.2015/10393, K. 2016/14787. Yarg. 9. HD. 09.04.2007 t. E. 2006/35881, K. 2007/9896. Legalbank

99 Bu yönde bkz. Centel, s.85 ve 90

da hastalıktan kaynaklanan devamsızlığın ortaya çıkarmış olduğu verim düşüklüğünün, yetersizliğin, arızı geçici nitelikte olmadığına görülebilir olması ve yetersizliğin işyerinin normal işleyişini bozması ve iş görme borcunun gerektiği şekilde ifasını engellemesi gerekmektedir¹⁰⁰. Hastalığın artık bittiği bunun sonucunda da devamsızlık sebebinin ortadan kalktığına anlaşılması durumunda geçerli sebebin varlığından söz edilemeyecektir¹⁰¹

Bu anlamda, iş sözleşmesinin işçinin devamsızlığa ya da performans düşüklüğüne sebebiyet veren hastalık kaynaklı fiziki yetersizliği nedeniyle geçerli bir sebeple feshedilebilmesi için, işçinin iş edimini yerine getirmesi için sahip olması gereken fiziki özelliklerindeki eksiklik ve yoksunluğun, iş sözleşmesinin feshi anında mevcut olması ve işçinin iş edimini usulüne uygun bir şekilde ifası için kısa sürede doktor, terapist, psikolog, antrenör vs.nin yardımıyla bu özelliklere yeniden kavuşabilmesinin mümkün görülmemesi gerekmektedir¹⁰². Görüldüğü üzere, her somut olayda değişebilecek olan bu durumlara ilişkin değerlendirmenin çok ciddi bir şekilde yapılması gerekmektedir. Ayrıca, ortaya çıkan devamsızlıkların işçinin işi yapmasından beklenen ekonomik değeri yaratmayacak yoğunlukta olması da önem taşımaktadır¹⁰³. Aralıklı sağlık raporlarının toplam süresi, Kanun'un 17 nci maddesinde düzenlenen bildirim süreleri içinde kalsa bile, bu durum işyerinde olumsuzluklara neden olmuş ise, işçinin iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilecektir¹⁰⁴. Uygulamada Yargıtay kararlarında, daha çok, yüksek rapor gün sayılarının ön plana çıkarılarak karar verildiği görülmektedir¹⁰⁵.

100 Yarg. 9. HD. 18.03.2008 t. E. 2007/27584, K. 2008/5327. Legalbank; Mollamahmutoğlu/Astarlı/ Baysal, s. 989

101 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.538

102 Yarg. 9. HD. 03.06.2008 t. E. 2007/37515 K. 2008/13801, Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/35818, K. 2008/11433, Yarg. 9. HD.08.04.2008 t. E. 2007/27829, K. 2008/7831. Legalbank

103 Baysal, s.58; Centel, s.90

104 Yarg. İBBGKK. 19.10.2018 t. E. 2017/9, K. 2018/10. RG. 09.05.2019 t. Sayı: 30769

105 "...İşçinin 2010 yılında kanuni izin dışında 29 gün, 2011 yıllı ilk 6 ayında 83 gün rapor kullanıldığının tes-

Yukarıda da ifade edildiği üzere, İK. m.18/3-f uyarınca, hastalık veya kaza nedeniyle İK. m.25/l-bent 1-b'de öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık ise, kural olarak işçinin fiziki yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebep sayılamayacaktır. Ancak bilindiği üzere, burada sözü edilen bekleme süresi içindeki devamsızlık, tek parça rapora dayalı olarak kısacası bir defada alınan uzun süreli rapora ilişkin devamsızlıktır¹⁰⁶. Bu tek rapora dayalı süre dolmadan, iş sözleşmesi İK. m.25/l-b uyarınca bildirim süresiz feshedilemeyeceği gibi, geçerli sebebin varlığından söz edilerek m.17 uyarınca bildirim süresine kadar da feshedilemeyecektir.

Ancak doktrinde aksi görüşler¹⁰⁷ de bulunmasına karşın, kanımızca sözünü ettiğimiz işçinin sık sık hastalanması ya da çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını etkileyen bir hastalığa yakalanması durumunun, işçinin sağlık problemleri sonucu ortaya çıkan bir yetersizlik olarak değerlendirilebilmesi ve bunun geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilebilmesi için, bu durumun İK. m.25/l-bent 1-b'de öngörülen bekleme süresini aşması şart değildir. Bir başka ifade ile, sık sık rapor alınarak yapılan devamsızlıkta İK. m.25/l-bent 1-b de sözü edilen bekleme süresinin aranmasına gerek yoktur. İK'nun 18/3.f bendindeki geçersizlik bir kez/tek parça rapor alma halinde bekleme süresi içinde fesih söz konusudur¹⁰⁸.

Aynı şekilde, sağlık nedenleriyle sık sık rapor

pit edilmesi..." Yarg. 22. HD. 26.06.2012 t.E.2011/18439, K.2012/14620; "...İşçinin 14.02.2012-26.07.2012 tarihleri arası bir kısmı aynı bir kısmı farklı rahatsızlıklara ilişkin 8 ayrı raporla toplam 76 gün rapor kullanmış olması..." Yarg. 9. HD. 02.06.2014 t. E.2014/14918, K.2014/17763; "...2012/1 inci ay ile 2013/3 ay arasında farklı farklı branşlardan toplam 43 gün rapor kullanması..." Yarg. 9. HD. 02.03.2015 t. E.2015/3531, K.2015/8561. Legalbank

106 Bu yönde bkz. Centel, s.89

107 Süzek, s.554; "Alman hukukunda kabul edilen altı haftalık sürenin Türk Hukuku bakımından uygulanmasının yerinde olduğu yönünde" bkz. EKONOMİ, Münir, Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren, Özel Sayı, Mart 2003, s.9.

108 Sümer, (Sağlık Sebepleri) s.71; Yarg. 9. HD. 14.01.2013 t. E.2012/22940, K.2013/117. Legalbank

almak, sık sık hastalanmak, İK. m.25/1-bent 1-a da belirtilen sebeplerden kaynaklanarak¹⁰⁹ fıkrada belirtilen devamsızlık sürelerine ulaşmasa da, işçinin devamsızlığı, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilediği veya iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte ve sıklıkta olduğu takdirde, bu durum da işçinin iş sözleşmesinin bildirim süreli feshinde yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli sebep sayılabilecektir¹¹⁰.

Buna göre, sağlık sebepleri ile devamsızlığın, işveren tarafından iş sözleşmesinin bildirim süreli feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilmesi için, İK. m. 25/1-bent 1-a'da sözü edilen sürelerin de İK. m. 25/1, b-2'de düzenlenen bildirim süresi artı 6 haftalık sürenin de beklenmesi gerekli değildir. İşçinin sık sık rapor alması durumunda toplam raporlu olduğu süre, bentlerde sözü edilen sürelerin içinde kalsa bile, sık sık alınan raporla ortaya çıkan devamsızlık, işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, işçinin iş sözleşmesi geçerli sebeple bildirim süreli olarak feshedilebilecektir¹¹¹. Zira, işveren tarafından yapılacak olan geçerli sebebe dayanan bildirim süreli fesih, İK. m.25/1-bent 1-a'daki sürelerin ya da 25/1-b-2 de sözü edilen haklı sebebi oluşturacak kadar bir sürenin geçmesini aramaktan, işyerinde olumsuzluklara yol açan bir sürenin aranması Kanun'un ve gerekçesinin işyerindeki olumsuzluğu ön planda tutan anlayışına ve düzenlemenin amacına uygun olacaktır. Bu yüzden, yukarıda da ifade edildiği üzere, işçinin sık sık hastalanması ya da çalışamaz duruma getirmekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını etkileyen bir hastalığa yakalanması durumunda ortaya çıkan devamsızlığın, işyerinde olumsuzluk yaratacak sıklıkta ve uzunlukta olup olmadı-

ğının her somut olayda ayrıntılı olarak öncelikle titizlikle tespit edilmesi gerekmektedir. Yapılan tespit sonucunda işçinin sağlık durumunun, sık sık hastalanarak rapor almasının, işçinin iş görme borcunu yerine getirmesini engellediğinin ve işyerinde olumsuzluk yaratarak normal işleyişine zarar verdiğinin anlaşılması durumunda ise, işverenin iş sözleşmesini işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebeple feshedebileceği kabul edilebilecektir¹¹². İşverenin bu yöndeki fesih hakkının doğup doğmadığını her olayın kendine has özelliklerini göz önünde tutarak hâkim belirleyecektir.

İşçinin sık sık hastalanması ya da çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını etkileyen bir hastalığa yakalanması sebebiyle aldığı raporlar sonucunda ortaya çıkan devamsızlığın, işyerinde işin akışını olumsuz etkilemesi ve işçinin işini gereği gibi yerine getirmesini engellemesi durumunda, bunun iş sözleşmesinin feshinde bir geçerli sebep sayılabilmesinin dışında, rapor sonrası ortaya çıkan ve ölçülebilir performans düşüklüğü de yine işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli fesih sebebi olarak kabul edilebilecektir.

Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesi olup, işçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi işçinin performansını oluşturmaktadır¹¹³. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir sebebe dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalı ve objektiflik ölçütü o işyerinde, aynı işi yapan

109 İK.m.25/1 -a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi.

110 Kar, s.348

111 Yarg. 9. HD. 14.01.2013 t. E.2012/22940, K.2013/117. Legalbank. Bu yönde Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.537

112 Sümer, (Sağlık Sebepleri) s. 69; Centel T., Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, ispat Yükümlülüğü ve Sonuçları, Mercek, Nisan 2003, s.12; ODAMAN, s.30; Farklı görüş Süzek, (İşçinin Yetersizliği), s. 565-586. Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD. 28.05.2007 t. E. 2007/15398, K. 2007/16979. Legalbank

113 İş sözleşmesinin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli feshinde, performans konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, s.91 vd.; Keser, s.170 vd. Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.533 vd.

ların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve ölçüm sonucunu geçerli sebep olarak kabul edebilmek için performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirilmesi beklenen iş ve kişisel hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir sebebin varlığı için süreklilik gösteren veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Zira, koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli sebep için yeterli kabul edilmeyecektir¹¹⁴.

Buna göre, işçi hastalığı sebebi ile almış olduğu raporun bitiminde işyerine döndüğünde ve çalışmaya başladığında, işverence işyerinde önceden belirlenmiş, işçiye tebliğ edilmiş, karşılanabilir performans kriterleri ve hedefleri olması durumunda, bu hedef ve kriterlere göre işçinin çalışma dönemi sonunda objektif ölçümleme sistemine göre değerlendirilmesi mümkündür. İşçinin değerlendirme döneminde performansının düşük çıkması halinde, işverence işçinin performansının yükselmesi için alınan tedbirlere ve bunların sonucunun görülmesi için tanınan süreye rağmen yapılan ölçümlemede yine düşük bir sonuçla karşılaşılması ve işçinin başka bir işte değerlendirilebilmesi imkanının bulunmaması durumunda işçinin yetersizliğinden kaynaklı bir geçerli sebep varlığı kabul edilebilecektir.

Bu anlamda, işçi aldığı rapor sonrası, işe tekrar dönerek çalışmaya başladığında, işverence işçinin performans ve veriminin ciddi anlamda düşmesi ve bu durumun performans değerlendirme sistemi vasıtasıyla tespit edilmesi, performansın tekrar yükseltilmesi için işverence alınan tedbirlerin cevap vermemesi ve bu durumun işyerinde işin akışını olumsuz etkileyecek kadar uzun sürmesi durumunda, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli sebebin varlığı ka-

bul edilebilecektir. Ancak böyle bir durumda da işverenden rapordan dönen işçiye en azından belirli bir süre sağlık durumuna uygun bir iş vermesi beklenebilecek, işçinin almış olduğu rapor sonrası çalışabileceği uygun bir işin işverence temin edilmeden iş sözleşmesine son verilmesi ise, geçerli sebep olmadan iş sözleşmesinin feshi anlamına gelecektir¹¹⁵.

Buna karşın, işçinin performans ve verim düşüklüğünün kaynağı bizzat iş ilişkisi ise, örneğin performans ve verim düşüklüğü meslek hastalığına veya iş kazasına dayanıyorsa, bu hususlar işçi lehine dikkate alınmalıdır¹¹⁶. Bir başka ifade ile, işçinin hastalığı işyerinden kaynaklanmışsa, bu olgu işçi lehine dikkate alınmalıdır. Hatta, iş kazasına işverenin ya da işçinin kusuru ile mi sebebiyet verildiği hususları dikkate alınarak, işçinin hastalığının işverenin işyerinde gerekli koruma ve iş güvenliği tedbirleri almamasından kaynaklanması durumunda, iş sözleşmesinin feshinin geçerliliğinin incelenmesinde mahkemelerde katı davranılmalıdır¹¹⁷.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, işçinin sık sık hastalanarak rapor alması, bunun sonucu olarak bir devamsızlığın ortaya çıkması ya da rapor sonrası ortaya çıkan ve ölçülebilir performans düşüklüğü geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilebilecektir. Ancak sözü edilen işçinin sağlık problemleri sonucu ortaya çıkan bu durumların bir yetersizlik olarak değerlendirilebildiği hallerde, yani Kanun'un gerekçesindeki anlatımla, bunun sık sık hastalanma ve çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işin gerektiği şekilde yapılmasını devamlı olarak etkileyen hastalık olarak kabul edilmesi durumunda dahi, işveren feshe en son başvurulabilecek bir yol olarak bakmak zorunda olacaktır. Zira Türk İş Hukukunda da fesihle son çare (ultima ratio) ilkesi geçerlidir.

115 Yarg. 9. HD. 20.12.2004 t. E. 2004/1647, K. 2004/28310. Legalbank; Kar, s.348

116 Alpagut, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III, Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005, s. 215

117 Yarg. 9. HD.05.05.2008 t. E. 2007/35818, K. 2008/11433. Legalbank

114 İstanbul BAM. 32. HD. 10.04.2018 t. E.2017/132, K.2018/385. Legalbank

4857 sayılı İş Kanunu'na bakıldığında, madde metinlerinde, fesihte son çare (ultima ratio) ilkesine yer verilmemiş olduğu görülmekle beraber, Kanun'un geçerli fesih sebeplerini düzenleyen 18 inci maddesinin gerekçesinde, fesihte son çare ilkesinden söz edilmiştir. Bir başka ifade ile fesih uygulamasına giderken, işverenden beklenen feshe son çare olarak bakmasıdır. Bu anlamda, son çare (ultima ratio) ilkesinin, işverence bildirimli fesihte dayanılan geçerli sebebinin hâkim tarafından denetimi aşamasında dikkate alınmasında hukuki zorunluluk bulunmaktadır. Son çare ilkesine uyulmamış olması durumunda yapılan fesih geçersiz bir fesih sayılacaktır. Konunun İş Kanunu'nun 18 inci maddesinde açıkça düzenlenmemiş olması, böyle bir uygulamaya engel oluşturmamaktadır. Nitekim, MK. hükmü uyarınca, hâkim kanun hükümlerini uygularken, yasama çalışmalarından ve özellikle madde gerekçelerinden de yararlanacaktır ki, İK. m.18 in gerekçesinde, kanun koyucu, son çare (ultima ratio) ilkesi konusundaki iradesini açıkça ortaya koymuştur¹¹⁸.

İşçinin sık sık hastalanarak rapor alması ve devamsızlık yapmasının ya da rapor sonrası performans düşüklüğünün, işçinin sağlık problemleri sonucu ortaya çıkan bir yetersizlik olarak değerlendirilebildiği hallerde, son çare (ultima ratio) ilkesinin işçinin işyerindeki işini koruması yönünde, işveren açısından beraberinde getirdiği en önemli yükümlülük, işçiyi işyerinde başka bir işte ya da görevde çalıştırma yükümlülüğü olarak ortaya çıkacaktır. Buna göre, işçiye şayet varsa, sık sık hastalanarak rapor almasının ya da rapor sonrası performans düşüklüğünün, işin yürütümünü çok etkilemeyeceği düşünülen işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan bir iş, böyle bir işin mevcut olmaması halinde eşdeğerdeki bir iş, bunun da bulunmaması halinde, daha alt kategorideki bir iş önerilebilecektir. İşçi, bu önerileri kabul edip etmemekte özgür

olacak ancak, bu yöndeki öneriler yapılmadan fesih yoluna gidilmiş ise, bu fesih sadece son çare ilkesine uyulmadan yapılmış olduğu için, geçersiz bir fesih olarak nitelendirilecektir. Bir başka ifade ile, işçinin sık sık hastalanarak rapor alması, daha önce yaptığı görevi ve dolayısı ile bu görevde performansını olumsuz etkilese de işletme içinde başka bir görevde değerlendirilmesine engel oluşturmuyacaksa, işverenin işçiyi bu görevde değerlendirmeden, iş sözleşmesini performans yetersizliği nedeni ile fesih yoluna gitmesi geçerli sebep olarak değerlendirilemeyecektir¹¹⁹. Ancak, işyerinde işçinin sağlığına (sık sık hastalanarak rapor almasına) ya da rapor sonrası performans düşüklüğüne uygun bir iş bulunmaması veya bulunan işi işçinin kabul etmemesi durumunda, işveren fesih hakkını kullanabilecektir. İşyerinde işçiye uygun bir iş bulunmadığı veya önerilen işin işçi tarafından kabul edilmediği iddiasının ispatı işverene düşecektir¹²⁰. Bu anlamda, son çare (ultimo ratio) ilkesi, işçinin performansı veya uyumu gibi nedenlerle sınırlı olarak, işçinin yetersizliği nedeniyle yapılması düşünülen feshler için de geçerli olacaktır¹²¹.

Görüldüğü üzere, sağlık sebeplerine dayalı yetersizlik hallerinin ortaya çıkardığı devamsızlık ve performans düşüklüğü durumu, yukarıda açıklanmış olan İK'nun 25/l inci maddesinde belirtilen bildirim süresiz fesih için öngörülen sağlık durumuna ilişkin haklı sebepler niteliğinde olmamasına rağmen, işyerinde işin normal yürüyüşünü olumsuz etkiliyorsa ve işveren işçiyi işletme içinde başka bir görevde değerlendirerek bu olumsuzluğun önüne geçemiyorsa, işçinin sağlık durumu iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilecektir¹²². Ancak burada unutulmaması gereken, bu sebeplerin, ancak

118Güzel, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tunçay'a Armağan, İstanbul 2005, 68 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.529 vd.; Centel, s.143 vd.

119Yarg. 9. HD., 15.12.2008 t., E.2008/8488, K. 2008/33641, Yarg. 9. HD. 29.01.2007 t. E.2006/30032 K.2007/ 1228. Kar, s.348, dn.157

120Sümer, (Sağlık Sebepleri) s.71

121Güzel, s.71; Sümer, (Sağlık Sebepleri) s.72; bu yönde Süzek, (İşçinin Yetersizliği), s. 572; Kar, s. 348

122Yarg. 9. HD. 02.03.2015 t. E.2015/3531, K.2015/8561 Yarg. 9. HD. 14.01.2013 t. E.2012/ 22940, K.2013/117. Le-galbank

işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, işverence iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep sayılacak olmalarıdır¹²³.

Buna göre, yukarıdaki açıklamaların ışığında, sağlık problemleri sonucu işçinin sık sık hastalanması, rapor alarak devamsızlık yapması, rapor sonrası performans düşüklüğü şeklinde ortaya çıkan yetersizliğin iş sözleşmesinin işverence feshinde geçerli bir sebep olarak kabul edilebilmesi için öncelikle, ortaya çıkan fiili durumun İK. m.25/l-bent 1 de açıkça haklı neden olarak belirtilen somut durumların dışında kalması gerektiği ifade edilebilecektir. Ancak ortaya çıkan durumun, İK. m.25/l-bent 1'de düzenlenen somut hallerin dışında olmasına rağmen, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemesi ve iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte olması gerekmektedir. Bir başka deyişle sadece işçinin hasta olması ve bunun sonucu olarak da rapor alarak devamsızlık yapması, doğrudan geçerli bir fesih sebebi olmayacak, ancak işçinin hastalık dolayısı ile sık aralıklarla veya uzunca bir süre işe gelememesinin işyerine olumsuz etki yaptığının veya işçinin işini gereği gibi yerine getirmesini engellediğinin, hastalığın performansını düşürdüğünün açık ve net bir şekilde tespit edilmesi durumunda işçinin hastalığının geçerli bir fesih sebebi oluşturabileceği kabul edilecektir. Böyle bir sağlık sebebinin işçinin hiçbir kusuru olmaksızın ortaya çıkmış olması da bu durumu etkilemeyecektir¹²⁴.

Diğer yandan, iş sözleşmesinin haklı sebeple bildirim süresiz feshinde olduğu gibi, iş güvenliği kapsamındaki bir işçinin salt bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması, işverene geçerli nedenle fesih hakkı vermeyecektir. Buna göre, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, yakın gelecekte kontrol altına alınacağını umduğumuz ancak uzun yıllar

duymaya devam edeceğimizi sandığımız COVID 19 ya da benzer nitelikte bulaşıcılık özelliğini taşıyan hepatit, verem gibi ciddi hastalıklara yakalanan/testleri pozitif çıkmış olan işçilerin iş sözleşmelerinin, işverence salt bu hastalıklara yakalanmış olmaları sebebi ile geçerli sebeple bildirim sürelili olarak feshedilemeyeceği ifade edilebilecektir. Kanımızca buna aykırı olarak iş sözleşmelerine veya toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümler de geçersiz olacaktır. Yine bunlar gibi, uygulamada sıkça ele alındığı gibi, günümüzde gündemden biraz düşmüş olsa da, halk arasında özellikle bir dönem çok korkulmuş olan AIDS hastalığına¹²⁵ yakalanan bir işçinin iş sözleşmesi de salt bu sebeple geçerli sebeple bildirim sürelili olarak feshedilemeyecektir.

Bunun gibi, işçinin işverene işe girerken bildirmiş olduğu hastalığı da işverence sonradan fesih sebebi yapılamayacaktır¹²⁶. Hatta işe girerken işçinin hastalığını işverene söylememesi durumu dahi salt bu sebeple iş sözleşmesinin feshini gerektirmeyecek, ancak yukarıda sözü edilen koşulların varlığı halinde geçerli sebeple fesihten söz edilebilecektir¹²⁷.

d- İşçinin Hastalanarak Rapor Alması Sonucu Ortaya Çıkan Devamsızlık ve Sonrasındaki Performans Düşüklüğünün Geçerli Bir Sebep Olarak Kabul Edilmesi Durumunda Fesihte Uyulması Gereken Prosedür

İşçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkan devamsızlık ve sonrasındaki performans düşüklüğünün geçerli bir sebep olarak kabul edilmesi durumunda, işverenin geçersiz bir fesih yaptırımı ile karşılaşmaması için feshi yaparken belirli bir prosedüre de uygun davranması gerekecektir.

Buna göre, işçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkan devamsızlık veya sonrasın-

123 Yarg. 9. HD. 09.04.2007 t. E. 2006/35881, K. 2007/9896. Legalbank

124 Sümer, (Sağlık Sebepleri) s. 69; Süzek, s.453; Süzek, (İşçinin Yetersizliği), s. 567

125 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertürk, s.7 vd. "Salt HIV enfeksiyonu, AIDS aşamasına ulaşmadığı sürece feshiye yol açabilecek geçerli bir sebep olarak kabul edilmemektedir" Centel, s.88

126 Yarg. 7. HD. 13.02.2014, E.2013/27510, K.2014/3891, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/4, s.291

127 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.539

daki performans düşüklüğüne dayanan işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli sebeple, iş sözleşmesini İK'nun 17 nci maddesi uyarınca feshedecek olan işverence, İK'nun "sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19 uncu maddesi hükümlerine uygun davranılması gerekmektedir. Madde uyarınca, öncelikle işverenin iş sözleşmesinin feshini yazılı olarak yapması ve fesih sebebini de açık ve kesin olarak belirtmesi gerekecektir¹²⁸. Fesih bildiriminde fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtilmemesi feshin geçersizliğine karar verilmesi sonucunu doğuracaktır¹²⁹.

Ayrıca geçerli sebebin işçinin yetersizliği ile ilgili olduğu hallerde fesihten önce işçinin bu konudaki yazılı savunmasının alınması da unutulmamalıdır¹³⁰. Fesihten önce savunma alınmasında amaç, işçinin feshe neden olabilecek sebepleri öğrenmesi ile bu konudaki gerçeği ortaya çıkarmasını, böylece işverenin fesih konusundaki düşüncelerini etkileyerek onu fesihten vazgeçirmesini sağlamak olup, işçiden savunma alınması fesihten önce şekli bir unsur olmaktan öteye, iş ilişkisini olumsuz etkileyen unsurların tespiti ile bundan haberdar edilen işçinin, üzerinde tasarruf edebileceği, değiştirebileceği nitelikteki davranışı ya da verimi ile ilgili olumsuzlukları düzeltebilmesi veya ortadan kaldırılabilmesine imkan vermektedir¹³¹. İşçinin savunmasının alınması, işçinin yetersizliği ile ilgili sebeplerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş olup, salt işçinin savunmasının alınmaması tek başına, bildirimli feshin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. İşçinin savunma yazısını almaktan, dolayısıyla savunma vermekten imtina etmesi durumunda, bu durumun tutanakla tespit edilmesi halinde, işverence artık fesih işlemi için sa-

vunma talep yazısındaki sürenin beklenmesine gerek olmayacaktır¹³².

4857 sayılı İş Kanunu'nun iş sözleşmesinin feshinde uyulması gereken usulü düzenlediği 19 uncu maddesinde, iş sözleşmesinin işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebeple feshinde, işverene işçiye ihtarda bulunmasına yönelik bir yükümlülük getirilmemiştir. Ancak uygulamada Yargıtay'ca işçiye ihtarda bulunulmasının ve bu ihtarda işçiye aynı şekilde davranmaya devam ettiği takdirde, iş sözleşmesinin feshedileceğinin bildirilmesinin, işçi davranışların kaynaklanan geçerli sebeplerde aranması gibi¹³³, yetersizlik kaynaklı geçerli sebeplerde de, konumuz itibarıyla sık sık rapor almanın, performans düşüklüğünün devam etmesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği ihtarının yapılmasının yerinde olacağı ifade edilebilecektir¹³⁴.

Bunun dışında, işverence işçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkan devamsızlık veya sonrasındaki performans düşüklüğünden kaynaklanan işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli sebeple yapılacak fesihlerde, işverenin fesihte dayanacağı geçerli sebep ortaya çıktıktan sonra makul bir süre içinde fesih hakkını kullanması gerekecektir. "Makul süre" kavramının, yargı tarafından her somut olayın özelliği dikkate alınarak, fiilin ağırlığı ve yarattığı etkinin henüz geçmiş olup olmadığı, fiilin araştırılma ve işçinin savunmasının alınması için gereken süre gibi unsurlar çerçevesinde şekillendirilmesi gerekmektedir¹³⁵. Bu anlamda, hastalık sonucu alınan raporlar sonucu ortaya çıkan devamsızlık ve sonraki performans düşüklüğüne dayanan yetersizlik sebebi ile yapılacak fesihte, işverenin fesih

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

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

130 Yarg. 9. HD. 21.02.2005 t. E. 2004/22907, K. 2005/5956, Yarg. 9. HD. 28.04.2008 t. E. 2007/34014, K. 2008/10352, Yarg. 9. HD. 05.11.2007 t. E. 2007/20017, K. 2007/32368, Yarg. 9. HD. 24.05.2010 t. E. 2009/20438 K. 2010/14394. Legalbank; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s.539

131 Yarg. İBBGKK. 19.10.2018 t. E. 2017/9, K. 2018/10. RG. 09.05.2019 t. Sayı: 30769

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

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

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

135 Ekmekçi, s. 101

hakkını kullandığı anda işçinin feshe konu edilen durumunun işyerinde olumsuzluklara neden olmaya devam ediyor ve işyerinde iş ilişkisinin devamını etkiliyor olması, geçerli sebebin etkisini yitirmemiş olması halinde makul sürenin geçmediğinin kabulü gerekecektir¹³⁶. Buna göre, sık sık rapor alarak devamsızlık yapılan dönemin, sonrasındaki performans düşüklüğünün üzerinden uzun bir süre geçmiş ve bu arada ortaya çıkan aksamalara rağmen bu geçerli sebebe dayanılarak fesih yapılmamışsa, artık işçinin geçmişte kalan sağlık problemleri sonucu sık sık hastalanması, rapor alması ve devamsızlık yapması ya da sonrasındaki performans düşüklüğü şeklinde ortaya çıkan yetersizliğine dayanılarak iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshi mümkün olmayacaktır.

Sonuç

4857 sayılı İş Kanunu'nda, işçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkacak devamsızlık sebebi ile iş sözleşmesinin feshedilebilmesi imkanından açık ve net bir şekilde, sadece işverenin haklı sebeple bildirim süresiz fesih hakkını düzenleyen 25 inci maddesinin I inci bendinde "Sağlık Sebepleri" başlığı altında söz edilse de, iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından "sık sık hastalanma" veya "çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık" da iş sözleşmesinin bildirim süreli feshinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebepler olarak kabul edilebileceklerdir.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından ise, işverenin işçinin iş sözleşmesini feshederken herhangi bir sebep gösterme yükümlülüğü bulunmadığı için, işveren işçinin iş sözleşmesini, hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkacak devamsızlık ya da performans düşüklüğü sebebiyle İş Kanunu'nun 17 nci maddesi uyarınca bildirim süreli fesih ile her zaman herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın feshedebilecektir.

4857 sayılı İK. m.25/1 bent I (a) fıkrasında, işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut işkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi durumunda, bunun işverene işçinin iş sözleşmesini bildirim süresiz olarak feshi hakkını vereceğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere, söz konusu sebeplere dayalı devamsızlığın maddede belirtilen sürelerle ulaşmaması hallerinde, işverenin haklı sebeple fesih hakkı olmayacaktır.

Maddenin düzenleniş tarzı, uygulamada gerçekten zorluklar yaratmaya çok müsaittir. Zira hastalığa yakalanma sebepleri olarak söz edilen işçinin kastı veya derli toplu olmayan yaşayışı yahut işkiye düşkünlüğü kavramlarının tam olarak neyi ifade ettiği açık değildir. Bununla beraber, işçinin bu sebeplerden ötürü hastalığa yakalandığını işverenin ispat etmek yükümü altında olduğu düşünüldüğünde, uygulamada karşılaşılabilecek sorunları tahmin etmek zor olmayacaktır.

İK. m.25/1 bent I- b fıkrasının alt bendinde ise, yukarıda sayılan sebepler dışında hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde, işverene tanınan iş sözleşmesini bildirim süresiz fesih hakkının; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre İK.'nun 17 nci maddesindeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğacağı esasını getirmiştir. Bu anlamda işçinin hastalık veya kaza nedeniyle, bildirim sürelerini altı hafta aşacak kadar veya daha fazla, kesintisiz devamsızlığı olduğunda, bildirim süresiz fesih söz konusu olabilecektir. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin (doğumdan önce 8 hafta + doğumdan sonra 8 hafta) bitiminde başlayacaktır. Kadın işçinin erken doğum yapması halinde ise, doğumdan önce kullanmadığı süreler, doğum sonrası 8 haftalık süreye eklenecek bu hesaplama yapılacaktır.

Bu durum dışında yine İK. m.25/I- b fıkrası uyarınca, işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu sağlık kurulunca saptanması durumunda, işveren yine işçinin iş

136Yarg. 9. HD. 06.03.2014 t. E.2013/13126, K.2014/7371. Legalbank

sözleşmesini haklı sebeple bildirim süresiz olarak feshedebilecektir. Bir başka ifadeyle bildirim süresiz fesih hakkının doğması için, hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte bulunması, bunun işçinin işyerinde çalışmasında sakınca yaratması ve bu durumun sağlık kurulunca saptanması şartlarının bir arada oluşması gerekmektedir. Böyle bir durumda işçinin devamsızlığının uzunluğu yani, ne kadar sürdüğü önem taşımayacak, maddede sözü edilen, sağlık kurulunca saptamanın yapılmasıyla birlikte işverenin haklı sebeple bildirim süresiz fesih hakkının doğduğu ve hakkın kullanımı için maddede belirtilen bekleme süresinde devamsızlık yapma koşulunun aranmayacağı ifade edilebilecektir. Buna karşılık, salt işçinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması, işverene bildirim süresiz fesih hakkını kullanma imkânı vermeyecektir.

İK'nun 25/1 uyarınca yapılacak fesihlerin yazılı olması şart olmadığı gibi, sağlık raporları nedeniyle yapılan bildirim süresiz fesihlerde, işçiden yazılı savunma alınmasına da gerek olmayacaktır. Ancak kanımızca, burada kanuni bir süre sınırlaması bulunmamasına rağmen, İK. m.25/1 şartlarının oluşmasından ve bu şartların sona ermesinden yani, işçinin işe dönmesinden itibaren her olayın kendine özgü özellikleri dikkate alınarak tespit edilebilecek uzun bir süre geçmesi durumunda yapılan feshin haksız bir fesih olduğu ifade edilebilecektir.

İşçinin hastalanarak rapor alması ve buna dayanarak devamsızlık yapması ya da hastalık sebebi ile veriminin düşmesi, işçinin davranışları ile değil, yetersizliği ile ilişkilendirilebilecektir. Buna göre, işçinin hastalanarak sık sık rapor alması, bunun sonucunda devamsızlık yapması veya rapor sonrasında performans düşüklüğü yaşaması, işçinin sağlık problemleri sonucu ortaya çıkan fiziki bir yetersizlik olarak değerlendirilecek ve iş sözleşmesinin bildirim süreli feshinde dayanılabilecek bir geçerli sebep olarak kabul edilebilecektir.

Hastalığa bağlı, devamsızlık, performans ve verim düşüklüğü nedeniyle iş sözleşmesinin ge-

çerli sebeple feshedilebilmesi için, bu durumun işyerinde önemli olumsuzluklara ve aksaklıklara sebep olması, işverenin işletme ile ilgili menfaatlerinin önemli ölçüde ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Nitekim, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler, ancak işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda ve hatta daha somut olarak Yargıtay'ın bazı kararlarında belirtildiği üzere işçinin hastalığı sebebi ile devamsızlığının uzaması sonucu organizasyonda sorun yaşanması, hastalığı sebebiyle çalışmayan işçinin yerine başka bir işçi istihdam etme zorunluluğunun ortaya çıkması durumunda, iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebileceklerdir. Bu yüzden, devamsızlığın ve performans düşüklüğünün işyerinde ortaya çıkardığı sonuçların tespitinde, işyerinin yapısı, organizasyonu, işçinin samimiyeti ve sağlık durumu da dikkate alınarak, her bir uyumsuzluk ve işyeri için verilerin ayrı ayrı incelenmesi ve belgelenmesi yerinde olacaktır.

Hastalıktan kaynaklanan devamsızlığın ya da hastalığın ortaya çıkarmış olduğu verim düşüklüğünün, yetersizliğin, geçerli bir sebep sayılabilmesi için, bu durumun arızı/geçici nitelikte olmadığını görülebilir olması, yetersizliğin işyerinin normal işleyişini bozması ve işçinin iş görme borcunun gerektiği şekilde ifasını engellemesi gerekmektedir.

Sık sık rapor alınarak yapılan devamsızlık sebebi ile yapılacak işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bildirim süreli fesihte, İK. m.25/1- bent 1-a ve b'de sözü edilen bekleme sürelerinin aranmasına gerek yoktur. İK'nun m.18/3.f bendinde sözü edilen fesihte geçersizlik hali, bir kez rapor alma halinde bekleme süresi içinde fesihte söz konusudur. Burada önemli olan devamsızlığın, işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkilemesi, iş sözleşmesinin devamını engelleyecek nitelikte/sıklıkta olması ve bunun devam edeceğine yönelik haklı bir beklentinin olmasıdır.

Diğer yandan, işçinin çalışamaz duruma getirmemekle birlikte, işini gerektiği şekilde yapmasını etkileyen bir hastalığa yakalanması sebebiyle aldığı raporlar sonrası ortaya çıkan ölçülebilir performans düşüklüğü de yine işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli fesih sebebi olarak kabul edilebilecektir. Buna karşın, işçinin performans ve verim düşüklüğünün kaynağı bizzat iş ilişkisi ise, örneğin performans ve verim düşüklüğü meslek hastalığına veya iş kazasına dayanıyorsa, bu hususlar işçi lehine dikkate alınmalıdır.

İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebeplerle yapılacak fesihlerde de geçerli olan son çare (ultima ratio) ilkesi gereğince, feshin geçerli sayılabilmesi için, işçiye şayet varsa öncelikle sık sık hastalanarak rapor almasının ya da rapor sonrası performans düşüklüğünün, işin yürütümünü çok etkilemeyeceği düşünülen işçinin yapmakta olduğu iş ile aynı kategoride bulunan bir iş, böyle bir işin mevcut olmaması halinde eşdeğerdeki bir iş, bunun da bulunmaması halinde, daha alt kategorideki bir işin önerilmesi gerekecektir. İşçi, bu önerileri kabul edip etmemekte özgür olacak ancak, bu yöndeki öneriler yapılmadan fesih yoluna gidilmiş ise, bu fesih sadece son çare ilkesine uyulmadan yapılmış olduğu için, geçersiz bir fesih olarak nitelendirilecektir.

İş sözleşmesinin haklı sebeple bildirim süresiz feshinde olduğu gibi, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin salt bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması, işverene geçerli sebeple bildirim süreli fesih hakkı da vermeyecektir. İş sözleşmelerine ve toplu iş sözleşmesine bunun aksine konulacak hükümler geçersiz sayılacaktır. Özetle, Kanun'da yazılı süre sınırları içerisinde kalan bir hastalık raporunun ya da kabul edilebilir sıklıkta alınan hastalık raporlarının ortaya çıkaracağı devamsızlık, işçinin iş sözleşmesinin feshinde ne m.25/1 bent I kapsamında haklı sebep, ne de 18 inci madde kapsamında geçerli bir sebep oluşturmayacaktır. Bu anlamda, işçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkacak devamsızlığın, belirli bir süreyi aşması ya da bunun sıkça

tekrarlanıyor olması durumunda fesih için haklı veya geçerli bir sebep oluşturabileceği ifade edilebilecektir.

İşçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkan devamsızlık veya sonrasındaki performans düşüklüğüne dayanan işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli sebeple, iş sözleşmesini İK'nun 17 nci maddesi uyarınca feshedecek olan işverence İK'nun "sözleşmenin feshinde usul" başlıklı 19 uncu maddesi hükümlerine uygun davranılması gerekmektedir. Madde uyarınca, öncelikle işverenin iş sözleşmesinin feshini yazılı olarak yapması ve fesih sebebini de açık ve kesin olarak belirtmesi gerekecektir. Ayrıca geçerli sebebin işçinin yetersizliği ile ilgili olduğu hallerde fesihten önce işçinin bu konudaki yazılı savunmasının alınması da unutulmamalıdır. Kanun'da işverene işçiye iltarda bulunmasına yönelik bir yükümlülük getirilmemiş olmasına rağmen işçiye, sık sık rapor almanın ve performans düşüklüğünün devam etmesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği ihtarının yapılmasının da yerinde olacağı ifade edilebilecektir. Bunun dışında, işverence işçinin hastalanarak rapor alması sonucu ortaya çıkan devamsızlık veya sonrasındaki performans düşüklüğünden kaynaklanan işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir geçerli sebeple yapılacak fesihlerde, işverenin fesihte dayanacağı geçerli sebep ortaya çıktıktan sonra olumsuz etkisi sona ermeden makul bir süre içinde fesih hakkını kullanması gerekecektir.

KAYNAKÇA

- Aktekin, Şeyda; Hastalık Nedeniyle İşten Çıkarma Özürüllük Temelinde Ayrımcılık Yasasına Aykırılık Teşkil Eder mi?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007 Sayı: 6, s.233-238.
- Akyiğit, Ercan; Açıklamalı ve İçtihatlı Türk İş Hukukunda İş Güvencesi (İşe İade), Ankara 2007.
- Akyiğit, Ercan; İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001.
- Alp, Mustafa; Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin

- Kararlarının Değerlendirilmesi 2006 Yılı Semineri, s.163.
- Alpagut Gülsevil; İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Sebep Ayırımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Sicil, Mart 2006 Y:1 S.1, s.71-84 (Haklı-Geçerli Sebep Ayırımı).
 - Alpagut, Gülsevil; İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, III, Yılında İş Yasası, 21-25 Eylül 2005.
 - Baysal, Ulaş; İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011.
 - Centel T.; Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları, Mercek, Nisan 2003, s.1-20.
 - Centel, Tankut; İş Güvencesi, 2. Baskı, İstanbul 2020.
 - Çalık, Şefik; İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi, Legal Yayınları, İstanbul 2005.
 - Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, İstanbul 2020.
 - Demir, Fevzi; En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2018.
 - Duysak, Merve; Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu, Hukuk Gündemi Dergisi, S. 3, 2009, s. 25-39.
 - Ekmekçi, Ömer; 4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Yargının Durumu ve Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları Üzerine, Mercek Ekim 2002, Y: 7, S: 28 s. 96-101.
 - Ekonomi, Münir; Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi, Çimento İşveren, Özel Sayı, Mart 2003.
 - Ekonomi, Münir; İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1984.
 - Er, Ünal; Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.
 - Ergin, Hediye; İşçinin Tedavisi Olanaksız Hastalığı Nedeniyle İşverenin Derhal Fesih Hakkı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 38, 2017, s. 54-64.
 - Ertürk Şükran; "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi Ve Sonuçları" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, 2002, s.1-25.
 - Evren, Öcal Kemal; İş Hukukunda Ahlak ve İyiniyete Aykırı İşe Devamsızlık Kavramı Terazi Hukuk Dergisi, Ağustos 2007, S: 12, s. 51-62.
 - Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim/ Başkan, Esra; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.
 - Güzel, Ali; İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 57-90.
 - Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
 - Kabakçı, Mahmut; Geçerli Fesih Sebebi Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, İstanbul 2012.
 - Kar, Bektaş; İş Güvencesi ve Uygulaması, (2008 Yılı Emsal Kararları İle), Ankara 2009.
 - Kar, Bektaş; Performans Düşüklüğü veya Yetersizliği Nedeni İle Fesih Yargısal Denetim, Sicil 2008, Y: 3 S: 11 s. 34-43.
 - Keser, Hakan; 4857 sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Ankara 2016.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
 - Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014.
 - Odaman, Serkan; Fransız Hukukunda ve Türk Hukukunda İşçinin Davranışları Açısından Geçerli Sebep-Haklı Sebep Ayırımı, Kamu-İş, C. 7, S. 2, (Prof. Dr. Kâmil Turan'a Armağan), s. 587-606.
 - Odaman, Serkan; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzer-

- lerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003.
- Oğuzman, M. Kemal; Türkiye’de İşçi ve İşveren İlişkileri, B.3, İstanbul, 1984.
- Özkan, Zeynep, Aslı; Hekim Raporlarının Türleri ve Düzenlenmesi, Yaşar Hukuk Dergisi, C: 3, S. 1, Ocak 2021, s.4-54.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay; Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2018.
- Sözer, Ali Nazım; İş Hukukunda İşçiye Düşkünlük, Sarhoşluk ve Kusur, TÜHİS, Ocak 1994, s. 1-17.
- Sözer, Ali Nazım; İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Sümer, Halûk Hadi; Karar İncelemesi, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Sağlık Sebepleri ile Feshi, SİCİL Aralık 2007 Y: 2 S: 8 s. 66-73 (Sağlık Sebepleri).
- Sümer, Haluk Hadi; Yargıtay Kararlarının Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, Metin Kutal’a Armağan, TÜHİS, Ankara-1998, s. 201-220.
- Süzek Sarper; İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 565-586 (İşçinin Yetersizliği).
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019.
- Tuncer, Polat; Sağlık Hukuku Temel Bilgileri, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Türkmen, Ali; Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Ulucan, Devrim; İş Güvencesi, 2. B., İstanbul 2003.
- Yangın, Dulay Dilek; “İş Sözleşmesinin İş Kanunu Md.25/l, b Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gereklidir? (Karar İncelemesi)”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, 2017, s. 20-52.
- Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA*

Arş. Gör. Sema Deniz ÖZKAN KOÇ**

Makale Gönderim Tarihi: 24 Mayıs 2021
Makale Kabul Tarihi: 31 Mayıs 2021

Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme

Öz

İşçinin sözleşme sonrası rekabet etmeme borcundan doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkemenin belirlenmesi hususu mülga 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu döneminde sıklıkla tartışılmış; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu farklı yönde kararlar verdikten sonra asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmiş ve bu görüşünü istikrarlı bir biçimde sürdürmüştür. Yargıtay'ın iş hukuku uyuşmazlıklarına bakan Daireleri de bu kararlar üzerine iş mahkemelerinin görevli olmadığına karar vermişlerdir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından da Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihadında bir değişiklik olmamış; ancak Bölge Adliye Mahkemelerinin konuya iliş-

kin verdiği bazı kararlarda konunun 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ve yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından değerlendirilmesi gerektiği, asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu görüşünün sürdürülmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Çalışmamızda bu gelişmelere yer verildikten sonra, sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğu, Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihadında değişiklik yapılması gerektiği ortaya konulacaktır. Çalışmanın yayımlanması aşamasında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de görüşümüz doğrultusunda bir karar vermiş olup bu içtihadın sürdürülmesi ve konu gündeminde olan 11. Hukuk Dairesinin de bu yönde karar vermesi isabetli olacaktır.

Anahtar Sözcükler:

İşçinin rekabet etmeme borcu, rekabet yasağı sözleşmesi, görevli mahkeme.

The Competent Court In Disputes Arising From Non-Compete Agreements

Abstract

The issue to determine the competent court for disputes arising from the post-contractual non-compete obligation of the worker was frequently discussed during the abolished La-

bour Courts Law No. 5521. After the General Assembly of the Court of Cassation gave different decisions, it accepted that the commercial courts of the first instance were in charge and

*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ercumentozkaraca@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-3625-9041

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, semadeniz1905@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3393-5502

stably continued this opinion. The Chambers of the Court of Cassation dealing with Labour Law disputes have also decided that the labour courts have no jurisdiction over these decisions. After the Labour Courts Law No. 7036 has entered into force on 25.10.2017, there was no change in the case-law of the Court of Cassation on the subject. However, in some decisions of the Regional Courts of Justice on the subject, the issue should be evaluated in terms of the Labour Courts Law No. 7036 and the new Turkish Commercial Code No. 6102. The Regional

Courts of Justice stated that it was not possible to maintain the judgment that the commercial courts of the first instance have jurisdiction. It reveals that labour courts are in charge of post-contractual non-compete disputes. So that change of jurisprudence in the case-law of the Court of Cassation on the subject is necessary. At the stage of publication of the study, the 9th Civil Chamber of the Supreme Court of Cassation also decided in line with our opinion, so it would be appropriate to continue this case law by the 11th Civil Chamber.

Keywords:

Non-compete obligation, non-compete agreements, competent court.

I. Giriş

İş sözleşmesinin devamı süresince işçinin sadakat borcunun olumsuz yanının görünülerinden olan işverenle rekabet etmeme borcu bulunmaktadır. İş ilişkisinin devamında bu borç, sözleşmenin içinde mündemiç olup tarafların bu hususta ayrıca bir kararlaştırma yapmaları gerekli değildir. Bu boyutu ile her iş sözleşmesinde mevcut olan rekabet etmeme borcu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ ile yasal düzenlemeye de kavuşturulmuştur. Kanun'a göre, "İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girmez." (m.396/3). Ancak sözleşmenin sona ermesiyle işçinin sözleşmenin içinde mündemiç olan işverenle rekabet etmeme borcu da sona erecek; işçi, Anayasal bir hak olan çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğü (m. 48) çerçevesinde kural olarak rakip bir işyerinde çalışabilecek ya da rakip bir işletme açabilecektir. Buna karşılık, taraflar bazı şartların varlığı halinde işçinin iş sözleşmesinin bitiminden sonra işverenle rekabete girişmeyeceğine ilişkin bir hükmü iş sözleşmesine koyabilir veya bu konuda ayrı bir sözleşme yapabilirler. 6098 sayılı Türk Borçlar

Kanunu'na göre "fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir." (m. 444).

Rekabet yasağına aykırılığa ilişkin hukuki uyumsuzluklarda görevli mahkemenin tespitinde de sözleşmenin devamında veya sona ermesinden sonra borcun ihlal edilmesi bakımından bir ayırım yapmak gerekir. İş sözleşmesinin devamı süresince işçinin rekabet etmeme borcuna aykırılık halinde görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Buna karşılık iş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte yürürlüğe giren rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar bakımından görevli mahkemenin tespiti oldukça tartışmalı bir husustur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu konuya ilişkin farklı yönde kararlar vermiş; önce iş mahkemelerinin sonra da asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmiştir. Konu İş Hukuku ve Ticaret Hukuku öğretisinde de halen tartışmalıdır. Mülga 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, iş mahkemelerinin görevine yönelik hükmün salt İş

1 RG, 04.02.2011, 27836.

Kanunu'na tabi işçilerle sınırlı bir uygulama alanına sahip olması; buna karşın, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda² rekabet yasağından doğan uyuşmazlıkların mutlak ticari davalar arasında sayılarak devam hükmünde bu uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemelerinde görüleceğinin belirtilmesi karşısında olan hukuk açısından rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğu görüşü doktrinde ağırlık kazanmıştır. Bununla birlikte, yine olması gereken hukuk bakımından, iş mahkemelerinin görevine yönelik açık bir düzenleme yapılmasının daha isabetli bir tercih olacağı fikri sıklıkla ifade edilmiştir. Ancak biz bu dönemde de rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemelerinin görevli olacağı görüşünü benimsiyorduk. Bu hususlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun³ 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte konunun tekrar ele alınması kaçınılmaz hale gelmiştir. Özellikle yeni Kanun'un 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre sonraki tarihli kanun niteliği kazanması, göreve ilişkin hükmün genişletilerek iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden ve kanundan doğan tüm uyuşmazlıkların iş mahkemesinin görev alanına dahil edilmesi ile artık rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemeye yönelik Yargıtay'ın ve doktrinin bazı gerekçeleri tamamen ortadan kalkmıştır. Bu çalışmada da rekabet yasağı sözleşmesinin 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinin kapsamına dahil olup olmadığı ve bu uyuşmazlıklar bakımından hangi mahkemenin görevli sayılması gerektiği konuya ilişkin yüksek mahkeme içtihatları ve öğreti görüşleri de gözetilerek ayrıntılı bir biçimde değerlendirilecektir. Ancak önemle vurgulayalım ki, görüşlerimiz esasen 7036 sayılı Kanun'un kabulünden bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

II. İşçinin Rekabet Etmeme Borcu

Rekabet yasağı, aynı alanda iş yapan kimselerin

birbirleri ile hukuka aykırı olarak yarışa girememesi, belirli kimselerin birbirleriyle rekabet etmelerinin yasaklanması anlamına gelmektedir⁴. İş hukuku anlamında rekabet yasağı sözleşmesi ise işçinin, iş sözleşmesi devam ederken işverenin üretim sıralarına, müşteri çevresine ya da iş ve işyerine ait gizli bilgilere vakıf olması nedeniyle, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içerisinde işçinin işverenin karşısına rakip olarak çıkma ihtimalini önlemek amacı ile yapılan bir sözleşmedir⁵. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin iş ilişkisinin devamında öğrendiği bilgileri, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenin aleyhine onunla rekabet edecek şekilde kullanmasını engellemektir⁶.

Türk Borçlar Kanunu'na göre, işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girer (m. 396/3). Bu kapsamda sözleşmenin devamında rekabet etmeme borcunun ayrıca kararlaştırılmış olması gerekmez. İşçinin rekabet etmeme borcuna aykırı davranışları nedeni ile taraflar arasındaki güven ilişkisi de sarsılacağından bu davranışlar işvereni doğrudan bir zarara sokmasa dahi, borca aykırılığın varlığı kabul edilmektedir. Bu kapsamda iş sözleşmesi devam ederken, işçinin rekabet sayılacak davranış-

4 Uşan, Fatih: İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Mercek Dergisi, Nisan 2005, 99; Manav, Eda: İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, TBB Dergisi, S. 87, 2010, 323.

5 Uşan, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003, 49; Manav, 322; Baskan, Esra: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2(2), 2012, 118; Doğan, Sevil: İşçinin Rekabet Yasağı, İş Sırrının Korunması, Ankara 2017, 79; Keser, Hakan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı, Sicil, S.24, 2011, 89.

6 Tuncay, Can: İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2001, 1065; Özkaraca, Ercüment: Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim, 19-20 Nisan 2018 tarihinde İstanbul'da düzenlenen Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2021, 341-342; Çelik, Nuri/Canıklıoğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, İstanbul 2020, 326; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Ankara 2014, 612.

2 RG, 14.2.2011, 27846.

3 RG, 25.10.2017, 30221.

ları “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar” (İşK m. 25/II, e) kapsamına girer ve işveren için haklı fesih nedeni oluşturur.

İş sözleşmesi sona erdikten sonra ise kural olarak işçi, eski işvereni ile aynı alanda faaliyet gösteren bir işyerinde çalışabileceği, rakip bir işletme açabileceği gibi rekabet içeren diğer faaliyetlerde de bulunabilir.⁷ Fakat bu durumun eski işverenin menfaatlerini önemli ölçüde ihlal ederek rekabet gücünü ortadan kaldırabilmesi olasılığı nedeni ile Kanun’da rekabet yasağı sözleşmesi yapmak suretiyle belirli koşullar altında işçinin çalışma özgürlüğünün sınırlandırılmasına imkân tanınmıştır. İş hukuku açısından rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işvereni, eski işçisinin girişebileceği birtakım faaliyetler sonucunda zarara uğramaktan korumaktır.⁸ İşverenin haklı menfaatlerini koruyan rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin çalışma özgürlüğünü önemli bir biçimde ihlal edebileceği için kanunda birtakım geçerlilik koşullarına ve sınırlamalara bağlanmış, hâkime sözleşmenin içeriğine müdahale etme yetkisi tanınmıştır.

İşçinin rekabet etmeme borcunun iş sözleşmesi sona erdikten sonra da devam etmesi isteniyorsa, tarafların bunu açıkça kararlaştırması gerekir. Bu kararlaştırma ayrı bir sözleşmeyle yapılabileceği gibi, iş sözleşmesinde rekabet yasağına ilişkin bir hükme yer vermek suretiyle de yapılabilir. Sözleşme işçi işe girerken yapılabileceği gibi iş ilişkisinin devamı sırasında da rekabet yasağı öngörülebilir. Buna karşılık, rekabet yasağının işyeri iç yönetmelikleri ile tek taraflı olarak kararlaştırılmayacağını kabul etmek gerekir.⁹

Rekabet etmeme borcunun konusunu, işçinin işverenle rekabet etmekten kaçınması oluşturur. İşçi bu kapsamda rakip bir işletmede çalışmaktan, rakip bir işletme açmaktan ve hatta rakip bir işletmeyle başkaca bir ilişki kurmaktan dahi kaçınmakla yükümlüdür. Rekabet yasağı, rakip bir çalışma ve böyle bir kuruluşa katılma yasağını içerir. Aynı müşterilere, aynı mal veya hizmetleri sunan kuruluş, rakip kuruluş (işletme) olarak kabul edilir. Buna karşın aynı maddeyi değişik mal veya hizmet üretmek için kullanan kuruluşlar, rakip kuruluş olarak kabul edilmez¹⁰.

Kanunkoyucu işçinin korunmasını sağlamak amacıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için bazı şartlar aramıştır. 6098 sayılı Kanun’un 444. maddesine göre fiil ehliyetine sahip olan işçi işverene karşı sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan ve bunların dışında rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir. Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan rekabet etmeme borcunun koşullarına, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasını engelleyen özel bir kanun hükmünün bulunmaması koşulu da eklenmelidir¹¹. Örneğin, Basın İş Kanunu’na göre, iş sözleşmesinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini yerine getirmesini sınırlandıran hükümler batıldır (m. 13/2). Bu özel hüküm dolaısıyla gazetecilerle iş sözleşmesi sona erdikten

7 Şahlanan, Fevzi: Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2008, 72; Doğan, 77.

8 Soyer, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, 9; Özkara, Karşı Edim, 341-342; Yıldız, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014, 34-35.

9 Soyer, Rekabet Yasağı, 43; Taşkent, Savaş/Kabakçı, Mahmut: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil, S. 16, Aralık 2009, 36; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2020, 349; Doğan, 79. Öğretide Tuncay, iş sözleşmesiyle sadece bir gönderme yapılarak kararlaştırılan rekabet yasağının geçerli olmayacağını, buna karşılık iş

sözleşmesi imzalanırken iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmelik işçi tarafından okunmuş ve imzalanmışsa yasağın geçerli olması gerektiğini belirtmektedir, Tuncay, A. Can: Rekabet Yasağının Geçerlilik Şartları, (Bir Yargıtay Kararı Üzerine), Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan C. I, İKÜ HFD, Özel Sayı, C.15, S.1, Ocak 2016, 497. Toplu iş sözleşmesi ile rekabet yasağının getirilemeyeceği yönünde bkz. Yıldız, 35.

10 Ertaş, Kudret: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, 68; Yıldız, 47; Manav, 324; Doğan, 80. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ertan, Emre: İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012, 65 vd.

11 Soyer, Rekabet Yasağı, 39; Şahlanan, Rekabet Yasağı, 73; Manav, 326.

sonra hüküm ifade edecek bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Böyle bir sözleşme baştan itibaren geçersiz olacaktır.

Rekabet yasağı sözleşmesi, Anayasanın 48. maddesinde güvence altına alınmış olan çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne sınırlama getirmekte olup işçinin hayatını kazanmasının yanında maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla da doğrudan ilgilidir. Bundan dolayıdır ki kanun koyucu rekabet yasağı sözleşmesi ile işçi ve işveren menfaatlerini dengelemek istemiş; işverenin haklı menfaatleri ile işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğü arasında bu dengeyi sağlayacak biçimde yasal düzenleme yapmıştır. Bu kapsamda rekabet yasağının TBK m. 444 vd. hükümlerinde yer alan geçerlilik koşullarından tümünü bir arada bulundurması gerekir. Rekabet yasağı sözleşmenin geçerliliği için bulunması zorunlu olan bu koşullara ilişkin hükümler emredici niteliktedir ve bu koşullardan herhangi birinin bulunmaması halinde sözleşme geçersiz olur¹².

III. Görevli Mahkemenin Belirlenmesi

1) Görev Kuralları

Yargı teşkilatı içinde uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olarak farklı yargı kolları düzenlenmiş; her uyuşmazlığın kendi yargı kolu içerisinde çözümlenmesi ve karara bağlanması esası benimsenmiştir. Bir davaya aynı yargı yolundaki ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakacağını düzenleyen kurallar görev kurallarıdır¹³. Medeni

usul hukuku anlamında görev, genel olarak bir uyuşmazlığa hangi mahkemenin bakacağını ifade eder.

Göreve ilişkin düzenlemeler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda¹⁴ yer almaktadır. Kanun'un 1. maddesi, mahkemelerin görevinin ancak kanunla düzenleneceğini öngörmüş olup düzenleme, Anayasanın 142. maddesinde ifade edilen "*mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" hükmünün bir uzantısı niteliğindedir. Anayasanın açık hükmünün sonucu olarak hangi mahkemelerin hangi uyuşmazlıklar bakımından görevli olduğu genel kanun olan HMK ile özel kanunlarda yer alan görev kuralları ile düzenlenmiştir.

Görev, aynı yargı yolundaki mahkemelerden hangisinin uyuşmazlığa bakacağını düzenlemekte olup sadece genel mahkemelerin kendi arasında değil; genel ve özel mahkemeler arasında ve özel mahkemelerin de kendi arasında göreve ilişkin kurallar uygulanacaktır. Hukuk mahkemeleri bakımından genel mahkemeler asliye ve sulh hukuk mahkemeleri olup bunun dışında özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemeleri de görev ilişkisi içerisinde yer alır. Hukuk yargılaması içinde görevli mahkeme tespit edilirken öncelikle uyuşmazlığın genel mahkemelerde mi özel mahkemelerde mi çözüleceği belirlenecek; özel mahkemelerin görevli olması halinde ise uyuşmazlığın hangi özel mahkemenin görev alanına girdiği tespit edilecektir¹⁵.

Asliye hukuk mahkemeleri özel hukuk ilişkilerinden doğan dava ve işler bakımından genel görevli mahkeme olarak kabul edilmiş; sulh hukuk mahkemeleri ise belirli uyuşmazlıkları sonuçlandırmakla görevlendirilmiştir¹⁶. HMK m. 2/1

12 Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 2020, 350; Ertan, 84; Soyer, Rekabet Yasağı, 39; Manav, 326; Yıldız, 35.

13 Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, 85; Akkan, Mine: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. 1, 15. Bası, İstanbul 2017, 233; Karlı, Abdürrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, 167; Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I, II, İstanbul 2000, 139; Muşul, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, 53. Ulukapı, Ömer: Medeni Usul Hukuku, Konya 2015, 150; Koç, Evren: İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi, Prof. Dr. Ergun

Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, 178.

14 RG, 04.02.2011, 27836.

15 Akkan, Pekcanitez Usul, 233; Karlı, 168; Koç, 179; Köme Akpulat, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul 2018, 76.

16 Mülga HUMK'da yer alan, genel görevli mahkemelerin görev alanının dava konusunun değeri ve tutarına bağlı olarak tespiti anlayışından yeni Kanunda vazgeçilmiş; HMK m. 2 hükmünün gerekçesinde bu hususa değinilerek; mahkemelerin görevi bakımından miktara göre

hükmü uyarınca dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme aksine düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. Diğer genel mahkeme olan sulh hukuk mahkemelerinin görevi ise HMK m. 3 hükmünde sayılmıştır. Yine özel mahkeme kurulmayan yerlerde özel mahkemenin görev alanına giren uyuşmazlıklara da asliye hukuk mahkemeleri bakacaktır.

Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir¹⁷ (HMK m. 1). Bu nedenle mahkeme somut olayda görevli olup olmadığını kendiliğinden araştırır¹⁸. Bu kapsamda hâkim davanın her aşamasında görevli olup olmadığını kendiliğinden araştırır. İlk derece mahkemesi dışında kanun yolu aşamasında da mahkemenin görevli olup olmadığı inceleme konusu yapılır¹⁹.

yapılan ayırımın birçok soruna yol açtığı ve ihtiyaçlara cevap vermekten uzak olduğu, dava konusunun miktarının azlığına veya çokluğuna göre yapılacak inceleme ve varılacak sonucun değişmeyeceği, dava konusunun miktar ve değerinin tespitinde yaşanan sorunların yargılamayı gereksiz yere uzattığı ve sınıra yönelik periyodik değişikliklerin çeşitli karışıklıklara sebep olduğu belirtilmiştir. Yeni sistemi isabetli bulmayan yazarlar da söz konusudur. Bkz. Akkan, Pekcanitez Usul, 236; Karlı, 185.

17 İş mahkemelerinin görevine yönelik İMK m. 5 hükmünde görevin kamu düzeninden olduğuna yönelik açık düzenleme bulunmamasıyla birlikte HMK'da benimsenmiş bu esasın özel mahkeme olan iş mahkemeleri bakımından da geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu kapsamda iş sözleşmesinin tarafları da iş mahkemesinin görevini daraltan veya genişleten bir düzenleme yapamayacaklardır.

18 Bir davaya yargı yolundaki hangi mahkemenin bakacağı bir görev konusu değil, yargı yolu konusudur. Bu kapsamda yapılacak itiraz yargı yolu itirazıdır. Bkz. Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, 60; Atalı, Murat: Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, 532. Görev, yargı yolu, iş bölümü kavramları arasında ayırma ilişkin bkz. Kuru, Medeni Usul Hukuku, 133 vd.; Atalı, 532 vd.; Köme Akpulat, 75 vd.

19 Görevsiz bir mahkeme tarafından verilen bir konunun kesinleşmiş olması halinde kesinleşen hükme karşı olağanüstü kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Görevsiz mahkeme tarafından verilen kesin hüküm batıl sayılmaz. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, 65. Öte yandan görev konusunda usuli bir kazanılmış hak doğması mümkün değildir. Bu kapsamda üst mahkemenin görev dışında bir sebeple kararı bozması halinde ilk derece mahkemesi dosyayı yeniden incelerken

Görev, usuli müktesep hakkın istisnalarından olup mahkemenin görevsizliği konusunda herhangi bir karar verilmemiş olsa da yargılamanın sonraki aşamalarında görev incelemesi yapılarak mahkemenin görevsiz olduğu tespit edilebilir²⁰. Bu durum görev kurallarının yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınması ile bağlantılı olup; görev konusunda tarafların müktesep hakkı söz konusu olamaz.

Görevin kamu düzeninden olmasının bir diğer sonucu, tarafların görevli mahkemenin belirlenmesine yönelik sözleşme yapmalarının mümkün olmamasıdır²¹. Böyle bir sözleşme olsa dahi taraflar mahkemenin görevsiz olduğunu yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilirler. Yine mahkeme taraflar arasındaki göreve ilişkin sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle kıyas veya yorum yoluyla genişletilmesi ya da değiştirilmesi de kabul edilemez²².

Taraflardan birinin mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürmesi halinde mahkeme bu itirazı inceleyip karar verecektir. Görev, dava şartı olduğundan mahkeme bu itirazı ön inceleme aşamasında ve tahkikata geçmeden önce inceleyecek; inceleme dosya üzerinden yapılacaktır (HMK m. 137). Ancak gerekmesi halinde hâkim tarafları ön inceleme duruşmasına davet ederek de konuyu karara bağlayabilir (HMK m. 138). Tarafların süresi içerisinde görev itirazında bulunmaması görevsiz mahkemeyi görevli hale getirmez. Görevsiz mahkeme tarafından verilen hükme yönelik kanun yoluna başvurulması halinde üst mahkeme, ilk derece mahkemesinin görevli olup olmadığını re'sen gözetmek zorundadır. Hükmü veren

görevsiz olduğunu fark ederek görevsizlik kararı verebilir. Bkz. Çenberci, Mustafa: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, 45; Üstündağ, 170; Kuru, Medeni Usul Hukuku, 97; Köme Akpulat, 80.

20 Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2018, 45; Kar, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, Ankara 2021, 180-181.

21 Karlı, 205; Ulukapı, 151; Kuru, Medeni Usul Hukuku, 309; Akkan, Pekcanitez Usul, 240; Gülver, Ender: İş Yargısında Görev, İÜHFİM, C. 59, S. 1-2, 2001, 375.

22 Akkan, Pekcanitez Usul, 240; Atalı, 537; Kar, 180; Köme Akpulat, 79.

mahkemenin görevsiz olması istinaf ve temyiz mahkemeleri bakımından kaldırma/bozma sebebidir (HMK m. 353/1, a, 3; HMK m. 371/1, b).

Hâkim yaptığı inceleme sonunda görevli olduğu sonucuna varırsa göreve ilişkin itirazı reddederek davaya devam edecek; görevsiz olduğu sonucuna varır ise görevsizlik kararı vererek yargılamayı sonlandıracaktır. Görev itirazının reddine ilişkin karar bir ara karar olup bu karara karşı ancak esasa ilişkin kararla birlikte kanun yoluna başvurulabilecektir. Görevsizlik kararı ise usuli, nihai bir karardır. Nihai kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir. Görevsizlik kararına ilişkin istinaf yoluna başvurulabilmesi için malvarlığına ilişkin davalarda dava konusunun miktar ve değeri gözetilecektir (HMK m. 341/2). İlk derece mahkemelerinin göreve ilişkin kararları hakkında bölge adliye mahkemesinin verdiği karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz (HMK m. 362/1-c).

Görevsizlik kararı veren mahkeme kararda görevli mahkemeyi göstererek dosyanın bu mahkemeye gönderilmesine karar verir. Ancak kendiliğinden dosyayı görevli mahkemeye göndermez. Bu durumda görevsizlik kararı verildiği anda kesin ise tebliğ tarihinden, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten, kanun yoluna başvurulması halinde ise başvurunun reddi kararının tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurularak dosyanın görevli mahkeme gönderilmesi talep edilmelidir. Bu kapsamda davacı veya davalının başvuruda bulunması mümkündür. Dosya kendisine gönderilen mahkeme kendiliğinden taraflara davetiye gönderir (HMK m. 20).

Tarafların süresi içerisinde görevli mahkemeye başvurması halinde görevsiz mahkemede dava açılması ile meydana gelen sonuçlar korunmuş olur. Bu kapsamda; davacının yeniden harç ödemesi gerekmeyecek, görevsiz mahkemede davanın açılmasıyla kesilen zamanaşımı ile hak düşürücü süre korunmuş olacaktır. Ancak tarafların süresi içerisinde mahkemeye başvurmaması halinde görevsiz mahkemede açılan dava hiç

açılmamış sayılacak (HMK m. 20/1); davanın açılmasıyla meydana gelen bütün sonuçlar ortadan kalkacaktır.

Görevsizlik kararı üzerine kendisine başvuru alan görevli mahkeme kendisi de görevli olup olmadığını re'sen inceleyecektir. Ancak görevsizlik kararının kanun yolu denetiminden geçerek kesinleşmesi halinde başvuru alan mahkeme görevsizlik kararı ile bağlı olacaktır (HMK m. 21/1-c).

2) İş Mahkemelerinin Görevi

a) Genel Olarak

İş hukukunun özel bir uzmanlığı gerektirmesi, işçiyi koruyucu niteliğe sahip olması iş davalarının genel mahkemelerin dışında özel bir iş yargılaması çerçevesinde değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır. Bu nedenle ülkemizde de iş davalarına iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanında uzmanlaşmış, özel ihtisas mahkemesi niteliğindeki iş mahkemeleri tarafından bakılmaktadır.

İş uyuşmazlıkları bakımından ihtisas mahkemesi ihtiyacı 1950'li yıllarda ortaya çıkmış; bunun üzerine 1950 yılında 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu²³ çıkarılarak işçilerin alacağına daha hızlı ve daha kolay ulaşması sağlanmaya çalışılmıştır²⁴. 5521 sayılı Kanun'un yerini 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu almış olup iş mahkemelerinin görev ve yetkisi ile yargılama usulü bu kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Kanun'da boşluk olması halinde ise İMK m. 9 hükmü gereği genel kanun niteliğindeki HMK'nın konuya ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre *"Bu Kanunun amacı; iş mahkemelerinin kuruluş görev, yetki ve yargılama usulünü düzenlemek-*

23 RG, 4.2.1950, 7424.

24 Kanunun gerekçesinde bu husus, "Her memlekette iş kanunlarının işçilere sağladığı hakların gerçek teminatı o hakların ihkaki hususunda mevcut usullerdeki müesiriyet ve kolaylıklarda tecelli eder. İşçinin haklarını adalet mercilerinde çabuk, kolay ve ucuz bir surette istihsal etmesini temin eden özel iş mahkemeleri kanunları bu ihtiyacı karşılamak üzere çıkarılmışlardır." biçiminde ifade edilmiştir.

tir". Anılan Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrası ile 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca iş mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde, Adalet Bakanlığınca Hakimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) olumlu görüşü alınarak, tek hakimli olarak ve asliye mahkemesi derecesinde gerekli görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi 5235 sayılı Kanun'un 7. maddesinde öngörülen hükümlere göre belirlenir.

İMK m. 2/2'ye göre iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde iş mahkemelerinin birden fazla daireleri oluşturulabilir. Bu durumda bunlar, kurulu buldukları il veya ilçenin adıyla anılır ve kendi aralarında numaralandırılır. İhtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından belirlenen ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilir. İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde iş mahkemesinin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince, İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki usul ve esaslara göre bakılır (f. 3). Sayıca birden çok olan iş mahkemelerinin daireleri arasında bakılacak uyuşmazlıklara yönelik yapılacak iş dağılımı HSK tarafından belirlenecektir (İMK m. 2/2). Bu hükümlerle birden fazla iş mahkemesi kurulan yerlerde HSK'ya sadece sosyal güvenlik uyuşmazlıkları yönünden değil, iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da iş mahkemelerini ihtisaslaştırma yetkisi tanınmıştır. Gelen işlerin özelliği ve yoğunluğu göz önünde tutularak bir iş mahkemesi örneğinin işçi alacakları davalarına, diğeri işe iade davalarına bakmak suretiyle uzmanlaştırılabilecektir.

İş mahkemelerinin bulunduğu yerlerde iş mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasında görev ilişkisi bulunmakta iken²⁵ birden fazla iş mahkemesinin bulunduğu yerlerde iş mahkemeleri arasındaki ilişki iş dağılımına dayanmaktadır²⁶.

25 Ulukapı, 150; Koç, 181; Gülver, 378.

26 Karslı, 100; Akkan, Pekcanitez Usul, 170; Koç, 183. Yargı-

Uyuşmazlıkların hangilerinin iş mahkemeleri tarafından karara bağlanacağı hususu iş mahkemelerinin görevi ile açıklanır. İş uyuşmazlıkları kısaca, bireysel ve toplu iş sözleşmesinin bağitlanması, varlığı veya sona ermesinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlık biçiminde tanımlanabilir²⁷. Bu kapsamda iş uyuşmazlıkları işçi ile işveren arasından doğan uyuşmazlıklar olabileceği gibi bir işçi topluluğunun müşterek hak ve menfaatlerini ilgilendiren bir uyuşmazlık da olabilecektir. Uyuşmazlık, kaynağını mevzuattan, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden alan bir hak uyuşmazlığı olabileceği gibi mevcut bir hakkın değişmesine ya da yeni bir hak tanınmasına yönelik bir menfaat uyuşmazlığı da iş uyuşmazlığı olup iş mahkemelerinin görev alanını belirleyebilecektir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş mahkemelerinin görevi düzenlenmiştir. Kanunun 5. madde hükmüne göre iş mahkemeleri, 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na tabi gazeteciler, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi gemi adamları, 4857 sayılı İş Kanunu'na veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet sözleşmesine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına; idari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanun'un geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumu'nun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara ve diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara ilişkin dava ve işlere bakar. Buna göre iş mahkemeleri, tarafları ve konusu kanun ile belirlenmiş uyuşmazlıklar bakımından görevlidir²⁸. Dava konusunun miktar ve değeri ise görevli mahkeme-

tay'a göre, iş mahkemesi ile münhasıran sosyal güvenlik davalarına bakmak üzere görevlendirilen mahkeme arasında görev ilişkisi değil, iş bölümü ilişkisi mevcuttur. Yarg. 10. HD. 06.04.2017, 2017/1286, 2017/3048, www.kazanci.com.

27 Başterzi, Süleyman: İş Uyuşmazlıkları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2000, 42; Köme Akpulat, 89.

28 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 155.

nin tespitinde dikkate alınmamıştır.

7036 sayılı Kanun'un iş mahkemelerinin görevini genişlettiğini ifade etmek gerekir. Zira mülga Kanunun görevi düzenleyen 1. maddesinde İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi bakımından iş mahkemesi görevlendirilmiş; diğer bir ifadeyle iş mahkemelerinin görevi İş Kanunu temel alınarak düzenlenmişti²⁹. Bu durum İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalan ve TBK hükümlerine tabi olarak hizmet sözleşmesiyle çalışan işçilerin iş ilişkilerinden doğan talepler bakımından iş mahkemeleri yerine asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu sonucunu doğurmakta; iş sözleşmesi ile çalışmasına rağmen elli birden az işçinin çalıştığı tarım ve orman işlerinde, hava taşıma işlerinde, ev hizmetlerinde, üç kişinin çalıştığı esnaf ve sanatkâr işyerlerinde çalışanlar ile sporcuların iş sözleşmelerinden doğan talepleri için açacakları davalar iş mahkemelerinin görev alanının dışında bırakılmaktaydı³⁰.

7036 sayılı Kanun ile doktrinde öteden beri ifade edilen iş mahkemelerinin tüm işçiler bakımından görevli sayılması ve görev bakımından temel ölçütün hizmet sözleşmesi olması görüşü³¹ kanuna da yansımış bulunmaktadır. Böylelikle TBK kapsamındaki işçilerin taraf oldukları

uyuşmazlıklar da iş mahkemelerinin görevinin kapsamına alınmıştır. Düzenleme, kanaatimizce iş mahkemelerinin tam anlamıyla ihtisas mahkemesi olabilmesi yönünden isabetlidir. Zira iş sözleşmesinin hangi kanuna tabi olduğundan bağımsız olarak bu sözleşme ile çalışanların korunması gereken benzer nitelikteki menfaatlerinin bulunduğu, doğacak uyuşmazlığın çözümünün özel bir uzmanlığı gerektirdiği ve benzer nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından içtihat birliği sağlanmasının önemi ortadadır³².

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte Borçlar Kanunu kapsamında kurulan iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından da iş mahkemeleri görevli hale gelmiştir. Göreve ilişkin hükümlerin kamu düzeninden oluşu ve derhal uygulanması sebebiyle Kanun'da konuya ilişkin bir geçiş hükmü öngörülmüş olup, söz konusu hükme göre, başka mahkemelerin görev alanına girerken bu kanunla iş mahkemelerinin görev alanına dahil edilen dava ve işler iş mahkemelerine devredilmeyecek; kesinleşinceye kadar ilgili mahkemelerde görülmeye devam edecektir (İMK geç. m. 1/3). Bu kapsamda kanunun yürürlüğe girmesinden önce Borçlar Kanunu kapsamında kurulmuş bir iş ilişkisinden doğan ve asliye hukuk mahkemesinde açılmış olan davalar kesinleşinceye kadar bu mahkemede görülmeye devam edilecektir.

Görüldüğü gibi Kanun'da iş mahkemelerinin görevi üç kategori içinde düzenlenmiştir. İlki işçi, işveren ve işveren vekilleri arasında iş ilişkisinden doğan davalar; ikincisi, idari para cezaları ve 5510 sayılı Kanunun geçici 4. maddesine göre açılan davalar hariç Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından doğan davalar; üçün-

29 Maddede adı geçen İş Kanunu 3008 sayılı Kanun olup bu Kanunun yerini sırasıyla 931, 1475 ve 4857 sayılı İş Kanunları almıştır. 7036 sayılı Kanundan önce gemi adamlarının ve gazetecilerin taraf olduğu iş uyuşmazlıkları Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda yer verilen özel hükümler nedeniyle iş mahkemelerinde görülebilmştir (DİK m.46, BİK Ek m.4).

30 Yargıtay bu dönemde kapsam dışında bulunan işçiler bakımından işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin varlığını gözeterek değerlendirmelerde bulunmuş; işyerinde uygulanan bir tolu iş sözleşmesi varsa bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından iş sözleşmesinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 7. HD. 19.06.2013, 2013/15340, 2013/11539, Alpagut, Gülsevil: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016, 12.

31 Kuru, Baki: İş Mahkemeleri (İş Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi), TBB 1. Hukuk Kongresi, 1971, 15; Çenberci, 26; Köme Akpulat, 95.

32 Mülga 5521 sayılı Kanun döneminde farklı mahkemelerin görevli olması sebebiyle içtihatlar bakımından uyumsuzluklar ortaya çıktığı görülmektedir. Detaylı değerlendirme için bkz. Alpagut, Gülsevil: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul 2016, 197.

cüsü ise diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğunun belirtildiği davalardır. Diğer kanunlardaki iş mahkemelerinin görevli olduğunun belirtildiği özel düzenlemeler ise daha ziyade toplu iş hukuku alanındadır.

İş mahkemelerinin görevli olabilmesi bakımından Kanun'da iki unsur birlikte aranmıştır. Bunlardan ilki uyuşmazlığının taraflarının işçi, işveren ya da işveren vekili olması, ikincisi ise bu uyuşmazlıkların iş ilişkisi nedeniyle iş sözleşmesinden veya kanundan doğmasıdır. Öğretide ilk unsur kişi unsuru, ikinci unsur ise konu unsuru olarak adlandırılmaktadır³³. Bu unsurlardan birinin bulunmaması halinde iş mahkemelerinin uyuşmazlık bakımından görevli olduğu kabul edilemez.

Özel kanunlarda da iş mahkemesinin görevli olduğu açıkça düzenlenmiş uyuşmazlıklar olabilir. Bu uyuşmazlıklar bakımından taraf unsuru mevcut olmamakla birlikte iş mahkemeleri görevli mahkeme olarak kabul edilecektir. Örneğin; alt işverenin işyerinin tescili üzerine yapılan incelemede alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunu tespit eden müfettiş raporuna karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz iş günü içinde işverenlerce yapılacak itirazlar bakımından iş mahkemeleri görevlidir (İşK m. 3/2). Yine iş müfettişleri tarafından düzenlenen raporların ve tutulan tutanakların işçi alacaklarına ilişkin kısımlarına karşı otuz gün içinde taraflarca yapılacak itirazlar için de iş mahkemelerine başvurulacaktır (İşK m. 92/3). Toplu iş hukuku kapsamında düzenlemeler getiren 4688 sayılı Kanun'da da bu Kanun'dan doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olduğu hükmüne yer verilmiş (m. 6/7, 14/4, 16/4, 30, 37) uyuşmazlığın taraflarından birinin kamu görevlileri sendikası ya da kamu görevlisi olmasına karşın uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde çözümleneceği öngörülmüştür. Benzer bir düzenleme 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Söz-

leşmesi Kanunu m.79 hükmünde yer almaktadır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.101 uyarınca da bu Kanun'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür. 7036 sayılı Kanun'da Sosyal Güvenlik Kurumunun taraf olduğu uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği düzenlenmişken, 5510 sayılı Kanun, bir tarafın Sosyal Güvenlik Kurumu olması şart olmaksızın bu Kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda iş mahkemesini görevli kılmaktadır.

b) Görevin Unsurları

aa) Kişi unsuru açısından

7036 sayılı Kanun'da iş mahkemelerinin görevli olabilmesi bakımından aranan ilk koşul uyuşmazlığın taraflarının işçi ile işveren veya işveren vekili olmasıdır³⁴. Buna göre iş mahkemeleri; işçiler, gazeteciler ve gemi adamları ile işverenler veya işveren vekilleri arasındaki uyuşmazlıklar bakımından görevlidir. İşçi ve işveren sıfatının uyuşmazlığın doğduğu, ilişkin olduğu dönemde var olması gerekli ve yeterlidir. Dava açılırken veya yargılama sırasında bu sıfatların kaybedilmesi, uyuşmazlığın çözümü bakımından iş mahkemelerinin görevini etkilemez³⁵.

5521 sayılı Kanun döneminde iş mahkemelerinin görevli olabilmesi için uyuşmazlığın ta-

33 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 47; Koç, 186; Bozkurt, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, 157. Bu unsurlar kişi unsuru ve nitelik unsuru olarak da adlandırılmaktadır, Gülver, 386.

34 Maddede yer alan kişi unsurunun yani "sıfat"ın bulunup bulunmadığı maddi hukuk hükümlerine göre işine sınına girilerek belirlenecektir. Bkz. Çenberci, 17; Köme Akpulat, 96; konuya ilişkin genel olarak bkz. Pekcanitez/ Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, 611; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 1159.

35 Öyle ki taraflardan birinin ölümü halinde mirasçılarının açacağı veya taraf olacağı davalarda da ölüm olayının görev üzerinde etkisi olmayacaktır. Burada halefiyet ilkesi uygulanarak murisin taraf sıfatını haiz olması mirasçılarının açacağı davalar bakımından görev unsurunun değerlendirilmesinde yeterlidir. Örneğin; işçinin ölümü halinde mirasçılarının açacağı kıdem tazminatı, iş kazasının işçinin ölümü ile sonuçlanması halinde işverene karşı açılacak maddi tazminat davaları bakımından iş mahkemeleri görevlidir. Bkz. Şahlanan, Fevzi: İş Mahkemeleri ve İş Yargılaması, III. Uluslararası Endüstri İlişkileri Kongresi, İstanbul 1999, 113; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 161; Çenberci, 19; Kuru, Medeni Usul Hukuku, 5608; Köme Akpulat, 97.

raflarının İş Kanunu'na göre işçi sayılanlar ile işveren veya işveren vekili sıfatına sahip olması gerekmektedir (m. 1). Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçilerin işveren ya da işveren vekillerine karşı açtıkları anılan kanunlardan doğan davalar ise söz konusu kanunlara konulan özel hükümlerle (BİK Ek m.4; DİK m.46) iş mahkemelerinde görülmekteydi. Buna karşılık haklarında özel bir düzenleme olmayan Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin iş sözleşmesinden doğan davaları meblağa göre sulh hukuk ya da asliye hukuk mahkemelerinde görülmekteydi. Bu bağlamda da deniz taşıma işi kapsamına girmeyen yattaki çalışma³⁶, hava taşıma işlerinde³⁷, üç kişinin çalıştığı esnaf ve sanatkâr işyerlerinde³⁸, ev hizmetlerinde çalışanların³⁹ açtıkları davalarda iş mahkemeleri görevli değildi. Benzer biçimde elli birden az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmelerde çalışanlar da İş Kanunu'nun kapsamı dışında kaldıkları için (m.4/1, b) bunların açtıkları davalar iş mahkemelerinde görülmemekteydi. Bu dönemde özellikle hava taşıma işinde çalışanlar bakımından rastlandığı üzere, Borçlar Kanunu'na tabi bazı işçilerin davalarının iş mahkemesinde görülme nedeni uyuşmazlığın toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmasıydı (2822 sayılı TİSGLK m. 66/2, 6356 sayılı STİSK m.79).

7036 sayılı Kanunla isabetli olarak Türk Borçlar Kanunu kapsamına giren işçiler de iş yargılamasının görev alanına alınmıştır. Böylece iş mahkemelerinin görev alanının belirlenmesinde bütünlük sağlanmıştır⁴⁰. Gerçekten İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na tabi işçiler gibi Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin de iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan

doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarında artık iş mahkemesi görevlidir⁴¹. Bu düzenlemeyle tüm işçilerin iş sözleşmelerinden ve kanundan doğan uyuşmazlıklarının özel uzmanlık mahkemesi niteliği taşıyan iş mahkemelerinde görülmesi kuşkusuz isabetli olmuştur.

Kişisi unsuru açısından iş mahkemesinin görevli olabilmesi için uyuşmazlığın taraflarının işçi sayılanlar ile işveren veya işveren vekili sıfatına sahip olması gerekir. Bu noktada değerlendirme hâkim tarafından yapılacak olup tarafların hukuki nitelendirmeleri hakimi bağlamaz. Bunun sonucunda işçi sayılmayan kişilerin açacakları davalarda iş mahkemeleri görevli olmaz⁴². Bu bağlamda örneğin eser sözleşmesine ya da vekalet sözleşmesine göre iş görme edimini yerine getiren kişinin iş mahkemesinde dava açması mümkün değildir. Bunun gibi, statü hukukuna dayanan çalışmalardan kaynaklanan davalar da iş mahkemesinde görülmez. Aynı şekilde çıraklarla ilgili davalar da iş sözleşmesinden doğmadığı için iş mahkemesinde görülmezler⁴³.

bb) Konu unsuru açısından

İş mahkemelerinin görevi bakımından 7036 sayılı Kanun'da aranan ikinci kriter uyuşmazlığın konusuna yöneliktir. Buna göre tarafların arasındaki iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlığı iş mahkemelerinin görev alanına girecektir⁴⁴. Bu

36 Yarg. 9. HD, 18.11.2013, E. 2011/35563 K. 2013/29504, www.kazanci.com.

37 Yarg. 7. HD, 19.6.2013, E. 2013/15340 K. 2013/11539, www.kazanci.com.

38 Yarg. 9. HD, 04.5.2017, E. 2017/4241 K. 2017/7860.

39 Yarg. 9. HD, 29.9.2016, E. 2016/28557 K. 2016/16963, www.kazanci.com.

40 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 49; Soyer, Polat: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, C. 15, S. 57, 2018, 24.

41 7036 sayılı Kanunda yapılan düzenleme ile Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçilerin iş yargılamasının kapsamına alınması kanununun sistematik bir bütünlük içinde olması bakımından önemli olmakla birlikte ciddi bir yenilik değildir. Zira her iki kanunda da kanunun kapsamına giren işçilerin iş ilişkilerinden doğacak uyuşmazlıklarında iş mahkemelerinin görevli olacağına dair hükümler 5521 sayılı Kanun döneminde de mevcuttu, halen de mevcuttur (BİK Ek m.4; DİK m.46).

42 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 50; Süzek, İş Hukuku, 103; Bozkurt, 135.

43 Çil, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Ankara 2020, 20.

44 Bu noktada ifade etmemiz gerekir ki hukuk uyuşmazlıkları dışında meydana gelen ceza veya idare hukukundan doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemeleri görevli değildir. Nitekim iş mevzuatında yer alan kamu hukuku kaynaklı yaptırımlardan doğan uyuşmazlıklar da iş mahkemelerinde görülmemektedir. Örneğin; idari para cezalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahke-

kapsamda uyuşmazlığın tarafları işçi ve işveren olmasına rağmen uyuşmazlığın iş ilişkisi nedeniyle kanundan veya sözleşmeden doğmaması halinde iş mahkemeleri görevli olmayacaktır. Örneğin taraflar arasında iş sözleşmesi haricinde bir satım, kira veya ödünç sözleşmesi mevcut ise bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlık iş mahkemeleri tarafından çözülemeyecek, genel mahkemeler bu uyuşmazlıklar bakımından görevli olacaktır⁴⁵.

İş ilişkisi, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkidir (İşK m. 2/1). Tarafların aralarındaki ilişkinin iş ilişkisi olduğunun tespiti bakımından belirleyici olan bağımlılık unsuru olacaktır. Yargıtay da konuya ilişkin verdiği kararlarda istikrarlı olarak iş mahkemesinin görevli olması için davacının işçi davalının işveren ve aralarındaki ilişkinin iş ilişkisi olması gerektiğine işaret etmiş ve bağımlılık unsuru üzerinde durmuştur⁴⁶.

İş mahkemelerinin görevi bakımından taraflar arasında iş ilişkisinin bulunması yeterlidir. Bu kapsamda taraflar arasında fiili bir ilişkinin doğması yeterli olacaktır⁴⁷. Diğer bir ifadeyle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin geçersiz olması halinde dahi fiili ilişkiden hareketle iş mahkemeleri görevli olacaktır⁴⁸.

Konuya ilişkin Yargıtay kararlarında, fiili iş ilişkisinin kurulmadığı, iş görme ediminin ifa edilmeye başlanmadığı durumlarda iş mahke-

mesinin görevli olmadığı kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bir kararına göre, "...İş mahkemesinin diğer kanunlardaki ayırık düzenlemeler hariç görevli olması için taraflar arasında iş ilişkisi bulunması gerekir. İş ilişkisi, kısaca işçi ve işveren sıfatı iş görme ediminin fiilen başlaması ile kurulur... Dosya içeriğine göre taraflar arasında noterde düzenlenerek davacının 3 yıl imalat müdürü olarak çalışacağı yönünde bir sözleşme düzenlendiği, ancak davacının hiç fiili çalışmasının olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında işçi ve işveren sıfatı oluşmamıştır. Uyuşmazlıkta İş Mahkemeleri görevli değildir. Taraflar arasında iş ilişkisi kurulmadığından davanın genel mahkemelerde görülmesi gerekir."⁴⁹

Yüksek Mahkeme'nin konuya ilişkin başka bir kararına göre de, "Uyuşmazlık iş sözleşmesinden doğan alacak istemine ilişkindir. Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmamaktadır. Kaldı ki, kökleşmiş içtihatlarımıza göre, yazılı bir hizmet sözleşmesi olsa da, eylemli bir çalışma yoksa fiilen iş ilişkisi kurulmamış sayılmaktadır. Davacının sözleşme kurulacağı vaadiyle umudunun boşa çıkarılması ancak genel mahkemelerde görülebilecek bir zarar türüdür. Davacının istemini işçilik alacaklarında somutlaştırması ve iş ilişkisine dayandırması nedeniyle doğan uyuşmazlıkta haklı bir isteği bulunmamaktadır. Dava bu nedenle reddolunmalıdır."⁵⁰

Uyuşmazlık konusu talebin iş ilişkisinden doğması halinde bu talebe bağlı taleplerin de iş mahkemesinde çözüme kavuşturulması gerekir. Örneğin; icra takibine konu alacağı iş ilişkisinden kaynaklanması halinde icra takibine yapılan itiraza yönelik itirazın iptali davası da iş mahkemesinde açılacaktır (İİK m. 67). Yine geçici hukuki koruma talebinin iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarla bağlantılı olması halinde ihtiyati

me iş mahkemesi olarak kabul edilemeyecektir.

45 İşçi ile işveren arasındaki ödünç sözleşmesinde iş mahkemelerinin görevli olmadığı yönünde bkz. Yarg. 9. HD, 13.02.2006, E. 2005/21265 K. 2006/3404, www.kazanci.com.

46 Yarg. 9. HD, 22.10.2015, E. 2014/16302 K. 2015/29569; Yarg. 22. HD, 23.02.2015, E. 2015/3949 K. 2015/6874; Yarg. HGK, 16.11.2016, E. 2014/10-1071 K. 2016/1173, www.kazanci.com.

47 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 178; Süzek, İş Hukuku, 219 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 352 vd. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yıldız, Gaye Burcu: Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019, 794.

48 Şahlanan, Fevzi: İş Yargılaması, İÜHFİM, C. XLII, S. 1-4, 1977, 386; Günay, Cevdet İlhan: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000, 56; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 146; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 161; Gülver, 395; Köme Akpulat, 126.

49 Yarg. 9. HD, 29.09.2015 E. 2014/14837 K. 2015/26603, www.legalbank.net; aynı yönde, Yarg. 9. HD, 06.06.2011, E. 2009/13419 K. 2011/16599.

50 Yarg. 9. HD, 27.02.2008 E. 2008/1358 K. 2008/2598. Özel Daire, 14.03.2016 tarihli kararında da aynı doğrultuda hüküm kurmuştur (Yarg. 9. HD, 14.03.2016, E. 2014/34769 K. 2016/5955).

tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespit talepleri de iş mahkemelerinin görev alanına girecektir (HMK m. 389-406).

Uyuşmazlık iş ilişkisinden kaynaklanmakla birlikte doğrudan kanunda veya sözleşmede yer alan bir talebe konu olabilir. Örneğin; sözleşmeden doğan prim veya ikramiye alacağı, cezaî şart; kanundan doğan kıdem tazminatı, fazla çalışma, ölüm tazminatı bakımından görevli mahkeme iş mahkemesidir.

Kanun'da yer alan sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar ifadesinin salt iş sözleşmesi olarak anlaşılması gerekir. Bu kapsamda iş sözleşmesi ile birlikte iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri iç yönetmeliğinden, tip iş sözleşmelerinden, işyeri uygulamalarından doğan talepler ile toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinden doğan işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklar⁵¹ da iş mahkemelerinin görev alanına girmektedir⁵². Nitekim İş Kanunu m.22'de de belirtildiği üzere, personel yönetmeliği iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. İşyeri uygulamaları da hukuken iş sözleşmesinin yazılı olmayan hükümleri niteliğine sahiptir. Keza toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri iş sözleşmelerini doğrudan doğruya ve emredici olarak etkiler. Yargıtay da konuya ilişkin verdiği kararlarda iç yönetmelikten doğan uyuşmazlıklar ile işverence oluşturulan disiplin kurulunun verdiği disiplin cezalarının iş mahkemelerinde çözüme kavuşturulacağına karar vermiştir⁵³.

İş hukukunda iş sözleşmesinin geçersizliğinin kural olarak ileriye etkili olduğu kabul edildiğinden, iş sözleşmesinin geçersiz olması bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda iş mahkemesinin görevli olmamasını gerektirmez⁵⁴. Bunun gibi iş mahkemesinde görülmesi gereken

bir talepten doğan dava işçinin halefleri tarafından açılrsa da iş mahkemeleri görevli olacaktır.

3) Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkeme

a) Yasal Esaslar

İşçinin rekabet etmeme borcunun sözleşmenin sona ermesinden sonra ifa edilen bir borç oluşu, iş sözleşmesinin sona erdiği sırada dahi akdedilebilen bağımsız yazılı bir sözleşmeye konu olabilmesi, tarafların bu aşamada işçi ve işveren sıfatlarının sona ermiş olması ile TTK m. 4 ve 5 hükümlerinde yer alan mutlak ticari davalara yönelik düzenlemeler bu borçtan doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkemenin belirlenmesine yönelik farklı görüş ve içtihatların ortaya çıkması sonucunu doğurmuştur.

Sözleşme sonrası rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar bakımından karşımıza iki normatif düzenleme çıkmaktadır. Bunlardan ilki TTK m. 4 ve 5 hükümleri ile düzenlenen asliye ticaret mahkemelerinin görevine ilişkindir. İkincisi ise iş mahkemelerinin görevini düzenleyen eİMK m. 1 ile İMK m. 5 hükmüdür.

Ticari davalar TTK m. 4 hükmünde mutlak ve nispi ticari davalar olarak iki grup halinde düzenlenmiştir. Mutlak ticari davalar, tarafların tacir olup olmadığına ve işin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın ticari sayılan davalardır. Buna karşılık nispi ticari davalar, her iki tarafında da tacir olduğu veya uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesini ilgilendirdiği davaları ifade etmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalar ise TTK m. 4/1, c hükmünde mutlak ticari davalar arasında sayılmış; ticari davalarda delillerin ve bunların sunulmasının HMK hükümlerine tabi olduğu vurgulandıktan (m.4/2) sonra aksine hüküm bulunmadıkça dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemelerinin tüm ticari davalara bakacağı açıkça belirtilmiştir (m.5/1).

TTK m. 4 hükmünde rekabet yasağından söz-

51 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 79. maddesine göre bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür.

52 Çenberci, 30.

53 Yarg. 22. HD. 07.02.2014, 2013/19399, 2014/1630, www.kazanci.com.

54 Şahlanan, İş Yargılaması, 386; Süzek, İş Hukuku, 105; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 52.

leşmelerinden doğan uyuşmazlıkların neden mutlak ticari dava sayılması gerektiği yönünde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak aynı hükme yer veren mülga Ticaret Kanunu'nun gerekçesinde maddi hukukun tatbiki bakımından 'ticari işler' kavramına giren bütün meselelerin değil, yalnız mahiyet ve bünyesi itibariyle yargıcın özel bir ihtisasına ihtiyaç gösteren meselelerin de ticari dava olarak vasıflandırıldığı, her iki tarafın tacir sıfatı ve uyuşmazlık konusu için bu sebepten dolayı ticari sayılması olgusunun yanı sıra, tarafların sıfatına bakılmaksızın öz ticaret hayatına mahsus olmaları dolayısıyla ayrı bir ihtisas cephesini arz eden muamelelerin de dava sayıldığı belirtilmiştir. Yeni kanun bakımından da geçerli olduğu kabul edilebilecek bu gerekçe konuya ilişkin Yargıtay içtihadıyla birlikte değerlendirildiğinde, rekabet yasağı sözleşmesinin öz ticaret hayatına ilişkin bir düzenleme olduğu saikiyle bu sözleşmeden doğan davaların da mutlak ticari davalar arasında sayıldığı görülmektedir.

Yargıtay'ın içtihat değişikliğine gittiği 2012 ve 2013 yıllarında iş yargılamasında görevin tespiti bakımından yürürlükte olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş mahkemelerinin görevi İş Kanunu temel alınarak düzenlenmişti. Hükme göre işçi sayılan kişilerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanunundan doğan uyuşmazlıklar iş mahkemesinde görülecektir (eİMK m. 1/1). Yukarıda detaylı biçimde açıkladığımız üzere 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nda ise göreve ilişkin hüküm genişletilmiş; iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıkları kapsama alınmıştır⁵⁵. Buna göre şayet

rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık "iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan" bir uyuşmazlık olarak nitelenirse bu açıdan da İMK m. 5'in kapsamına girdiği ve çözüm yerinin iş mahkemesi olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

Rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından değerlendirme yapan pek çok yazarca kabul edildiği üzere TTK m. 4 ile İMK m. 5 (eİMK m. 1) hükmü çatışma halinde olup çatışan düzenlemelerden hangisine üstünlük verileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Aşağıda bu husus ayrıca değerlendirilecektir.

b) Konuya İlişkin Yargıtay İçtihadının Gelişimi

Sözleşme sonrası rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkemenin belirlenmesi noktasında Yargıtay zaman içinde farklı yönde kararlar vermiştir. İlk kararlarında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu sonucuna ulaşmış; Yargıtay daireleri de aynı içtihadı devam ettirmiş⁵⁶. Ancak 2012 yılında Yargıtay bu yöndeki

sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kaynaklanan işçi ve işveren uyuşmazlıkları da kapsama alınmaktadır. Ayrıca sadece 4857 sayılı İş Kanununa tabi işçiler değil 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamındaki gazeteciler ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamındaki gemiadamları da kapsama alınmakta ve bunlar ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerinin bakacağı kabul edilmektedir. Bu düzenlemeler 5953 sayılı Kanunun ek 4 üncü maddesi ve 854 sayılı Kanunun 46 ncı maddesiyle de uyumludur. Böylece iş mahkemeleri, işçi ve işveren arasındaki tüm ihtilafları çözmekle görevlendirilerek tam bir ihtisas mahkemesi olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşımla, işçi ve işveren arasında iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda istikrarlı kararların verilmesi sağlanacak, uzmanlık sebebiyle kısa sürede daha güvenilir sonuçlar elde edilecek ve yargı yoluna başvuranların hakları daha iyi korunacaktır.", <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>.

56 Yarg. 9. HD, 24.12.2009, E. 2009/26954 K. 2009/36971, www.kazanci.com. Bu dönemde aksi yönde bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, 21.01.2010, E. 2009/12093 K. 2010/640, www.kazanci.com. Karara ilişkin değerlendirme Baştürk, Faruk: Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir

55 Madde gerekçesinde bu husus şu sözlerle ifade edilmiştir: "Madde ile, iş mahkemelerinin görev alanı düzenlenmektedir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1 inci maddesinde, iş kanunlarına göre işçi sayılan kişiler ile işveren veya işveren vekilleri arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların iş mahkemelerinin görev alanına girdiği hükme bağlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yapılan düzenleme ile, iş mahkemelerinin görev alanı genişletilerek 5521 sayılı Kanunda düzenlenen uyuşmazlıkların yanı sıra 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısım Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerinden (genel hizmet

içtihadını değiştirerek işçinin rekabet etmeme borcuna aykırılıktan doğan davalarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu tarihten beri rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu görüşünü sürdürmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan cezai şartın tahsili istemiyle açılan davaya ilişkin 22.09.2008 tarihinde verdiği bir kararda görevli mahkeme hususu ön sorun olarak tartışılmış ve bu kapsamda ETK m. 4 ile eİMK m. 1 hükmü arasındaki ilişki irdelenmek suretiyle görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁵⁷. Ka-

rarda genel olarak; iş uyuşmazlıklarının özel niteliği, rekabet yasağı sözleşmesinin kaynağını iş sözleşmesinden alan, ona bağlı fer'i nitelikte bir sözleşme olduğu, her iş sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyeceği hususları üzerinde durulmuştur.

Hukuk Genel Kurulu 2011 yılında verdiği kararda da içtihadını aynı gerekçelerle sürdürmüştür⁵⁸. Kararda, Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinin rekabet yasağına ilişkin davaları tarafların tacir olup olmadığına bakmaksızın ticari dava olarak kabul ettiği ve aynı Kanun'un 5. maddesine göre ticari davalara bakma görevinin asliye ticaret mahkemelerine ait olduğu; öte yandan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca İş Kanunu'na göre işçi sayılan kişilerle işverenler arasında iş sözleşmesine veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan davalara iş mahkemelerinin bakması gerektiği; iş sözleşmesinden doğan sadakat borcunun işçi tarafından işverenin çıkarlarını koruma ve gözetme borcu olduğu, rekabet etmeme borcunun iş sözleşmesinin sonuçlarından olan işçinin işverene sadakat borcunun olumsuz yönünü oluşturduğu; rekabet yasağının bu kapsamda sadakat borcu ve iş sözleşmesinden kaynaklandığı, dolayısıyla uyuşmazlık bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.

2012 yılında ise Hukuk Genel Kurulu konuya ilişkin içtihadını değiştirerek rekabet yasağı sözleşmesini iş sözleşmesinden ayrı bir sözleşme olarak değerlendirmiş; sözleşme sonrası rekabet etmeme borcuna aykırılıktan doğan davaların mutlak ticari dava niteliğinde olduğu ve bu davaların asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁵⁹.

İnceleme, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011, 1539 vd.

57 Çok sayıda öğreti görüşüne atf yapılan söz konusu karara göre, "...Her hizmet sözleşmesinin mutlaka bir ticari işletmeyi ilgilendireceğini kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ihlalden doğan davanın da bu hüküm gereğince mutlak ticari dava sayılması anlamsızdır. Bu tür bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık 'öz ticaret hayatına' ilişkin olmadığı gibi çözümüne de ayrı bir uzmanlığı gerektirmez (S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2005, S:94-95). Borçlar Kanununun 348. maddesinde düzenlenen rekabet yasağı asli yükümlülük doğuran bir sözleşme değildir, iş akdine bağlı olarak fer'i nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır. İş ilişkilerinden doğan rekabet yasağının düzenlenmesinin dayanağı iş ilişkisidir. Devletin, iş ilişkilerini düzenlerken nasıl işçiyi koruma amacıyla özel mahiyette maddi hukuk kuralları vazetmesi gerekiyorsa, bir hukuk uyuşmazlığı olarak iş uyuşmazlıklarının çözümünü de genel yargıdan ayırmış, İş Hukukuna has yani bu hukukun amacına hizmet edecek şekilde kolay, hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla yargılayan uzman özel (spesifik) bir yargıya bırakması gerekmektedir. İşte bu gerek, çoğu ülkede olduğu gibi Türkiye'de de iş davalarının, bu alanda uzman, özel mahkemelerde; iş mahkemelerinde ve genel yargılama usullerinden farklı bir usule göre görülmesini, yani bir iş yargısının varlığını, zorunluluğunu ifade eder... Bu kapsamda çıkarılan ve 1950 yılında yürürlüğe giren 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu uyarınca; bir uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülebilmesi için işçi sayılan kişilerle işveren arasında iş akdinden veya iş kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlığın bulunması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 05.02.2003 gün, 2003/82-65 sayılı kararı). Bu bağlamda, dava konusu rekabet yasağının dayanağı, işçinin hizmet akdinden kaynaklanan sadakat borcundan kaynaklanmakta olup, hizmet akdinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesidir.", (Yarg. HGK.

22.09.2008, E. 2008/9-517, K. 2008/566, www.kazanci.com).

58 Yarg. HGK, 21.09.2011, E. 2011/9-508 K. 2011/545, www.kazanci.com.

59 Söz konusu karara göre, "...iş akdinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yasağına aykırılık halinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. İş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ise, buna dayalı olarak açılacak dava niteliği

Hukuk Genel Kurulu'nun konuya ilişkin içtihadını 2012'den sonra istikrarlı bir biçimde asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde devam ettirdiği görülmektedir. Gerçekten de bu kararın devamında verdiği 27.02.2013 tarihli kararında da 2012 yılındaki karara atıfla aynı ilkelere benimsenmiş olduğu belirtilerek oyçokluğuyla sonuca ulaşılmıştır. 25.12.2013 tarihinde verilen kararda⁶⁰ ise aynı şablon üzerinden değerlendirme yapılırken Kurulun görüş ayrılığı da karara yansıtılmıştır⁶¹. Kararda yer alan karşı

oy yazısında da ticaret mahkemelerinin görevine ilişkin TTK m. 5 hükmünün mutlak nitelikte olmadığı, aksine hüküm bulunmadıkça ifadesi karşısında İMK m. 1 hükmünün istisna getirdiğinin ve rekabet etmeme borcuna aykırılıktan doğan davalar bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶².

itibariyle 818 sayılı BK'nun 348. maddesi kapsamına girmekle ve bu kapsamdaki davalar TTK'nun 4/1-3 maddesinin açık hükmü karşısında tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari davalardan olmakla, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerekir. ...Davaya dayanak alınan taahhüdün işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olması, bu taahhüt nedeniyle çıkan uyuşmazlığın iş hukuku kapsamında kaldığını kabule yeterli değildir. Zira, bu taahhüt iş akdinin sona ermesi halinde yapılmaması gereken bir hususa ilişkin olmakla, iş hukukunun düzenleme alanı dışında kalmaktadır. ...Bu kapsamda yer alan uyuşmazlıklara ilişkin davaların ise, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-3. maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığına duraksama bulunmamaktadır. Mutlak ticari davaların görülme yeri ise, açık biçimde ticaret mahkemeleridir.; (Yarg. HGK, 29.02.2012, E. 2011/11-781 K. 2012/109, www.kazanci.com).

60 Yarg. HGK, 25.12.2013, E. 2012/13-412 K. 2013/1708: "Gerek davalı işçi ile davacı arasında imzalanan rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı, gerek davalının davacıya ait işyerinden sözleşmesi feshedilerek ayrılmış olması, gerekse de davacının istemi ile davanın açıklanan özelliğine göre; davalının rekabet yasağını ihlal eden davranışının açık biçimde iş akdinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin bulunduğu; bu davranışın, hizmet akdinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rekabet yasağına aykırılığı düzenleyen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444 ve 447 maddeleri (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348.maddesi) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu kapsamda yer alan uyuşmazlıklara ilişkin davaların ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 4/1-c. (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-3.) maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığına duraksama bulunmamaktadır. Mutlak ticari davaların görülme yeri ise, açık biçimde ticaret mahkemeleridir... O halde, mutlak ticari dava niteliğindeki eldeki davaya bakma görevi de ticaret mahkemesine ait olup; yerel mahkemenin, iş mahkemesinin davaya bakmakla görevli olduğundan bahisle, verdiği görevsizlik kararı usul ve yasaya aykırıdır.", www.kazanci.com.

61 Kararda yer verilen ifadelerle göre, "...Bu konuda, Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde azınlıkta kalan görüş sahipleri; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 5/1. (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/1.) maddesinde "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin

değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir" hükmü nedeniyle, özel düzenleme bulunan, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5.maddesine göre, rekabet yasağının ihlaliyle ilişkin uyuşmazlığın iş mahkemesince ve iş hukuku kurallarına göre çözülmesi gerektiği, Hukuk Genel Kurulu'nun 21.09.2011 gün ve 2011/9-508 E., 2011/545 K. sayılı kararının da aynı yönde olduğu savunulmuşsa da, bu görüş kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.; www.kazanci.com.

62 Karşı oy yazısına göre, "Gerek mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, gerekse 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, Borçlar Kanunu'nun (Türk Borçlar Kanunu'nun) rekabet yasağına dair hükümlerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava olduğu belirtilmiş ise de, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan "Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalarla ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir" hükmü, bu konuda ayrı bir düzenleme bulunup bulunmadığının göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde iş mahkemelerinin, " İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle... işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya iş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesiyle görevli" olduğu belirtilmiştir. Şu halde, İş Mahkemeleri Kanunuyla işçi ve işveren arasında iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları çözüme görevinin iş mahkemesine verilmiş olması, Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan "aksine hüküm bulunmadıkça" ibaresinin karşılığıdır. Başka bir anlatımla, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi, T.T.K.m.4'de belirtilen ticari davalara bakma görevinin ticaret mahkemelerine ait olduğunu belirten 5. maddedeki 'aksine hüküm' öngören bir düzenlemedir. Benzer bir durum, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 76. maddesinde 3.3.2001 tarih ve 4630 Sayılı Kanunun 30. maddesiyle yapılan değişikliğin sonucu olarak kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri için söz konusudur. T.T.K.m.4'de fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan davalar da ticari dava sayılmasına rağmen 5846 Sayılı Kanun uyarınca kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemelerinin kuruluşuna dair düzenlemenin T.T.K.m.5'de belirtilen aksine hükmü karşıladığı kabul edilmektedir. Aksi halde tüm fikri haklara dair uyuşmazlıklarda ticaret mahkemelerinin görevli olması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır..."

Hukuk Genel Kurulu 2013 yılından itibaren verdiği diğer kararlarda da aynı gerekçelerle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu görüşünü sürdürmüştür. Yargıtay konuya ilişkin kararlarda gerekçe olarak; bir uyuşmazlığın iş uyuşmazlığı sayılması ve iş mahkemesinin görevli olduğunun kabul edilebilmesi için, uyuşmazlığın işçi ve işveren arasında iş sözleşmesinden veya kanundan doğması gerektiği, rekabet etmeme borcunun işçi ve işveren arasında düzenlenmiş olmasının uyuşmazlığı iş mahkemesinin görev alanında kabul etmek için yeterli olmadığı, rekabet yasağını ihlal eden davranışın iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki bir döneme ilişkin olduğu; konuyu düzenleyen TBK m. 444-447 hükümlerinin TTK m. 4/1, c hükmü gereğince tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın mutlak ticari dava niteliğinde bulunduğu, rekabet yasağının belirlenmesinde ticari sır kavramının uzman mahkemece değerlendirilmesi gerektiği hususları üzerinde durmuştur⁶³.

Belirtelim ki, Yargıtay'ın içtihat değişikliğine gittiği 2012 yılında söz konusu içtihat değişikliğini haklılaştıracak bir mevzuat değişikliği de olmamıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu yerine yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile 6762 sayılı Kanun'un yerine yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu konuya ilişkin özü itibarıyla aynı düzenlemeleri öngörmektedir. Kararlara bakıldığında Yüksek Mahkeme'nin iki ayrı gerekçeye dayandığı görülmektedir. Bunlardan ilki, TTK'da yer alan açıkça ticari dava olarak kabul edilen davaların asliye ticaret mahkemelerinde görüleceğine yönelik 5. madde hükmüdür. İkinci gerekçe ise rekabet yasağı kaydının iş sözleşmesi içinde yer almakla birlikte iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraya ilişkin düzenleme getirmesidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun görüş değişikliği sonrasında Yargıtay'ın iş daireleri de benzer gerekçelerle rekabet yasağı sözleşmesinden

doğan uyuşmazlıklar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmiştir⁶⁴. İstikrar kazanmış nitelikteki bu kararlarda rekabet yasağı sözleşmesinin işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olmasının, bu taahhüt nedeniyle çıkan uyuşmazlığın İş Hukuku kapsamında kaldığını kabule yeterli olmadığı; iş sözleşmesinin sona ermesi halinde yapılmaması gereken bir hususa ilişkin olan bu taahhüdün İş Hukukunun düzenleme alanı dışında kaldığı; rekabet yasağının iş sözleşmesinin bitiminden sonraki bir tarihte ihlal edilmesinin iş mahkemelerini görevli olmaktan çıkardığı; TTK m. 4'te mutlak ticari dava olarak düzenlenmesi sebebiyle rekabet yasağından doğan uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği⁶⁵; ticari sırrın ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerektiğinin yadsınamaz bir gerçeklik olduğu; rekabet yasağı kavramının piyasa şartları

64 Yarg. 7. HD, 16.01.2014, E. 2013/15685 K. 2014/453; Yarg. 9. HD, 01.04.2015, E. 2015/850 K. 2015/12895; Yarg. 22. HD, 23.09.2014, E. 2014/17976 K. 2014/25214, www.kazanci.com.

65 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin bir kararına göre, "...Davaya dayanak alınan taahhüdün işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olması, bu taahhüt nedeniyle çıkan uyuşmazlığın iş hukuku kapsamında kaldığını kabule yeterli değildir. Zira, bu taahhüt iş akdinin sona ermesi halinde yapılmaması gereken bir hususa ilişkin olmakla, iş hukukunun düzenleme alanı dışında kalmaktadır. Gerek davalı işçinin açıklanan taahhüdünün kapsamı, gerek davalının iş akdinin feshinden sonra, başka bir işyerinde çalışmaya başlamış olması ve gerekse de davacının istemi ile davanın açıklanan özelliğine göre; davalının rekabet yasağını ihlal eden davranışının açık biçimde iş akdinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin bulunduğu; bu davranışın, hizmet akdinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rekabet yasağına aykırılığı düzenleyen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 444 ve 447 maddeleri (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 348.maddesi) kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu kapsamda yer alan uyuşmazlıklara ilişkin davaların ise, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 4/1-c. (mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1-3.) maddesi gereğince mutlak ticari dava niteliği taşıdığına duraksama bulunmamaktadır. Mutlak ticari davaların görülme yeri ise, açık biçimde ticaret mahkemeleridir. O halde, mahkemece mutlak şekilde ticaret mahkemelerinin görevine giren davada görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9. HD, 01.12.2015, E. 2015/24508 K. 2015/34003, www.kazanci.com).

63 Yarg. HGK, 27.02.2013, E. 2012/9-854 K. 2013/392; Yarg. HGK, 09.03.2016, E. 2014/11-866 K. 2016/289, www.kazanci.com.

rıyla sıkı sıkıya bağlı olan ticari bir konu olduğu⁶⁶; bir davada rekabet yasağı sözleşmesine dayanan taleplerin yanı sıra kaynağını iş sözleşmesinde bulan örneğin ihbar tazminatı gibi taleplerin de - ileri sürülmüş olması halinde iş mahkemesinde çözülmesi gereken talepler bakımından davanın tefrik edilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Öte yandan 9. Hukuk Dairesi'nin doğrudan rekabet yasağında görevli mahkemeyi tartışmadığı 2016 tarihli bir kararında ortaya koyduğu gerekçelerin dikkat çekici olduğunu söylemek gerekir. Kararda Hukuk Genel Kurulu'nun istikrar kazanan görüşü verildikten sonra "...5521 sayılı kanunda "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklar[ın] iş mahkemelerinde görüleceği, 6102 sayılı kanunun 4/1.c maddesinde ise "Her iki tarafın da ticari iş-letmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın rekabet yasağına ilişkin 444 ila 447. maddeleri ile ilgili doğan hukuk davalarının ticari dava olduğu, ticari davalarda da delillerin ve bunların sunulmasının HMK hükümlerine tabi olduğuna vurgu yapıldıktan sonra, 5. maddesinde ise "aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinin tüm ticari davalara bakacağı" açıkça belirtilmiştir. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki kural aksine bir düzenlemedir." açıklamasında bulunulmuş; adeta 2008 ve 2011 tarihli HGK kararlarına gönderme yapılmıştır. Ancak kararda rekabet yasağı sözleş-

mesinden doğan uyuşmazlık bakımından görevli mahkemeye ilişkin somut olay değerlendirmesi bulunmadığı gibi Daire'nin güncel kararlarında da başkaca bir farklılık göze çarpmamaktadır. Bu sebeple Daire'nin görüşünden döndüğü değerlendirilmesini yapmak tarafımızca güç görünmektedir. Bu durum, başka bazı kararlarda da görülebildiği üzere, daha ziyade eski karar şablonlarının kullanılmasından kaynaklanmış görünmektedir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu dönemde verilen kararlarında da oybirliği bulunmadığı göze çarpmaktadır. Konuya ilişkin kararlarda rekabet yasağının dayanağının sadakat borcu olduğu; sadakat borcunun iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam edeceği; iş ilişkisine bağlı olarak imzalanan ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra sonuç doğuran rekabet etmeme sözleşmesinin ayrı bir ilişki olarak değerlendirilmesinin isabetli olmadığı; iş ilişkisi olmasa imzalanmayacak olan bu sözleşmenin ayrı bir sözleşme olmadığı; rekabet yasağı ile ilgili uyuşmazlıklarda açılacak davanın ticari dava olduğu ancak her ticari davanın asliye ticaret mahkemesine görüleceğine dair mutlak bir kural bulunmadığı; TTK m. 5 hükmünde de "aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesine yer verilerek ticari davalarda başka mahkemelerin de görevli olabileceğinin işaret edildiği; 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki kuralın bu yönde aksine bir düzenleme sayılması gerektiği; iş ilişkisi devam ederken rekabet etmeme borcundan doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemesi görevli iken sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet etmeme borcunun ayrı bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde değerlendirilerek asliye ticaret mahkemesinde görülmesinin bir çelişki oluşturacağı yönünde karşı oy yazıları da yer almıştır⁶⁷.

Yargıtay'ın ticaret davalarına bakmakla görevli mahkemeleri 11 ve 13. Hukuk Daireleri de konuya ilişkin olarak benzer bir içtihat sürdürmektedir⁶⁸. 11. Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında,

66 Konuya ilişkin bir karara göre, "...Kaldı ki TTK'nın 4. Maddesiyle yasa koyucu çok açık bir şekilde BK'nın 348. Maddesinden kaynaklanan davaların mutlak ticari davalardan olduğunu öngörmüştür. Mutlak ticari davalar herhangi bir unsurun, bağlama noktasının veya sebebin davanın ticari niteliğini değiştirmede, mahkemenin kanaatinin rol oynamadığı davalar olup somut olayda olduğu gibi düzenlenen bir hizmet sözleşmesi içinde yer alması davanın mutlak ticari dava olduğu niteliğini değiştirmez. Somut olayda, mahkemece mutlak ticari nitelikte dava hakkında görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yanlış nitelendirme ve değerlendirmeye davanın esası hakkında karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir..." (Yarg. 9. HD, 18.06.2013, E. 2011/19232 K. 2013/18912, www.kazanci.com).

67 Örnek olarak bkz. Yarg. 9. HD, 7.5.2015, E. 2014/4547 K. 2015/16861, www.kazanci.com.

68 Yarg. 11. HD. 21.1.2010, 2009/12093, 2010/640; Yarg.

2000 yılından beri (E. 2000/8808 K. 2000/10150) kararlarının bu yönde olduğuna işaret ederek TBK m. 444'ten doğan davaların tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari dava niteliğinde olduğunu; bu hususta herhangi bir unsurun, bağlanma noktasının veya sebebin, davanın ticari niteliğini değiştirmediyini, mahkemenin kanaatinin rol oynamadığını; rekabet yasağı sözleşmesinin işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olmasının uyuşmazlığın iş hukuku kapsamında kaldığını kabule yeterli olmadığını; rekabet yasağının iş sözleşmesiyle düzenlenmesinin böyle bir sözleşmeden kaynaklanan davanın mutlak ticari özelliğine hanel getirmeyeceğini; iş sözleşmesinin sona ermesi halinde yapılmaması gereken bir hususa ilişkin olan bu anlaşmanın İş Hukukunun düzenleme alanı dışında kaldığını; iş sözleşmesinin devamında yapılan bir sadakatsizliğin ister sözleşmeden ister kanundan kaynaklansın iş mahkemelerinde görülecek bir davanın konusu oluşturacağı oysa davacının sözleşmenin sona ermesinden sonra gerçekleşen bir eylem nedeniyle talepte bulunduğunu belirtmiştir⁶⁹. Bu gerekçelere ek olarak Yüksek Mahkeme, konuya ilişkin verdiği bazı kararlarında, *"ticari sırrın ne olduğunun değerlendirilmesinin uzman mahkemelerce yapılması gerektiği de yadsınamaz bir gerçeklik olduğu gibi, "rekabet yasağı" kavramı da piyasa şartlarıyla sıkı sıkıya bağlı bulunan ticari bir konudur."* demek suretiyle uyuşmazlığın ticaret mahkemesinde çözümlenmesinin ihtisaslaşmanın bir gereği ve uzantısı olduğunu da vurgulamaktadır⁷⁰. Ayrıca doktrinin de bu davayı mutlak ticari dava saydığını öne süren Özel Daire'nin, diğer yandan da bazı yazarların bu düzenlemenin anlamsızlığını kabul ettiklerine işaret etmesi son derece çarpıcı bir ayrıntıdır⁷¹.

Yargıtay'ın iş dairelerinin son içtihatlarında da aynı görüşü sürdürdüğü gözlenmektedir. Yargıtay 2020 yılı kararlarında da 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nu gözeterek yeni bir değerlendirme yapmamıştır. Kararlarda halen salt TTK m. 4 ve 5 hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılmakta; rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlık salt bu haliyle değerlendirilerek asliye ticaret mahkemelerinin görev alanında kabul edilmektedir⁷².

Aşağıda değinileceği üzere, İstanbul BAM Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu 2021 yılı Ocak ayı sonunda 5235 sayılı Kanun m.35/1,3 uyarınca Yargıtay'dan görevli mahkemenin tespiti konusunda karar verilmesini talep etmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi henüz bu konuda kararını vermemiştir. Ancak bu süreçte çalışmanın yayınlanması aşamasında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1 Haziran 2021 tarihli bir kararında, rekabet yasağına aykırılıktan doğan ve iş mahkemesinde görülen bir uyuşmazlıkta kararı görev nedeniyle bozmamıştır⁷³. Karar henüz yayınlanmamış olmakla birlikte kararda 7036 sayılı Kanun değişikliğinin gerekçe gösterilmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu karar, Özel Daire'nin bu konudaki içtihadını değiştirdiğinin bir göstergesi olarak değerlendirilebilecektir. Şüphesiz bu karar isabetli olup 11. Hukuk Dairesi'nin de aynı doğrultuda karar vermesi gerektiğini kanaatindeyiz.

c) Bölge Adliye Mahkemesi Kararlarındaki Farklılıklar

Türk Hukukunda istinaf mahkemelerinin kurulması 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahke-

13. HD. 29.3.2018, 2018/1808, 2018/3841; Yarg. 11. HD, 07.02.2019, 2015/33389, 2019/2979, www.kazanci.com.

69 Yarg. 11. HD, 6.2.2015, E. 2014/16022 K. 2015/1405; aynı yönde, Yarg. 11. HD, 25.01.2011, E. 2009/12088 K. 2011/711, www.kazanci.com.

70 Örnek olarak bkz. Yarg. 11. HD, 10.9.2014, E. 2014/10407 K. 2014/13534.

71 Bu yönde bir karara göre, "...Ayrıca doktrinde de (Bkz. Prof. Dr. Polat Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Anka-

ra 1994 s. 14) davanın mutlak ticari dava olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bir kısım yazarlar (Bkz. Prof. Dr. S. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Onuncu Bası, s. 96) davanın mutlak ticari dava olduğunu, ancak böyle sayılmanın anlamsız olduğunu kabul etmektedir.", (Yarg. 11. HD, 21.01.2010, E. 2009/12093 K. 2010/640, www.kazanci.com).

72 Yarg. 22. HD, 07.07.2020, E. 2017/46163 K. 2020/8959; Yarg. 9. HD, 07.02.2019 E. 2015/33389, K. 2019/2979, www.kazanci.com.

73 Yarg. 9. HD, 01.06.2021, E. 3076/K. 9789 (yayınlanmamıştır).

melerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile öngörülmüş olup 20.07.2016 tarihinden itibaren istinaf kanun yolu fiilen uygulanmaya başlamıştır. Bu tarihten itibaren ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kesin olmayan nihaî kararlara karşı önce istinaf kanun yoluna başvurulacaktır. Rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalar bakımından da temyizden önce istinaf kanun yoluna başvurulacaktır. Bölge adliye mahkemelerinin konuya ilişkin kararlarında başlangıçta Yargıtay'ın içtihadını sürdürmekle birlikte son yıllarda farklı yönde kararlar verdikleri göze çarpmaktadır.

İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi 8.10.2020 tarihinde verdiği kararda⁷⁴, rekabet yasağı ihlalinin doğan cezai şart talebi bakımından görev itirazını incelemiş; uyuşmazlığa TBK m. 444-447 hükümlerinin uygulanması gerektiği, bu hükümlerden doğan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava niteliği taşıması sebebiyle davalının görev itirazının yerinde olmadığı, davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Kararda, Yargıtay'ın 2012 yılından itibaren istikrarlı biçimde verdiği kararlarda yer alan mutad açıklamaları tekrarlamakla yetinmiş; TBK m. 444-447 hükümlerinden doğan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava niteliğine vurgu yaparak bu uyuşmazlıklar bakımından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu belirlemiştir.

Öte yandan İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi 11.9.2020 yılında verdiği kararda⁷⁵ asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabul ederken 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nu ile düzenlenen iş mahkemelerinin görevine ilişkin 5. maddede hükmünün 6102 sayılı Kanun'un 4 ve 5. maddeleri karşısındaki durumunu değerlendirmiştir. Söz konusu karara göre, iş mahkemelerinin görev alanını düzenleyen İMK m. 5 hükmü mülga 5521 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile paralel biçimde iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan

doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına bakma görevini iş mahkemelerine bırakmaktadır. İki hüküm arasındaki farklılık, 7036 sayılı Kanun'un İş Kanunu'na tabi işçilerle birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan işçilerin de iş ilişkisinden ve iş sözleşmelerinden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarının da iş mahkemelerinin görev alanına alınmasından ibarettir. Kanunda veya kanunun gerekçesinde TTK m. 4/1, c maddesinin yürürlükten kaldırıldığına dair bir irade bulunmadığından asliye ticaret mahkemesinin görevine ilişkin içtihadta değişiklik yapılmasına gerek yoktur.

Konuya ilişkin dikkat çekici bir karar ise İstanbul BAM 13. Hukuk Dairesi tarafından 15.5.2019 tarihinde verilmiştir. Mahkeme kararında rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Karara göre, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerinde bakılır. Davalı işçinin iş akdinin sona erdiği tarihte yürürlükte olan 7036 sayılı yasa 6102 sayılı TTK'dan sonra yürürlüğe girmiş ve TTK'nın 4/1-c maddesindeki düzenlemeyi değiştirmiştir. Bundan önce iş akdinin son ermesinden sonra oluşacak rekabet yasağına ilişkin davalarda ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki Yargıtay kararları hükmünü yitirmiş olduğundan mahkemenin verdiği karar yerindedir."⁷⁶ Benzer bir karar, 2020 yılında İstanbul BAM 43. Hukuk Dairesi tarafından da verilmiştir. Karara göre, 7036 sayılı Kanun 6102 sayılı TTK'dan sonra yürürlüğe girmiş ve TTK m. 4/1, c maddesindeki düzenlemeyi değiştirmiştir. Özel nitelikte olan ve daha sonra yürürlüğe giren 7036 sayılı Kanun'da iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesinden sonra açılacak davalar ayırımı yapılmamış, aksine iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlığın iş mah-

74 İst. BAM. 12. HD, 08.10.2020, E. 2018/2377 K. 2020/966, www.lexpera.com.

75 İst. BAM 14. HD, 11.09.2020, E. 2020/300 K. 2020/877, www.lexpera.com.

76 İst. BAM 13. HD, 15.5.2019, E. 2019/6 K. 2019/715, www.lexpera.com.

kemesinde görüleceği belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca hükmün uygulanma tarihi bakımından da değerlendirme yapmış; eldeki davanın 7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılması sebebiyle davaya bakmakla görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğuna hükmetmiştir⁷⁷.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairelerinin kararları arasındaki bu farklılık üzerine, Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu 5235 sayılı Kanun m.35/1,3 kapsamında Yargıtay'a başvurmuştur. 5235 sayılı Kanun m.35/1,3 uyarınca, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyumsuzluk bulunması hâlinde bu uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, Başkanlar Kurulu kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay'dan bu konuda bir karar verilmesini ister. Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu başvurusunda kendi görüşü olarak oyçokluğu ile iş mahkemelerinin görevli olması gerektiğini bildirmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise henüz bu konuda karar vermemiştir. Aşağıda açıklayacağımız üzere kanaatimizce Özel Daire'nin kendi içtihadından da vazgeçerek iş mahkemesinin görevli olduğuna karar vermesi isabetli olacaktır.

77 İst BAM 43. HD, 3.12.2020, E. 2020/1715 K. 2020/387: "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5/1-a maddesine göre: " 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyumsuzluklarına iş mahkemelerinde bakılır. 7036 sayılı yasa, 6102 sayılı TTK'dan sonra yürürlüğe girmiş ve TTK'nın 4/1-c maddesindeki düzenlemeyi değiştirmiştir. Özel nitelikte olan ve daha sonra yürürlüğe giren 7036 sayılı yasa, iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesinden sonra açılan davalar ayırımı yapılmamış, aksine iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan her türlü uyumsuzluğun iş mahkemelerinde görüleceği belirtilmiştir. Bu durumda, eldeki davanın 7036 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra 09.08.2018 tarihinde açılmış olmasına ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5/1-a maddesine göre, davaya bakma görevi İş Mahkemelerine ait bulunduğundan, ilk derece mahkemesince, iş mahkemesine görevsizlik kararı verilmesi gerekir..."; www.lexpera.com.

d) Öğreti Görüşleri

Yargı kararlarına yansıyan rekabet yasağında görevli mahkemenin tespitine yönelik farklı görüşler öğretilerde de kendini göstermektedir. Konu hem ticaret hukukçuları hem de iş hukukçuları tarafından değerlendirilerek farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Öğretilerde eski ve yeni İş Mahkemeleri Kanunu döneminde yapılan değerlendirmelerde iki alandaki hukukçuların da kendi içinde bir görüş birliğine varamadığı görülmektedir.

Öğretilerde asliye ticaret mahkemesinin görevli olması gerektiğini kabul eden görüş temelde TTK m. 4 hükmüne dayanmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, TTK m. 4/1 hükmünde yer alan davalar ekonomik düzenin ve kredi düzeninin korunması, ticaretin vazgeçilmezi olan girişim, rekabet hukuku ve öz ticaret hayatı ile yakından ilgili olmaları sebebiyle ticari dava olarak nitelendirilmiş olup sözleşme sonrası rekabet yasağından doğan uyumsuzluklar da öz ticaret hayatına mahsus pek çok kavramı içinde barındıran (rekabet, işletme, rakip işletme, müşteri çevresi, üretim sırrı vb.), sözleşmenin bir tarafını çoğunlukla tacirlerin oluşturduğu, kişinin ekonomik özgürlüğü ve ticaret düzenine katılması ile ilgili bir konudur. Bu kapsamda söz konusu davaların mutlak ticari dava olarak nitelendirilmesi ticari davalara ilişkin ana düşünceye uygun ve isabetlidir⁷⁸. Ayrıca mülga Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemenin yeni Kanunda aynen muhafaza edilmiş olmasının kanun koyucunun bu uyumsuzluklar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olması gerektiği yönündeki iradesini ortaya koyduğu da ifade edilmektedir⁷⁹. Öğretilerde

78 Kaya, Ülgen Ticari İşletme Hukuku, N. 221; Zengin, İbrahim Çağrı: Pazarlamacının ve İşçinin Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme- 7036 sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme, İÜHF, C. LXXV, S. 2, 2017, 807. Süzek ise sözleşme sonrası rekabet etmeme borcunun iş ilişkisinden sonraki dönemde sonuçlarını doğurmasından hareketle uyumsuzluklar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olması gerektiğini, bu husustaki Yargıtay içtihadının isabetli olduğunu belirtmektedir. Bkz. Süzek, İş Hukuku, 349.

79 Sarıkaya, Sinan: İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu, Le-

Soyer ise, rekabet yasağının dayanağının iş sözleşmesindeki sadakat borcu içerisinde bulunmasının isabetsiz olduğunu, 5521 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca iş mahkemesinin görevli olabilmesi bakımından uyumsuzluğun meydana geldiği tarihte tarafların işçi ve işveren sıfatına haiz olmaları gerektiğini, nihayet 5521 sayılı Kanuna kıyasla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sonraki özel hüküm olduğunu ve kanun koyucunun bu yöndeki tercihinin göz ardı edilemeyeceğini de ifade etmektedir⁸⁰.

7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra görevli mahkeme hususunu değerlendiren Zengin ise, yeni İMK m. 5 ile TTK m. 4 ve 5 hükümlerini birlikte değerlendirerek yeni dönemde de asliye ticaret mahkemesinin görevi bakımından bir değişiklik doğmayacağını savunmuştur⁸¹. Yazara göre, İMK m. 5 mülga 5521 sayılı Kanun'da olduğu gibi, tarafların işçi ve işveren olduğu uyumsuzluklar bakımından iş mahkemelerinin görevini düzenlemekte olup rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar lafzen dahi iş mahkemesinin görev alanına girmediğinden bu gerçek karşısında TTK m. 4 ile İMK m. 5 hükümlerinin çatıştığı da söylenemez.

Ancak doktrinde asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabul eden görüşlerin görev yönünden yapılan bu ayırımın makul bir sebepten yoksun, anlamsız ve isabetsiz olduğunu; rekabet yasağı sözleşmesinin ticari işletmelerle ilgili olmaması nedeniyle olması gereken hukuk bakımından bu davaların ya salt ticari işletmeyle ilgili bulunması kaydıyla asliye ticaret mahkemesinin görevi alanında kabul edilmesi yahut daha isabetli biçimde iş mahkemesinde görülmesini mümkün kılan bir düzenleme yapılması gerektiğini belirttikleri de görülmektedir⁸². İş sözleşme-

si ile rekabet yasağı sözleşmenin yakın ilişki içinde bulunduğu, TBK m. 444 vd. hükümlerinde yer alan rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin kaleme alınıp biçiminin iş mahkemelerinin görevli olmasını haklı gösterecek içeriğe sahip olduğu, sözleşmenin devamında ve sona ermesinde görevli mahkeme yönünden yapılan ayırımın çelişkili sonuçlar doğmasına sebep olduğu ve uzmanlık fikrine uygun düşmediği yapılan değerlendirmeler arasındadır⁸³.

Mevcut yasal düzenleme karşısında rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabul eden Ertan ise, TTK m. 4/1, c hükmünden "rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447" ibarelerinin çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁴. Yazar, rekabet yasağı sözleşmesinin iş ilişkisinden bağımsız düşünülmesinin mümkün olmadığını; diğer rekabet yasağı sözleşmelerinde irade serbestisine öncelik verilmekteyken kanun koyucunun TBK m. 444-447 hükümlerinde işçiyi koruyucu düzenlemelere yer vererek İş Hukukunun özgün yapısını burada da sürdürdüğünü; rekabet yasağının yürürlüğüyle iş sözleşmesinin feshi arasında mutlak bir bağlantı bulunduğunu ve bunu en iyi iş mahkemesinin değerlendirebileceğini; davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesinin avans faizine hükmedilmesi gibi işçi aleyhine ciddi sonuçlar doğuracağını⁸⁵;

1988, 195; Kurt Konca, Nesibe: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri, TAAD, Y. 4, S. 15, 2013, 93; Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara 2018, 105; Deliduman, Seyithan/Oruç, Yakup: Ticari Davalar, MÜHFD, C.18, S.2, 2012, 104; Kuru, Medeni Usul Hukuku, 92; Doğan, 165. Soyer, 29.02.2012 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına yönelik yaptığı incelemede kararın olan hukuk bakımından doğru olduğuna değindikten sonra olması gereken hukuk bakımından iş mahkemelerinin görevli olmasının daha isabetli olacağını ifade etmiştir. Bkz. Soyer, Rekabet Yasağı, 25; Aynı yazar, Görevli Mahkeme, 477.

83 Soyer, Rekabet Yasağı, 25; Aynı yazar, Görevli Mahkeme, 475-476; Arkan, 105.

84 Ertan, 463.

85 Doktrinde Zengin bu değerlendirmenin isabetli olmadığını temerrüt faizinin türünün davanın görüldüğü mahkemeye göre değil uyumsuzluk konusu için ticari nitelikte olup olmadığına göre belirlendiğini belirtmektedir. Bkz. Zengin, 803.

gal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 171, 2017, 1135 vd.

80 Soyer, Polat: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010, 12-13.

81 Zengin, 807.

82 Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku, Giriş - Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968, 252; Domaniç, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul

taraf arasında iş sözleşmesinden ve rekabet yasağı sözleşmesinden doğan taleplerin farklı davalarda görülmesi sebebiyle çelişen kararların ortaya çıkabileceğini ifade ederek pozitif hukuk bakımından doğan asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucunun son derece isabetsiz olduğunu savunmuştur.

İş Hukuku doktrininde ağırlıklı görüş ise, rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğu yönündedir⁸⁶. Bu yönde görüş bildiren yazarlardan Kar, TBK m. 444 ila 447 hükümlerinin salt iş sözleşmesinin devamında yapılan sır saklama sözleşmesine özgü, işçiyi korumaya özgü sınırlamalar getirdiğini; her iş sözleşmesinin mutlaka ticari işletmeyi ilgilendirdiğini kabul etmenin mümkün olmadığını, dolayısıyla örneğin, esnaf düzeyindeki kişinin yaptığı hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağını ihlalden doğan davanın mutlak ticari dava sayılmasının anlamsız olduğunu; özetle sözleşmeden doğan uyuşmazlığın öz ticaret hayatına ilişkin olmadığı gibi çözümünün de ticari anlamda bir uzmanlık gerektirdiğinin söylenemeyeceğini ifade etmekte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2008 ve 2011 yılında verdiği gerekçelerin güncelliğini koruduğunu

savunmaktadır⁸⁷. Baycık ise, işçinin rekabet etmeme borcunun sadakat borcundan kaynağını aldığını ve borcun iş sözleşmesinin devamında veya sona ermesi halinde ihlal edilmesinin bir farklılık yaratmadığını, rekabet yasağı sözleşmesinin yapıldığı tarihte tarafların işçi ve işveren sıfatı taşıyor olmaları karşısında uyuşmazlığın meydana geldiği tarihteki durumun öneminin bulunmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, İMK m. 5 hükmü TTK m. 5 hükmüne nazaran istisna niteliğinde bulunup rekabet etmeme borcundan doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme iş mahkemesidir⁸⁸. Şahlanan da, iş mahkemelerinin işçiyi korumak amacıyla kurulmuş özel mahkemeler olduğu, hem eBK'da hem de TBK'da rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesine ilişkin bölümde düzenlenmesi, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle doğan borcun kaynağının iş sözleşmesi olduğu, işçinin yükümlülüğünün iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortaya çıkmasının bu gerçeği değiştirmedığı, uyuşmazlığın doğduğu sırada tarafların işçi ve işveren sıfatını devam ettirmiyor olmalarının görevli mahkemeyi değiştirmeyeceği olgularından hareketle iş mahkemelerinin görevli olduğu görüşünün daha isabetli olduğunu belirtmiştir⁸⁹.

e) Görüşümüz

Kanaatimize göre de rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. 5521 sayılı Kanun döneminde de savunduğumuz bu görüşü 7036 sayılı Kanun döneminde de devam ettirmekteyiz. Aksi görüşü savunan yazarlarca sıklıkla vurgulanmakla birlikte kanaatimizce rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin özel bir hükme gerek bulunmamaktadır⁹⁰. Şöyle ki;

86 Şahlanan, Fevzi: Rekabet Yasağı Sözleşmelerinde Görevli Mahkeme, *Tekstil İşv. D.*, S. 102, 2016, 3-4; Alpagut, Değerlendirme 2014, 68; Özkaraca, Ercüment: Genel Görüşme, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Ankara 2017, 373; Özkaraca, Ercüment/Ünal, Canan: Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, *Sicil*, S. 42, 2019, 21; Baycık, Gaye: İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Ankara 2017, 193-194; Kar, 280-283; Baştürk, Faruk: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme, *Legal YKİ*, S. 7. 2008, 1549 vd.; Yıldız, 59; Köme Akpulat, 139; Börü, Levent/Koçyiğit, İlker: Ticari Dava, Ankara 2013, 13-15.; Baştürk, mülga 5521 sayılı Kanun döneminde yaptığı değerlendirmede sözleşme sonrası rekabet etmeme borcundan doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme tespitini İş Kanunu'na tabi olan ve olmayan işçiler bakımından ayırım yaparak incelemiş; İş Kanununa tabi işçiler bakımından görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunu, İş Kanununun kapsamı dışında kalanlar bakımından ise asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. Baştürk, Görevli Mahkeme, 1551.

87 Kar, 281.

88 Baycık, 193-194.

89 Şahlanan, Görevli Mahkeme, 3-4.

90 Doktrinde Zengin İMK'nun genel gerekçesi ile 5. madde gerekçesinde rekabet yasağından doğan davalarda iş mahkemelerinin görevli olacağı yönünde bir açıklama yer verilmemesini, kanun koyucunun bu uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemelerinin görevli olmadığı yönünde iradesinin ortaya konması yönünde okumak

Sözleşme sonrası rekabet etmeme borcu temelini, kaynağını iş ilişkisinden alan sadakat borcunda bulmaktadır. Sadakat borcu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da niteliğine uygun düştüğü ölçüde devam eder. Bu kapsamda yapılacak sözleşme sonrası rekabet yasağı, iş sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme niteliğinde yapılsa ve sonuçlarını iş ilişkisinin sona ermesinden sonra doğursa da iş sözleşmesinden tamamen bağımsız ayrı bir hukuki ilişki yarattığını söylemek mümkün olmayacaktır. Bunun en temel göstergesi iş sözleşmesinin herhangi bir sebeple geçersiz sayılması halinde rekabet yasağı sözleşmesinin de geçersiz hale gelmesidir. Bu nedenle rekabet etmeme borcuna aykırılık sözleşme sonrası meydana gelse de iş sözleşmesinden doğan borcun ihlali niteliğindedir. Burada sadece borcun varlığı için özel bir kararlaştırmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Kaldı ki 7036 sayılı Kanun'da iş mahkemelerinin işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi nedeniyle doğan uyuşmazlıkları çözeceği öngörülmüş; uyuşmazlığın iş ilişkisine dayanıyor olması bir koşul olarak aranırken iş ilişkisinin sona erip ermediği ayrıca gözetilmemiştir⁹¹.

7036 sayılı Kanun'un 5. maddesinde tüm kanunlara tabi işçilerle işverenlerin veya işveren vekillerinin arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuki uyuşmazlığa iş mahkemelerinin bakmakla görevli olduğu açıkça düzenlenmiştir. 5521 sayılı Kanun'da yer alan "iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlık" ifadesinin yerini "iş ilişkisinden doğan"

tadır. Yazar mülga İş Mahkemeleri Kanununun değiştirilmesi ile amaçlanan diğer kanunlarla arasındaki uyumsuzlukların giderilmesi olmasına, rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklara yönelik yedi farklı Hukuk Genel Kurulu kararı verilmesine, doktrinde konuya ilişkin tartışmaların devam etmesine karşılık kanunlar arasındaki uyuşmazlığın giderilmemesinin kanun koyucunun bu konuda artık bir düzenleme yapma ihtiyacı kalmadığı ile açıklanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Zengin, 808.

91 Aynı yönde Köme Akpulat, 138. 5521 sayılı mülga İş Mahkemeleri Kanununda da iş akdinden doğan hak iddiaları bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmiş; iş akdinin sona ermesi bir kıstas olarak belirlenmemiştir. Kanaatimizce bu dönemde de sözleşme sonrası rekabet yasağından doğan davalarda iş mahkemesinin görevli olduğu sonucuna ulaşılması gerekirdi.

her türlü hukuki uyuşmazlığa bırakmış olması karşısında artık İş Mahkemeleri Kanunu'nda göreve ilişkin hükmün daha geniş kapsamlı düzenlendiğini kabul etmek gerekecek olup mülga Kanun döneminde ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna yönelik yapılan eleştirilere bu ifadenin dayanak oluşturabileceği fikrini benimsemek kanımızca daha da güçleşmiş bulunmaktadır⁹². Öte yandan, TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında yer alan düzenlemeler muvacehesinde, çoğunlukla iş sözleşmesinin bir hükmü ya da bu sözleşmeye ek bir protokol ile kararlaştırılan bir borcun ve bu borca ilişkin uyuşmazlıkların iş sözleşmesinden kaynaklanmadığı düşünülmemelidir. Ayrıca 7036 sayılı Kanunda mülga Kanun'dan farklı olarak sadece İş Kanunu'na değil iş ilişkisini düzenleyen tüm kanunlara atıf yapılmış olup Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine yönelik düzenlemeleri içerisinde yer alan rekabet yasağı sözleşmesinin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekecektir⁹³. Nitekim TBK m. 444 işçi ve işveren arasında yapılacak bir rekabet yasağı sözleşmesini işaret etmekte; sözleşmenin geçerliliği birtakım koşullara bağlamak suretiyle işverene bağımlı olarak çalışan işçinin çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünün ölçüsüz bir biçimde sınırlanması ihtimalini ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Hükmün kaleme alınış şekli dahi rekabet yasağı sözleşmesini iş ilişkisinden ve iş sözleşmesinden bağımsız bir sözleşme olarak ele almayı zorlaştırmaktadır.

TTK m. 4/1, c hükmüyle rekabet yasağından doğan uyuşmazlıkların mutlak ticari davalar arasında sayılması söz konusudur. Ancak bu durum tüm ticari uyuşmazlıklardan doğan davalar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu sonucunun doğacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim TTK m. 5 hükmüyle "aksine hüküm

92 Aynı yönde, Özkaraca/Ünal, 21.

93 Özkaraca, Genel Görüşme, 373. Yazar burada hem İş Kanunu'na hem de Basın İş, Deniz İş ve Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımından rekabet yasağına aykırılıktan doğan uyuşmazlıklar, cezai şart ya da durdurma vb. talepler bakımından görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunu ifade etmektedir.

bulunmadıkça” bu uyuşmazlıkların asliye ticaret mahkemesinde görüleceğini düzenleyen kanun koyucunun iradesinin de bu yönde olduğunu kabul etmek gerekir. Salt TTK m. 4 ve 5 hükümlerini birlikte değerlendirerek mutlak ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde sonuçlandırılması gerektiğini savunan ve bu düzenlemenin yeni kanunda da aynen korunmuş olmasına dayanan görüş bu gerçeği göz ardı etmektedir. Gerçekten de bu görüşün doğru olması halinde kanun koyucunun 5. maddede yer alan “aksine hüküm bulunmadıkça” ifadesine yer vermesi anlamsız olup bütün ticari davalar bakımından asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna yönelik düzenleme getirmesi yeterli olurdu. Rekabet yasağı sözleşmesi bakımından ise 5521 sayılı Kanun’da olduğu gibi İMK m. 5 hükmünün bir istisna getirdiği şüphesizdir⁹⁴. Bu durumda rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğunun kabulü gerekmektedir.

Alman Hukukunda kabul edilen esaslar da görüşümüzü desteklemektedir. Gerçekten, Alman Hukukunda rekabet yasağıyla ilgili temel yasal düzenleme Alman Ticaret Kanunu’nun (Handelsgesetzbuch) § 74 hükmünde yer almaktadır. Hükme göre, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra etkisini gösterecek biçimde yapılacak rekabet yasağı sözleşmesi belirli geçerlilik koşullarına tabidir. Rekabet yasağı sözleşmesinin Ticaret Kanunu’nda düzenlenmesine karşılık bu yasağa aykırılıktan doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme iş mahkemesi olarak kabul edilmektedir. Nitekim Alman İş Mahkemeleri Kanunu’nun (Arbeitsgerichtsgesetz) göreve ilişkin § 2 1. fıkrasının 3c bendinde, iş ilişkisinin sona ermesinden sonra bu ilişkiyle bağlantılı uyuşmazlıklarda (art etki) iş mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Hem doktrinde hem de Federal Mahkeme kararlarında bu hüküm rekabet yasağından doğan uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde yorumlanmakta ve uygulanmakta-

dır⁹⁵. Buna temel teşkil eden düşünce ise rekabet yasağının iş ilişkisiyle arasında hem hukuki hem de ekonomik bir bağ bulunmasında yatmaktadır. Görüldüğü gibi, Alman Hukukunda Ticaret Kanunu’nda düzenlenen rekabet etmeme borcu konusunda iş yargısının görevli olduğu kabul edilirken; Hukukumuzda mevcut yargı kararları ve öğretide bazı yazarlar, hukuki nitelik itibarıyla bireysel iş ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünü olan TBK’nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında yer alan rekabet etmeme borcundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olmadığı sonucuna varmaktadır.

Öğretide bazı yazarlarca iş mahkemelerinin rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli olmadığı, kanun koyucunun göreve ilişkin hükmü getirirken eski kanun döneminde konuya ilişkin tartışmalara rağmen bu hususta özel düzenleme yapmadığı, bundan hareketle kanun koyucunun iradesinin asliye ticaret mahkemelerinin görevli olması yönünde bulunduğu ileri sürülmüştür⁹⁶. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğu 5. maddenin mevcut hali itibarıyla açıktır. Nitekim göreve ilişkin maddenin düzenlenmesinde kanun koyucu ilk olarak göreve ilişkin genel esasları ortaya koymuş; devamında ise bazı uyuşmazlıkları iş mahkemesinin

94 Aynı yönde, Şahlanan, Görevli Mahkeme, 4; Baştürk, Rekabet Yasağı, 55; Aynı yazar, Görevli Mahkeme, 1550.

95 Bauer, Jobs-Hubertus/Diller, Martin: Wettbewerbsverbote, Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 8. neubearbeitete Auflage, 2019, 327; Grill/Janert, 107; Growe, Sonya Verena: Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen von Arbeitnehmern in multinationalen Konzernen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen rechts, Hamburg 2010, 179; Germelmann, Claas-Hinrich/Prütting, Hanns/Matthes, Hans-Christoph: Arbeitsgerichtsgesetzkommentar, 9., neubearbeitete Auflage 2017, § 2 Rn. 72; Hennisler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz Jürgen: Arbeitsrechtkommentar, 9. neu bearbeitete Auflage, 2020, ArbGG § 2 Anm. 77; Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/ Hanau, Hans: Gesamtes Arbeitsrecht, Nomos Kommentar, 2016, ArbGG § 2 Rn. 45; BeckOK Arbeitsrecht, herausgegeben von Rofls, Christian/ Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf, 59. Edition, 2021, ArbGG § 2 Rn. 20.

96 Zengin, 804.

görev alanından çıkarmıştır⁹⁷. Bu durum kanun koyucunun hangi uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülemeyeceğine ilişkin açık iradesini yansıtması anlamına gelmekte olup rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların bu kapsamda düşünülmesi mümkün olmayacaktır.

Rekabet yasağından doğan uyuşmazlıkların kaynağı iş sözleşmesi, dolayısıyla iş ilişkisidir. Kanunda açıkça öngörüldüğü üzere, yasak ancak iş ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir (TBK m. 444/2). Görüldüğü gibi rekabet etmeme borcu, zamansal olarak iş sözleşmesinin sona ermesi ile devreye girse de iş ilişkisi ile doğrudan bir bağlantı içerdedir. Yasağı ihlal eden davranışın iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortaya çıkması da yasağın doğası gereği olup görevli mahkemenin tespiti noktasında bir etkisi olmamalıdır.

Kaldı ki bu bakış açısını İş Hukukundan doğan diğer uyuşmazlıklara uyguladığımızda pek çok başka uyuşmazlık bakımından da iş mahkemesinin görevli olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Örneğin; TBK m. 420 hükmünde yer alan ibranameden doğan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Oysaki ibranameler iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra imzalanmakta, dolayısıyla Yargıtay HGK'nın bakış açısıyla değerlendirildiğinde bu aşamada tarafların işçi ve işveren sıfatı da sona ermiş bulunmaktadır⁹⁸.

Asliye ticaret mahkemesinin uyuşmazlık bakımından görevli olması gerektiğini kabul eden görüşlerin bir diğer dayanağı söz konusu uyuşmazlığın öz ticaret hayatına ilişkin pek çok kavramı içinde barındırması, rekabetin ticari bir kavram olması, sözleşmenin bir tarafında ço-

ğunlukla tacirlerin bulunmasıdır. Kanaatimizce bu gerekçelendirmeyi kabul etmek de mümkün değildir. Zira, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların birçoğunda iş hukukunu ilgilendiren konular da öne çıkmaktadır. Örneğin; rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliği sözleşmenin belirli şekillerde feshedilmemiş olmasına bağlıdır. Bu kapsamda mahkemenin feshin işçi ya da işveren tarafından yapıldığını şeklen incelemenin ötesinde işverene yüklenebilen bir kusur bulunup bulunmadığını, işverenin yaptığı feshin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığını inceleme konusu yapması gerekecektir. Yine rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulları arasında yer alan hizmet ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı tanıyıp tanımadığının tespitinde öncelikle iş sözleşmesinin değerlendirilmesi gerekecektir. Ayrıca yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, rekabet yasağı sözleşmelerinde borca aykırılık halinde ödenecek cezai şartın miktarı sıklıkla işçinin brüt ücreti esas alınarak belirlenmekte olup böyle bir uyuşmazlıkta işçinin ücretinin tespit edilmesi de uyuşmazlık konusu olabilir. Bu kapsamda rekabet yasağı sözleşmelerinde asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu söylemek iş sözleşmesinin geçerliliğinin, iş ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya iş sırları hakkında bilgi edinme imkanı sağlayıp sağlamadığının, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye düşürecek sınırlamalar içerip içermediğinin, sözleşmenin fesih türünün veya işçinin ücretinin belirlenmesi bakımından da asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu anlamına gelecektir ki bu durum 7036 sayılı Kanun'un 5. maddesinin amacına aykırılık teşkil etmektedir⁹⁹.

Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay daireleri ko-

97 "İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara," (İMK m. 5/1, b).

98 Aynı yönde değerlendirme için bkz. Baycık, 194.

99 İş mahkemelerinin özel bir ihtisas mahkemesi olarak düzenlenmesinin temel amacı, iş uyuşmazlıklarının çözümünün genel yargıdan ayrılarak iş hukukuna has, bu hukuk dalının amacına hizmet edecek nitelikte, kolay hızlı ve ekonomik usul kurallarıyla yargılayan, uzman özel bir yargı sistemine ihtiyaç duyulmasıdır. Bkz. Kar, 282.

nuya ilişkin verdikleri kararlarda rekabet yasağı kavramının piyasa şartlarına sıkı sıkıya bağlı bir kavram olduğunu ifade etmekle birlikte rekabet yasağını düzenleyen TBK hükümleriyle piyasadaki serbest rekabeti korumaktan ziyade işçinin çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünün korunmasının hedeflendiği gerçeğini gözden kaçırmış görünmektedir. Oysaki düzenleme, haksız rekabetin önlenmesi amacıyla ziyade işverenin rekabet etme gücünü korumaya yönelik sözleşme yapma hakkının işçinin korunması amacıyla sınırlandırılmasını amaçlamaktadır.

Öte yandan sözleşme sonrası rekabet yasağından doğan uyuşmazlıkta incelenecek olan "öz ticaret hayatına ilişkin" bu kavramlar, sözleşmenin devamında rekabet etmeme borcunu ihlalden doğan uyuşmazlıklarda da mahkemenin incelemesine tabi olacaktır. Bu noktada sözleşmenin devamında yapılacak incelemede iş mahkemesinin yetkinliği tartışma konusu yapılmaz iken; aynı mahkemenin sözleşme sona erdikten sonra aynı hususları inceleme konusu yapma bakımından gerekli uzmanlığa sahip olmadığını, asliye ticaret mahkemesinin ihtisas mahkemesi olması sebebiyle görevli sayılması gerektiğini söylemek de rasyonel bir temele dayanmayacaktır. Zira ortada temelde aynı iş ilişisinden doğan, tarafları aynı iki dava söz konusudur. Bu halde sözleşmenin, sözleşmenin feshinin ücret vb. olguların gerçek ihtisas mahkemesi olan iş mahkemesi tarafından değerlendirme konusu yapılmasının özellikle iş hukukuna özgü yargılama kurallarının uygulama alanı bulması bakımından daha isabetli olacağı açıktır. Yine benzer pek çok hususun tartışıldığı işçinin sözleşme sonrasına sırayet eden sır saklama yükümlülüğünü ihlalden doğan uyuşmazlıklar bakımından iş mahkemelelerinin görevli olduğu da Yargıtay'ın 2016 yılında verdiği kararla ortaya konmuştur¹⁰⁰. Bu hususta ayırım yapmanın bize göre haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Ayrıca rekabet yasağı işçi ve işveren arasındaki

tek uyuşmazlık konusu da olmayabilir. Bu halde tarafların iş ilişikinden doğacak diğer alacak kalemleri ile rekabet yasağından doğan uyuşmazlığa yönelik hem iki ayrı arabuluculuk hem de iki ayrı yargılama süreci yürütmesi gerekecektir. Bu durum ise farklı mahkemelerde sonuçlanacak davaların çatışması gibi bir ihtimal doğuracaktır. Doktrinde Ertan tarafından verilen çok yerinde bir örnekte, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan cezai şart talebine karşılık işçinin kıdem tazminatı talebiyle karşı dava açması ihtimalinde her iki davada da feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığının inceleme konusu yapılacağı; mahkemelerin farklı yönde karar vermesinin aynı konuda birbiriyle çelişen iki yargı kararı ortaya çıkaracağı ve usul hukuku anlamında bu davaların birleştirilmesi şansının da bulunmadığı belirtilmiştir.

Konuya ilişkin savımızı destekleyecek son husus ise TTK m. 5 hükmüyle İMK m. 5 arasındaki önceki kanun-sonraki kanun ilişikisinde yatmaktadır¹⁰¹. Gerçekten de asliye ticaret mahkemesinin görevli mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşlerden bazıları 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun, 4.8.1950 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na göre sonraki tarihli kanun olduğunu, bu sebeple de kanun koyucunun iradesini asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu yönünde okumak gerektiğini savunmaktaydı¹⁰². 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile bu görüşün gerekçesi de ortadan kalkmış bulunmaktadır. İMK sonraki tarihli kanun olup bu kanun ile işçiler ile işverenler veya işveren vekilleri arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan her türlü hukuk uyuşmazlığında iş mahkemeleri görevli kılınmış;

101 Mülga Kanun döneminde konuyu değerlendiren Ertan, TTK'nın maddi hukuka ilişkin hükümler getiren temel bir kanun olduğunu, İMK'nın ise usul hukukuna yönelik bir kanun olduğunu; her iki kanunun da farklı hukuk disiplinlerine ilişkin olması sebebiyle de aralarında özel kanun genel kanun ilişikisi bulunmadığını ifade etmiştir. Bkz. Ertan, 452.

102 Ertan, 458; Soyer, Değerlendirme 2008, 13.

100 Yarg. 9. HD. 11.10.2016, 2016/15516, 2016/17659, www.kazanci.com.

kaynağını iş ilişkisinden alan rekabet yasağı sözleşmeleri bakımından iş mahkemelerinin görevli olamayacağı noktasındaki son iddia da böylece ortadan kalkmıştır¹⁰³.

Sonuç

İşçinin sözleşme sonrası rekabet etmeme borcundan doğan uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme iş mahkemesidir. 7036 sayılı Kanun ile göreve ilişkin yapılan düzenleme, mülga kanun döneminde aksi yönde ileri sürülen görüşlerin savlarını çürütecek nitelikte olup, konuya ilişkin Yargıtay içtihadının değiştirilmesi gerekmektedir.

Kanunda rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olacağına yönelik açık bir hükme yer verilmemiş olması sebebiyle iş mahkemelerinin görevli olduğunun kabul edilemeyeceği yönündeki değerlendirmeye katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Önemli olan rekabet yasağının iş ilişkisi çerçevesinde iş sözleşmesinden doğuyor olmasıdır ve sözleşmenin sona ermesinden sonra uygulanacak bir yükümlülük getirmesi görevin belirlenmesi bakımından anlam ifade etmeyecektir.

Kanun koyucunun mülga Ticaret Kanunu'nda yer alan rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davaların mutlak ticari dava olduğuna yönelik hükmü, yeni Ticaret Kanunu'nda da aynen devam ettirmiş olması da bu uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu görüşünün kabulü bakımından yeterli değildir. Nitekim kanun koyucu bir sonraki maddede asliye ticaret mahkemesinin görevini tespit ederken "aksine hüküm bulunmayan hallerde" ifadesini de yeni Kanunda korumuştur. Bu durumda önemli olan iş mahkemelerinin görevine ilişkin düzenlemenin burada aksine hüküm teşkil edip etmeyeceğidir ki bu soruya olumlu yönde cevap vermek gerekir.

7036 sayılı Kanun ile tüm işçilerin işveren veya işveren vekillerine karşı iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden ve kanundan doğan talepleri bakımından iş mahkemelerinin görevli olduğunun belirlenmesi karşısında artık mülga İş Mahkemeleri Kanunu döneminde yapılan rekabet yasağının bu kapsamda düşünülmesinin mümkün olmadığı görüşü de güncelliğini yitirmiş bulunmaktadır. Zira rekabet yasağı sözleşmesinin kaynağını iş ilişkisinden alan ancak hüküm ve sonuçlarını iş ilişkisinin sona ermesinden sonra gösteren bir niteliği sahip olduğunda şüphe yoktur. Nitekim TBK m. 444 vd. hükümlerinde de bu durum gözetilerek diğer hukuki ilişkilerden doğan rekabet yasağı sözleşmelerinden farklı olarak işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü korumaya yönelik olarak sözleşme sıkı geçerlilik koşullarına bağlanmıştır. Ayrıca rekabet yasağı sözleşmesinin akibetinin iş sözleşmesinin kaderine bağlı olması, iş sözleşmesinin belirli sebeplerle feshedilmesi halinde ise rekabet etmeme borcunun sona ermesi aksi yönde bir yorum yapmayı da imkânsız hale getirmektedir.

Sonuç olarak yeni yasal düzenlemeler karşısında artık rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki görüşü haklılaştıracak bir sebep kalmamış olup konunun Yargıtay tarafından yeniden ele alınması ve bu husustaki içtihadın değişmesi gereği ortadadır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi çalışmamızın yayınlanması aşamasında bu yönde bir karar vermiş olup bu içtihadın sürdürülmesi ve konu gündeminde olan 11. Hukuk Dairesinin de bu görüşü benimsemesi isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, Ankara 2016 (Değerlendirme 2014).
- Alpagut, Gülsevil: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik

103 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, 202, 305; Özkaraca/Ünal, 21; Köme Akpulat, 138.

- Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul 2016. (Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi).
- Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2018.
 - Atalı, Murat: Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995.
 - Baskan, Esra: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2(2), 2012.
 - Başterzi, Süleyman: İş Uyuşmazlıkları, Ankara Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2000.
 - Baştürk, Faruk: Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, İstanbul 2011 (Görevli Mahkeme).
 - Baştürk, Faruk: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme, Legal YKİ, S. 7, 2008 (Rekabet Yasağı).
 - Bauer, Jobs-Hubertus/Diller, Martin: Wettbewerbsverbote, Rechtliche und taktische Hinweise für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und vertretungsberechtigte Organmitglieder, 8. neubearbeitete Auflage, 2019.
 - Baycık, Gaye: İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Ankara 2017.
 - BeckOK Arbeitsrecht, herausgegeben von Rolfs, Christian/ Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf, 59. Edition, 2021.
 - Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/ Hanau, Hans: Gesamtes Arbeitsrecht, Nomos Kommentar, 2016.
 - Bozkurt, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
 - Börü, Levent/Koçyiğit, İlker: Ticari Dava, Ankara 2013.
 - Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, İstanbul 2020.
 - Çenberci, Mustafa: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969.
 - Çil, Şahin: İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları, Ankara 2020.
 - Deliduman, Seyithan/Oruç, Yakup: Ticari Davalar, MÜHFD, C. 18, S. 2, 2012.
 - Doğan, Sevil: İşçinin Rekabet Yasağı, İş Sırrının Korunması, Ankara 2017.
 - Domaniç, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 1988.
 - Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.
 - Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 2020.
 - Ertan, Emre: İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı, Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012.
 - Ertaş, Kudret: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.
 - Germelmann, Claas-Hinrich/Prütting, Hanns/Matthes, Hans-Christoph: Arbeitsgerichts-gesetzkommentar, 9., neubearbeitete Auflage 2017.
 - Growe, Sonya Verena: Nachvertragliche Wettbewerbsbeschränkungen von Arbeitnehmern in multinationalen Konzernen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und englischen rechts, Hamburg 2010.
 - Gülver, Ender: İş Yargılamasında Görev, İÜHFM, C. LIX, S. 1-2, 2001.
 - Günay, Cevdet İlhan: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000.
 - Hennsler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz Jürgen: ArbeitsrechtKommentar, 9. neu bearbeitete Auflage, 2020.

- Kar, Bektaş: İş Yargılaması Usulü, 3. Bası, Ankara 2021.
- Karayağın, Yaşar: Ticaret Hukuku I, Giriş-Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968.
- Karslı, Abdürrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020.
- Kaya, Arslan/Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Nomer Ertan, Füsün: Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 6. Bası, İstanbul 2019 (Yazar adı, Ülgen Ticari İşletme Hukuku).
- Keser, Hakan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Rekabet Yasağı, Sicil, S.24, 2011.
- Koç, Evren: İş Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004.
- Köme Akpulat, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, İstanbul 2018.
- Kurt Konca, Nesibe: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri, TAAD, Y. 4, S. 15, 2013.
- Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016 (Medeni Usul Hukuku).
- Kuru, Baki: İş Mahkemeleri (İş Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi), TBB 1. Hukuk Kongresi, 1971 (İş Mahkemeleri).
- Manav, Eda: İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, TBB Dergisi, S. 87, 2010.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Ankara 2014.
- Muşul, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Pekcanitez, Hakan/Taş Korkmaz, Hülya: Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017 (Yazar Adı, Pekcanitez Usul).
- Özkaraca, Ercüment: Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim, 19-20 Nisan 2018 tarihinde İstanbul'da düzenlenen Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi yayını, Ankara 2021.
- Özkaraca, Ercüment/Ünal, Canan: Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, Sicil, S. 42, 2019.
- Özkaraca, Ercüment: Genel Görüşme, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Ankara 2017 (Genel Görüşme).
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Sarıkaya, Sinan: İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 171, 2017.
- Soyer, Polat: İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010 (Değerlendirme 2008).
- Soyer, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994 (Rekabet Yasağı).
- Soyer, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu Nihayet (Fakat Şimdilik) Çözümlendi- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun İki Farklı Kararı Hakkında Not, Yıldırım Uler'e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lefkoşa 2014 (Görevli Mahkeme).
- Soyer, Polat: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Legal İSGHD, C. 15, S. 57, 2018 (Yeni İş Mahkemeleri Kanunu).
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2020 (İş Hukuku).
- Şahlanan, Fevzi: İş Mahkemeleri ve İş Yargılaması, Türk Endüstri İlişkileri Deneği, III. Uluslararası Endüstri İlişkileri Kongresi, İstanbul 1999 (İş Mahkemeleri).
- Şahlanan, Fevzi: İş Yargılaması, İÜHFİM, C. XLII, S. 1-4, 1977 (İş Yargılaması).
- Şahlanan, Fevzi: Rekabet Yasağı Sözleşmelerinde Görevli Mahkeme, Tekstil İşv. D., S. 102, 2016 (Görevli Mahkeme).

- Şahlanan, Fevzi: Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 11. Toplantı, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2008 (Rekabet Yasağı).
- Taşkent, Savaş/Kabakçı, Mahmut: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil İHD, S. 16, Aralık 2009.
- Tuncay, A. Can: Rekabet Yasağının Geçerlilik Şartları, (Bir Yargıtay Kararı Üzerine), Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan C. I, İKÜ HFD, Özel Sayı, C.15, S.1, Ocak 2016 (Rekabet Yasağı).
- Tuncay, Can: İşçinin Sadakat Yükümlülüğü, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2001 (Sadakat Yükümlülüğü).
- Ulukapı, Ömer: Medeni Usul Hukuku, Konya 2015.
- Uşan, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003 (İş Sırrı).
- Uşan, Fatih: İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Mercek Dergisi, Nisan 2005 (Rekabet Yasağı Sözleşmesi).
- Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku C, I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Yıldız, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014.
- Yıldız, Gaye Burcu: Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019 (Atipik Çalışma).
- Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2018.
- Zengin, İbrahim Çağrı: Pazarlamacının ve İşçinin Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme- 7036 sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme, İÜHFİM, C. LXXV, S. 2, 2017.

Doç. Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR*

Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN**

Makale Gönderim Tarihi: 20 Mayıs 2021

Makale Kabul Tarihi: 27 Mayıs 2021

Türk Hukukunda Kadın Çalışanların Analığının Korunması

Öz

Hukumumuzda ebeveynliğin önemi bağlamında gebe ve doğum yapan çalışanları koruyucu önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle 2016 yılında yürürlüğe giren 6663 sayılı Kanun ile birlikte önemli değişiklikler yapılmış ve kadın istihdamını destekleyen, kadınların çalışma ve aile hayatı arasında denge kurmasını sağlayan düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında ebeveynler hem doğum

hem de evlat edinme durumlarına bağlı olarak pek çok hakka sahiptir. Bu çerçevede kadın çalışanların korunması amacıyla yarım çalışma izni ve kısmi süreli çalışmaya geçiş, ücretli ve ücretsiz izinler, çalışma sürelerinde sınırlama, gece çalışma yasağı, hafif işlerde çalıştırma, süt izni, muayene izni ve mazeret izni kadın çalışanların analığının korunması bağlamında getirilen düzenlemeler arasında sayılabilir.

Anahtar Sözcükler:

Analık, ücretsiz izin, kısmi süreli çalışma, süt izni.

Maternity Protection For Female Workers In Turkish Law

Abstract

In our law, there are important regulations that protect pregnant and giving birth workers. Especially with the Law No. 6663, which entered into force in 2016, important changes were made and regulations supporting women's employment and ensuring balance between work and family life of women's were introduced. Under these regulations, parents have various rights depending on

both their birth and adoption status. In this context, part-time leave and transition to part-time work, paid and unpaid leaves, restrictions on working hours, ban of night work, working on light duty, breast-feeding leave, examination leave and excuse leave can be counted among the regulations introduced in the context of protecting the maternity of women workers.

Keywords:

Maternity, unpaid leave, part-time working, breast-feeding leave.

* Hâkim, eda_manav@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3183-0325

**Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cerdogan@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5656-5655

Giriş

Kadınların çalışma hayatında daha çok yer alması ile birlikte fizyolojik ve biyolojik durumları göz önünde bulundurularak ülke mevzuatlarında pozitif ayrımcılık teşkil eden düzenlemelere yer verilmiştir¹. Mevzuatımızda aile hayatının korunabilmesi için hem doğum hem de evlat edinme yoluyla gerçekleştirilen ebeveynliğin korunmasına yönelik çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda çalışan kadınlara ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası düzenlemeler mevcuttur.

Konuya ilişkin Birleşmiş Milletler (BM), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO), Ekonomik Kalkınma ve İş birliği Örgütü (OECD) gibi kuruluşların farklı düzenlemeleri, birden fazla ülke tarafından onaylanmış uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Birliği'nin farklı nitelikte düzenlemeleri vardır². Benzer şekilde ülke mevzuatımızda da kadın çalışanların analığının korunmasına yönelik düzenlemeler mevcuttur³.

Ulusal mevzuatımıza baktığımızda, en temel hükmün eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasanın 10 uncu maddesi olduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu maddeye göre, kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Görüldüğü gibi, maddede sadece kadın-erkek eşitliğinden bahsedilmemiş, ayrıca devlete bu konuda görev yüklenmiştir. Ayrıca kadın çalışanlara yönelik pozitif ayrımcılığın bir diğer anayasal dayanağı olan Anayasanın 50 nci maddesine göre de, kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.

Çalışma hayatında çeşitli kanunlarda kadınlara yönelik hükümler bulunmaktadır. Bunları 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu şeklinde sıralamak mümkündür. Ancak çalışmamızda sadece işçi ve memur statüsünde çalışan kadınların analığının korunmasına yönelik sağlanan haklar ele alınacaktır. Bu kapsamda Türk mevzuatında çalışan kadınların analığının korunmasına yönelik tüm düzenlemelerden değil, sadece analık izni, ücretsiz (aylıksız) izin, yarım çalışma izni, kısmi süreli çalışmaya geçiş, süt izni ve muayene izni haklarından bahsedilecektir.

Hülya, Çalışma Yaşamında Kadın ve Çalışan Kadını Korumaya Hükümler, Ankara Barosu Dergisi, 1998, S.4, s.12-28. Ayrıca 1475 sayılı İş Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu kadın işçilerin korunmasına yönelik hükümlerinin karşılaştırılması hakkında bkz. Adakale Demirhan/Ekonomi, s.55-67. Ayrıca AB 92/85/EEC sayılı Direktif kapsamında kadın işçilere tanınan hakların değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz, İstar, Protection Of Women Workers In Pregnancy And Maternity Status In The Context Of Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Y.2011, S.2, s.59 vd.

- 1 Kadın çalışanların doğuma bağlı haklarında meydana gelen değişikliklerin tarihi gelişimi hakkında bkz. İnciroğlu, Lütfi, Çalışanların Doğuma Bağlı Haklarında Ne Değişti?, Legal İHSGHD, Y.2016, S.49, s.164-168.
- 2 Uluslararası düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Ertürk, Arzu, Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, MÜHF HAD, C.23, S.1, s.350-352. Ayrıca bkz. Koç, Sedef, İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Editör: Tankut Centel, İstanbul 2016, s.199-204; Taşkent, Savaş/ Kurt, Dilek, Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, S.40, s.32-34; Soysal, Tamer, Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanununda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler, Kamu-İş, C.8, S.4/2006, s.1 vd.; Kökkılınç Eraltuğ, Ayşegül, Avrupa Birliği Hukuku'nda Ebeveyn İznini, Legal İSGHD, Y.2006, S.9, s.111 vd.; Adakale Demirhan, Fatma Elif/ Ekonomi, Münir, Türkiye'de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu İle Getirilen Yenilikler, İTÜ Dergisi, C.4, S.5, Ekim 2005, s.55-67, http://itudergi.itu.edu.tr/index.php/itudergisi_d/article/view/691/615, (Erişim Tarihi: 29.09.2020).
- 3 1475 sayılı İş Kanunu dönemindeki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Senyen Kaplan, Emine Tunçay, İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, s.709 vd.; Akıntürk Türkmen,

A. Analık İzni

1. Kadın İşçilerin Analık İzin Hakkı

Kadın işçinin doğum öncesi ve doğum sonrası çalışma yasağına ilişkin ilk düzenleme Umumi Hifzıssıhha Kanununun 155 nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, kendisi ve çocuğunun sıhhati için bir zarar husule getirmeyeceği bir tabip tarafından tahiren tasdik edilmedikçe kadınların doğumlarından mukaddem üç hafta ve doğurmasını müteakip yine üç hafta zarfında fabrika, imalathane ve umumi ve hususi müesseselerde çalışması ve çalıştırılması memnudur.

Analık izni, *Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin (Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik) 4 üncü maddesinde* kadın işçinin doğum nedeniyle çalıştırılmadığı süre için verilen izin, şeklinde tanımlanmıştır. Ancak 6663 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nun ilgili maddesine yapılan eklemeler sonucunda analık izninin bazı koşullarda baba ve evlat edinene de tanındığını görmekteyiz. Gerek gebelik süresince gerek doğum sonrasında anne ve bebeğin sağlığı için birtakım risklerin mevcut olması, analık iznine ilişkin düzenleme yapma ihtiyacını doğurmuştur. Elbette riskler sadece annenin veya bebeğin sağlığından kaynaklanmayıp işin niteliğinden ya da işyerinden de kaynaklanabilir.

İş Kanunu'nun 74 üncü maddesinde işçi statüsünde çalışan kadınlara tanınan analık iznine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu maddeye göre, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, sağlık durumu uygun olduğu takdirde, doktorun onayı ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, kadın işçinin çalıştığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenir⁴. Kadın

4 Belirtilen sürelerin işçinin sağlığı ve işin özellikleri göz

işçilerin doğumdan önceki sekiz hafta çalışmaları esastır, ancak sağlık durumu elverirse işçi son üç haftaya kadar çalışmaya devam edebilir. Kanunun lafzına bakıldığında, düzenlemenin işçi açısından bir hak, işveren açısından ise bir yasak olduğunu söylemek mümkündür⁵. Eğer kadın işçi doğumdan önceki son üç haftaya kadar çalışırsa, bu durumda herhangi bir hak kaybına uğramakta ve doğum öncesi kullanmadığı süreler doğum sonrası sürelerle eklenmektedir.

İş Kanunu'nun ilgili maddesine yapılan eklemelerle birlikte evlat edinen kadın işçi ile doğum sırasında veya sonrasında ölen kadın işçilere ilişkin de düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır (m.74/1)⁶. Burada belirtmek gerekir ki, babaya kullanılacak izin süresi, sadece annenin doğum sonrası kullanacağı süre değildir, bu süreye ayrıca annenin doğum öncesi kullanmadığı izin süreleri de eklenmelidir⁷.

önünde bulundurularak hekim raporuyla arttırılabileceği yönünde bkz. Uğur, Suat/Uğur, Ömer, İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğe İlişkin Hakları, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2017, C.22, S.3, s.664.

- 5 Cengiz, İstar, Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi, Kamu-İş, C.10, S.4/2009, s.31; Çalışkan, Aslı, İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, İstanbul 2018, s.51. Analık izninin verilmesinin zorunludur, aksi halde işveren/vekilinin cezai sorumluluğunu bulunmaktadır. Bkz. Kar, Bektaş/Göktaş, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri, Sicil Dergisi, S.6, Haziran 2007, s.29. 19 Ekim 1992 tarihli Hamile, Loğusa veya Emzikli Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirmeyi Teşvik Eden Önlemlerin Getirilmesi Konsey Direktifi (92/85/EEC)'nde düzenlenen analık izni düzenlemesi ile Türk mevzuatında düzenleme arasındaki farklılık ile ilgili bkz. Süral, Nurhan, Türkiye'de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, s.290-292. Ayrıca bkz. Aydın, Ufuk/Demirkaya, Seher, Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları, İş ve Hayat, s.72 vd.
- 6 Farklı ülkelerdeki babalık izni uygulamaları hakkında bkz. Aydın/Demirkaya, s.81-82.
- 7 Benzer yönde bkz. Centel, Tankut, 6663 Sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler- Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi-, Sicil Dergisi, S.35, Y.2016, s.11; Uğur/Uğur, s.665; Çalışkan, s.58. Karşı görüş için bkz. Akyiğit, s.470; Canıklıoğlu, Nurşen, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği, Emeğin Huku-

Ayrıca kanun lafzından da anlaşılacağı üzere, annenin doğum öncesinde ölmesi halinde baba analık izninden faydalanamayacaktır⁸. Son olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucu hakkın kullanımını babaya tanımıştır⁹. Dolayısıyla “eş” kavramı kullanılmadığı için anne ile baba arasında bir evlilik ilişkisi bulunmasına gerek yoktur¹⁰. Babaya tanınan bu hak, 6663 sayılı Kanun ile birlikte mevzuatımıza girmiştir. Söz konusu düzenleme, öncesinde babalık izni, İş Kanunu’nun Ek 2 nci maddesinde yer alan eşinin doğum yapması hâlinde babaya verilen beş gün ücretli izinden ibaretti.

İş Kanunu ilgili maddesinde ayrıca evlat edinlere de analık izni hakkı tanınmıştır. Buna göre, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullanılır (m.74/1)¹¹. Evlat edinenin bu haktan faydalanabilmesi için, öncelikle geçerli bir evlat edinme işlemi söz konusu olmalıdır. Kanunda geçen ifadeye göre, çocuğun aileye fiilen teslim edilmesinden sonra bu hak kullanılabilir ve evlat edinilen çocuğun üç yaşını doldurmamış olması da Kanunda aranan bir diğer koşuldur.

Doğuma ilişkin olarak farklı durumlar ortaya çıkabilir. Bunlar, doğumun beklenen tarihten erken gerçekleşmesi, daha geç gerçekleşmesi ve çocuğun ölü doğması ya da doğum sonrasında ölmesi şeklinde belirtilebilir. Doğumun beklenen tarihten erken gerçekleşmesine ilişkin olarak

kanunda bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca, kadın işçinin erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanamadığı çalıştırılmayacak süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır (m.74/1). Görüldüğü gibi, kadın işçi kanunda kendisine tanınmış analık izin sürelerinde herhangi bir hak kaybı yaşamamaktadır. Doğumun beklenenden daha geç gerçekleşmesine ilişkin olarak ise İş Kanunu’nda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu noktada yol gösterici olması açısından, 6 Numaralı Kamu Personeli Genel Tebliğine bakıldığında, burada doğumun tahmin edilenden geç olması halinde doğum sonrası kullanılacak olan analık izninden herhangi bir süre kısıtlaması yapılmayacağı belirtilmiştir (I-A-5a). Söz konusu düzenleme İş Kanunu’nun 74 üncü maddesi kapsamında doğum yapan kadın işçiler açısından da uygulanabilir niteliktedir. Çocuğun ölü doğması ya da doğumdan çok kısa süre sonra ölmesi haline ilişkin olarak da kanunumuzda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak analık izni sadece çocuğun sağlığı açısından değil, ayrıca doğum yapmış kadının hem fiziksel hem de psikolojik olarak iyileşmesine hizmet eden bir süre olduğu için, burada da doğum sonrası kullanılacak olan izinlerde herhangi bir kısaltma yapılmaması gerektiği söylenmelidir¹².

İşverenin söz konusu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi durumuna ilişkin İş Kanunu’nda idari para cezası öngörülmüştür. Buna göre, İş Kanunu’nun 74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işveren veya işveren vekiline bin iki yüz Türk Lirası idari para cezası verilir (m.104).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, İş Kanunu’nun *Yıllık*

ku Kurultayı-2, Ankara, 26 Mayıs 2016, s.139; Baskan, Şükriye Esra, 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ile Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, s.7.

8 Babanın bu haktan faydalanabilmesi için annenin ölümünün analık izni sırasında gerçekleşmesi gerektiği yönünde bkz. Caniklioglu, Kısmi Süreli, s.139.

9 Babanın bu haktan faydalanabilmesi için annenin işçi olması gerekir. Bu yönde bkz. Senyen Kaplan, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10.B., Ankara 2019, s.411; Centel, s.11; Baskan, s.7.

10 Çalışkan, s.58. Aksi yönde bkz. Centel, s.11.

11 Yapılan bu düzenlemenin diğer kanunlar göz önünde tutulmadığı yönündeki eleştiri hakkında bkz. Centel, s.12.

12 Benzer yönde bkz. Uğur/Uğur, s.665; Yuvalı, Ertuğrul, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, TBB Dergisi 2013 (106), s.108; Oğuz, Özgür, Türk İş Hukuku’nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler, TBB Dergisi 2018 (134), s.581; Cengiz, Analık Durumu, s.33; Çalışkan, s.55.

İzin Bakımından Çalışılmış Gibi Sayılan Halleri düzenleyen 55 inci maddesi uyarınca, kadın işçilerin 74 üncü madde kapsamında doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları analık izin günleri, yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılmaktadır. Bu çerçevede analık izin süresince kadın işçinin çalıştırılmasının yasak olduğu süreler yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılmakla birlikte, bu sürelerin artırılmasının mümkün olması sebebiyle artırılan süreler ve aynı madde çerçevesinde babaya sağlanan doğum sonrası izin de çalışılmış gibi sayılabilir¹³. Ancak işçinin analık izni sonrasında kullanma imkânı olan altı kadar ücretsiz izin süresince iş sözleşmesi askıda olduğundan bu süre yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılmaz¹⁴.

İş Kanunu'nun 55 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca analık izni kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmasına karşın ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas kıdem süresinin hesabında dikkate alınmamaktadır¹⁵.

2. Kadın Memurların Analık İzni Hakkı

Kadın memurun analık iznine ilişkin düzenleme, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 104 üncü maddesinde yer almaktadır. Mazeret izni başlıklı söz konusu düzenlemeye göre, kadın memura; doğumdan önce sekiz, doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı hafta süreyle analık izni verilir. Çoğul gebelik durumunda, doğum öncesi sekiz haftalık analık izni süresine iki hafta eklenir. Ancak beklenen doğum tarihinden sekiz hafta öncesine kadar sağlık durumunun çalışmaya uygun olduğunu tabip raporuyla belgeleyen kadın memur, isteği hâlinde doğumdan önceki üç haftaya kadar kurumunda çalışabilir. Bu durumda, doğum öncesinde bu rapora dayanarak fiilen çalıştığı süreler doğum sonrası analık izni süresine eklenir.

13 Çalışkan, s.147; Çil, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 8. Baskı, Ankara 2021, s.1341-1342.

14 Çil, s.1342.

15 Çalışkan, s.157; Çil, s. 1410.

Kanunda ayrıca doğumun erken gerçekleşmesi ya da doğumda veya doğum sonrasında annenin ölmesine ilişkin ayrı düzenlemelere de yer verilmiştir. Buna göre, doğumun erken gerçekleşmesi sebebiyle, doğum öncesi analık izninin kullanılmayan bölümü de doğum sonrası analık izni süresine ilave edilir. Doğum öncesi analık izninin başlaması gereken tarihten önce gerçekleşen doğumlarda ise doğum tarihi ile analık izninin başlaması gereken tarih arasındaki süre doğum sonrası analık iznine ilave edilir. Doğumda veya doğum sonrasında analık izni kullanılmayan annenin ölümü hâlinde, isteği üzerine memur olan babaya anne için öngörülen süre kadar izin verilir. Doğumun geç gerçekleşmesi durumu hakkında ise Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak 2016 yılında yayınlanan 6 Numaralı Kamu Personeli Genel Tebliği'ne göre, doğumun beklenen tarihten sonra gerçekleşmesi halinde, fazladan geçen süreler doğum sonrası analık izni süresinden düşülmeyecektir (I-A-5a). Ayrıca Tebliğe göre, ölü doğum yapan memur, sağ doğum yapan memura verilen doğum öncesi ve doğum sonrası analık izninden aynı şekilde yararlanacaktır (I-A-6a).

6663 sayılı Kanun ile birlikte maddeye evlat edinme durumuna ilişkin bir ekleme yapılmıştır. Buna göre, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinmememur lar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, çocuğun teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta süre ile izin verilir. Görüldüğü gibi düzenleme, İş Kanunu'nun 74 üncü maddesindeki düzenleme ile aynıdır. Dolayısıyla evlat edinme durumunda belirtilen haktan faydalanabilmesi için öncelikle geçerli bir evlat edinme işlemi gerçekleştirilmeli, çocuk fiilen teslim edilmeli ve evlat edinilen çocuk üç yaşını doldurmamış olmalıdır. Ayrıca Kamu Personeli Genel Tebliği'ne göre, her iki eşin de memur olması ve üç yaşını doldurmamış bir çocuğun birlikte evlat edinilmesi halinde bu izin hakkından her iki eş de yararlanacaktır (II-B-1b).

B. Ücretsiz (Aylıksız) İzin

1. Kadın İşçilerin Ücretsiz İzin Hakkı

İşçi statüsünde çalışan kadınlara tanınan bir diğer hak, ücretsiz izin hakkıdır. Bu hak, analık izninden farklı olarak, isteğe bağlı olarak kullanılır. Kanuni düzenlemeye göre, isteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene de verilir (m.74/6). Görüldüğü gibi, ücretsiz izin hakkının kullanılabilmesi için analık izninin tamamlanması gerekmektedir. Zira ilgili maddede analık izninin tamamlanmasının ardından bu hakkın kullanılabilmesi ifade edilmiştir¹⁶. Ücretsiz izin hakkını kullanan işçi, istediği zaman iznini kullanmaktan vazgeçip çalışmaya tekrar başlayabilir. Eğer işçi bu şekilde çalışmaya başlamak ister ve işveren de işçiyi işe başlatmazsa, iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş kabul edilir¹⁷. Ayrıca ücretsiz izin hakkı, sadece doğum yapan kadın işçiye değil evlat edinen işçiye veya eşlerden birine de tanınmaktadır.

Her ne kadar ücretsiz izin hakkı işçinin isteğine bağlıysa da, işçi bu hakkını kullanmak istedikten sonra işveren işçiye ücretsiz izin vermek zorundadır¹⁸. Başka bir ifade ile işverenin bu talep kar-

şısında takdir yetkisi bulunmamaktadır. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, işyerinde yönetici pozisyonunda çalışan bir kadın işçi ücretsiz izin hakkını kullandıktan sonra işe tekrar başladığında, işverence kendisine daha önce çalıştığı pozisyonun dolu olduğu gerekçesiyle iş değişikliği teklifinde bulunulmuştur. Kadın işçi, yöneticilik kadrosu haricindeki görevleri kabul etmeyeceğini işverene bildirmiş ve iş sözleşmesinin ihbar ve kıdem tazminatları ödenerek feshedilmesini talep etmiştir. Kararda Yüksek Mahkeme, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/ 54/ EC sayılı Direktifi'ne atıf yaparak, kadın işçinin önerilen işte çalışmayacağını belirtmesine rağmen işverenin onu önceki işte çalıştırmayacağını açıklamasını iş sözleşmesinin eylemli olarak işverence feshedildiği biçiminde yorumlamış ve kadın işçinin işe iadesine karar vermiştir¹⁹.

2. Kadın Memurların Aylıksız İzin Hakkı

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 108 inci maddesi uyarınca, doğum yapan memura, 104 üncü madde uyarınca verilen doğum sonrası analık izni süresinin veya aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca verilen izin süresinin bitiminden; eşi doğum yapan memura ise, doğum tarihinden itibaren istekleri üzerine yirmi dört aya kadar aylıksız izin verilir. Görüldüğü gibi, kadın işçilere tanınan ücretsiz izin hakkı altı aya kadar iken; kadın memurlara tanınan aynı hak yirmi dört aya kadardır. Kadın çalışanlara tanınan haklar arasındaki bir diğer farklılık ise, kadın memurun analık izninin kullanımının ardından isterse eşi de aylıksız izin hakkını kullanabilecektir.

16 Bu süre içinde kadın işçiye ücret ödenmeyeceğinden dolayı sigorta primi kesilmesinin de söz konusu olmayacağı yönünde bkz. Cengiz, Analık Durumu, s.35; Yuvalı, s.109.

17 Yarg. 9.HD 13.07.2009, E.2008/36349 K.2008/20734.

18 Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararında şu şekilde ifadeler yer vermiştir; "İş Kanunu'nda, ücretli doğum izninin ardından, istekleri halinde kadın işçilere 6 aya kadar ücretsiz doğum izin verileceği belirtilmiş ve kanun koyucu, yorum kurallarına başvurulmasına gerek kalmaksızın, bu hakkı işverenin taktirine bırakmayacak şekilde açık ve net olarak düzenlemiştir. Buna karşın, İş Kanunu sistematigi açısından, ilgili hususu, yaptırım ile güvence altına alan açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte, tamamen korumasız bırakıldığı da düşünülemez. Doğum yapan kadın işçinin, ücretsiz doğum iznini kullanmak istemesi ve işveren tarafından buna izin verilmemesi halinde, kadın işçi tek başına alacağı karar ile işverene bildirimde bulunarak, ücretsiz doğum iznine ayrılabilir". Y9HD. 13.07.2009, E.

2008/36349, K. 2009/20734, www.legalbank.net, (Erişim Tarihi: 29.09.2020).

Analık izninin bitiminden sonra altı aylık ücretsiz izin hakkını kullanmak isteyen kadın işçiye bu hakkı kullanılmaması halinde, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği ve kıdem tazminatına hak kazanabileceği yönündeki görüş için bkz. Senyen Kaplan, İş Hukuku, s.413; Taşkent/Kurt, s.41.

19 Karar ve karar hakkındaki değerlendirme için bkz. Özdemir, Burhan, Doğum İzni Dönüşünde İşinin Değiştirilmesi İstenebilir ve Bu Yolda Baskı Yapılarak İstifa Ettirilen İşçinin İşe İade Davası, Sicil Dergisi, S. 16, s.100 vd.

Kadın işçilerde olduğu gibi, kadın memur da bu hakkını kullanmak isterse, idarenin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır²⁰.

Kanunun 108 inci maddesinde ifade edildiği gibi bu haktan eşi doğum yapan memur da faydalanabilir. Ancak eşi doğum yapan memurun bu haktan faydalanabilmesi için doğum yapan kadının memur olup olmaması noktasında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Kamu Personeli Genel Tebliğine göre, eşi doğum yapan memura, eşinin Devlet memuru olup olmadığına bakılmaksızın isteği halinde yirmi dört aya kadar aylıksız izin verilecektir (I-Ç-2b) ve eşlerin her ikisinin de memur olması halinde, doğum sebebiyle verilen aylıksız iznin, süreleri içerisinde her iki eşe aynı dönemde veya birbirini takip edecek şekilde kullanılması mümkündür (I-Ç-2c). Ayrıca doğum sebebiyle verilen aylıksız iznin, yirmi dört aylık sürenin aşılması kaydıyla, kısım kısım kullanılması da mümkündür (I-Ç-2d).

Memurların evlat edinme halinde aylıksız izin hakkına ilişkin düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 108/C maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyle birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşlerine, 104/A maddesi uyarınca verilen sekiz haftalık izin veya aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca izin kullanılması hâlinde bu iznin bitiminden itibaren, istekleri üzerine yirmidört aya kadar aylıksız izin verilir. Evlat edinen her iki eşin memur olması durumunda bu süre, eşlerin talebi üzerine yirmidört aylık süreyi geçmeyecek şekilde, birbirini izleyen iki bölüm hâlinde eşlere kullanılabilir.

C. Yarım Çalışma İzni

1. Kadın İşçilerin Yarım Çalışma İzni Hakkı

Yarım çalışma izni, mevzuatımıza ilk kez 6663

sayılı Kanunun 74 üncü maddesi ile eklenmiştir. Bu hak her ne kadar İş Kanunu'nda düzenlenmişse de, haktan sadece İş Kanununa tabi işçiler değil Türk Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamına giren işçiler de faydalanabilmektedir (İşK. m.74/son)²¹. Kanunda işçiye tanınan bu hakkı nitelerken "ücretsiz izin" kavramı kullanılmaktadır²². Ancak bunun teknik anlamda bir ücretsiz izin olmadığı belirtilmelidir.

Düzenlemeye göre, doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır²³ (m.74/2).

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, söz konusu hak analık izninin bitiminden itibaren kullanılabilir. İlgili hakkın kullanılabilmesi için çocuğun sağ olması gerekir. Zira hak çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla verilmiştir. Örneğin, doğumdan sonra çocuk başka bir kişiye evlat verildiyse veya başka gerekçelerle Bakanlık tarafından çocuk aileden alınmışsa ya da eşler boşanmış ve çocuğun velayeti bu hakkı talep eden kişide değil de diğer kişideyse, hakkın kullanılması artık mümkün değildir²⁴.

21 Yarım çalışma izni hakkından İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilerin de faydalanmasını isabetli bulan görüş için bkz. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 33.B., İstanbul 2020, s.821. Ancak yazarlara göre, ilgili kanunlarda da bu konuda düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır.

22 Yarım çalışma iznini ücretsiz iznin bir türü olarak ele alan çalışma için bkz. Uğur/Uğur, s.667; Başkan, s.8. Aksi değerlendirme için bkz. Centel, s.12. Hakkın hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çalışkan, s.66-68.

23 Analık izni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik m.6/3'e göre, çocuğun engelli doğduğunun doktor raporu ile belgelenmesi hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır.

24 Bkz. Ocak, Saim, Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Üc-

20 Bkz. Danıştay 5. Daire, 21.12.2015, E.2013/8964, K.2015/10687.

Bu hak da ücretsiz izinde olduğu gibi, isteğe bağlıdır. Yani kadın işçi için bahse konu hakkın kullanımı zorunlu değildir. Ancak işçi hakkını kullanmak isterse işveren kullanırmak zorundadır²⁵. Başka bir ifade ile hakkın kullanılabilmesi için işçinin işverenden talepte bulunması gerekli ve yeterlidir. Söz konusu talebin ne kadarlık bir süre içerisinde kullanılması gerektiğine ilişkin mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, yarım çalışma hakkının kullanılmasında yarım çalışma ödeneği alınacağından hakkın analık izninin bitiminden itibaren 30 gün içinde kullanılması gerekir²⁶. Diğer bir görüşe göre ise, burada kanunda düzenlenmemiş olan 30 günlük süre uygulanamaz. Kadın işçi bu süre geçtikten sonra da hakkını kullanabilir, ancak yarım çalışma ödeneğini kalan süre kadar kullanabilir²⁷.

Kanunda "haftalık çalışma süresinin yarısı" kadar çalışılacağı ifade edilmektedir. Ancak iznin nasıl kullanılacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Konu ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur. İleri sürülen bir görüşe göre, haftanın her günü çalışılmalı ama günlük çalışmanın yarısı kadar olmalıdır²⁸. Diğer görüşe göre ise, ister haftanın belirli günleri isterse her gün yarısı kadar çalışma olmalıdır²⁹. Başka bir görüşe göre ise, işçinin çalıştığı işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresinin yarısı dikkate alınmalıdır³⁰.

retsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması, İş ve Hayat, Yıl:2017, C.3, S.5, s.181.

25 Caniklioğlu, Kısmi Süreli, s.144; Değer Ermumcu, Senem, Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s.2014; Baskan, s.13; Koç, s.206. Söz konusu hakkın kanundan doğan değiştirici yenilik doğuran haklara örnek olduğu hususunda bkz. Ekonomi, Münir, Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları, Legal IHSGHD, Y.2017, S.53, s.30.

26 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.822; Caniklioğlu, Kısmi Süreli, s.144.

27 Köseoğlu, Ali Cengiz, Türk İş Hukukunda Analık, İş ve Hayat Dergisi, S.4, Y.2, s.106; Uğur/Uğur, s.667.

28 Köseoğlu, s.107; Uğur/Uğur, s.667.

29 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.823; Caniklioğlu, Kısmi Süreli, s.144.

30 Ocak, Yarım Çalışma, s.188.

Kanaatimizce bu hakkın haftanın belirli günleri çalışma, belirli günleri çalışmama şeklinde değil de, haftanın her günü, günlük çalışmanın yarısı şeklinde kullanmanın amaca daha çok uygun olacağını söylemek gerekir.

Kanunda belirtilmiş olan altmış, yüz yirmi ve yüz seksen günlük sürelerin hesaplanmasında, doğum ya da evlat edinmenin birlikte hesaplanması gerektiğini söylemek gerekir. Örneğin, bir kadın işçi ilk çocuğunu evlat edinmiş, ikincisini de doğum yoluyla elde etmişse, bu durumda yüz yirmi günlük yarım çalışma izninin olduğunu söylemek gerekir.

Yarım çalışma izni hakkını kullanan kadın işçi bu süre boyunca süt izni hakkından faydalanamaz (m.74/6). Bu bağlamda işveren kadın işçinin yarım çalıştığı süre içinde, işçiye süt izni vermekle yükümlü değildir. Ancak süt izninin uygulanmaması sadece bu yarım çalışma süresi içindedir. Bu izin süresi bittikten sonra kadın işçi çocuğu bir yaşını tamamlayıncaya kadar süt iznini kullanabilir³¹.

Yarım çalışma izni, sürenin sona ermesi, çocuğun vefat etmesi, iş sözleşmesinin sona ermesi ya da hakkı kullanan kişinin vefat etmesi durumunda sona ermektedir³². Yarım çalışma iznine uygun olarak, bu hakkı kullanan evlat edinen eşlerden birisi ya da evlat edinen kişi ya da doğum yapan kadın işçinin ücretsiz süre boyunca desteksiz kalmaması amacıyla İşsizlik Sigortası Kanununun ek 5 inci maddesine bir düzenleme getirilmiş ve bu düzenlemeye göre yarım çalışma iznini kullanan kişilere yarım çalışma ödeneğinin işsizlik sigortası fonundan ödeneceği belirtilmiştir.

Yarım çalışma iznine ilişkin hak, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere de istekleri halinde kullanılır³³. Bu haktan faydalanabilmek için yine evlat edinilen ço-

31 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.824.

32 Hakkın kullanımının sona ermesi hakkında bkz. Ocak, Yarım Çalışma, s.195. Ayrıca bkz. Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s.31.

33 Kanunda düzenlenen ve kademeli artan sürelerin evlat edinmede de uygulanacağı yönünde bkz. Köseoğlu, s.106; Ocak, Yarım Çalışma, s.182.

cuğun üç yaşını doldurmamış olması ve işçinin talepte bulunması gerekir. Çocuğun talep sırasında değil evlat edinme sırasında üç yaşını doldurmamış olması aranmaktadır³⁴.

Bu noktada yarım çalışma izni ile ücretsiz izin hakkının birlikte kullanılıp kullanılmayacağı sorusu akıllara gelebilir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce yine her iki iznin de başlangıç anının analık izninin bitimi olduğu Kanunda düzenlenmiş olup iki izin hakkı tamamlayıcı şekilde değil de, seçimsel olarak, ya yarım çalışma izni ya da ücretsiz izin şeklinde kullanılmalıdır.

2. Kadın Memurların Yarım Gün İzin Hakkı

Kadın memurlara analığı halinde sağlanan haklardan bir diğeri, yarım gün izin hakkıdır. Söz konusu hak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre, doğum sonrası analık izni süresi sonunda kadın memur, isteği hâlinde çocuğun hayatta olması kaydıyla analık izni bitiminde başlamak üzere ayrıca süt izni verilmeksizin birinci doğumda iki ay, ikinci doğumda dört ay, sonraki doğumlarda ise altı ay süreyle günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışabilir. Çoğul doğumlarda bu süreler birer ay ilave edilir. Çocuğun engelli doğması veya doğumdan sonraki on iki ay içinde çocuğun engellilik durumunun tespiti hâllerinde bu süreler on iki ay olarak uygulanır (m.104/F). Kadın memurlara tanınan bu hak, kadın işçilere tanınan yarım çalışma izni ile aynıdır. Ancak her iki düzenleme arasında dikkat çekici farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle İş Kanunu'nda düzenlenen yarım çalışma izninde izinler gün bazında ifade edilmişken; Devlet Memurları Kanunundaki düzenleme ay bazında belirtilmiştir. Ayrıca Devlet Memurları Kanunu'nda açıkça günlük çalışma süresinin yarısı kadar çalışılacağı da vurgulanmıştır.

Kadın memurun bu haktan yararlanabilmesi

³⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.821; Caniklioğlu, Kısmi Süreli, s.143; Ocak, s.179. Farklı doktrin görüşleri için bkz. Başkan, s.10.

için çocuğun hayatta olması gerekir. Bu amaçla yarım gün izin hakkını kullanmakta iken çocuğun ölümü halinde kadın memur bu izin hakkının devamını kullanamaz (I-C-3c). Ayrıca bu haktan sadece kadın memur faydalanır (I-C-3a), başka bir anlatımla ücretsiz izin hakkında olduğu gibi eşi doğum yapan memur bu haktan faydalanamaz. Kadın memurun bu haktan yararlanması halinde, süt izni hakkını kullanması da mümkün değildir (I-C-3b).

Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşleri de, istekleri üzerine (A) fıkrası uyarınca verilen sekiz haftalık iznin bitiminden itibaren bu haktan aynı esaslar çerçevesinde yararlanır (m.104/F). Buna göre, birinci evlat edinmede iki ay, ikinci evlat edinmede dört ay, sonraki evlat edinmelerde ise altı ay yarım gün izin hakkını kullanabilir. Ayrıca evlat edinilen çocuğun engelli olması halinde belirtilen süreler on iki ay olarak uygulanır. Kamu Personeli Genel Tebliği'ndeki düzenlemeye göre, her iki eşin de memur olması ve üç yaşını doldurmamış bir çocuğun birlikte evlat edinilmesi halinde yarım gün izin hakkından istekleri halinde her iki eş de yararlanacaktır (II-C-2b). Ayrıca yarım gün izni süresi, evlat edinilen çocuğun evlat edinen kişinin kaçınıcı çocuğu olduğu dikkate alınarak belirlenecektir. Çocuk sayısının tespitinde öz veya evlatlık ayrımı gözetilmeyecektir (II-C-2c).

D. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı

1. İşçilerin Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkı

Kısmi süreli iş sözleşmesi İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinde düzenlenmiş olup bu maddeye göre, "İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir." Kısmi Süreli

Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin c bendinde kısmi süreli çalışma “İşçinin, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yaptığı çalışma” olarak tanımlanmıştır. Kısmi süreli iş sözleşmeleri atipik iş ilişkilerinin en yaygın türü olup bu tür çalışma kadın işgücünün çalışma hayatına girişini hem kolaylaştırmakta hem artırmaktadır. Nitekim kısmi süreli sözleşme ile çalışan ya da analığa bağlı olarak kısmi süreli çalışmaya geçen kadın işçi ev işlerine ve çocuklarına da zaman ayırabilme olanağı edinmektedir³⁵. Tabii ki kısmi süreli çalışma sadece kadın işçiler için öngörülmemiş olup gençlerin eğitim hayatından artan zamanda kısmi süreli çalışma yaptıkları görülmektedir. Yine işyerinde sürekli çalışmayı gerektirmeyen bazı işlerde kısmi süreli iş sözleşmeleri kurulabilmektedir³⁶.

2016 yılında 6663 sayılı Kanun ile İş Kanunu’nun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasına eklenen düzenleme ile işçinin doğum yapması halinde ebeveynlerden birinin talebi üzerine işverene kadın ya da erkek işçiye kısmi süreli çalışma yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. *Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelikte* de bu konu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Ebeveyn izni olarak isimlendirilen kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkı, çocuğun bakımının sağlanması amacıyla, doğum veya evlat edinme yoluyla çocuk sahibi olan kadın ya da erkeğe verilen izindir³⁷.

İlgili kanun ve Yönetmelik maddeleri çerçevesinde kısmi süreli çalışan işçinin ücreti, çalıştığı süreyle orantılı olarak ödenmektedir. Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından, doğum yapan kadın ya da eşi yararlanabileceği gibi üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinen işçiler de bu haktan yararlanabilmektedir. Söz konusu hakkı kullanan kadın işçiye

ayrıca süt izni verilmemektedir.

a. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Başvuru Şartları

aa. İş Kanunu’na Göre İşçi Sıfatına Sahip Olmak

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilmek için işçinin İş Kanunu kapsamında işçi olması gerekmektedir. İş Kanunu’nun 74 üncü maddesinin son fıkrasına göre, Analık halinde çalışma ve süt iznine ilişkin bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve İş Kanununun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi bakımından uygulanır. Doğum ve analık izinleri İş Kanunu’nun kapsamında olan ya da diğer iş kanunları kapsamında olan veya Türk Borçlar Kanunu kapsamında olan işçiler bakımından uygulanırken, kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkına ilişkin İş Kanunu’nun 13 üncü maddesi sadece İş Kanunu kapsamında olan işçilere uygulanmaktadır. Bu bağlamda diğer iş kanunlarının kapsamında olan ya da Türk Borçlar Kanununun kapsamında olan işçiler bu haktan yararlanamayacaktır.

bb. Tam Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışma

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanmak için işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gerekir. Öğretide de kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların çalışma süresini daha da azaltmak amacıyla kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanması kabul edilmemektedir³⁸. Diğer yandan kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının getirilmesinin amacı kısmi süreli çalışan ve günün veya haftanın belirli saatlerinde çocuğuyla ilgilenme olanağına sahip olanların bu haktan faydalanması değildir³⁹. Tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması kısmi süreli çalışmaya geçiş bakımından önem arz etmez⁴⁰.

cc. Ebeveyn Sıfatına Sahip Olmak

Kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yarar-

35 Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2020, s.259. Ayrıca bkz. Aydın/Demirkaya, s.92-93.

36 Süzek, s.259.

37 Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, s.495.

38 Ocak, Saim, Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017/37, s.55, 61.

39 Baskan, s.113.

40 Baskan, s.113.

lanabilmek için işçinin ebeveyn sıfatına sahip olması gerekmektedir. İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu çerçevede hem kadın işçi hem erkek işçi bu haktan yararlanabilmektedir. Yine aynı fıkra göre üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de bu haktan faydalanmaktadır. Ebeveyn sıfatı, çocuk ile aradaki soy bağının kan bağına veya evlat edinmeye dayalı olarak kurulmuş olması arasında herhangi bir ayırım olmaksızın kazanılabilmektedir⁴¹. Yarım çalışma izninden farklı olarak kısmi süreli çalışmada hem anne hem baba diğer koşulların gerçekleşmesi şartıyla bu haktan yararlanabilmektedir.

dd. Hem Anne Hem Babanın Çalışması

İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre "ebeveynlerden birinin çalışmaması halinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz." Bu çerçevede çalışan eşin kısmi süreli çalışmaya geçiş talep edebilmesi için diğer eşin de çalışıyor olması şarttır. Söz konusu düzenlemede eşten söz edildiği için ebeveynlerin resmi olarak evli olması gerekmektedir. Aksi halde sadece talepte bulunan eşin çalışıyor olması yeterlidir⁴². Biyolojik anne baba için aranan her iki tarafın da çalışıyor olması koşulu evlat edinme sonucunda anne ve baba olan çalışanlar için de aranmalıdır⁴³.

Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 10 uncu maddesine göre, ebeveynlerden birinin çalışma şartı şu durumlarda aranmaz: "a) Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi, b) Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması, c) Üç yaşını doldurmamış bir çocuğun

münferiden evlat edinilmesi, hâllerinde aranmaz."

Aynı Yönetmeliğe göre her iki ebeveynin çalışmasına ilişkin kısmi süreli çalışma talebi şartı, sadece başvuru sırasında aranmakta olup kısmi süreli çalışma sırasında bu şartların kaybedilmesi durumunda söz konusu hak devam etmektedir. Başvuru tarihi itibarıyla eşlerden ikisi de çalışıyorsa ancak daha sonra biri işten ayrıldıysa, bu durum kısmi süreli çalışmayı etkilemez. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre burada kastedilen çalışma bağımlı çalışmadır⁴⁴. Diğer bir görüşe göre ise eşin işçi, memur, kamu görevlisi olarak çalışmasının veya bağımsız faaliyet sürdürmesinin önemi yoktur⁴⁵. Her ne kadar mevcut düzenlemeden ilk bakışta "çalışma" kavramından bağımlı çalışma anlaşılrsa da, bu yönde açık bir düzenleme olmadığı için çalışma kavramının daha geniş bir şekilde değerlendirilmesi uygun olacaktır⁴⁶.

ee. Analık İzinlerinin Bitmiş Olması

İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının kullanılabilmesi için bu Kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen analık izinlerinin bitmiş olması gerekmektedir.

ff. Çocuğun Zorunlu İlköğretim Çağına Gelmemiş Olması

İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre ebeveynlerden biri bu kanunun 74 üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. *Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin* 8 inci maddesine göre, işçi, analık izninin, çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkının veya altı aya kadar ücretsiz iznin bitiminden itibaren çocuğun mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar herhangi bir zamanda kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir.

41 Süzek, s.871.

42 Süzek, s.871; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.219; Köseoğlu, s.114; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s.57.

43 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.218; Caniklioğlu, Kısmi Süreli, s.121; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s.58.

44 Ekmekçi/Yiğit, s.496.

45 Ekonomi, Kısmi Süreli Çalışma, s.50; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s.62; Caniklioğlu, Kısmi Süreli, s.120; Baskan, s.113.

46 Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s.62.

İlköğretim ve Eğitim Kanununun 3 üncü maddesine göre "Mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsar. İlkokulların birinci sınıflarına o yılın 31 Aralık tarihinde 72 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır. Ancak çocuğun gelişim durumuna bağlı olarak okula erken başlaması veya kaydının ertelenmesi ile ilgili hususlar yönetmelikle düzenlenir." Bu çerçevede işçinin bu haktan faydalanabilmesi için 60 aydan veya 72 aydan küçük çocuğunun olması gerekir⁴⁷.

gg. İşçinin İşverene Talepte Bulunması

Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, ebeveynlerden birinin bu haktan faydalanabilmesi için işverene yazılı talepte bulunması gerekir. İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasına ve söz konusu Yönetmeliğin 8 inci maddesine göre kısmi süreli çalışma talebi işçi tarafından, bu haktan faydalanmaya başlamadan en az bir ay önce yazılı olarak işverene bildirilir. Kanun ve ilgili Yönetmelikte öngörülen yazılı şekil koşulunun ispat koşulu mu geçerlilik koşulu mu olduğu konusunda öğretide isabetli olarak ileri sürülen bir görüşe göre bu şekil koşulu ispat koşuludur. Nitekim işçinin sözlü olarak talepte bulunması ve işverenin bu talebi sözlü olarak kabul etmesi halinde yazılı şekil zorunluluğu nedeniyle talebin geçersizliğini ileri sürmek isabetli görülmez⁴⁸.

Söz konusu Yönetmeliğin 9 uncu maddesine göre işçi kısmi süreli çalışma talebine eşinin çalıştığına dair belgeyi eklemek zorundadır. Ayrıca işçinin kısmi süreli çalışma talebinde, kısmi süreli çalışmaya başlayacağı tarih, tüm iş günlerinde çalışılacak olması halinde çalışmanın başlama ve bitiş saatleri, haftanın belirli günlerinde çalışılacak olması durumunda ise tercih edilen iş günleri bulunur.

İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için kıdemine ve işyerinin büyüklüğüne ilişkin bir şart aranmamıştır. İşyerinde tek bir kişi çalışıyor olsa dahi diğer koşullar varsa işçi talebi halinde kısmi

süreli çalışmaya geçebilir^{49,50}.

İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan yararlanır. Bu bağlamda teslimden itibaren İş Kanunu'nun 74 üncü maddesi çerçevesinde sekiz haftalık analık izni kullanılması gerekeceği için, bu sekiz haftalık sürenin bitiminde kısmi süreli çalışmaya geçilmesi mümkün olacaktır⁵¹.

b. Kısmi Süreli Çalışma Talebinin İşverence Karşılanması

Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 11 inci maddesine göre, usulüne uygun olarak yapılan kısmi süreli çalışma talebi, işveren tarafından bildirim tarihinden itibaren en geç bir ay içinde karşılanır ve işveren işçiye, talebinin karşılandığını yazılı olarak bildirir. İşverenin süresi içinde işçinin talep dilekçesine cevap vermemesi halinde, bu talep işçinin dilekçesinde belirtilen tarihte veya bu tarihi takip eden ilk iş gününde geçerlilik kazanır.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararına göre, "... Somut uyuşmazlıkta davacı kısmi süreli çalışma talebini içerir dilekçesini 15.05.2019 tarihinde işverene vermiştir. Bu dilekçede, 19.06.2019 tarihinden itibaren Çarşamba ve Perşembe günleri çalışacağını belirtmiştir. Yine 10.06.2019 tarihli dilekçesinde de talebinin kabul edilmemesi halinde Çarşamba Perşembe günleri çalışacağını belirtmiştir. Davalı işverence bir aylık sürenin dolduğu 16.06.2019 tarihine kadar cevap verilmemesi üzerine işçi talep dilekçesinde belirttiği 19.06.2019 tarihinde ve Çarşamba günü edimini kısmi süreli olarak sunmaya başlamış olması karşısında işverence yapılan fesih geçersizdir."⁵².

49 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.220; Caniklioğlu, Kısmi Süreli, s.119; Köseoğlu, s.115.

50 Alman Hukukunda kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından yararlanabilmek için işyerinde en az 15 işçi çalışması ve işçinin en az 6 aylık kıdeminin bulunması şartları aranmaktadır. Bkz. Çelik/ Caniklioğlu/Canbolat, s.220.

51 Süzek, s.872.

52 Ankara BAM 5. HD., 17.06.2020, E.2020/874, K.2020/1367. Bkz. Çil, s.400-401.

47 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.218.

48 Baskan, s.116; Ocak, Kısmi Süreli Çalışma, s.67.

c. Bazı Sektörlerde İşverenin Onayı Şartı

Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 12 nci maddesinde bazı sektörlerde ebeveyn izninden ancak işverenin onayı ile yararlanılabileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede özel sağlık kuruluşlarında, sanayiden sayılan işlerde, nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde, iş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde işverenin bu talebi uygun bulması gerekir. Yönetmeliğin söz konusu maddesine göre, "a) Özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde, b) Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde, c) Nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde, ç) İş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde, işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir."

d. Tam Süreli Çalışmaya Geçiş

İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde işçinin normal haftalık çalışma süresi tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye oranla önemli ölçüde az belirlenmek suretiyle işçi ile kısmi süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre de işyerinde çalışan işçilerin, niteliklerine uygun açık yer bulunduğu kısmi süreli tam süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında işçilere duyurulur.

İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ve Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 14 üncü maddesine göre, kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam süreli çalışmaya geçebilir. Eğer işçi tam süreli çalışmaya geri dönmek isterse, bu talebi yazılı olarak en az bir ay önce işverene bildirir. Kısmi süreli çalışma-

ya geçen işçinin bu suretle tam süreli çalışmaya başlaması durumunda yerine alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden ortadan kalkar. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ise, yerine alınan işçinin iş sözleşmesi yazılı onayının bulunması şartıyla fesih tarihinden itibaren belirsiz ve tam süreli sözleşmeye dönüşür.

Tam süreli çalışmaya geçiş işverenin onayına bağlı olmayıp işçi koşullarının değişmesi veya yasal kısmi süreli çalışma süresinin sona ermesi halinde tam zamanlı çalışmaya geçebilir. İşçinin işverene bu yönde bildirim yapması yeterlidir⁵³.

Çocuğun ilköğretilere başlamasıyla birlikte işverenin işçiden tam süreli çalışmaya geçmesini istemesi halinde işçinin bunu kabul etmesi gerekir⁵⁴. Ancak çocuğun ilköğretim yaşını tamamlaması işçi ya da işverenden talep gelmedikçe sözleşmenin kendiliğinden tam süreliye dönüştüğü anlamında gelmez. Taraflar hiçbir talepte bulunmayarak susmak suretiyle kısmi süreli çalışma ilişkisini devam ettirebilir⁵⁵. Buna karşın işverenin işçinin kısmi süreli çalışmaya devamına rıza göstermesi halinde işçinin sürenin sonunda işçinin tam süreli çalışmaya dönmesi gerekmektedir. Aksi halde iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle sona erdirilebilir⁵⁶.

e. Ücret

İş Kanunu'nun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre "kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir." *Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin* 15 inci maddesinde de aynı şekilde kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak ödeneceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda tam süreli çalışmadan kısmi süreli çalışmaya geçen işçi çalıştığı süreye orantılı olarak ücret alacaktır.

53 Süzek, s.875-876.

54 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.222.

55 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.222-223.

56 Köseoğlu, s.118.

f. Süt İzni

Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin "Çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkı"nı düzenleyen 6 ncı maddesine göre, "Ücretsiz izinden yararlanan kadın işçiye, bir yaşından küçük çocuğunu emzirmesi için günde toplam bir buçuk saat olan süt izni uygulanmaz." Kanunda kısmi süreli ücretsiz izinle ilgili olarak düzenleme bulunmasına karşın kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkında süt izni konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öğretide bir görüşe göre kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkından babanın yararlandığı durumda anne süt izni kullanabilir, bu hakkı annenin kullandığı durumlarda ise eğer anne haftanın bazı günlerinde tam gün çalışıyorsa süt izninden yararlanabilmektedir⁵⁷. Süt izninin amacı da dikkate alındığında kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını anne kullanıyor ve anne her gün belirli saatler arasında çalışıyorsa süt izninden yararlanması isabetli olmayacakken haftanın belirli günlerinde tam gün çalışıyorsa süt izninden yararlanması uygun olacaktır⁵⁸.

g. Fesih Yasağı

Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 11 inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, işçinin talepte belirtilen tarihte iş görme edimini sunmaya başlaması şartıyla kısmi süreli çalışma talebi geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu bağlamda eğer işveren bir aylık cevap verme süresi içinde işçinin kısmi süreli çalışma talebini reddederek işçiyi işten çıkartırsa ya da işçinin talebine hiç cevap vermeyerek kısmi süreli çalışma edimini işverene sunan işçiyi işe kabul etmezse iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından iş sözleşmesinin geçersiz feshinden, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından da fesih hakkının kötüye kullanımından söz edilir⁵⁹.

İşverenin işçinin sözleşmesini sona erdirmesi,

bununla birlikte işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebini kabul etmeyerek işçiyi tam zamanlı çalışmaya zorlaması halinde işçi sözleşmesini İş Kanunu'nun 24 üncü maddesinin II-f hükmüne dayalı olarak haklı nedenle feshedebilir. Ayrıca işçi İş Kanununun 26 ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca işverenden uygun bir tazminat talep edebilir⁶⁰. Öğretide bir görüşe göre söz konusu yaptırımlar yeterli değildir. Kanun koyucunun işçinin talebinin yerine getirilmesi için daha etkili yaptırımlar getirmesi, bunun yanında talebi yerine getirmeyen işveren için idari para cezası uygulanması isabetli olacaktır⁶¹. Diğer bir görüşe göre de işçinin kısmi süreli çalışmaya geçiş talebinin işverence keyfi olarak karşılanmaması halinde kanunda işveren aleyhine bir yaptırım düzenlenmemiştir. Bu çerçevede söz konusu hakkı kullanmak isteyen işçiye yeterli güvence sağlanmaması bir eksiklik⁶².

2. Memurların Yarım Zamanlı Çalışmaya Geçiş Hakkı

2016 yılında 6663 sayılı Kanunla İş Kanunu'na yapılan ekleme ile işçilere kısmi süreli çalışmaya geçiş, Devlet Memurları Kanunu'na yapılan ekleme ile de memurlara yarım zamanlı çalışmaya geçiş hakkı getirilmiştir. Doğum sonrası yarım zamanlı çalışmayı düzenleyen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Ek madde 43'e göre, "Doğum yapan memurlar doğum sonrası analık izninin veya 104 üncü maddenin (F) fıkrası uyarınca kullanılan iznin, eşi doğum yapan memurlar ise babalık izninin bitiminden, ilgili mevzuatı uyarınca çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar olan dönemde, ayrıca süt izni verilmeksizin haftalık çalışma saatlerinin normal çalışma süresinin yarısı olarak düzenlenmesini talep edebilirler." Bu düzenleme ile de hem doğum yapan hem eşi doğum yapan memurlara yarım zamanlı çalışma hakkından yararlanma imkânı getirilmiştir.

57 Köseoğlu, s.121.

58 Baskan, s.122.

59 Süzek, s.873; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.218; Caniklioğlu, Kısmi Süreli, s.129; Köseoğlu, s.117.

60 Süzek, s.874; Köseoğlu, s.118. Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.218; Caniklioğlu, Kısmi Süreli, s.129.

61 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.222.

62 Aydın/Demirkaya, s.94-95.

Bu bağlamda yarım zamanlı çalışmaya başlayan memur, aynı çocuk için bir daha bu haktan yararlanmamak kaydıyla başvuru tarihini izleyen ay başından geçerli olmak üzere normal zamanlı çalışmaya geçebilir. Yarım zamanlı çalışma hakkını kullanan memura, yarım zamanlı çalışmaya başladığı tarihi izleyen ay başından itibaren, mali haklar ile sosyal yardımlarına ilişkin her bir ödeme unsurunun yarısı esas alınarak ödeme yapılır, bu bağlamda yarım çalışma hakkını kullanan memur ücretinin yarısını almaktadır. Yarım zamanlı çalışmaya geçen memurun çalışma saatlerini ilgili kurum belirlemektedir. Bu haktan bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi durumunda memur olan eşleri de talepleri halinde yararlanabilmektedir. Yarım zamanlı çalışan memurun hizmet süresi de yarım olacak şekilde dikkate alınmaktadır. Bu haktan yararlanan kadın memura ayrıca süt izni verilmektedir (Ek m.43).

Bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferit olarak evlat edinen memurlar ile memur olmayan eşin münferit olarak evlat edinmesi hâlinde memur olan eşleri de istekleri üzerine çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten veya m.104/A uyarınca sekiz haftalık izin verilmesi ya da aynı maddenin (F) fıkrası uyarınca izin kullanılması hâlinde bu izinlerin bitiminden itibaren bu fıkra hükümlerinden yararlanır (Ek m.43/1).

Yarım zamanlı çalışmaya başlayan memur, aynı çocuk için bir daha bu haktan yararlanmamak kaydıyla başvuru tarihini izleyen ay başından geçerli olmak üzere normal zamanlı çalışmaya dönebilir (Ek m.43).

E. Süt İzni

1. İşçilerin Süt İzni

Kadın işçilerin süt izni İş Kanunu'nun 74 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin yedinci fıkrasına göre, "*Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi*

saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır." Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin (Gebe veya Emziren Kadın Yönetmeliği) 10 uncu maddesine göre, "Çalışanın tabi olduğu mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla analık ve süt izninde 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74 üncü maddesi hükümleri uygulanır."

Süt izni 74 üncü maddede düzenlenmiş olup son fıkraya göre iş sözleşmesi ile çalışan ve İş Kanununun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır. İş Kanunu'nda bebeğin fiilen emzirilip emzirmemesine göre bir ayırım yapılmamış olup çocuk bir yaşına gelinceye kadar bu sürenin verilmesi öngörülmüştür⁶³. Bu hükümde öngörülen süre en az süre olup işçiye bu süreden daha az süt izni verilmesi mümkün değildir. Buna karşın bu sürenin iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile artırılması mümkündür⁶⁴. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki süt izninin kullanımı işçinin talebine bağlı olmayıp işveren, işçi talep etmese de bu izni kullandırmakla yükümlüdür⁶⁵.

Gerek İş Kanunu'nun çalışma süresinden sayılan halleri düzenleyen 66 ncı maddesine gerek 74 üncü maddesine göre, çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için kullandığı süreler işçinin günlük çalışma süresinden sayılmaktadır. Süt izninin çalışma süresinden sayılmasına ilişkin düzenleme hem annenin hem bebeğin hem de ailenin korunması gibi sosyolojik nedenlerle getirilmiştir. Bu bağlamda kadın işçilerin süt izni kullandıkları dönemlere ilişkin olarak ücretlerinde bir kesintiye gidilemez⁶⁶.

İş Kanunu süt izni sürelerini düzenlerken çoğul gebelik halinde bu sürelerin artırılıp artırılmayacağı hususuna yer vermemiştir. Öğretide bir gö-

63 Aydın/Demirkaya, s.97; Yuvalı, s.110.

64 Caniklioğlu, Nurşen, 4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları, Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu 7 Mart 2019, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi 1 Mart 2020, s.79.

65 Caniklioğlu, Kadınların Hakları, s.79.

66 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014, s.1228.

rüşe göre çoğul gebelik de olsa, süt izni günde toplam bir buçuk saati geçmemelidir⁶⁷. Nitekim annenin günde toplam bir buçuk saatlik sürede birden fazla bebeğini emzirmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır⁶⁸. Öğretide aynı yönde diğer bir görüşe göre de bir buçuk saatlik sürede bir bebeği emzirmek ile çoğul gebelik halinde birden fazla bebeği emzirmek arasında fark olmasına karşın İş Kanunu'nda diğer izinler bakımından çoğul gebelik durumu ayrıca düzenlenmişken süt izni bakımından bir düzenleme getirilmemiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda çoğul gebelik halinde de süt izni süresinin günde bir buçuk saat olarak uygulanır. Ancak mevzuata çoğul gebelik durumunda süt izni süresini belirleyen bir hüküm eklenmesi uygun olacaktır⁶⁹.

Süt izninin amacı bebeğin beslenmesidir. Bu çerçevede İş Kanunu'nda süt izni günde bir buçuk saat olarak düzenlenmiş ve her gün için kullanılması öngörülmüştür. Buna karşın uygulamada bazı kadın işçiler süt izinlerini her gün kullanmak yerine, işyerinin uzaklığı, ulaşım problemleri, trafik sorunu gibi nedenlerle haftada bir gün şeklinde toplu bir biçimde kullanmayı tercih etmektedir⁷⁰. Ancak öğretide bir görüşe göre süt izni her gün için ayrı ayrı bir buçuk saat olarak kullanılmalıdır. Nitekim süt izninin toplu bir şekilde kullanılması düzenlemenin getiriliş amacına uygun değildir⁷¹. Aksi yöndeki kanaatimizce de isabetli olan görüşe göre her ne kadar hükmün amacı dikkate alındığında süt izninin toplu olarak kullandırılmaması esas olsada, bu iznin günlük kullanımının zorluklara sebep olması ve işçinin talep etmesi halinde süt izni toplu şekilde kullanılmalıdır⁷².

Süt izninin kullandırılmaması halinde İş Kanunu'nun 104 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre bu Kanunun 74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyene idari para cezası yaptırımı uygulanır. Bu çerçevede süt izni kullandırılmamasının yaptırımı kanunen sadece idari para cezası olarak öngörülmüştür. Ancak öğretide de kabul edildiği üzere süt izni verilmeyip çalıştırılan işçinin kullandırılmayan süt izni sürelerine ilişkin ücret alacağı doğmakta ve işverenin işçiye fazla çalışma ücreti ödemesi gerekmektedir⁷³. Diğer bir görüşe göre de kanunda yaptırım bakımından bir boşluk vardır. Bu bağlamda hâkim Türk Medeni Kanunu'nun 1 inci maddesiyle tanınmış olan "kural koyma yetkisi"ni kullanmalıdır. Hâkim bu yetkisini kullanırken de İş Kanunu'nun 27 nci maddesinde düzenlenen yeni iş arama iznine ilişkin düzenlemeyi esas almalıdır. Bu çerçevede yeni iş arama izni esnasında işçiyi çalıştıran işveren için öngörülmüş bulunan yaptırımı göz önünde tutmalıdır⁷⁴.

Öğretide bir başka görüşe göre İş Kanunu'nun 104 üncü maddesi işçiye süt izni verilmemesine herhangi bir yaptırım öngörmemektedir. Bu maddede, Kanunun 74 üncü maddesi hükmüne aykırı olarak "doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen" işverenlere idari para cezası yaptırımı öngörülmüş, süt izni verilmemesine bir yaptırım bağlanmamıştır⁷⁵. Kanunda süt izninde işçinin çalıştırılması halinde ilave ücret ödeneceğine ilişkin bir yaptırım öngörülmemekle birlikte kanuna aykırılığın açıkça belirlenmesi halinde tazminat yaptırımı söz konusu olur ve işveren kadın işçinin fazladan (fazla değil) çalışmış olduğu süt izni kadar süreye karşılık olan

67 Taşkent/Kurt, s.42; Caniklioğlu, Kadınların Hakları, s.80.

68 Taşkent/Kurt, s.42.

69 Uğur/Uğur, s.672.

70 Ekmeççi/Yiğit, s.495; Caniklioğlu, Kadınların Hakları, s.79.

71 Taşkent/Kurt, s.42. Ayrıca bkz. Uğur/Uğur, s.672; Ertürk, s.362. Yargıtay da bu iznin toplu kullandırılmayacağını ve işçinin bu yönde talepte bulunamayacağını kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 9 HD., 27.4.2017, E. 2017/4543, K. 2017/7375, www.kazanci.com.

72 Caniklioğlu, Kadınların Hakları, s.79.

73 Ekonomi, Münir, Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları, Legal İHSGHD, S. 47, Y. 2015, s.39-43; Caniklioğlu, Kadınların Hakları, s.82-83.

74 Taşkent/Kurt, s.42-43.

75 Özel, Kayhan, Karar İncelemesi: Bir Yargıtay Kararı İşçiyi Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/1, S. 28, s.328.

ücret tutarında tazminat ödemelidir⁷⁶. Yine bu görüşe göre maddi tazminatının yanında manevi tazminat konusu da tartışılabilir⁷⁷.

Süt izninin kullandırılmamasının diğer bir sonucu da kadın işçinin İş Kanunu'nun 24 üncü maddesinin II-f bendine göre çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme imkanındır⁷⁸. İşveren, izni vermeyip işçiyi çalışmaya devam ettirdiği durumda, işçiye çalışılmış gibi sayılan bir buçuk saatlik sürenin ücretinden başka o günkü normal günlük çalışmasına eklenen bir buçuk saatlik çalışma karşılığı ücretinin de ödenmedi gerekir. İşçiye zamlı ücret ödenmezse işçi İş Kanunu'nun 24 üncü maddesinin II-e bendine göre işveren tarafından ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmemesi ve ödenmemesine dayanarak iş sözleşmesini derhal feshedebilir; ayrıca ödenmeyen ücretlerini faizleri ile birlikte talep edebilir⁷⁹.

Süt izninin işveren tarafından usulüne uygun kullandırılması gerekmektedir. Aksi halde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. "... Somut olayda, davacıya doğum izninden sonra süt izni kullanmakta olduğu bir dönemde davacının görevlendirildiği yerde süt iznini amaca uygun şekilde kullanma imkanının bulunmadığı açık olmasına rağmen bu işlemin yapılması tanık beyanlarına göre yaklaşık 2 saatlik mesafede bulunan başka bir şubede yaklaşık 40 gün süreyle görevlendirilmiştir. İşverenin işçiyi gözetme borcuna ve dürüstlük kuralına aykırıdır. Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı davranmaz. Hal böyle olunca iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı sebeple feshedildiği kabul edilmelidir. Bu itibarla, mahkemece kıdem tazminatı yönünden davanın kabulü gerekirken, davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."⁸⁰.

76 Özel, s.329.

77 Özel, s.329-330.

78 Ekonomi, Süt izni, s.46; Uğur/Uğur, s.673.

79 Ekonomi, Süt izni, s.47.

80 "Somut olayda, davacının 01.12.2010 tarihinden itibaren davalı şirketin ... Merkez Şubesinde gelecek planlama uz-

Yargıtay'a göre işverence süt izni verilmemesinin yaptırımı İş Kanunu'nun 104 üncü maddesi⁸¹ çerçevesinde idari para cezasıdır. Ancak bu davranışın hukuki yaptırımı da olmalıdır. Bu çerçevede Yargıtay gece yapılan fazla çalışmaların zamlı ücret üzerinden ödenmesi gerektiğine ilişkin yorumunu süt izninde yapılan çalışmalar için de uygulamıştır. Bu çerçevede verdiği bir karara göre, "Somut uyuşmazlıkta da davacının süt izni kullanmadığı süre tespit edilip % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekirken yazılı gerekçe ile talebin reddi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir."⁸². Yine Yargıtay'ın bir diğer kararına

manı olarak görev yapmakta iken, 15.08.2014 tarihinde doğum yaptığı, 28.11.2014 tarihine kadar ücretli, 27.05.2015 tarihine kadar ücretsiz izin kullandığı, 28.05.2015-20.06.2015 tarihleri arasında raporlu olduğu, 22.06.2015 tarihinde iş başı yapıp 13.07.2015-17.07.2015 tarihleri arasında rapor kullandığı davalı işverenin 23.07.2015 tarihli e-posta ile davacının 24.07.2015 tarihinden 31.08.2015 tarihine kadar tüm iş günlerinde ... Şubesinde takibinde ise günleri sonradan belirlenmek üzere 3 gün ..., 2 gün ... Şubesinde görevlendirildiği hususunun bildirildiği ve akabinde davacının 24.07.2015 ile 27.07.2015-08.08.2015 tarihleri arasında yeniden rapor aldığı ve iş başı yapması gereken 10.08.2015 tarihinde ihtarname çekerek dava dilekçesindeki iddiaları ile işverence yapılan görevlendirmenin kendisini mağdur ettiğinden iş akdini haklı nedenle feshettiğini bildirmiştir." Kapatılan Yarg. 22.HD., 29.06.2020, E.2017/10166 K.2020/8063, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/>

81 "74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen, ... işveren veya işveren vekiline bin iki yüz Türk Lirası idari para cezası verilir."

82 "Taraflar arasında davacı-karşı davalının süt izni ücretine hak kazanıp kazanmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.4857 sayılı İş Kanun'un 74/7. maddesinde "Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır." şeklinde düzenleme bulunmaktadır. 4857 sayılı yasanın 104. maddesinde işverenin işin düzenlenmesine ilişkin bu madde hükmüne aykırı hareket etmesi durumunda para cezası uygulanacağı düzenlemesi de getirilerek süt izni kullandırılması idari yaptırıma bağlanarak güvenceye alınmıştır. Süt izni ile ilgili olarak Dairemizin 13.06.2016 tarih 2015/12878 Esas 2016/17527 Karar sayılı kararıyla, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69/3. fıkrasında "İşçilerin gece çalışmaları yedi buçuk saati geçemez", hükmüne göre gece çalışmasının zamlı ücret üzerinden ödeneceği hususunda bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, Dairemizin yerleşik içtihatları ile bu durum açıklığa kavuşturulmuş ve gece yapılan fazla çalışmaların zamlı ücret üzerinden

göre, “... İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımını da, idari para cezası olarak anılan yasanın 104. maddesinde öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki ceza yaptırımına bağlanan bir davranışın hukuki bir yaptırımı da olmalıdır. Süt izni yasadan kaynaklanan bir mazeret iznidir ve yasal haktır. Kural olarak da ücrete tabidir. Ancak ertelenmeme özelliği vardır ve sonradan kullanılamaz. Bu nedenle de doğduğu an kullanılması için işçi tarafından talep edilmesi gerekir. Her ne kadar süt izni karşılığı ücret öngörülmemiş ise de işçiye verilmemesi halinde bağlanan cezai yaptırım⁸³ gibi hukuki bir yaptırım da bağlanmalıdır. İşçi süt izni olan günlük 1,5 saatlik zamanda çalışmış ise bunun karşılığı mesai yaptığından, fazla mesai olarak değerlendirilmeli ve fazla mesainin karşılığı ücret hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.”⁸⁴.

Kanaatimizce İş Kanunu’nda öngörülen süt izninin işçiye kullandırılmaması ve işçinin bu sürede çalıştırılması halinde de İş Kanunu’nun 104 üncü maddesinde düzenlenen “doğumdan önceki

ödenmesi gerektiği kabul olunmuştur. Süt izni konusunda da benzer yorum yapılmasının hakkaniyete ve Anayasa ve Kanun koyucunun amacına daha uygun olduğu değerlendirilmiştir. Zikredilen kararda, aynen; “Yasa uyarınca kadın işçilere çocuklarını emzirmeleri için günde bir buçuk saat (aksi yönde ve fakat işçi lehine olmak üzere taraflar arasında süre düzenlemesi yapılabileceği gibi) süt izni verilmesi hususu işverenin insiyatifinde olan bir durum olmayıp, 4857 sayılı İş Kanununun 74/7. fıkrası uyarınca da bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağına ilişkin belirleneceği hüküm altına alınmış olup, işçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullandırılmaması durumunda, kullandırılmayan sürenin tespiti ile % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğinin kabulünün Anayasanın 50/2. maddesine ve amaçsal yorum benimsemek suretiyle 4857 sayılı kanunun ruhuna daha uygun düşeceği “ gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Somut uyuşmazlıkta da davacının süt iznini kullanmadığı süre tespit edilip % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekirken yazılı gerekçe ile talebin reddi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 22. HD., 16.01.2020, 2017/26761 E., 2020/518 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilis-temciWeb/> Bu konudaki kararlar için ayrıca bkz. Ertürk, s.362-363.

83 Yargıtay cezai yaptırım ibaresini kullanmış olmasına karşın, idari para cezası idari yaptırım niteliğini taşımaktadır. Bkz. Süzek, s.869.

84 Yarg. 9.HD., 27.04.2017, E.2017/4543 K. 2017/7375, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilis-temciWeb/>

ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen” işverenlere idari para cezası yaptırımını uygulanmalıdır. Bununla birlikte işçiye süt izninde çalıştığı sürenin ücreti zamlı olarak ödenmelidir. İşçi İş Kanunu’nun 24/II-f bendi çerçevesinde de çalışma şartlarının uygulanmamasına dayalı olarak iş sözleşmesini derhal feshedebilmelidir. İşverenin süt iznini kullanan ve bu nedenle işe gelmeyen işçinin sözleşmesini iş görme ediminin yerine getirilmemesine dayanarak feshetmesi halinde de bu fesih haksız ya da işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre geçersiz veya kötü niyetli fesih olarak değerlendirilecektir.

2. Memurların Süt İzni

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 104 üncü maddesinin D bendine göre kadın memur işe başladığında, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde bir buçuk saat süt izni kullanabilmektedir. Kadın memurun süt iznini hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı konusunda kendi tercihi esastır.

İş Kanunu’nda süt izni çoğul ya da tekil gebelik ayrımı yapılmaksızın düzenlenmiştir. Bu çerçevede süt izninin çoğul gebelik durumunda nasıl kullanılacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Buna karşın memurlar bakımından Kamu Personeli Genel Tebliği (Seri No 6) nin süt izni süresini düzenleyen maddesinde çoğul doğumlarda da süt izni süresinin aynı olduğu düzenlenmiştir⁸⁵. Yine bu Tebliğe göre süt izninden sadece kadın memur yararlanır. Kadın memur, süt izninden ve 657 sayılı Kanununun 104 üncü maddesinin F fıkrasında düzenlenen yarım gün izin hakkından aynı anda yararlanamaz. Kadın işçiler uygulamada süt iznini toplu olarak kullanabilmekteyken; bu Tebliğ uyarınca süt izni birleştirilerek sonraki günlerde kullanılamaz. Nitekim bu izin, memurun çocuğunu emzirmesi için günlük olarak kullanması

85 <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-264188/kamu-personeli-genel-tebliği-seri-no6.html>

gereken bir izindir. Yarım gün izin hakkından süt iznine geçiş mümkün olup bu Tebliğe göre, doğum sonrası analık izni süresi bitiminden itibaren yarım gün izin hakkını kullanan ve bu haktan yararlanma süresi biten memur, süt izni süresinin kalan kısmı kadar süt izninden yararlanacaktır. Doğum sonrası analık izninin bitiminden itibaren yarım gün izin kullanmayı tercih eden memur, yarım gün izin hakkından faydalanmayı bırakıp süt izni kullanmayı talep edebilir ve bu durumda süt izni süresinin kalan kısmı kadar bu izinden faydalanacaktır.

F. Mazeret İzni

1. İşçilerin Mazeret İzni

İş Kanunu'nun "Mazeret İzni" başlıklı Ek 2 nci maddesinde işçiye evlat edinmesi halinde üç gün, eşinin doğum yapması durumunda ise beş gün ücretli izin verileceği düzenlenmiştir.

Kanunda mazeret izninin ücretli olduğu belirtilmekle birlikte bu sürenin iş günü olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir. Kanunda iş günü olarak düzenlenen sürelerde iş günü olduğu belirtildiği için mazeret izinleri iş günü olarak hesaplanmaz⁸⁶.

2. Memurların Mazeret İzni

Devlet Memurları Kanunu'nun 104 üncü maddesinde mazeret izni düzenlenmiş olup B fıkrasına göre memura, eşinin doğum yapması hâlinde, isteği üzerine on gün babalık izni verilir.

G. Muayene İzni

İş Kanunu'nun 74 üncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre hamilelik süresince kadın işçiye, periyodik kontrolleri için ücretli izin verilir. *Gebe veya Emziren Kadın Yönetmeliğinin* "Gebe çalışanın muayene izni"ni düzenleyen 11 inci maddesine göre, gebelikleri süresince gebe çalışanlara periyodik kontrolleri için ücretli izin verilir.

Bu maddede sözü edilen ücretli izin işçilere ça-

alışmadığı süreler için ücret ödenmesinin öngörülmediği izin olup yıllık ücretli izin süresinden düşülmez. Bu çerçevede kadın işçi periyodik kontroller nedeniyle çalışmadığı süreler için de ücret almaya devam eder⁸⁷. Periyodik kontrollerin ne sıklıkla yapılacağına ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamakla beraber kontrollerin sıklığını, kontrolleri gerçekleştirecek olan doktor belirleyecektir⁸⁸.

H. Hafif İşlerde Çalıştırma

İş Kanunu'nun 74 üncü maddesine göre, hamile kadın işçi, hekim raporu ile gerekli görüldüğü takdirde, sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılabilmekte ve bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılamamaktadır.

Gebe çalışanın daha hafif işlerde çalışma imkanından faydalanabilmesi için daha hafif işlerde çalışması gerekliliğinin hekim raporuyla tespit edilmesi gerekmektedir. Aksi halde işverenin sadece kadın işçinin talebi üzerine çalışma koşullarında bu şekilde bir değişikliğe gitme yükümlülüğü yoktur. Ayrıca gebe kadın işçiye tanınan bu imkan, işçinin doğum yapmadan önceki döneminde faydalanabileceği bir olanaktır. Nitekim bu düzenlemenin kapsamına sadece gebe işçiler girmektedir. Doğumla birlikte kadın işçinin gebelik durumu sona erer ve işverenin doğumdan sonra gebe işçiyi hafif işlerde çalıştırma yükümlülüğü sona erer⁸⁹.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğinin 7 nci maddesine göre işveren gebe veya emziren çalışan için sağlık ve güvenlik riski olması halinde çalışanın bu risklere maruz kalmasını önleyecek bir şekilde ilgili çalışanın çalışma koşullarını ve/veya çalışma saatlerini geçici olarak değiştirir. Eğer çalışma koşullarının ve/veya çalışma saatlerinin değiştirilmesi mümkün değilse, işveren ilgili çalışana başka bir işe aktarmak için gerekli tedbirleri alır. Gebe çalışan sağlık raporu ile gerekli görüldüğü takdirde sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılır. Bu durumda

87 Uğur/Uğur, s.666.

88 Uğur/Uğur, s.666.

89 Uğur/Uğur, s.674.

86 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.825.

çalışanın ücretinde bir kesinti yapılmaz. Ancak çalışanın başka bir işe aktarılması mümkün değilse, isteği halinde, kendisinin sağlık ve güvenliğinin korunması için gerekli süre içinde, ücretsiz izinli sayılması sağlanır.

I. Sağlanan Diğer Haklar

1. İşçilere Sağlanan Haklar

İş Kanunu ile analığın korunması bağlamında kadın işçilere yukarıda anlattığımız haklar getirilmiş olmakla birlikte ilgili diğer kanun ve yönetmelikler ile de bazı düzenlemeler getirilmiştir. *Gebe veya Emziren Kadın Yönetmeliğinin* 6 ncı maddesine göre, işveren gebe ve emziren kadınların sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemleri almalı, gebe ve emziren kadın, alınan önlemler hakkında bilgilendirilmelidir.

Aynı Yönetmeliğin 8 inci⁹⁰ ve *Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmeliğinin* 9 uncu maddesine⁹¹ göre gebe kadına gebelik süresince ve doğum yapmış kadına doğumdan itibaren bir yıllık süre boyunca gece çalışması yaptırılamaz. Yine *Gebe ve Emziren Kadın Yönetmeliğinin* 9 uncu maddesine göre, gebe ve emziren kadın, gündüz yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz.

Bu Yönetmeliğin 13 üncü maddesinde de işverenin belirli koşullarda emzirme odası ve kreş açma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu konuda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre, "*Davacı, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şart-*

larıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğinin 13. maddesine istinaden işyerinde kreş ve emzirme odası bulunmadığı gerekçesiyle istifa etmiş, mahkeme de aynı yönetmelik hükmüne istinaden işyerinde kreş ve emzirme odası bulunmaması sebebiyle feshi haklı kabul ederek sonuca gitmiştir. Ancak feshe dayanak yönetmeliğin ilgili maddesinde emzirme odası zorunluluğunun işyerinde 100-150 arası kadın işçiden fazla çalışan olması, emzirme odasının yanı sıra kreş zorunluluğunun ise 150 kadın işçiden fazla çalışan olması haline münhasır olduğunun açıkça belli olmasına rağmen bu hususta hiç bir araştırma yapılmaksızın sonuca gidilmiştir."⁹² Bu çerçevede işyerinde çalışan kadın işçi sayısı kreş açılmasını gerektiriyorsa kreşin bulunmaması nedeniyle sözleşme işçi tarafından İş Kanununun 24/II-f bendine göre feshedilebilir⁹³.

İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik Ek 1 yer de düzenlenen İşyeri Bina ve Eklentilerinde Uygulanacak Asgari Sağlık ve Güvenlik Şartlarının gebe ve emziren kadınları düzenleyen 49 uncu maddesine göre gebe ve emziren kadınların uzanarak dinlenebilecekleri uygun şartlar sağlanmalıdır.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu çerçevesinde çıkartılan *Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* hükümlerine göre gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların özellikleri dikkate alınarak gerekli eğitim verilir⁹⁴.

2. Memurlara Sağlanan Haklar

Devlet Memurları Kanunu'nun 101 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, doktor raporunda belirtilmesi durumunda kadın memurlara hamileliğin yirmi dördüncü haftasından önce ve her halde hamileliğin yirmi dördüncü haftasından itibaren ve doğumdan sonraki iki yıl süreyle gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez.

90 "(1) Kadın çalışanlar, gebe olduklarının sağlık raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar geçen sürede gece çalışmaya zorlanamazlar. (2) Yeni doğum yapmış çalışanın doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması yasaktır. Bu sürenin sonunda sağlık ve güvenlik açısından sakıncalı olduğunun sağlık raporu ile belirlendiği dönem boyunca gece çalıştırılmaz."

91 "(1) Kadın çalışanlar, gebe olduklarının doktor raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın çalışanlar ise doğum tarihinden başlamak üzere kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bir yıl süre ile gece postalarında çalıştırılmazlar.

(2) Ancak emziren kadın çalışanlarda bu süre, anne veya çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun işyerinde görevli işyeri hekiminden alınan raporla belgelenmesi halinde altı ay daha uzatılır."

92 Yarg. 9.HD., 22.11.2017, E.2015/17148 K.2017/18828, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>

93 Süzek, s.869.

94 Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.494-495.

Sonuç

Mevzuatımızda aile hayatının korunabilmesi, çalışma ve aile hayatı arasında uyum sağlanabilmesi amacıyla hem doğum hem de evlat edinme yoluyla gerçekleştirilen ebeveynliğin korunmasına yönelik çeşitli hükümler yer almaktadır. Analık hali, gebeliğin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki sekiz haftalık, çoğul gebeliklerde de ilk on haftalık süreyi ifade eder. Bu süreçte annenin rolü, çocukla yakın ilişki içinde olması son derece önemlidir. Bu bağlamda gebe ya da doğum yapmış kadınlara hukukumuzda bazı haklar tanınmıştır. Çalışma hayatına ilişkin mevzuatta yer verilen bu düzenlemelerin amacı kadınların çalışma hayatında daha fazla yer almasını sağlamak ve aile ve çalışma hayatı arasında denge kurulmasını sağlamaktadır.

Ebeveynlik sadece doğum sonucunda gerçekleşmemekte, toplumda pek çok kişi ya da aile evlat edinme yoluyla da ebeveyn olmaktadır. Çocuğun biyolojik anne babasıyla yakın olması kadar evlat edinen ile de yakın olması, belirli yaştaki çocukları evlat edinen kişilerin de çocuklarına vakit ayırması evlat edinilen çocuğun gelişimi açısından önemlidir. Çocuğun bakımıyla ilgilenmek, ona özel zaman ayırmak hem biyolojik anne ve baba hem evlat edinen açısından önem arz etmektedir. Bu çerçevede mevzuatımıza baktığımızda analık bağlamında getirilen bazı hakların hem biyolojik anne ya da baba hem de üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler bakımından sağlandığını görmekteyiz.

Analık izni, süt izni, ücretli ve ücretsiz izinler, muayene izni gibi düzenlemeler analığın korunması çerçevesinde getirilmiş olmakla birlikte 29 Ocak 2016 tarihinde kabul edilen 6663 sayılı Kanunla hem işçiler hem devlet memurları için getirilen yarım çalışma izni ve kısmi süreli/yarım zamanlı çalışmaya geçiş hakkı son derece önemli ve isabetli düzenlemelerdir.

Analığın korunması bağlamında getirilen düzenlemelere bakıldığında genellikle işçilere ve devlet memurlarına getirilen hakların paralel olduğu görülmekle birlikte süt izni ve ücretsiz/aylıksız izin hakkı bağlamında getirilen sürelerde

farklılık olduğu görülmektedir. Bu düzenlemelerin getiriliş amacının aynı olduğu düşünüldüğünde düzenlemeler arasında uyum sağlanmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Adakale Demirhan, Fatma Elif/ Ekonomi, Münir, Türkiye’de Kadın İşçilerle İlgili Koruyucu Yasal Düzenlemeler ve 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu İle Getirilen Yenilikler, İTÜ Dergisi, C.4, S.5, Ekim 2005, s.55-67, http://itudergi.itu.edu.tr/index.php/itudergisi_d/article/view/691/615.
- Akıntürk Türkmen, Hülya, Çalışma Yaşamında Kadın ve Çalışan Kadını Koruyucu Hükümler, Ankara Barosu Dergisi, 1998, S.4, s.6-28.
- Arslan Ertürk, Arzu, Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, MÜHF HAD, C.23, S.1, s.346-369.
- Aydın, Ufuk/Demirkaya, Seher, Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları, İş ve Hayat, s.72-104.
- Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 12.B., Ankara 2018.
- Baskan, Şükriye Esra, 4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ile Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, s. 89-131.
- Caniklioğlu, Nurşen, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği, Emeğin Hukuku Kurultayı-2, Ankara, 26 Mayıs 2016, s.115-152 (Kısmi Süreli).
- Caniklioğlu, Nurşen, 4857 Sayılı Kanun’a Göre Kadınların Hakları, Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu 7 Mart 2019, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi 1 Mart 2020, s.30-91 (Kadınların Hakları).
- Cengiz, İştah, Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi, Kamu-İş, C.10, S.4/2009, s.21-53 (Analık Durumu).
- Cengiz, İştah, Protection Of Women Workers In Pregnancy And Maternity Status In The Context Of Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,

- C.15, Y.2011, S.2, s.59-80.
- Centel, Tankut, 6663 Sayılı Yasa'yla İş Kanunu'na Getirilen Değişiklikler- Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi-, Sicil Dergisi, S.35, Y.2016, s.9-16.
 - Çalışkan, Aslı, İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, İstanbul 2018.
 - Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 33.B., İstanbul 2020.
 - Değer Ermumcu, Senem, Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s.1997-2027.
 - Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
 - Ekonomi, Münir, Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları, Legal İHSGHD, Y.2017, S.53, s.21-58 (Kısmi Süreli Çalışma).
 - Ekonomi, Münir, Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzininin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları, Legal İHSGHD, S. 47, Y. 2015, s.21-48 (Süt İzni).
 - İnciroğlu, Lütfi, Çalışanların Doğuma Bağlı Haklarında Ne Değişti?, Legal İHSGHD, Y.2016, S.49, s.161-178.
 - Kar, Bektaş/Göktaş, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri, Sicil Dergisi, S.6, Haziran 2007, s.27-37.
 - Koç, Sedef, İş Hukukunda Ebeveyn İzinleri, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, Editör: Tankut Centel, İstanbul 2016, s.195-209.
 - Kökkılınç Eraltuğ, Ayşegül, Avrupa Birliği Hukuku'nda Ebeveyn İzni, Legal İSHGHD, Y.2006, S.9, s.111-132.
 - Köseoğlu, Ali Cengiz, Türk İş Hukukunda Analık, İş ve Hayat Dergisi, S.4, Y.2, s.97-124.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal Ulaş, İş Hukuku, Ankara 2014.
 - Ocak, Saim, Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması, İş ve Hayat, Yıl:2017, C.3, S.5, s.174-227 (Yarım Çalışma).
 - Ocak, Saim, Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2017/37, s.52-101 (Kısmi Süreli Çalışma).
 - Oğuz, Özgür, Türk İş Hukuku'nda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler, TBB Dergisi 2018 (134), s.567-586.
 - Özdemir, Burhan, Doğum İzni Dönüşünde İşinin Değiştirilmesi İstenen ve Bu Yolda Baskı Yapılarak İstifa Ettirilen İşçinin İşe İade Davası, Sicil Dergisi, S. 16, s.100-109.
 - Özel, Kayhan, Karar İncelemesi: Bir Yargıtay Kararı Işığında Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/1, S. 28, s.325-330.
 - Senyen Kaplan, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10.B., Ankara 2019 (İş Hukuku).
 - Senyen Kaplan, Emine Tuncay, İsviçre ve Türk İş Hukukunda Kadın İşçinin Hamilelik ve Analık Durumundaki Ücret ve İzin Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, s.709-722.
 - Soysal, Tamer, Uluslararası Sözleşmeler Işığında 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Kadın İşçiyi Koruyan Hükümler, Kamu-İş, C.8, S.4/2006, s.1-48.
 - Süral, Nurhan, Türkiye'de Kadın İstihdamı: Fırsatlar, Engeller ve Hukuki Çerçeve, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel S., 2013, s.279-309.
 - Süzek, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2020.
 - Taşkent, Savaş/ Kurt, Dilek, Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, S.40, s.29-50.
 - Uğur, Suat/Uğur, Ömer, İş Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğe İlişkin Hakları, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2017, C.22, S.3, s.663-684.
 - Yuvalı, Ertuğrul, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, TBB Dergisi 2013 (106), s.93-114

COVID-19 Pandemisinin İş Hukukuna Mevcut ve Olası Etkileri

Öz

Bir yılını geride bıraktığımız COVID-19 pandemisi, hayatın tüm alanlarında etkisini göstermeye devam etmektedir. 2020 yılının Mart ayında ülkemizde vakaların tespitiyle birlikte, pandeminin sosyal ve ekonomik hayata etkilerini kontrol altına almak için çeşitli tedbirlere başvurulmuştur. İş sözleşmelerinin feshinin sınırlandırılması, gelir kayıplarının telafi edilmesi, esnek çalışma uygulamalarına geçilmesi, işçilerin ücretsiz izne ayrılması gibi uygulamalarla iş sözleşmeleri hukuken ayakta tutulmaya çalışılmıştır. Bu önlemlere, bazı farklılıklarla birlikte pek çok ülkede başvurulmuştur. İkinci yılına girdiğimiz pandemide, Avrupa Konseyi üye ül-

kelerinden Fransa, Rusya Federasyonu, İngiltere, Türkiye, İtalya, İspanya ve Almanya Dünya çapında toplam vaka sayısında ilk 10 içinde yer almaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından yapılan araştırmalar, COVID-19 pandemisinin yarattığı ekonomik daralmanın Büyük Buhran'dan ve 2009 finans krizinden daha derin olduğunu ortaya koymaktadır. ILO, bundan sonra atılacak adımlarda insan merkezli bir iyileşme programını önermektedir. Dolayısıyla önümüzdeki yıllarda, iş hukuku açısından yapılması gerekenler önem taşımaktadır. Çalışmada karşılaştırmalı bir bakış açısıyla bu sorunların üzerinde durulmuştur.

Anahtar Sözcükler:

Covid-19, insan merkezli iyileşme, fesih sınırlandırmaları.

The Actual and Possible Effects of COVID-19 on Labour Law

Abstract

The Covid-19 pandemic, still continues to affect social and economic life even after a year left behind. After declaration of the first Covid-19 case in Turkey at March 2020, various measures were taken to control the effects of the pandemic. Restriction of termination of

employment contracts, compensating income losses, adopting flexible working practices and suspension of employment contracts have been put into practice in order to protect employment status. These measures have been put into practice in many countries with

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Ana Bilim Dalı, gbyildiz@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9603-4851

some variations. The recent statistics reveal out the fact that, France, Russia, Britain, Turkey, Italy, Spain and Germany, which are members of Council of Europe have the most Covid-19 cases worldwide. International Labour Organization (ILO) states strongly, a human-centered

recovery program has to be mainstream for the future days. Therefore, determining the necessary steps for the following years, in terms of labour law is essential. In this paper, these problems are argued throughout a comparative perspective.

Keywords:

Covid-19, human-centered recovery, limitation of termination of employment contracts.

Giriş

Bir yılını geride bıraktığımız Covid-19 pandemisi halen sosyal ve ekonomik hayat üzerinde ağır etkisini göstermeye devam etmektedir. Nitekim Türkiye, 29.04.2021 tarihinden itibaren pandemi ile mücadele kapsamında, uygulamada "tam kapanma" olarak ifadesini bulan, sokağa çıkma kısıtlamalarını sıkılaştıran, şehirlerarası seyahatleri kısıtlayan, kamu ve özel sektörde mümkün olduğunca geniş ölçüde uzaktan çalışma ve dönüşümlü çalışmaya geçilmesine yönelik tedbirleri uygulamaya sokmuştur.¹ Pandemi nedeniyle oluşan olumsuz şartlardan en ağır etkilenen alanların başında, çalışma hayatı gelmektedir.

Covid-19 vaka sayılarına ilişkin güncel veriler incelendiğinde Avrupa Konseyi üyesi olan Fransa, Rusya Federasyonu, Türkiye, İngiltere, İtalya, İspanya ve Almanya Dünya çapında toplam vaka sayısında ilk 10 içinde yer almaktadır.² Bu çalışmada, söz konusu ülkelerde pandeminin ilk yılında iş hukuku alanında alınan önlemler karşılaştırmalı olarak incelenecek, pandeminin etkisiyle çalışma hayatında önümüzdeki dönemlerde yaşanması beklenen gelişmeler üzerinde durulacaktır.

I. Pandeminin İlk Yılında Çalışma Hayatına Etkileri

Küresel ölçekte bu denli yoğun bir sağlık problemi, çalışma hayatı açısından sorunları ve geleceğe dair endişeleri de beraberinde getirmiştir. İşverenler ve işçiler, bu dönemde iş kazaları, işsizlik, işin durdurulması, tedarik sıkıntısı, üretim kaybı gibi çeşitli problemlerle karşı karşıya kalmışlardır.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) pandemiyle ilgili olarak 20.03.2020-25.01.2021 tarihleri arasında toplam yedi bülten yayınlamıştır.³ Pandeminin başlangıcında yayınlanan ilk raporda, küresel düzeyde işsizlik oranlarında büyük bir artış olacağı, 1 Nisan 2020 tarihi itibarıyla, 2020'nin ikinci çeyreğinde çalışma saatlerinin %6,7 oranında azalacağı, bunun ise 195 milyon tam zamanlı işçinin çalışmasına denk geldiği yönünde açıklama yapmıştır.⁴ Pandemide bir yılı geride bırakırken, ILO tarafından yayınlanan son bültende ise çalışma saatlerinde 2019'un son çeyreğine oranla, 2020 yılında %8,8 oranında azalma olduğu, bunun da 255 milyon tam zamanlı işe denk geldiği açıklanmıştır. Dolayısıyla, bir yıllık sürenin sonunda pandeminin

1 26.04.2021 tarihli İçişleri Bakanlığı Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-tam-kapanma-tedbirleri-genelgesi-gonderildi> (erişim tarihi: 29.04.2021)

2 <https://www.worldometers.info/coronavirus/> (erişim tarihi: 31.03.2021; 07.04.2021; 16.04.2021; 29.04.2021) Türkiye, Fransa, Almanya yeni vakalarda sırasıyla Dünya'da 4., 5. ve 6. sıradadırlar. İtalya ise Dünya'da 10. sıradadır (28.04.2021 tarihi itibarıyla).

3 Bültenlerin tamamına ulaşmak için https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_738753/lang-en/index.htm (erişim tarihi: 07.04.2021)

4 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgr-reports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_740877.pdf (erişim tarihi: 07.04.2021)

başında yapılan tahminlerin dahi ötesine geçen ağır bir tablo, global ölçekte ortaya çıkmıştır. Durumun vahametini ortaya koyan esas gösterge ise bu kaybın, 2009'ta yaşanan finans krizinden dört kat daha büyük olmasıdır⁵.

Covid-19 pandemisi, ortaya çıkardığı sorunların yanı sıra önceden var olan eşitsizlikleri ve sorunları daha da derinleştirmiştir. 2020 yılında istihdamda yaşanan kayıplarda, kadınlar erkeklere oranla %5 daha fazla, genç işçiler de daha yaşlı işçilere kıyasla %8,7 daha fazla iş kaybı yaşamışlardır⁶. Dolayısıyla pandemi öncesinde zaten işgücüne katılımlarında sorunlar yaşanan kadınlar ve gençler, pandemiden daha olumsuz etkilenmişlerdir.

Salgının etkilerini göstermesiyle birlikte, çalışma hayatında karşılaşılan sorunların da çeşitlendiği görülmektedir. İşyerlerinde pandemi döneminde çalışmanın sürdürülmesi durumunda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin, hastalığın işyerinde buluşmasını ve yayılmasını önlemeye yönelik tedbirleri içerecek şekilde ele alınması, işyerinin kapanması durumunda işçilerin gelir kaybının telafisi, iş sözleşmelerinin feshinin önüne geçilerek işsizliğin artışına engel olunması öncelikli alanlar olarak ortaya çıkmıştır. İş hukukunun bu gibi dönemlerde öncelikli hedefi, iş sözleşmesinin her iki taraf için de mümkün olduğunca ayakta tutulması⁷ olduğundan, farklı hukuki kurumlara bu hedefe ulaşmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda işçinin yaşam hakkının korunmasını sağlayan iş sağlığı ve güvenliği kuralları, ücretini güvence altına alan kurumlar ve feshe karşı korumaya yönelik düzenlemeler anılan hedefe yönelik kurumlara örnek olarak verilebilir. Pandemi döneminde söz konusu hukuki mekanizmalar birlikte uygulanarak çalışma yaşamına ilişkin sorunlar bir ölçüde hafifletilmeye çalışılmıştır.

Pandemi nedeniyle iş hukuku alanında alınan önlemler üç ana başlık altında toplanabilir. Bunlar çalışmanın tamamen ya da kısmen durması

nedeniyle yaşanan *gelir kayıplarının telafisi, fesih yasaklarının düzenlenmesi ve uzaktan çalışmaya geçilmesi*dir. Aşağıda bu başlıklar altında, hali hazırda dünyada Covid-19 vaka sayıları açısından ilk on içinde yer alan Avrupa Konseyi üyesi yedi ülke uygulamaları karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

A. Gelir Kayıplarının Telafisi

Covid-19 vakalarının artışıyla birlikte alınan önlemlerin başında, sağlık alanındaki acil durum nedeniyle işyerlerinin kapanması ve sokağa çıkma yasaklarının uygulanması gelmiştir.⁸ İşyerlerinin kapanması ve sokağa çıkma kısıtlamaları nedeniyle ya da hastalığa yakalandıkları için çalışmama-
cak kişilerin gelir kayıplarının telafisine ilişkin mekanizmalar genel bir önlem olarak uygulanmakla birlikte, miktarı ve süresi ülkeden ülkeye değişiklikler göstermiştir.

Örneğin Fransa'da 09.04.2020 tarihinde, sağlık nedeniyle acil hal ilanından yaklaşık yirmi gün sonra ekonomik aktivite normal seyrine oranla %36 azalma göstermiştir.⁹ Fransa'da uygulanan, ülkemizdeki kısa çalışmaya benzeyen, *kısmi aktivite* (activité partielle) sisteminde¹⁰, işverenlerin çalışanlarına ödediği ücretin brüt tutarının %70'i, net tutarının %84'ü Devlet tarafından, asgari ücretin 4,5 katı ile sınırlı olmak üzere¹¹ sübvansede edilmiştir. Sistemin amacı, işyerinin tamamen veya kısmen kapanması durumunda ya da çalışma saatlerinin azaltılması durumunda yaşanan gelir kaybının telafi edilmesidir. Bu sistem Fransız uygulamasında 1951 yılından itibaren varlığını sürdürmekle birlikte pandemi nedeniyle kapsamı

5 ILO Monitor, 7th ed., 1, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf (erişim tarihi: 07.04.2021)

6 ILO Monitor 7th ed, 2.

7 Süzek, 495; aynı yazar, Askı, 3 vd, 13-14.

8 Fransa 20.03.2020; İspanya, 14.03.2020; Rusya Federasyonu 30.03.2020; İtalya, 01.03.2020; Türkiye, 15.03.2020 tarihinde salgınla mücadele kapsamında kısıtlayıcı kararlar almaya başlamıştır.

9 Sachs, 286; Moizard, 1-2.

10 <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/emcc/erm/support-instrument/partial-activity>, <https://activitepartielle.emploi.gouv.fr/aparts/>; <https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/faq-chomage-partiel-activite-partielle#activite-partielle> (Erişim tarihi: 17.04.2021)

11 Bkz. décret No.2020-325 du 25 mars 2020, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000041755956/>

genişletilmiş, örneğin ev hizmetlerinde çalışanlar ve daha önceden kapsamda bulunmayan kamu kesimi de sisteme dahil edilmiştir. Türkiye’de olduğu gibi Fransız uygulamasında da *kısmi aktiviteye* başvuru usulünde de kolaylaştırma yapılmıştır, *kısmi aktiviteye* geçmek için önceden bildirim yerine kısmi aktiviteye geçtikten itibaren 30 gün içinde bildirimde bulunmak mümkün hale getirilmiş, öncesinde işçilerle ya da temsilcileriyle danışma yükümlülüğü kaldırılmış, kamu makamından 2 gün içinde cevap verilmemesi halinde başvurunun kabul edilmiş sayılacağı kararlaştırılmıştır. Yapılan bu düzenlemeler sonucunda 11.300.000 çalışan sistemden yararlanmıştır. Fransa’da Covid-19’a yakalanan çalışanlara hastalanmaları dolayısıyla ödenek verilmiş, sendikalar bu durumun meslek hastalığı olup olmadığı konusunda tartışma başlatmışlar,¹² tıbbi sektörlerde çalışanlar açısından meslek hastalığı olduğu kabul edilmiş, taşımacılık, market çalışanları gibi çalışanların da hastalığın mesleki faaliyetleri ile ilişkili olduğunu kanıtlamaları ve bu durumun sosyal güvenlik kuruluşlarınca kabulü durumunda¹³ meslek hastalığı sayılarak bu sigorta kolundan ödemeye hak kazanabilecekleri kabul edilmiştir.¹⁴

İngiltere’de Covid-19 etkisiyle birlikte, ülke çapında uygulanan kapanma kararından iki hafta sonra çalışanların %57’si daha az ücret elde etmeye başlamış, %8’i ise bir önceki aya göre işsiz kalmıştır.¹⁵ Şubat-Nisan 2020 döneminde, bir önceki yılın aynı dönemine göre çalışma saatleri %8,9 oranında azalmış, Mart-Mayıs 2020 döneminde düşük gelir desteği ve işsizlik ödemelerinden yararlanan kişi sayısı ise %125,9 oranında artış göstermiştir¹⁶. Bu tablonun ağırlaşmaması için İngiltere, Koronavirüs İş Koruma Sistemi (*Coronavirus Job Retenti-*

on System-CJRS) adlı programı devreye sokarak işverenlerin, çalışmaya ara vermeleri (furlough) durumunda işçileri işten çıkarmayıp iş ilişkisini devam ettirmeleri koşuluyla, işçilere ödedikleri aylık ücretin (maksimum 2500 Pound ile sınırlı olmak üzere) %80’i ve sosyal güvenlik sistemi ödemeleri karşılanmıştır. Başlangıçta işin tamamen durdurulduğu işyerleri bu ödemeden yararlanabilirken, 1 Temmuz 2020’den sonra azaltılmış saatlerle çalışmaya devam eden işyerlerindeki işçiler için de yararlanma olanağı sağlanmıştır¹⁷ CJRS sisteminin dışında kalan, kendisinde ya da hane halkından birinde semptom görüldüğü için karantinaya giren kişilere karantinaya alındıklarındaki tarihte geçerli asgari ücretin %30’una tekabül eden tutarda hastalık ödeneği verilmiştir. Bu ödeneğin miktarı CJRS kapsamındaki ödemeye kıyasla oldukça düşüktür¹⁸. Bu iki ödemenin yanı sıra işsizlik ödeneği ve “Yeni Nesil İstihdam ve Destek Ödeneği” olarak adlandırılan ödemeden yararlanmaları da mümkündür.¹⁹

Avrupa Birliği ülkeleri içinde Covid-19 salgınına diğerlerinden daha önce ve oldukça ağır koşullarda yaşamaya başlayan İtalya’da, işyerleri kapanan, karantinada olan ya da evden çalışmaya devam eden tüm işçiler için, daha önce yaşanan krizlerle mücadele etmek amacıyla kurulan Ücret Garanti Fonu (Cassa integrazione guadagni ordinaria), Olağanüstü Hal Ücret Garanti Fonu (Cassa integrazione guadagni straordinaria), İstisnai Gelir Desteği Fonu (Cassa integrazione in deroga), ve Dayanışma Fonu (Fondo di Integrazione Salariale) devreye sokularak ücret ve gelir desteği ödemeleri buradan yapılmıştır. Söz konusu ödemelerin daha hızlı şekilde gerçekleştirilmesi için usul ve koşullar sadeleştirilmiştir. Ödeme süresi, Ağustos ayına kadar 9 hafta olarak uygulanırken, ardından 14 haftaya çıkarılmıştır. Son olarak 01.09.2020-31.10.2020 ta-

12 Türk hukuku açısından bkz. Yıldız, https://www.linkedin.com/posts/gaye-burcu-yildiz-74766651_k%C4%B1sa-ve-uzun-vadeli-sigorta-kollar%C4%B1-a%C3%A7%C4%B1s%C4%B1ndan-activity-6660980911666008064-uAdK

13 <https://www.ameli.fr/paris/assure/actualites/covid-19-et-prise-en-charge-en-maladie-professionnelle-ouverture-de-la-declaration-en-ligne> (Erişim tarihi: 17.04.2021)

14 Sachs, 287-288.

15 Novitz, 4.

16 Mangan, 334; Novitz, 3 (15.04.2020 tarihli rapor).

17 Mangan, 335-336; Novitz, 6-7.

18 Novitz, 4-5; Mangan 339; hastalık ödeneği haftalık 95,85 pound tutarındadır.

19 Novitz, 5, Mangan, 340; Ayrıca bkz. <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#GB> (Erişim tarihi: 17.04.2021).

rihleri arasında dört hafta daha kullanılması mümkün hale gelmiştir²⁰.

Almanya'da Nisan 2020 itibarıyla 750.000 işyeri kısa çalışmaya (kurzarbeit) geçmiştir. Pandemi öncesinde kısa çalışma ödeneği işçinin net ücret kaybının %60'ını, çocuklu ise %67'sini karşılamakta iken, pandemi döneminde bu oranlar artırılmış ve çalışma saatleri yarı oranında azaltılmışsa net ücret kaybının %80'i; çocuklu ise %87'sini karşılayacak hale getirilmiştir. 31.12.2020'ye kadar da yararlanma koşulları hafifletilmiştir. Pandemi öncesi dönemde, işin durması ya da çalışma saatlerinin azalmasının işyerinde çalışanların 1/3'ünün bir önceki aya göre en az %10'u kadar ücret kaybı yaşamaları koşuluna bağlı olan kısa çalışma ödeneği, pandemi döneminde 31.12.2020 tarihine kadar işyerindeki çalışanların %10'unun ücret kaybına uğraması koşuluna bağlanmış ve yararlanma usulü basitleştirilmiştir²¹. Kamu makamlarınca karantina ya da mesleki faaliyetlerin durdurulması yönünde karar verilmesi halinde altı haftaya kadar işçiler çalışmasalar da ücretlerini elde ederler. İşverenlerden talep etmedikleri durumda yaşadıkları ücret kaybını kamu hukuku kurallarına göre devletten isterler²².

Rusya Federasyonu'nda tıp kuruluşları, ilaç şirketleri, topluma yiyecek ve gerekli ürünlerin tedarikini sağlayan işler, acil durumlarda hizmet üretmekle yükümlü birimler ile salgının yayılması durumunda toplumun hayatını, sağlığını ve yaşam koşullarını tehdit etmesini engelleyecek hizmetler, acil bakım hizmetleri ile yüklenme boşaltma işleri yapan işyerleri ile acil finansal hizmetleri yürüten işyerleri dışındaki işyerleri kapanmıştır. Bu hizmetlerin yürütümünde kaç işçinin çalışmaya devam

edeceği de yerel, bölgesel idareler ve işletmelere bırakılmıştır. Dolayısıyla aynı işyerinde bir grup çalışan işe devam ederken, diğerleri çalışmamıştır. Birçok işyerinin faaliyetinin askıya alınması, uygulamada işçi haklarında ihlalleri de beraberinde getirmiştir. Bunlar arasında en yaygın olanları zorla istifa ettirme, ücretlerde indirim yapılması ve işyeri faaliyetinin askıya alındığı süreler için ücretsiz izin almaya zorlama şeklinde sıralanmaktadır. Yaşanan sorunlar üzerine işçinin çalışmamasına rağmen ücretinin ödenmesine devam edilmesini ifade eden "ücretli çalışılmayan gün" mekanizması 25 Mart 2020 tarihli Başkanlık Kararnamesi ile yürürlüğe konulmuştur. Rus iş hukukunda ilk kez kullanılan bu mekanizmanın içeriğinin belirlenmesi ve sosyal taraflarca nasıl anlaşılması gerektiği konusundaki sorunları gidermek üzere, ülkemizdeki Üçlü Danışma Kurulu'nun bir benzeri olan Rus Üçlü Komisyonu'nda konu değerlendirilmiştir. 31.03.2020 tarihinde Rus Üçlü Komisyonu'nun yayınladığı deklarasyonda sosyal taraflara çeşitli tavsiyelerde bulunmuştur. Bu deklarasyonla, salgının yayılımının durdurulmasında hükümet ile işverenler ve işçilerin birlikte hareket etmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiş, çalışma hayatının diğer alanlar ile ilgili olarak işletmelerin rekabet edebilirliğinin korunması, işçi haklarının korunması, işgücü piyasalarının mevcut durumda kalmasının sağlanarak topluma gelir desteğinin sürdürülmesinin amaçlandığı açıklanmıştır. Ayrıca, işsizlik ödeneği, aylık asgari ücret seviyesine yükseltilmiştir²³.

Türkiye'de ise teyit edilen ilk Covid-19 vakasının 10.03.2020'de duyurulmasının ardından İçişleri Bakanlığı'nın yayınladığı genelge kapsamında Covid-19'un yayılmasını kontrol altına almak amacıyla 15-18 Mart 2020 tarihleri 149.382 işyeri

20 Biagi, 308. <https://www.mef.gov.it/en/covid-19/The-measures-introduced-by-the-Italian-government-to-support-work> (Erişim tarihi: 17.04.2021) Ayrıca bkz. <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#IT> (Erişim tarihi: 17.04.2021)

21 Sagan-Schüller, 295-296; Krause-Kühn, 2-3; ayrıca bkz. <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#de> (Erişim tarihi: 17.04.2021)

22 Sagan-Schüller, 296.

23 Ostrovskai, 1-3. <http://static.government.ru/media/files/OABRV10jLUIOtMgFw6TfnWX9SK2AwuAS.pdf> (Erişim tarihi: 17.04.2021) Ayrıca bkz. <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#RU> (Erişim tarihi: 17.04.2021)

kapatılmıştır.²⁴ Ardından sırasıyla 7226²⁵ ve 7244²⁶ sayılı Kanunlar kabul edilerek pandeminin çalışma hayatına olumsuz etkilerinin azaltılması amacıyla düzenlemeler getirilmiştir. Takip eden dönemde 7252 sayılı Kanun²⁷ ile ek düzenlemeler de getirilmiştir.

Pandemi nedeniyle kapanan ya da kısa çalışmaya geçen işyerlerinin işçilerinin yaşadığı gelir kayıplarının telafisi için öncelikle kısa çalışma ödeneği devreye sokulmuştur. Kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya ilişkin koşulların hafifletilmesinin²⁸ yanı sıra başvuru usulüne yönelik kolaylıklar da sağlanmıştır. Covid-19 nedeniyle yapılan kısa çalışma başvurularında uygunluk testinin tamamlanması beklenmeden işverenlerin beyanı doğrultusunda işlem yapılarak kısa çalışma ödemesinin gerçekleştirileceği ancak işverenin hatalı bilgi ve belge vermesi durumunda yapılan fazla ve yersiz ödemelerin yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edileceği düzenlenmiştir.²⁹ Kısa çalışma ödeneği, 26.03.2020-31.03.2021 tarihleri arasında, süreleri Cumhurbaşkanlığı Kararları ile uzatılarak uygulanmıştır. Bu uygulama, 22.04.2021 tarihli 3910 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile, 01.04.2021 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 30.06.2021 tarihine kadar uzatılmıştır.³⁰

İş Kanununun geçici 10.maddesi uyarınca işverenleri tarafından kısmen veya tamamen ücretsiz izne çıkarılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15.03.2020 tarihinden sonra ancak fesih yasağı yürürlüğe girmeden önce iş sözleşmesi feshedilen ve işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere İşsizlik Sigortası Fonundan günlük 39,24 TL tutarında "nakdi ücret desteği" ödenmesi kabul edilmiştir.³¹ Anılan tutarın oldukça düşük olması karşısında, öğretide isabetli olarak bu miktarın da kısa çalışma ödeneği ile eşitlenmesi önerilmiştir.³² Nakdi ücret desteğinden yararlanabilmek için işçinin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almıyor olması gerekmektedir. Dolayısıyla yaşlılık aylığı almakta iken iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmaya devam eden işçiler bu yardımdan yararlanamayacaklardır. Nakdi ücret desteği de İş Kanunu'nun geçici 10.maddesindeki fesih yasağının süresini aşmayacak şekilde, işçinin ücretsiz izinde olduğu veya işsiz kaldığı sürece ödenecektir. Nakdi ücret desteği kapsamında 2020 yılında 6.536.049 TL, 2021 yılı Ocak-Mart dönemleri arasında da 2.736.865 TL ödeme yapılmıştır.³³ Fesih yasağı ve ücretsiz izne çıkarma uygulamaları 30.06.2021 tarihine kadar uzatıldığından, nakdi ücret desteği ödemesine de bu tarihe kadar devam edilecektir.

Aşağıdaki tablodan da görüleceği üzere, kısa çalışma ödeneğinden yapılan ödemeler 2020 yılında 27.395.624.000 TL olarak gerçekleşmiş, 2021 yılı Ocak-Mart ayları arasında da 7.672.325.000 TL ödeme yapılmıştır.³⁴ Pandeminin ilk ağır dalgasının geride bırakıldığı dönemde, kısa çalışma ödeneğinin işsizlik sigortası fonunu tüketeceği yönünde bir kaygının yersiz olduğu, zira Mayıs 2020 itibarıyla Fon birikiminde sadece %1,5 düzeyinde bir eksik-

24 <https://www.icisleri.gov.tr/koronavirus-tedbirleri-genelgesi-kapsaminda-149382-is-yeri-gecici-sureligi-ne-faaliyetlerine-ara-verdi>

25 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 26.03.2020, 31080 M.

26 7244 sayılı Yeni Korona Virüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 17.04.2020, 31102.

27 7252 sayılı Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG. 28.07.2020, 31199.

28 7226 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 23; Centel, 18-19; Akın, 46; Aydın, 189; Manav Özdemir, 144.

29 7244 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 25; Akın, 47; Aydın, 189.

30 29.06.2020 tarihli 2706 sayılı CB Kararı, RG, 30.06.2020, 31171; 30.07.2020 tarihli 2810 sayılı CB Kararı, RG, 31.07.2020, 31202; 26.10.2020 tarihli 3134 sayılı CB Kararı, RG 27.10.2020, 31287; 22.12.2020 tarihli 3317 sayılı CB Kararı, RG. 23.12.2020, 31343; 18.02.2021 tarihli CB Kararı, RG. 19.02.2021, 31400; 22.04.2021 tarihli CB Kararı, RG. 23.04.2021, 31463.

31 7244 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 24; gelir kaybının telafisini amaçlayan bu iki ödeme hakkında karşılaştırma ve değerlendirme için bkz. Centel, 20-22, 25-27; Aydın, 196-197; Akın, 67; Nazlı, 261-262, 264 vd; Manav Özdemir, 150-151.

32 Aydın, 196-197.

33 https://media.iskur.gov.tr/45001/03_mart-2021-bulten.pdf (Erişim tarihi: 16.04.2021)

34 https://media.iskur.gov.tr/45001/03_mart-2021-bulten.pdf (Erişim tarihi: 29.04.2021)

me yaşandığı belirtilmiştir.³⁵ 2020 yılı itibarıyla Fon varlığı ile 2021 Mart ayı sonu itibarıyla Fon varlığı karşılaştırıldığında toplam 8.524.621.000 TL azalma olduğu görülmektedir. Ancak işsizlik sigortası fonu ve kısa çalışma ödeneği uygulamalarının varlık nedeni, şu anda içinde bulunduğumuz durum ve benzerlerinin yaşanması durumunda işçilere gelir desteği sunulması, işsizlik riskine karşı sosyal koruma sağlanmasıdır. Dolayısıyla, pandemi döneminde yapılan kısa çalışma ödeneği ile nakdi ücret desteğinin Fon kaynaklarını azaltacağı yolundaki endişe, söz konusu kurumların varlık sebepleri göz önünde tutulduğunda dayanaksız kalmaktadır.

35 Aydın, 190.

B. Fesih Yasaklarının Düzenlenmesi

Pandeminin iş hukuku açısından zorlayıcı sebep³⁷ sayılarak kısa çalışma uygulamasına geçilmesi ya da iş sözleşmesinin askıya alınması, işçileri belli bir süre fesihten koruyabilen uygulamalardır. Ancak kısa çalışmanın süreye bağlı olması, doğası itibarıyla geçici nitelikte olması ve askı halinin taraflardan birinin dürüstlük kuralları gereğince

37 Aksi yönde, Manav, 131-132, yazar her olayın meydana geldiği an ve koşullar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek, İşçileri Bakanlığı Genelgesi ile kapatılan işyerleri, 65 yaş üstü veya kronik rahatsızlığı olup sokağa çıkma yasağı kapsamında olanlar için Covid-19'un mücbir sebep sayılabileceğini, ancak Covid-19 salgınının genel geçer anlamda mücbir sebep sayılamayacağını ifade etmiştir.

İşsizlik Sigortası Fonu Gelir ve Gider Tablosu³⁶

(Bin TL)	2019	2020	2021 Ocak- Mart	2021 Mart
TOPLAM GELİR	40.365.368	38.270.443	10.880.401	3.386.549
İşçi ve İşveren Primi (%1 işçi, %2 işveren)	16.547.023	16.225.243	5.576.476	1.682.181
Devlet Katkısı	5.515.674	5.408.411	1.858.825	560.727
Faiz Gelirleri	16.832.038	15.749.723	3.128.831	1.044.907
Diğer Gelirler	1.470.633	887.066	316.269	98.734
TOPLAM GİDER	36.467.481	66.599.185	19.405.023	6.864.711
İşsizlik Ödeneği*	10.006.403	8.384.775	1.060.602	439.358
Kısa Çalışma Ödeneği*	192.432	27.395.624	7.672.325	2.966.772
Nakdi Ücret Desteği*	-	6.536.049	2.736.865	990.319
Yarım Çalışma Ödeneği*	30.724	27.448	6.274	2.662
Ücret Garanti Fonu Ödemesi	156.954	48.665	11.787	5.300
Aktif İşgücü Programları	6.579.273	2.955.297	1.286.842	469.805
İşbaşı Eğitim Programları	3.039.028	2.690.180	908.366	306.745
Teşvik ve Destek Ödemeleri	16.058.120	18.088.597	5.582.813	1.640.106
Diğer Giderler	404.546	472.548	139.149	43.645
MENKUL KIYMET VE NAKİT FON VARLIĞI**	131.541.793	103.213.050	94.688.429	94.688.429

*Ödeme miktarlarına, kişiler adına ödenen GSS primleri ve Damga Vergisi ile işlem giderleri dahildir.

** 2000 yılından ilgili ayın/yılın son günü itibarıyla.

36 https://media.iskur.gov.tr/45001/03_mart-2021-bulten.pdf (Erişim Tarihi: 29.04.2021)

kendisinden beklenemeyecek ölçüde uzayan askı süresi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecek olması karşısında ek önlemlerin alınması gerekmiştir. Pandemi döneminde fesihlerin işsizliği artıracak olması nedeniyle, bu tür durumları önleyecek fesih yasakları veya sınırlamaları birçok ülkede yürürlüğe konulmuştur.

Bu kapsamda alınan bir diğer önlem ise işçilerin ücretsiz izne çıkarılarak iş sözleşmesinin askıya alınması, böylelikle iş görme ve ücret ödeme borçlarının karşılıklı olarak askı süresi içinde ortadan kalkması, ancak sözleşmenin hukuken varlığını sürdürmesini sağlamaktır. Daha açık bir ifadeyle, iş sözleşmelerinin feshinin, bu hukuki araç kullanılarak kısıtlanmasıdır. İş hukuku açısından işçinin ücretsiz izne çıkarılması, İK 22.madde anlamında esaslı değişikliktir. Dolayısıyla işveren tek taraflı olarak işçiyi ücretsiz izne çıkaramaz. Bu yönde bir işlem yapması durumunda işçi, haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir ve hak etmesi durumunda kıdem tazminatını talep edebilir. Pandemi döneminin başında işverenin işçiyi tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarıp çıkarmayacağı önemli tartışma konularından birini oluşturmuştur. Aşağıda görüleceği gibi, inceleme konumuzu oluşturan bazı ülkelerde ve Türkiye’de pandemi nedeniyle işverenin tek taraflı olarak işçileri ücretsiz izne çıkarması yasal düzenlemelerle kabul edilmiştir.

Fransa’da pandemi süresince belirli süreli ve geçici iş sözleşmeleriyle çalışanların sözleşmelerinin yenilenmemesi ve sona erdirilmesi nedeniyle işsizlik artışı gözlenmiştir. Bu durumun daha ağırlaşmaması için kısmi aktivite programı çerçevesinde toplu işten çıkarmaları engellemek (sosyal boyut), işletmelere normalleşme sürecinde destek sağlamak (organizasyonel boyut) ve ülke içinde tüketici talebinin devamını sağlamak (ekonomik boyut) şeklinde üç farklı boyutta önlemler alınmıştır.³⁸

İspanya’da 14 Mart 2020’de acil durum ilan edilmiş, 30 Mart 2020’de salgının kötüye gitmesi nedeniyle 9 Nisan 2020’ye kadar zorunlu olmayan tüm faaliyetler askıya alınmıştır. Bu kapsamda işsizliğin

artmasının önlenmesi için, iş sözleşmelerinin feshi yasaklanarak askıya alınmaları 17 Mart tarihli Kararname³⁹ ile kolaylaştırılmıştır.⁴⁰ Kararname’nin iş hukukuna ilişkin ikinci bölümüne (m.22 vd.) göre, işverenlerin, zorlayıcı sebep, ekonomik, teknik, işletmesel ya da üretim azalması nedenlerine dayalı olarak iş sözleşmelerini feshetmeleri yasaklanmış ve sadece işçinin davranışlarına dayalı olarak fesih yapılabilmesine olanak tanınmıştır. Acil durum devam ettiği müddetçe, işverenlerin zorlayıcı sebebe dayalı olarak iş sözleşmelerini askıya alma olanağı, iş sözleşmesi askıya alınan işçilerin de işsizlik ödeneğinden faydalanması sağlanmıştır. İşsizlik sigortasından yararlanma koşulları da hafifletilmiştir. İşçiler, işsizlik sigortasından yararlanmak için gereken asgari prim ödeme süresi aranmaksızın sistemden yararlandırılmışlardır. İşverenler, altı ay boyunca, işçi çıkarmamak koşuluyla büyük işyerleri için %75; 50 ve daha az işçi çalıştıran işyerleri için de %100 oranında sosyal sigorta primlerinden muaf tutulmuşlardır.⁴¹ İspanya’da, Fransa’dan farklı olarak, geçici ve belirli süreli iş sözleşmeleri de askıya alınmış, askı süresi içinde süre sona erse dahi, iş sözleşmesinin sona ermeyeceği, askıda geçen sürenin sözleşmenin toplam süresinden sayılmayacağı kabul edilmiştir.⁴²

İtalya’da da işverenlerin toplu işçi çıkarmaları, ekonomik gerekçelere dayalı olarak iş sözleşmelerini feshetmeleri yasaklanmış, sadece işçinin davranışlarından doğan, disipline aykırılık gerekçesiyle iş sözleşmelerinin feshi mümkün kılınmıştır.⁴³

39 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/18/pdfs/BOE-A-2020-3824.pdf> (Erişim tarihi: 17.04.2021)

40 Garcia-Alhambra, 319-320; Gordillo, 1.

41 Garcia-Alhambra, 321; Gordillo, 1-2; Ayrıca bkz. <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#ES> (Erişim tarihi: 17.04.2021)

42 Garcia-Alhambra, 321.

43 Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, Decreto Legge 22 marzo 2021, n. 41 (Decreto Sostegni), <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Pagine/Decreto-Sostegni-numerose-novita-in-materia-di-lavoro.aspx> (erişim tarihi: 17.04.2021)

Fesih yasaklarının yanı sıra, ücret garanti fonundan yararlanan işyerlerinde, işverenler süresi sona erecek belirli süreli iş sözleşmelerini objektif sebep aranmaksızın yenileyebilecekler ya da süresini uzatabileceklerdir. Yapılan yasal düzenleme ile, normalleşme sürecinde, 23.02.2020-30.08.2020 tarihleri arasında yürürlükte bulunan belirli süreli iş sözleşmelerinin, sürelerinin uzatılması ya da yenilenmeleri için objektif neden aranmayacağı, ülke çapında kabul edilmiştir.⁴⁴

Rusya Federasyonu'nda çalışmanın durduğu işyerlerinde belirli süreli iş sözleşmesinin süresi sona ererse ya da işçi istifa ederse iş sözleşmesi son bulacaktır. Ancak bunun dışında işverenlerce fesih yapılamayacaktır. ⁴⁵ Rusya Federasyonu'nda diğer ülkelere oranla kapsamı daha geniş bir fesih sınırlandırması yapıldığı görülmektedir.

Türkiye'de ise 25.03.2020 tarihinde kabul edilen 7226 sayılı Kanun ile İş Kanunu'na eklenen Geçici 10.Madde fesih sınırlamasını düzenlemiştir. Buna göre işverenler, fesih yasağı süresi boyunca ancak ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık gerekçesiyle iş sözleşmelerini feshedebileceklerdir. Maddenin ilk halinde fesih sebebi olarak sadece ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere yer verilmiş, ancak 7252 sayılı Kanun ile feshin mümkün olduğu haller genişletilmiştir. Maddede yapılan değişiklik sonucunda, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışların yanı sıra belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin sona ermesi⁴⁶, işyerinin kapanması, faaliyetinin sona ermesi, hizmet alım ve yapım işlerinde işin sona ermesi durumlarında iş ilişkisi sona erdirilebilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında fesihlerin sınırlandırılmasına yönelik olarak getirilen diğer düzenleme ise işverenin işçileri tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilmesidir. Aynı fıkrada işçiler için de fesih yasağı düzenlenmiştir.⁴⁷ İşve-

renin işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne çıkarması durumunda, işçi bu nedene dayalı olarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyecektir.

İş Kanunu'nun geçici 10. maddesi başlangıçta üç aylık süre için yürürlüğe konulmuş, Cumhurbaşkanına bu süreyi en fazla üçer aylık sürelerle 30.06.2021 tarihine kadar uzatma yetkisi verilmiştir. Ücretsiz izin uygulaması ve fesih yasakları, yürürlüğe konmasını müteakip toplam yedi kez uzatılmış⁴⁸, son uzatma 30.04.2021 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 3930 sayılı Cumhurbaşkan Kararı ile 30.06.2021 tarihine kadar yapılmıştır.

C. Çalışma sürelerinin düzenlenmesi, özellikle esnek/uzaktan çalışma modellerinin uygulamaya geçirilmesi

Covid-19 pandemisinin çalışma hayatı açısından ortaya çıkardığı bir diğer tartışma alanı, iş organizasyonunda yapılan esaslı değişikliklerdir. Klasik istihdam biçimi olarak tam zamanlı iş sözleşmeleri ile işyerinde iş görme borcunu yerine getiren çalışanların büyük kısmı, atipik ve esnek çalışma modelleri kapsamında yer alan istihdam modellerine göre çalışmaya başlamışlardır. Bunların başında çalışma sürelerinin azaltılması, işyerinde çalışanların gruplara ayrılarak *hibrit/dönüşümlü çalışma* olarak ifade edebileceğimiz şekilde haftanın belli günleri işyerinde, belli günleri evinde çalışması ve tele çalışmaya geçilmesi gelmektedir.

Şüphesiz, iş hukuku kuralları gereğince bu yönde değişiklikler "esaslı değişiklik" oluşturmaktadır.⁴⁹ Dolayısıyla bu yönde yapılacak değişiklikler İK 22.madde hükümlerine tabidir. İşverenin tek taraflı olarak işçinin çalışma şeklini değiştirerek ev-

44 Biagi, 308-310.

45 Ostrovskai, 3.

46 7252 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce yapılan değerlendirmelerde, belirli süreli sözleşmenin süresinin sona ermesi durumunun fesih sayılmadığını, dolayısıyla yasak kapsamında değerlendirilemeyeceği haklı olarak ifade edilmiştir, Akın, 63; Gökteş, 291, Çil, 195.

47 Fesih sınırlamalarının işveren ve işçi açısından anlamları ile ilgili olarak yapılan değerlendirme için bkz. Nazlı,

255-257; ayrıca bkz. Centel, 23-25; Gökteş, 276 vd; Çil, 194 vd.

48 29.06.2020 tarihli 2707 sayılı CB Kararı, RG. 30.06.2020, 31171; 30.07.2020 tarihli 2811 sayılı CB Kararı, RG. 31.07.2020, 31202; 03.09.2020 tarihli 2930 sayılı CB Kararı, RG. 04.09.2020, 31234; 26.10.2020 tarihli 3135 sayılı CB Kararı, RG. 27.10.2020, 31287; 29.12.2020 tarihli 3344 sayılı CB Kararı, RG. 30.12.2020, 31350; 08.03.2021 tarihli 3592 sayılı CB Kararı, RG. 09.03.2021, 31418.

49 Yıldız, 102; Akın, 38; Aydın, 191.

den çalışmaya, tele çalışmaya geçirmesi mümkün olmadığı gibi, çalışma saatlerini de azaltamayacaktır. Ancak Covid-19 pandemisini kontrol altına almak, işyerlerinde oluşan riski azaltmak ve bulaşları önlemek için bu yönde değişiklikler yapılması gerekmiştir. Bu kapsamda yapılan değişiklikler, pandemi koşulları ile sınırlı olmak kaydıyla, kural olarak, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir.

Fransa'da uzaktan çalışma olanağı bulunan işlerde uzaktan çalışmaya geçilmesinin zorunlu olduğuna dair Çalışma Bakanlığı web sitesinde bir duyuru yapılmış olmasına karşılık hukuk sisteminde bunu zorlayan bir düzenlemenin bulunmadığı, ancak uzaktan çalışma ve tele çalışmaya geçmeye yönelik destekleyici bir tutum olduğu ifade edilmiştir. Fransız İş Kodu uyarınca tele çalışma, isteğe bağlı olup tek taraflı olarak işçiye empoze edilemez. Ancak mücbir sebepler ya da salgın nedenlerine dayalı olarak işletmenin devamının sağlanması ve işçilerin korunması amacıyla tele çalışmaya geçilmesi gerekli olabilmektedir (L.1222-11).⁵⁰

İspanya'da, 17.03.2020'de yapılan bir düzenleme ile tele-çalışmaya uygun işyerlerinde bu şekilde çalışmaya geçilmesi genel kural olarak düzenlenmiştir.⁵¹ İtalya'da "agile working" olarak isimlendirilen, Türkçe'ye "çevik çalışma" olarak çevirebileceğimiz model, 2017 yılında yasalaşmıştır. Bu model, klasik çalışma biçiminin yanı sıra, işletmelerin kendilerine uyan çeşitli alternatif modellerle çalışmalarına olanak vermektedir. Kural olarak sosyal tarafların anlaşmasına bağlı olan bu uygulamalar, çalışma süreleri ve çalışma yerine ilişkin katı kurallar içermeyen ve yüksek teknoloji kullanımına uygun çalışma alanlarında kullanılabilirliydi. Pandemiye kadar bu alternatif çalışma

modelleri uygulamada pek görülmemesine karşılık pandemi ana akım çalışma haline gelmiştir. Özel kesimde kullanımın yaygınlaşmasının yanı sıra kamu kesiminde de pandemi süresince asli çalışma türü olarak kullanılmaya başlanmıştır.⁵²

Almanya'da işveren, normal koşullarda ancak işçi ile arasındaki bireysel iş sözleşmesine ya da toplu iş sözleşmesindeki hükümler uyarınca işçiye evde çalışmaları yönünde talimat verebilmekte iken pandemi döneminde, bu yönde bir anlaşma olmamasına rağmen çalışanların sağlığını korumaya yönelik iş sağlığı ve güvenliği önlemleri çerçevesinde bu yönde talimat verilebileceği kabul edilmiştir.⁵³

Rusya'da işverenlere uzaktan çalışmaya geçmek, esnek zamanlı çalışma düzeni, çalışma günlerinin çalışanlar arasında bölünerek organize edilmesi önerilmiştir. Kısmi çalışmaya geçmek kural olarak işçi ve işverenin karşılıklı anlaşmasına bağlı tutulmuştur, ancak istisnası toplu işçi çıkarma riskinin gündeme gelmesi halleri olarak belirlenmiştir.⁵⁴

Türk İş Hukuku uygulamasında, 6715 sayılı Kanun ile 2016 yılında yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olan uzaktan çalışma⁵⁵, yazılı olarak kurulması gereken bir iş sözleşmesi türüdür (İK 14/4). Uzaktan çalışmaya ilişkin usul ve esasların belirlenmesi için yönetmelik çıkarılacağına dair düzenleme İK 14/son fıkrada yer almasına rağmen⁵⁶, bu yönetmelik Covid-19 pandemisi sırasında çıkarıl-

50 Sachs, 289; Ayrıca bkz. <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/qr-teletravail-deconfinement.pdf> (Erişim tarihi: 17.04.2021).

51 Garcia-Alhambra, 323; Gordillo, 1; Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/18/pdfs/BOE-A-2020-3824.pdf> (erişim tarihi: 17.04.2021).

52 Biagi, 310-311; Gaglione/ Purificato/ Rymkevich, 5-6; Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, Decreto Legge 22 marzo 2021, n. 41 (Decreto Sostegni), <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Pagine/Decreto-Sostegni-numerose-novita-in-materia-di-lavoro.aspx> (erişim tarihi: 17.04.2021).

53 Sagan-Schüller, 293.

54 Ostrovskai, 3.

55 Süzek, 267 vd.

56 Centel, 17-18, yazar, Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce yaptığı değerlendirmede, İş Kanunu'nda uzaktan çalışmaya ilişkin olarak yapılan değişikliğin üzerinden dört yıllık zamanın geçmesine rağmen henüz yönetmeliğin çıkarılmamış olmasının uygulamada sorunlara neden olduğunu, haklı olarak ifade etmiştir. Ayrıca bkz. Manav Özdemir, 146

mıştır.⁵⁷ Uzaktan Çalışma Yönetmeliği uyarınca da uzaktan çalışma sözleşmesinin kural olarak yazılı yapılması zorunludur (Yön. md.5/1). İnceleme konumuz açısından önem taşıyan düzenleme ise, Yönetmeliğin 14.maddesidir. Madde, uzaktan çalışmaya geçiş konusunu düzenlemektedir. Madde hükmü uyarınca, iş ilişkisi başlangıçtan itibaren uzaktan çalışmaya yönelik olarak kurulabileceği gibi, mevcut iş ilişkisinde tarafların anlaşması ile iş sözleşmesi uzaktan çalışma sözleşmesine dönüştürülebilir. Bu kapsamda talep işçi tarafından da ileri sürülebileceği anlaşılmaktadır. İşçinin uzaktan çalışmaya geçiş için yazılı olarak talepte bulunması, işverenin bu talebi işyerinde belirlenen usule göre değerlendirmesi, talebin uygun görülmesi durumunda ise, işçi ile Yönetmeliğin 5.maddesine uygun şekilde uzaktan çalışma sözleşmesi akdedilmesi gereklidir. İşçi, tekrar normal çalışma düzenine dönmek isterse aynı usulle işverene başvuruda bulunabilecektir. Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nin 14/6.fıkra ise pandemi dönemi açısından oldukça önem taşımaktadır. Anılan hüküm uyarınca "Uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin talebi veya onayı" aranmayacaktır. Dolayısıyla, Covid-19 pandemisi ile mücadele kapsamında geçtiğimiz bir yılda tecrübe ettiğimiz üzere ve halen içinde bulunduğumuz kısmi kapanma dönemlerinde işveren salgın nedeniyle "zorlayıcı neden" ortaya çıktığında, tek taraflı olarak uzaktan çalışmaya geçebilecektir. Bu düzenleme sadece karşılıklı ve yazılı olarak anlaşma koşulunu bertaraf etmektedir. Uzaktan çalışmaya ilişkin yazılı anlaşma dışında İş Kanunu'nun 14.maddesi ile ilgili Yönetmelik hükümlerinin düzenlemelerine uygun davranılması gerekecektir. Örneğin pandemi nedeniyle tek taraflı olarak uzaktan çalışmaya geçen işverenin, malzeme ve iş araçlarının temini (Yön.md.7), işin yerine getirilmesinden kaynakla-

nan mal veya hizmet üretimiyle doğrudan ilgili zorunlu giderlerin tespiti ve karşılanması (Yön. md.8) ile uzaktan çalışma sırasında gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması (Yön.md.12) maddelerine riayet edilmesi gerekmektedir.⁵⁸

II. COVID-19 Etkisinde Normalleşme: "Yeni Normal Düzeni" ve Çalışma Hayatı Açısından Yapılması Gerekenler

2021 yılında, bu çalışmanın hazırlandığı zaman dilimi içinde ortaya çıkan tablo, pandeminin etkisinin bir süre daha süreceğini göstermektedir. IMF tarafından Ekim 2020'de yapılan hesaplamalara dayalı olarak ILO tarafından yapılan tahminler uyarınca iyimser (optimistic) senaryoda %1,3 oranında kayıpla 36 milyon tam zamanlı çalışmaya denk kayıp, ılımlı öngörülere göre ise (baseline scenario), 90 milyon tam zamanlı çalışmaya denk gelecek şekilde çalışma saatlerinde düşüş %3 oranında devam edecektir. Kötümser (pessimistic) senaryoda ise %4,6 oranında düşüş yaşanarak 130 milyon saatlik tam zamanlı çalışmaya denk gelen bir kayıp yaşanacaktır.⁵⁹

Normalleşme sürecinde ortaya çıkabilecek bir diğer sorun ise ülkeler arasında ve hatta ülke içinde değişik çalışan gruplarına sağlanan destekler arasındaki farklılıkların, pandemiden ağır etkilenen sektörler ile nispeten daha az sektörler arasındaki farklılıkların, var olan kimi eşitsizlikleri daha de derinleştirmesidir.⁶⁰ ILO'nun yaptığı araştırmalara göre ağırlama (konaklama, yeme-içme)⁶¹ ve üretim sektörleri pandemi dolayısıyla en ağır

57 RG, 10.03.2021, 31419; Aydın, 203-204, yazar bu Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce, tele çalışma konusunda ikincil mevzuatın hazırlanması gerektiğini, teknolojik alt yapının da güçlendirilmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmiştir.

58 Tele çalışmada işçinin korunması için getirilmesi gereken düzenlemeler için bkz.Alp, 822-825.

59 ILO Monitor 7th ed, 2, 12 Figure 10, 30 Annex 3, Table 5.

60 ILO Monitor 7th ed, 2.

61 Şubat-Aralık 2020 döneminde, sanayi, ticaret, taşımacılık ve ağırlama (konaklama ve yeme- içme sektörünü kapsamaktadır) Türkiye açısından en ağır etkilenen sektör olmuştur, Caro, 9, Şekil 7.

etkilenen sektörler arasındadır⁶². Giriş bölümünde kadınlar ve gençler ile ilgili olarak verilen ILO araştırmaları da bu duruma bir örnek teşkil etmektedir.

ILO, Covid-19'un istihdam alanında 1930'lu yıllardaki Büyük Buhran'dan daha derin ve ciddi sorunlara neden olduğunu, hatta işgücü piyasalarının birbirinden farklı etkileneceğinin sonucunda zaten olumsuz/dezavantajlı durumda olan ülkelerin daha da derinden etkilendiği tespitinde bulunmakta dolayısıyla normalleşme sürecinde, ülkeler arasında eşitsizliklerin daha belirgin hale gelmesini kaçınılmaz görmektedir. Bunun ortaya çıkaracağı sorunların önüne geçmek için ILO'nun uygulanacak politikaların belirlenmesine yönelik tavsiyesi, sağlam ve geniş tabanlı iyileşme politikaları oluşturularak istihdam, gelir güvencesi, işçi hakları ve sosyal diyalogu destekleyecek insan merkezli bir iyileşmedir.⁶³

Bu kapsamda ILO, normalleşme için 2021 yılı için 5 ana sosyal politika tedbirini öncelikli olarak belirlemektedir;

1. Makroekonomik politikaların kapsayıcılığı devam ettirilmelidir. Devletler özellikle gelir desteği sağlayan uygulamalara devam etmeli, bu sayede talep daralmasını azaltmalı ve işletmelere destek olmalıdır. Sosyal korumayı sağlayacak sistemler ve önlemler üzerine yoğunlaşılmalıdır. Bu sayede mevcut işler korunurken ekonomik aktivitenin de eski haline dönmesi sağlanabilecektir.

2. Düşük ve orta gelirli ülkelere yönelik uluslararası destek kritiktir, aksi takdirde gelişmiş ülkeler ile gelişmekte olan ülkeler arasındaki fark gittikçe açılacak, daha önceki yıllarda yoksulluğun azaltılması yönünde yapılan çabalarla elde edilen sonuçlar ortadan kalkacaktır. Özellikle kayıt dışı istihdam ve genç işsizliği artışı tehlikeli boyutlara ulaşabilir.

3. Kriz bazı dezavantajlı gruplar ve sektörler üzerinde yıkıcı bir etkiye neden olmuştur. Gençler, kadınlar, düşük ücretli ve düşük vasıflı işçilerin istihdama dönüşleri diğer gruplara göre daha zor

olabilecek, bu gruplar istihdamdan kopabileceklerdir. Bu grupları da kapsayan sosyal politikalar geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

4. Sektörlerin özelliklerini gözeten, krizden ağır etkilenen ve etkilenme ihtimali olan sektörlerin toparlanması için gereken önlemler alınırken, yeni iş olanakları bulunan, hızlı gelişen sektörler de dikkate alınarak bunlara özel destekler sağlanmalıdır. Bunların yapılabilmesi için işgücü piyasalarının izlenmesi (monitoring) gerekir. Böylelikle, sektör bazlı inceleme ve ihtiyaç tespiti yapılarak gerekli önlemler alınabilecektir. Bu yaklaşım, yeşil ekonomiye ve dijitalleşmeye geçiş için de hayati öneme sahiptir.

5. Sosyal diyalog: Kapsayıcı, adil ve sürdürülebilir ekonomi için kaçınılmaz olan sosyal diyalog normalleşme için alınması gereken önlemlerin ve atılması gereken adımların belirlenmesinde önem taşır. Hem üçlü yapılanma modellerine hem de işyeri/işletme içinde yönetime katılma modellerine bu süreçte alınacak tedbirlerin belirlenmesinde başvurulması fayda sağlayacaktır.⁶⁴

ILO tarafından ortaya konan bu hedefler doğrultusunda Türkiye açısından alınması gereken ilk önlem, pandemi etkisi sürdüğü müddetçe kısa çalışma başta olmak üzere gelir desteği uygulamalarına ve fesih kısıtlarına devam edilmesidir.⁶⁵ Aynı şekilde 4447 sayılı Kanunun geçici 26.maddesi ile işverenlere sağlanan sosyal güvenlik primlerine ilişkin teşvikler de devam ettirilmelidir.⁶⁶ Bunlara ek olarak ILO hedefleri arasında yer alan pandemi döneminde büyüme potansiyeli olan sektörlerin tespit edilerek buralarda kurulacak işyerleri ve istihdam edilecek işçilere ilişkin işverenlere vergisel avantajlar ve teşvikler düzenlenebilir. Bu sayede yeni işler yaratılarak işsizlikle mücadeleye de katkı sağlanmış olunur.

Türkiye'ye özgü yapılan bazı araştırmalar ve istatistikler, pandemi döneminde kadınların ve genç işçilerin daha fazla etkilendiğini ortaya koymuştur. ILO raporlarında da Dünya ölçeğinde gözlenen

62 ILO Monitor, 7th ed., 14, Table 1.

63 ILO Monitor 7th ed., 3, 20; ayrıca bkz. http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_779240/lang--en/index.htm.

64 ILO Monitor, 7th ed., 20.

65 Aydın, 196-197

66 Aydın, 198-199.

bu sorunun çözümü için, ulusal ölçekte gereken adımlar atılmalıdır. Pandeminin başlangıcında, Nisan 2020 ayına ait veriler incelendiğinde çalışma saatleri bazında yaşanan düşüşler kadınlar %38,5 oranında gerçekleşirken erkekler için %32,5 düzeyindedir. Cinsiyetler arasındaki bu farklılık Kasım ayında yaşanan toparlanma döneminde de kendini göstermektedir. Kasım 2020 itibarıyla kadınların çalışma saatlerinde yaşanan düşüş %14,1 iken bu oran erkeklerde %7,9 olarak gerçekleşmiştir.⁶⁷ Dolayısıyla pandemi koşullarında ücretsiz izne ayrılan, kısa çalışmaya geçirilen ya da işyerinde normal çalışmaya geçiş döneminde tam zamanlı çalışmaya geçmesi daha düşük düzeyde gerçekleşenler kadınlar olmuştur. Genç işçiler açısından da veriler incelendiğinde de gençlerin, yetişkinlere oranla daha fazla istihdam kaybı yaşadığı, genç kadınların ise genç erkeklere oranla daha fazla istihdam kaybı yaşadığı ortaya çıkmaktadır.⁶⁸ Bu veriler cinsiyet temelli ayrımcılığın ve genç işsizliğin pandemi döneminde daha derinleştiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla oluşturulacak politikalarda bu sorunların çözümüne yönelik uygulamalara yer verilmelidir.

Kadın ve gençlerin istihdamı için teşvik sisteminin getirilmesi, bu gruplara yönelik aktif işgücü politikalarının şekillendirilmesi ve uygulanması gerekir. İş hukuku öğretisinde, pandemi nedeniyle ortaya çıkacak istihdam daralması ve işsizlikle mücadelede bir önlem olarak güvenceli esneklik uygulamaları ve esnek çalışma modellerinin uygulanması önerilmiştir.⁶⁹ Kanaatimizce, güvenceli esneklik uygulamalarının genişletilmesi tek başına pandeminin çalışma hayatında yarattığı sorunlar ile bunların sosyal ve ekonomik alandaki etkilerini ortadan kaldırmak için yeterli olmayacaktır. ILO'nun da tavsiye ettiği üzere, özellikle gelişen ve istihdam olanağı artan sektörlerde, *insana yakışır iş*⁷⁰ kavramının gereklerini karşılayan yeni işlerin yaratılması orta ve uzun vadede işsizlik ve gelir

adaletsizliği sorunları açısından çözüm yaratacaktır. Nitekim ILO tarafından ortaya konulan "insan merkezli iyileşme" yaklaşımında *istihdam, gelir, işçi hakları ve sosyal diyalogu destekleyecek* politikaların geliştirilmesi hedeflenmektedir.

Pandemi döneminde ortaya çıkabilecek sorunlara ülke düzeyinde ve işyerleri düzeyinde uygun çözümlerin bulunabilmesi, çalışma barışının devam etmesi açısından sosyal diyalog önemli bir araçtır. Pandemi sonrasında sosyal tarafların katılımını öngören, sosyal diyalogu esas alan, sürdürülebilir sosyal politikaların önemi⁷¹ tartışmasızdır. Örneğin Almanya'da, bazı sektörlerde sosyal taraflar, kısa çalışma ödeneği miktarının artırılması, çocuğu olanlara ek sosyal yardımlar sağlanması gibi Covid-19 krizine özgü sorunların çözümüne yönelik anlaşmalar yapmışlardır.⁷² Ülkemiz açısından da hem üçlü yapılanma modellerinin etkin şekilde işletilmesi hem de işyerleri düzeyinde sosyal diyalogun güçlendirilmesine yönelik önlemlere öncelik verilmelidir. Ayrıca 6356 sayılı yasada tanımlanmış olan çerçeve sözleşme ile, işkolları düzeyinde, pandeminin yarattığı iş sağlığı ve güvenliği sorunları ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeler getirilebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Sonuç

Geride bıraktığımız bir yıllık süreçte, Covid-19 pandemisi, iş hukuku açısından pek çok sorunu ortaya çıkarmıştır. Çalışma hayatı açısından işverenler ve işçiler, bu dönemde iş kazaları, işsizlik, işin durdurulması, tedarik sıkıntısı, üretim kaybı gibi çeşitli problemler yaşamışlardır.

Bu süreçte, iş hukuku açısından Dünya çapında alınan önlemler incelendiğinde öncelikle iş sözleşmelerinin hukuken devam etmesini sağlayan kurumlara öncelik verildiği söylenebilir. İş sözleşmesinin askıya alınması, kısa çalışma uygulaması-

67 Caro, 6-7.

68 Caro, 8, Şekil 6.

69 Aydın, 199-200.

70 <https://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/dw/lang--tr/index.htm>

71 Aydın, 195.

72 <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#DE> (Erişim tarihi: 17.04.2021) Fransa uygulaması için bkz. <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#FR> (Erişim tarihi: 17.04.2021)

na geçirilmesi, iş sözleşmelerini feshi hakkının sınırlandırılması gibi uygulamalar inceleme konusu ülkelerin tamamında söz konusudur. Bu önlemler, bireysel olarak iş sözleşmelerini ayakta tutmasının yanı sıra ülkeler nezdinde işsizliğin artışı da engellemiştir.

ILO'nun geleceğe dair öngörülerini doğrultusunda, alınacak önlemlerin belirlenmesi ve gerekli adımların atılması gereklidir. ILO tarafından *insan merkezli iyileşme* kavramı ile sunulan modelde, *istihdam, gelir güvencesi, işçi hakları ve sosyal diyaloga destekleyecek* politikalar tavsiye edilmektedir. Özellikle ülkelerin ekonomik gelişmişlik düzeylerine bağlı olarak, pandemi öncesi var olan eşitsizliklerin daha derinleşeceğine dair kaygılar önemlidir. Aynı şekilde, pandemi öncesi işgücüne katılımlarında sorunlar olan bazı grupların pandemiden daha çok etkilendikleri de ortaya konmuştur. Kadın ve genç istihdamı alanında yeni teşvikler sağlanarak dezavantaj yaşayan bu grupların istihdama katılımları sağlanmalıdır.

Türkiye açısından önümüzdeki yıllar için oluşturulacak istihdam politikalarında ILO'nun önerdiği modele uygun adımlar atılmalıdır. Bu kapsamda, sosyal diyalog mekanizmalarının etkin kullanımı, yapılacak düzenlemelerde sosyal tarafların görüşlerinin alınması ve sürece dahil edilmeleri, sonuç alınacak uygulamaların ortaya çıkmasına katkı sağlayacaktır.

Önümüzdeki süreçte, İş Hukuku açısından esnek çalışma modellerinin daha yaygın kullanılacağını söylemek mümkündür. Dolayısıyla bu çalışma modellerinde de işçilerin ve işverenlerin karşılıklı menfaatlerinin dengelenmesine yönelik gerekli düzenlemelerin yapılması gerekir. Bu kapsamda idari düzenlemelerin yapılması kadar sosyal tarafların kendilerinin kural oluşturmaları da önemlidir. Özellikle bugüne kadar başvurulmamış bir mekanizma olan çerçeve sözleşme ile işkolu bazında, 6356 sayılı Kanunun 33/3.maddesi uyarınca iş sağlığı ve güvenliği ile istihdam politikalarına ilişkin düzenlemelerle pandeminin etkilerinin azaltılması ve işkolu açısından bazı sorunların çözümü mümkündür.

Pandeminin devam edeceği süre belirsizdir. Geride bıraktığımız süreç göstermektedir ki, vaka sayılarındaki artış ve azalmalar çalışma hayatının düzenini doğrudan ilgilendirmektedir. Vaka sayıları arttığında bazı sektörlerde işyerleri kapanmakta ya da oldukça az sayıda işçi ile çalışmaya devam etmekte, bazı sektörlerde ise iş yükü artmaktadır. Pandemi nedeniyle kısa çalışmaya geçmek zorunda kalan ya da tamamen kapanan işyerleri için kısa çalışma ödeneği ve nakdi ücret desteğine devam edilmesi gerekir. Aksi takdirde, yaşanacak işten çıkarmalar yeni sorunları beraberinde getirecektir.

Yeni normal düzende, pandeminin yarattığı olumsuz sonuçlarla mücadele ederken, işçiler ve işverenler için önem taşıyan bir husus da yeni istihdam alanlarının yaratılmasıdır. Bu kapsamda, ulusal düzeyde gelişmeye açık sektörler belirlenerek bu alanlarda yeni iş olanakları yaratan işverenlere vergi ve SGK prim teşvikleri sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent: Covid-19'un İş İlişkilerine Etkileri, Çimento İşveren Dergisi, C. 34, S.3, Mayıs 2020.
- ALP, Mustafa: Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.1, İstanbul 2011, 795-854.
- AYDIN, Ufuk: Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 181- 214, "İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2; DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/ hfd_v06i2002 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1234930>).
- CENTEL, Tankut: Covid-19 Salgını ve Türk Çalışma Yaşamı, Sicil, S.43, 2020, 11-29.
- ÇİL, Şahin: Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri, Ankara 2020.
- BIAGI, Marco: Covid-19 and Labour Law in Italy, European Labour Law Journal, XX (X), 306-313. <https://journals.sagepub.com/toc/ella/11/3> (Erişim Tarihi: 31.03.2021).
- CARO, Luis Pinedo: İkinci Dalga Covid-19 Önlemlerinin Türkiye'de İstihdam Üzerinde-

- ki Etkisi (16.03.2021) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_775756.pdf (Erişim tarihi 16.04.2021).
- GAGLIONE, Chiara/ PURIFICATO, Ilaria/ RY-MKEVICH Olga Pavlovna; Covid-19 and Labour Law:Italy, Italian Labour Law e-Journal, V.13, NO.1, 2020, Special Issue: Covid-19 And Labour Law, Global review (<https://illej.unibo.it/article/view/10767/11150>; <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/10767>) (Erişim Tarihi, 07.04.2021).
 - GARCIA, Manuel Antonio – ALHAMBRA, Munoz: Covid-19 and Labour Law in Spain, European Labour Law Journal, XX (X), 319-323. <https://journals.sagepub.com/toc/ella/11/3> (Erişim Tarihi: 31.03.2021).
 - GÖKTAŞ, Seracettin: Covid-19 Salgınının İş Sözleşmesinin Feshine ve Diğer Sona Erme Nedenlerine Etkisi, Sicil, S.43, 2020, 274-299.
 - GORDILLO, Rafael Gomez: Covid-19 and Labour Law: Spain Italian Labour Law e-Journal, V.13, NO.1, 2020, Special Issue: Covid-19 And Labour Law, Global review (<https://illej.unibo.it/article/view/10782/11107>, <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/10804>) (Erişim Tarihi, 07.04.2021).
 - KRAUSE, Rüdiger-KÜHN, Jonas Walter: Covid-19 and Labour Law: Germany, Italian Labour Law e-Journal, V.13, NO.1, 2020, Special Issue: Covid-19 And Labour Law, Global review (<https://illej.unibo.it/article/view/10768/11546>, <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/10768>) (Erişim Tarihi, 07.04.2021).
 - MANAV ÖZDEMİR; Eda: Covid-19 Salgınının Çalışma Şekilleri ve İşçilerin İzin ve Ücret Hakları Açısından İş Sözleşmesine Etkisi, Sicil, S.43, 2020, 126-157.
 - MANGAN, David: Covid-19 and Labour Law in the United Kingdom, European Labour Law Journal, XX (X), 332-346. <https://journals.sagepub.com/toc/ella/11/3> (Erisim Tarihi: 31.03.2021).
 - MOZARD, Nicolas: Covid-19 and Labour Law: France, Italian Labour Law e-Journal, V.13, NO.1, 2020, Special Issue: Covid-19 And Labour Law, Global review (<https://illej.unibo.it/article/view/10782/11108>)(<https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/10782>) (Erişim Tarihi, 07.04.2021).
 - NAZLI, Seçkin: Covid-19 Salgınının Ekonomik ve Sosyal Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanunun İş Hukukuna Yönelik Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, s.1, 2020, 251-271 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1191099>).
 - NOVITZ, Tonia: Covid-19 and Labour law: United Kingdom, Italian Labour Law e-Journal, V.13, NO.1, 2020, Special Issue: Covid-19 And Labour Law, Global review <https://illej.unibo.it/article/view/10808/10712>(15.04.2020);<https://illej.unibo.it/article/view/10808/11110>(09.06.2020), <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/10808> (Erişim Tarihi, 07.04.2021).
 - SACHS, Tatiana: Covid-19 and Labour Law in France, European Labour Law Journal, XX (X), 286-291. <https://journals.sagepub.com/toc/ella/11/3> (Erişim Tarihi: 31.03.2021).
 - SAGAN, Adam - SCHÜLLER Christian: Covid-19 and Labour Law in Germany, European Labour Law Journal, XX (X), 292-297. (Erişim Tarihi: 31.03.2021).
 - SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, B.19, İstanbul 2020.
 - SÜZEK, Sarper: İş akdini Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 (Askı).
 - YILDIZ, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmeler Kayıtlar, Ankara 2014.
 - YILDIZ, Gaye Burcu: Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Kolları Açısından Covid-19; https://www.linkedin.com/posts/gaye-burcu-yildiz-74766651_k%C4%B1sa-ve-uzun-vadeli-sigorta-kollar%C4%B1-a%C3%A7%C4%B1s%C4%B1ndan-activity-6660980911666008064-uAdK
 - <https://www.ilo.org/global/topics/corona->

virus/regional-country/country-responses/
lang--en/index.htm#DE

- <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#ES>
- <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#FR>
- <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#GB>
- <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#IT>
- <https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/regional-country/country-responses/lang--en/index.htm#RU>

Dr. Öğr. Üyesi Asiye ŞAHİN EMİR*

Arş. Gör. Büşra KAZMAZ TEPE**

Makale Gönderim Tarihi: 5 Nisan 2021

Makale Kabul Tarihi: 12 Nisan 2021

Gemi Adamının Hizmet Sözleşmesinden Doğan Para Alacaklarının Tahsili

Öz

Gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan para alacaklarının çeşitli takip yolları ile tahsil edilmesi mümkündür. Türk Ticaret Kanunu'nda gemi alacakları arasında gemi adamının gemide çalışması sonucu doğan alacakları özel olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada öncelikle Deniz İş Kanunu anlamında gemi adamı ve işveren kavramları, ardından

gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan para alacakları ile gemi alacaklısı hakkı ele alınacaktır. Son olarak, gemi alacaklısı hakkının gemi adamına sağladığı öncelik ve takip hakkı çerçevesinde gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan para alacaklarının tahsilinde başvurabileceği takip yolları ve ihtiyatî haciz imkânı incelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

Gemi adamı, hizmet sözleşmesi, işçilik alacakları, gemi alacaklısı hakkı, rehnin paraya çevrilmesi.

The Collection of Pecuniary Claims Arising from the Labor Contract of Seafarer

Abstract

It is possible to collect seafarer's pecuniary claims arising from the labor contract through various executive proceedings. Seafarer's pecuniary claims arising from his employment on the vessel are specially regulated among the claims secured by a maritime lien in the Turkish Commercial Code. In this study, first, the concepts of seafarer and employer in the sense of the Maritime Labor Code will be handled. Then,

seafarer's pecuniary claims arising from the labor contract, and maritime lien for seafarer will be examined. Finally, executive proceedings that seafarer can apply to collect his pecuniary claims arising from the labor contract, and opportunity of provisional attachment will be analyzed within the framework of priority and lien right provided by the maritime lien for seafarer.

Keywords:

Seafarer, labor contract, employee claims, maritime lien, enforcement of lien.

*İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, asiye.sahinemir@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9262-3608

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, busrakazmaz2261@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4096-5304

Giriş

Mevzuatımızda Deniz İş Hukukunda işveren karşısında ekonomik yönden zayıf konumda olan gemi adamlarının alacak haklarını korumak amacıyla özel düzenlemeler yapılmıştır. Gemi adamlarının alacak haklarına ilişkin düzenlemeler mevzuatımızda yalnızca 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda¹ (DenişK.) yer almaz. Bu konuda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda² (TTK) gemi adamının gemide çalışmasından doğan gemi alacaklarına ilişkin olarak gemi ve eklentileri üzerinde kanunî rehin hakkı öngörülmüştür. Rehin hakkıyla güvence altına alınan bu alacakların tahsil usûlü de 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu³ (İİK) hükümlerinden yer yer ayrı tutulup Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan deniz icra hukukuna ilişkin özel düzenlemelere tâbi kılınmıştır.

Bu çalışmada, Deniz İş Kanunu'na göre gemi adamı ve işveren kavramları ele alındıktan sonra gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan para alacakları ile bu alacaklar için Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen rehin hakkı incelenip gemi adamının alacaklarının tahsilinde başvurabileceği takip yolları ve ihtiyatî haciz imkânı değerlendirilecektir.

I. Deniz İş Hukukunda İşveren

Deniz İş Kanunu'nda işveren tanımı diğer kanunlardan farklı yapılmıştır⁴. Zira genellikle iş kanunlarında işveren tanımı yapılırken işçi kavramı esas alınmakta, Deniz İş Kanunu'nda yapılan tanımda ise "işçi çalıştırma" unsuru yerine "gemi" dikkate alınmıştır⁵. Deniz İş Kanunu'nun 2. mad-

desinin 1. fıkrasının A bendine göre, gemi sahibine veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimseye "işveren" denir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun⁶ 2. maddesinde, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş işveren olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle öğretide Deniz İş Kanunu'nda yer alan işveren tanımının, bir gemide hizmet akdine dayanarak gemi adamı çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ve tüzel kişiliği olmayan özel veya kamu kurum ve kuruluşları şeklinde değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷.

Deniz İş Kanunu'nda yer alan tanımda her ne kadar bir kişinin işveren olarak kabul edilebilmesi için açıkça işçi (gemi adamı) çalıştırması gerektiğine yer verilmemiş olsa da geminin işletilmesi kavramına gemi adamının çalıştırılması dâhil edilmiştir⁸.

Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, işverenin mutlaka geminin maliki olması gerekmez⁹. İşveren geminin sahibi olabileceği gibi onu işleten kişi de olabilir. İşveren olan gemi sahibi, gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi tüzel kişiliği olmayan kamu veya özel kurum ve kuruluş da olabilir¹⁰.

Mülga 6379 sayılı Deniz İş Kanunu'nun¹¹ yürürlükte olduğu dönemde gemi sahibi denilince ilk akla gelen donatan ve donatma iştiraki idi¹². Kanunda da donatana işveren denileceği ifade

1 RG.: 20.04.1967, S.: 12586.

2 RG.: 14.02.2011, S.: 27846.

3 RG.: 19.6.1967, S.: 2128.

4 Öktem, Sezgi: Deniz İş Hukukunda İşverenin İşe Sağlama Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2001, s. 40.

5 Öktem, s. 40; Yürekli, Sabahattin: "Deniz İş Kanunu'nun Yer İtibariyle Kapsamı", AÜEHFD, C. IX, S.1-2, 2005, s. 614; Bedük, Nusret Mehmet: Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Yayınevi, Bursa 2012, s. 24.

6 RG.: 10.06.2003, S.: 25134.

7 Öktem Songu, Sezgi: "Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 1, S. 3, 2004, s. 838; Kar, Bektaş; Deniz İş Sözleşmesi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül, 2011, S. 23, (Deniz İş Sözleşmesi), s. 47.

8 Öktem, s. 40.

9 Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020, s. 142; Öktem Songu, s. 838; Kar, Bektaş: İcra ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 66-67; Kar, Deniz İş Sözleşmesi, s. 46-47; Bedük, s. 24.

10 Öktem, s. 40, dn. 129.

11 RG.: 20.03.1954, S.: 8663.

12 6379 sayılı Deniz İş Kanunu'nun md.2/1-a hükmüne göre, donatan veya kendisine ait olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla kendi nam ve hesabına işleten kimse işveren sayılır.

edilmişti¹³. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda yer alan işveren kavramı daha geniştir. Bu Kanun bakımından işveren, sadece donatan ve donatma iştiraki ile sınırlı değildir¹⁴. Kanunda işveren tanımlanırken donatan yerine gemi sahibi ifadesine yer verilmiştir. Donatan, Türk Ticaret Kanunu'nda gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi maliki olarak tanımlanmıştır. Bunun yanı sıra Kanunda kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişi, üçüncü kişiler ile olan ilişkilerinde donatan sayılır denilmektedir (TTK md. 1061). Geminin tek bir donatanı olmayabilir. Böyle bir durumda donatma iştirakinin varlığından söz edilir. Türk Ticaret Kanunu'na göre, birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde donatma iştirakinin varlığı söz konusudur (TTK md. 1064). Donatan ve donatma iştiraki, Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesindeki¹⁵ şartları taşıması durumunda bu Kanun anlamında işveren statüsündedir¹⁶. Türk Ticaret Kanunu'ndaki tanımlara göre, donatanın veya donatma iştirakinin gemisini deniz ticaretinde kullanması gerekir¹⁷. Buna karşılık,

ticarî gemilerin yanı sıra, donanmaya bağlı harp gemileri ve yardımcı gemiler¹⁸ dışında eğitim, spor, eğlence gibi amaçlarla kullanılan gemiler de Deniz İş Kanunu kapsamındadır¹⁹. Bu kapsamda, kendisine ait olmayan bir gemiyi ticarî amaç dışında kullanan kişileri de işveren olarak kabul etmek gerekir²⁰. Sonuç olarak, donatan ve donatma iştiraki Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesindeki şartları taşıması durumunda işveren iken, Deniz İş Kanunu anlamında her işverenin donatan veya donatma iştiraki olması gerekmez²¹. Donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmaması nedeniyle müşterek donatanlardan her biri Deniz İş Kanunu anlamında işveren sıfatına sahip oldukları için gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden doğan para alacaklarından sorumlu olmalıdırlar²².

Deniz İş Kanunu anlamında işveren olabilmek için gemi sahibi veya gemiyi işleten kişi olmak yeterli değildir. Bu şartın yanı sıra Kanunda bu kişilerin gemiyi kendi nam ve hesaplarına işletmeleri gerektiği belirtilmiştir²³. Kanunun 2. maddesinin lafzından her ne kadar gemi sahibinin doğrudan doğruya işveren olacağı sonucuna ulaşılsa da başkası tarafından işletilen gemiye sadece malik olmak Deniz İş Kanunu anlamında işveren sayılmayı gerektirmez²⁴.

İşverenin gemide genel olarak bulunmaması nedeniyle onun adına ve hesabına harekete yetkili olan gemi adamının durumu oldukça önemlidir. Bu kişi, işveren vekili statüsündedir. Kanunda kimlerin işveren vekili olarak kabul edileceği düzenlenmiş ve bu kişilerin işveren vekili sıfatı ile gemi adamlarına karşı iş ve işlemlerinden işverenin doğrudan sorumlu olduğu belirtilmiştir (De-

13 Moral, s. 39.

14 Öktem, s. 41; Bedük, s. 25.

15 Deniz İş Kanunu md. 1, "Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akdi ile çalışan gemi adamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır.

Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olduğu veyahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı 5 veya daha fazla bulunduğu takdirde birinci bent hükmü uygulanır.

Bu kanunun uygulanmasında; sandal, mavna, şat, salapurya gibi olanlar da (gemi) sayılır.

Cumhurbaşkanı, ekonomik ve sosyal gerekler bakımından bu kanun hükümlerini yukarıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan gemilerle gemi adamlarına ve bunların işverenlerine kısmen veya tamamen teşmile yetkilidir. (2)

Yukarıdaki bentlerde yazılı gemilerin bu kanun kapsamına alınmaları sebebiyle yapılabilecek itirazlar Çalışma Bakanlığı tarafından incelenerek karara bağlanır. Bu itirazlar kanunun uygulanmasını durduramaz."

16 Kar, s. 67.

17 Kar, s. 67.

18 Kişilerin iş sözleşmesi ile değil yasal bir zorunluluğa dayanarak çalıştırıldığı harp gemileri Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanına girmemektedir. Bkz. Süzek, s. 219.

19 Süzek, s. 219; Öktem, s. 41; Kar, s. 67.

20 Öktem Songu, s. 838.

21 Öktem, s. 41.

22 Güzel, Ali: "Gemi Adamının Kıdem Tazminatından Sorumluluk", Karar İncelemesi, İHU, Deniz İş Kanunu (No.1); Bedük, s. 25

23 Ulucan, s. 23; Öktem, s. 42.

24 Aydemir, Murteza: Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili, Alt İşveren Kavramları, Türkiye Metal Sanayiciler Sendikası, İstanbul 1993, s. 25; Öktem, s. 42.

nışK. md. 2/2). Kanundaki düzenlemeye göre, kaptan²⁵ veya işveren adına ve hesabına harekete yetkili olan kişi işveren vekilidir (DenişK. md. 2/1-Ç). Kaptan, çoğu zaman işveren adına ve hesabına harekete yetkili olması nedeniyle işveren vekilidir. Bununla birlikte, kaptanın işveren sıfatını haiz olması da mümkündür. Kaptan olan kişi aynı zamanda iş sözleşmesinin tarafı olan donatan ise kaptanın işveren sıfatına sahip olduğu söylenebilir²⁶.

II. Deniz İş Hukukunda İşçi: Gemi Adamı

4857 sayılı İş Kanunu'nda²⁷ işçi kavramının 854 sayılı Deniz İş Kanunu'ndaki karşılığını gemi adamı oluşturmaktadır²⁸. DenişK. md. 2. hükmüne göre, bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere gemi adamı denir. Denizde yapılan işin göstermiş olduğu özellikler nedeniyle genel düzenlemelerin yeterince karşılık vermemesi sonucunda özel bir kanun olan Deniz İş Kanunu kapsamına alınan gemi adamlarının işçi oldukları konusunda şüphe bulunmamaktadır²⁹. Kanunda sözü edilen diğer kimselerden geminin sevk ve idaresi dışında işverenin istihdam ettiği aşçı, garson, ka-

marot, doktor, müzisyen, temizlikçi gibi kişilerin anlaşılması gerekir. Bu kişiler de Deniz İş Kanunu anlamında işçi niteliği taşırlar³⁰.

Deniz İş Kanunu dışında Türk Ticaret Kanunu'nda da kimlere gemi adamı denileceğine yer verilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 934. maddesine göre, kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişiler³¹ gemi adamıdır. Gemi adamları ve Kılavuz Kaptanları Yönetmeliği'ne³² (GKKY) göre de geminin kaptanı, zabiti, yardımcı zabiti, stajyeri, tayfası ve yardımcı hizmet personeli gemi adamını ifade eder (GKKY md. 3/1-s). Deniz İş Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan gemi adamı kavramı birlikte değerlendirildiğinde; gemi adamı kavramının sadece gemi üzerinde istihdam edilen kişilere ait olduğu, bağlama limanında donatanın gemi işletmesinde çalışanların gemi adamı olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır³³. Çalışan kişinin yaptığı işin kamu hizmeti olması gemi adamı sayılmasını engellemez. Ancak unutulmalıdır ki, bir kişinin gemi adamı olarak kabul edilmesi için hizmet sözleşmesine bağlı olarak çalışması gerekir. Bu nedenle harp gemilerinde çalışanlar belli bir yükümlülüğü yerine getirdikleri için gemi adamı sayılmazlar³⁴.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 180 sayılı Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri ve Geminin İşletilmesi Hakkında Konvansiyonu'nun 2/d maddesinde de gemi adamının, bu sözleşmenin uygulandığı gemilerde belirli bir kapasite ile is-

25 YHGK 14.01.1981, 1979/293 E., 1981/11 K., www.legalbank.com, (E.T.: 21.01.2021). "Kaptanın diğer (gemi adamları)na karşı işveren (donatanın) vekili halinde girmesi, bu ilişkinin mevcut olmadığı hallerde kendisini (gemi adamı) sayılmasını gerektirmez; kaptanın işveren vekilliği sıfatı sınırlıdır. Kaptanın bu (ek sıfatı), kendisinin lehine olan ve (Deniş İş Kanunu)'ndan doğan haklarından mahrum kalması sonucunu asla doğurmaz. Bunun aksine bir tefsir şekli, kanun koyucunun amacına aykırı düşer."

26 Sevimli, s. 75; Bedük, s. 15.

27 RG.:10.06.2003, S.: 25134.

28 Sevimli, K. Ahmet: İş Hukukunda Kaptan, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 1999, s. 16.

29 Ulucan, Devrim: Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler (Sendikal Eğitim Elkitabı), Türkiye Denizciler Sendikası, İstanbul 1986, s. 13; Ekonomi, Münir: İş Hukuku Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İTÜ Makine Fakültesi Ofset Atölyesi, İstanbul 1987, s. 40; Ergin, Berrin: "Deniz İş Hukukunda Gemi Adamlarının Hizmet Akdinin Haklı Nedenle Fesih Sebepleri, İş Hukuku Dergisi, C. 1, S. 14, 1991, s. 558; Sevimli, s. 17; Kar, Deniz İş Sözleşmesi, s. 46.

30 Süzek, s. 135; Kar, s. 59; Kar, Deniz İş Sözleşmesi, s. 46; Bedük, s. 21.

31 YHGK 07.12.1966, 1965/818 E., 1966/311 K. sayılı kararına göre, "Yolcu gemilerindeki aşçıbaşı, garson, şef garson, kamarot, müzisyen, berber, kadın ve erkek çamaşırcılar, ütücü ve temizleyiciler, balıkçı gemilerindeki balıkçılar, gemide istihdam edilen diğer kimseler grubuna girerler." Ankara Barosu Dergisi, Y. 1968, S.1, s. 96 vd.

32 RG.: 10.08.2018, S.: 30328.

33 İzveren, Adil: Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1960, s. 107.

34 Odaman, Serkan: İşçinin Haklı Sebep Fesih Hakkı, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezi Yayın No:16, Ankara, 2000, s. 6; Moral, Duygu: Gemia damlarının Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi: Bir İnceleme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010, s. 47.

tihdam edilen, milli yasa, tüzük veya toplu sözleşmelerle tanımlanan kişiler olduğu ifade edilmiştir.

Gemi adamı, gemide³⁵ çalışan işçidir³⁶. Gemi adamı bir hizmet akdine bağlı olarak işverenin emir ve talimatları doğrultusunda bağımlı bir şekilde iş görmekte ve karşılığında ücret almaktadır. Hizmet akdine istinaden gemide hizmet gören gemi adamlarının gemiye bağlı olup gemi hizmetinde çalışan kişilerin oluşturduğu organizasyona dâhil olmaları gerekir³⁷.

Sonuç olarak tüm bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, gemi adamı kavramının sadece gemi üzerinde istihdam edilen kişileri kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır³⁸. Bu kapsamda karada (bağlama limanında) donatanın gemi işletmesinde çalışan işletme müdürü, mühendis gibi kişilerin gemi adamı olarak nitelendirilemeyeceğini söylemek mümkündür³⁹.

Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, salt gemi adamı olmak Deniz İş Kanunu kapsamında olmayı gerektirmez. Diğer bir ifade ile her gemi adamı hakkında Deniz İş Kanunu hükümleri uygulama alanı bulmaz. Gemi adamının 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında olabilmesi için Kanunun 1. maddesi kapsamında işleten veya gemi sahibi olan işverene ait bir gemi işyerinde ve deniz taşımacılığında çalışan bir kişi olması gerekir⁴⁰.

Gemi adamları görev ve statülerine göre gruplara ayrılmıştır. Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde yer alan tanıma göre, gemiyi sevk ve idare eden kimseye ya da zorunlu sebeplerle görevi başında bulunmaması

hâlinde ona vekâlet eden kimseye "kaptan" denir. Kaptanın her durumda gemi adamı olduğunu söylemek yanlıştır. Kaptan geminin sahibi ya da gemiyi işleten kişi ise işveren sıfatını haizdir⁴¹. Bunun dışında kaptanın gemi adamı olduğu durumlarda işçi olarak nitelendirilmesi gerekir. Zabit, Deniz İş Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmamıştır. 2018 tarihli Gemi adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nde de genel bir zabit tanımına yer verilmemiş olmasına rağmen tek tek sınırlı vardiya zabiti, vardiya zabiti, birinci zabit gibi zabit sayılan kişilere ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Zabit, kaptana gemide yardımcı olan kişidir⁴². Tayfa da zabit gibi Deniz İş Kanunu'nda tanımlanmış değildir. 2018 tarihli Yönetmelikte geminin güverte, makine ve kamara bölümlerinde çalışan ve gemi kaptanı, gemi zabiti, yardımcı zabitler ve stajyerler dışında kalan gemi adamlarının tayfa olduğu belirtilmiştir (GKYY md. 3/1-tt). Kanunda gemi adamı olduğu ifade edilen diğer kimseler ise gemicilik tekniği ile ilgili olmayan işleri ifa eden kişilerdir⁴³. Aşçı, kamarot, müzisyen, bu kişilere örnek olarak verilebilir⁴⁴.

III. Gemi Adamının Hizmet Sözleşmesinden Doğan Para Alacakları

A. Genel Olarak

Gemi adamı hizmet sözleşmesi ile çalışmaktadır⁴⁵. Bu sözleşme gereğince işverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görme borcunu ifa eder ve bunun karşılığında ücrete hak kazanır. Ücret, iş sözleşmesinin en temel unsurlarından biridir. Gemi adamının ücreti, zaman ve sefer

35 Gemi kavramı için bkz., Sevimli, s. 43-48; Öktem, s. 12-25.

36 Ulucan, s. 19. "854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesi ile Gemi adamları Yönetmeliği'ne göre gemide hizmet (iş) akdiyle çalışan temizlik personelinin gemi adamı sayılacağına ilişkin kabulü yerindedir." Bkz., Yarg. 9. HD., 19.12.2018, 2018/4412 E., 2018/23594 K., www.legalbank.com, (E.T.: 25.01.2021).

37 Çağa, Tahir: Deniz Ticaret Hukuku I., 10. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1995, s. 108; Öktem, s. 29.

38 Öktem, s. 28.

39 İşveren, s. 107; Öktem, s. 29

40 Yarg. 9. HD., 12.12.2014, 2014/27838 E., 2014/38232 K., www.legalbank.com, (E.T.: 24.02.2021).

41 Öktem, s. 32, dn. 98.

42 Kar, s. 58; Öktem, s. 35.

43 Kender, Rayegan: Deniz İş Hukukunda İşveren, İşveren Vekili, Kaptan ve Gemi Adamı Kavramları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1984 Yılı Konferansları, İstanbul 1985, s. 152; Öktem, s. 35; Öktem Songu, s. 841.

44 Kar, s. 59.

45 Kar, s. 94; Kar, Deniz İş Sözleşmesi, s. 46; Bedük, s. 91-117.

üzerine ya da navlun veya kazançtan pay alma şeklinde ödenebilir⁴⁶. DenizK. md. 29'da ücret, gemi adamına işi karşılığında işveren veya işveren vekili tarafından ödenen prim, ikramiye veya bu nitelikteki her çeşit istihkak şeklinde tanımlanmıştır.

Gemi adamı, hizmet sözleşmesi ile çalışmasının sonucunda ve Deniz İş Kanunu'nda belirtilen şartları sağlaması halinde genel tatil, hafta tatili, fazla çalışma ve yıllık izin ücreti hakkına sahip olur. Ayrıca gemi adamının iş sözleşmesinin feshi durumunda ihbar tazminatına ve kıdem tazminatına hak kazanması da gündeme gelebilir. Bunların yanı sıra hizmet sözleşmesi ile çalışan gemi adamı işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davranması durumunda uğradığı zararların işveren tarafından giderilmesini isteyebilir. Örneğin, işverenin bu borca aykırı davranması sonucu iş kazasına uğrayan gemi adamı kaza sonucunda ortaya çıkan maddi ve manevi zararlarını işverenden talep edebilir.

B. Gemi Adamının Gemi Alacaklısı Hakkı

Gemi alacaklısı hakkı veren alacaklar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1320. maddesinin 1. fıkrasında bentler halinde tahdidî (*numerus clausus*) olarak belirtilmiştir⁴⁷. TTK md. 1320/1/a hükmüne göre, ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katkı payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek olan ücret ve diğer tutarlara ilişkin talepler gemi alacaklısı hakkı bahşeden gemi alacağı niteliğindedir⁴⁸. Bu bağlamda prim, bahşiş, işin sonucundan pay, aracılık ücreti, ikramiye gibi müesseseler ve diğer ücret ekleri Türk Ticaret Kanunu'nun 1320. maddesinin 1. fıkrasının a bendi

hükümdeki "ücret" kavramına dâhildir⁴⁹. Ücretin belirlenme ve ödenme şekli gemi alacağı olarak nitelendirilmesinde etkili değildir. Bentte yer alan "diğer tutarlar" ifadesinden gemi adamının işveren ile arasındaki iş ilişkisi sonucunda ücret dışında hak kazandığı alacaklar anlaşılmalıdır⁵⁰. Bu kapsamda gemi adamına iş sözleşmesi gereği işveren tarafından ödenmesi gereken meblağların ücret ve diğer tutarlar içinde değerlendirilmesi gerekir⁵¹.

Sonuç olarak, Kanundaki ifadeden de anlaşılacağı üzere, ücret başta olmak üzere gemi adamının gemide hizmet sözleşmesi ile çalışmasından doğan para alacakları Türk Ticaret Kanunu uyarınca gemi adamına gemi alacaklısı hakkı verir⁵². Bu nedenle de gemi adamının ücreti (DenizK. md. 29)⁵³ dışında hafta tatili ücreti (DenizK. md. 42), genel tatil ücreti (DenizK. md. 43), fazla çalışma ücreti (DenizK. md. 28) ve yıllık izin ücreti (DenizK. md. 40)⁵⁴ ile ihbar tazminatı (DenizK.

49 Çağa, Tahir/Kender, Rayegan/Budak, Ali Cem: Deniz Ticareti Hukuku, C. III, Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2005, s. 30; Atamer, Kerim: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebrî İcra, Arıkan, İstanbul 2006, s. 186.

50 Herber, Rolf: Seehandelsrecht, 2. Aufl., Hamburg 2015, s. 122'den aktaran, Aksoy, Sami: "Gemi Adamının Manevî Tazminat Alacağı Gemi Alacaklısı Hakkı Bahşeder Mi?" Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, 2019, s. 122. Gemi Alacakları ve Gemi İpotekleri Hakkında Uluslararası Sözleşme'nin 4. maddesi gereğince ücret ve diğer tutarların gemi alacağı olarak kabul edilebilmesi için bunların gemi adamının gemide çalışması nedeniyle doğmuş olması gerekir. Bkz., Süzel, s. 215.

51 Bkz., Atamer, s. 186; Süzel, s. 215.

52 Türk Ticaret Kanunu'nda geçen "gemi alacağı", "gemi alacaklısı hakkı" ve "deniz alacağı" kavramları farklı anlamları haiz, karıştırılmaya müsait, üç farklı kavramdır. "Gemi alacağı" kavramı ile TTK md. 1320'de bentler hâlinde sayılan alacaklar ifade edilir. Gemi alacakları "gemi alacaklısı hakkı" ile güvence altına alınmıştır. Diğer bir ifadeyle "gemi alacağı" kavramıyla alacağın kendisi (şahsî talep) kastedilirken, "gemi alacaklısı hakkı" kavramıyla ise gemi alacağını temin eden kanunî rehin hakkı (aynî talep) kastedilir. "Deniz alacağı" kavramı ise bu iki kavramdan tamamen farklı olup TTK md. 1352'de bentler hâlinde sayılan, sahibine geminin ihtiyaten haczini talep edebilme imkânı tanıyan alacakları ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, s. 175-176, 207-208.

53 Yarg. 9. HD. 28.11.2005, 2005/9585 E., 2005/37259 K., <https://legalbank>, (E.T.: 01.03.2021).

54 Yarg. 11. HD, 26/03/2002, 2001/10911 E., 2002/2775 K., <https://legalbank>, (E.T.: 05.03.2021).

46 Ulutaş, Yusuf: Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 44.

47 Atamer, s. 184.

48 Bu hüküm, Gemi Alacakları ve Gemi İpotekleri Hakkında Uluslararası Sözleşme'nin 4.maddesinden alınmıştır.

md.16/1/D)⁵⁵ ve kıdem tazminatı (DenişK. md. 20)⁵⁶ da gemi alacağı kapsamındadır.

Türk Ticaret Kanunu md. 1320/1/b hükmünde geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacakların da gemi alacağı niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Hükümde yaralanan ya da ölen kişinin sıfatına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır⁵⁷. Bu düzenleme nedeniyle öğretide gemi adamının meslek hastalığı ya da iş kazası sonucunda yaralanması ve ölmesi söz konusu hüküm kapsamında değerlendirilmiştir⁵⁸. Bu bağlamda, gemi adamının çalışma gücünün kaybindan doğan zararlar, ülkesine getirilme ve tedavi masrafları ile manevi tazminat alacağının gemi alacağı niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Gemi adamının ölümü hâlinde ise hak sahipleri destekten yoksun kalma ve manevi tazminat tutarında gemi alacağına sahip olur⁵⁹. Bu kapsamda belirtmek isteriz ki, Kanunun md. 1320/1/a hükmünün geniş ve dar yorumlanması hususu önemlidir. Zira genişletici yorum yapılırsa işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davranması sonucunda gemi adamının uğradığı zararların tazmin talebi Kanunun md. 1320/1/a hükmüne göre gemi alacağı olarak değerlendirilir. TTK md. 1320/1/a hükmü dar yorumlandığı

da ise gemi adamının tazminat talepleri Kanunun md. 1320/1/b hükmü kapsamına girer. Buna göre, gemi adamının işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırı davranması sonucunda doğan can kaybı veya diğer bedensel zararlara ilişkin talepleri her halükârda gemi alacağı olarak nitelendirilir. Ancak, bu nitelendirmenin a bendine ya da b bendine dayanılarak yapılması sadece teorik bir tartışma olmayıp bu tartışmanın pratik önemi vardır. Bu önem kendini paraların paylaşılması aşamasında gösterir. Şöyle ki, aşağıda ayrıntılı olarak belirtileceği üzere, gemi ve eklentilerinin paraya çevrilmesinden sonra elde edilen tutar tüm alacakları karşılamaya yetmiyorsa alacaklar arasında bir sıralama yapılması gerekir⁶⁰. Gemi alacaklarının nasıl sıralanacağını öngören hüküm gereği, TTK md. 1320/1/a bendine giren alacaklar tamamen ödenmeden TTK md. 1320/1/b bendine giren alacakların ödenmesine geçilemez (TTK md. 1324).

Kanunun md. 1320/1/b hükmünün lafzından geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacakların gemi alacağı olduğu belirtildiği için ölüm ve yaralanma sonucunda ortaya çıkan manevi tazminat alacağının gemi alacağı olarak kabul edildiği, buna karşılık bedensel zarara dayanmayan ancak işverenin koruma ve gözetme borcuna aykırılık nedeniyle doğan manevi tazminat alacağının gemi alacağı olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır⁶¹. Kanaatimizce öğretide de isabetli bir şekilde belirtildiği gibi gemi adamı

55 Yarg. 9. HD. 23.06.2003, 2003/917 E., 2003/11744 K., <https://legalbank>, (E.T.: 01.03.2021) sayılı kararında gemi adamı olarak çalışan davacı, hizmet akdinin işveren tarafından haksız feshedilmesi nedeniyle ihbar tazminatı, ikramiye ve yıllık ücretli izin alacaklarının hüküm altına alınması ile birlikte gemi alacaklısı olarak gemi üzerinde "Kanuni Rehin Hakkı'nın" tanınmasını talep etmiştir. Yargıtay gemi adamı olan davacının, işçi alacaklarını hüküm altına alınması gerektiğine ve Türk Ticaret Kanunu'nun 1235/3 ve 1239. maddeleri uyarınca gemi alacaklısı hakkına sahip olduğuna karar vermiştir.

56 Çağa/Kender/Budak, s. 30; Atamer, s. 186; Süzel, Cüneyt: Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni Türk Ticaret Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 216-218; Yarg. 9 HD. 23.01.2007, 2007/93 E., 2007/633 K., <https://legalbank>, (E.T.: 04.03.2021).

57 Aksoy, s. 123.

58 Süzel, s. 225; Aksoy, s. 214.

59 Yarg 11. HD, 22.12.2015, 2015/973 E., 2015/13766 K., <https://lib.kazanci.com.t> (E.T.: 09.03.2021).

60 Bkz. aşa. IV, B, 4, c, cc.

61 "Dava, manevi tazminat açısından gemi alacaklısı hakkına sahip olduklarından bahisle davalılar hakkında ihtiyati haciz talebine ilişkindir. Bu açıdan gemi alacaklısı hakkı, gemi adamlarına gemide çalışmaları karşılığında ödenecek ücret ve diğer tutarlara ilişkin alacaklara dairdir. Burada kastedilen ücret; hizmet sözleşmesi kapsamında işçilik ücret ve diğer tutar olarak kıdem ve ihbar tazminatı gibi ödemelerdir. Bu sebeple manevi tazminat alacağının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğinden, ilk derece mahkemesince ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmesi yerinde görülmüştür." (İstanbul BAM, 29. HD., 31.05.2018, 2018/1743 E., 2018/850 K. <https://legalbank>, (E.T.: 06.03.2021)). Kararın değerlendirilmesi için bkz., Aksoy, s. 115-128.

nın korunması amacıyla hükmün genişletici yorumundan gemi adamının herhangi bir bedensel zarara dayanmayan, ancak işverenin koruma ve gözetme borcuna aykırılığı nedeniyle doğan manevi tazminat alacağı da gemi alacağı olarak nitelendirilmelidir⁶². Bu kapsamda gemi adamının işveren tarafından gemide (işyerinde) psikolojik tacize (mobbing) maruz kalması durumunda hak kazandığı manevi tazminat hakkının da gemi alacağı olarak kabul edilmesi gerekir⁶³.

Gemi alacağı sahibine gemi alacaklısı hakkı verir. Gemi alacaklısı hakkı, anaparayı temin ettiği gibi faiz ile takip ve yargılama giderlerini de temin eder (TTK md. 1322). Gemi adamına bu şekilde bir güvence sağlanmasındaki amacın donatanın kara servetine başvurmanın her zaman kolay olmaması ve sosyal saikler ile gemi adamını koruma altına almak olduğu söylenebilir⁶⁴.

Türk Ticaret Kanunu md. 1320/1/a hükmünde belirtilen gemi alacaklısı hakkının sahibi gemi adamlarıdır⁶⁵. Ancak buradaki gemi alacağının bir üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumunda gemi alacaklısı hakkı da borcu ödeyen üçüncü kişiye geçer (TTK md. 1325). Örneğin; gemi adamlarının ücret alacağı geminin kaptanı tarafından ödenirse gemi adamlarının sahip olduğu gemi alacaklısı hakkı gemi adamı olan gemi kaptanına geçmiş olur⁶⁶.

Türk Ticaret Kanunu md. 1320/1'de gemi alacaklısı hakkının borçluları açıkça sayılmış, geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletmine karşı doğmuş olan alacakların, sahiplerine gemi alacaklısı hakkı vereceği belirtilmiştir⁶⁷. İnceleme konumuz açısından gemi adamlarına gemi alacaklısı hakkı veren temel hukukî ilişki hizmet sözleşmesidir. Bu sözleşmenin tarafları gemi adamı ve işverendir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu gemi sahibini veya gemiyi işleten kişiyi işveren olarak nitelendirmiştir⁶⁸. Bu durumda Deniz İş Kanunu ile belirlenen işveren kavramının TTK md. 1320/1'de belirtilen gemi alacaklısı hakkının borçluları arasında yer aldığı açıkça görülmektedir. Burada geminin kiralınması durumunu ayrıca incelemek gerekir. TTK md. 1119'a göre, kiraya veren kira sözleşmesi ile sadece geminin kullanımını kiracıya devretmişse (çıplak gemi kirası-*bareboat charter*) kiracı kendi gemi adamlarına sahiptir ve bu gemi adamlarıyla olan ilişkisinde işveren olarak kiracı yer alır (TTK md. 1127/1/c. 1). Kiraya verenin kiracıya ait olan gemi adamlarının çalıştırılması nedeniyle borç ve yükümlülüğü bulunmaz. Ancak kiraya veren, gemi ile birlikte gemi adamlarını da kiracının emrine verirse gemi adamlarının çalıştırılmasından doğan bütün borç ve yükümlülüklerden kiracı ile birlikte ve müteselsilen sorumlu olur (TTK md. 1127/1/c. 2). Bu durumda kiraya veren TTK md. 1320/1'de sayılan borçlulardan biri olarak nitelendirilebiliyorsa kiracı ile birlikte gemi alacaklısı hakkının borçlusu olur.

Gemi alacaklısı hakkı, sahibine doğrudan kandan doğan bir rehin hakkı tanımaktadır⁶⁹. Rehlin hakkının tesisi tescile bağlı olmadığı gibi aslında bu hakkın gemi siciline tescili de mümkün değildir⁷⁰. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 1320.

62 Aksoy, s. 127-128.

63 Mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 1235. maddesinde gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacakları gemi alacağı olarak belirtildiği için işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcuna aykırılık sonucu meydana gelen salt manevi tazminat alacaklarının gemi alacağı olarak kabul edilmesi mümkündür. Bkz. Aksoy, s. 128.

64 Türkel, Doğuş Taylan: Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi, Güncel Hukuk Yayınları, 2008, s. 4; Kula Değirmenci, Nil: "Türk Ticaret Kanunu Uygulamalarında Gemi Alacaklısı Hakkının Bir Unsuru Olarak Hakkın Sahibi" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 252.

65 Donatanın kara işletmesinde çalışan mühendis, işletme müdürü, istifçi gibi kişiler gemi adamı sayılmadığı için bu kişilerin iş sözleşmesinden doğan ücret alacakları gemi alacağı olarak kabul edilmeyecektir. Bkz., Süzel, s. 210.

66 Günay, M. Barış: Türk ve Anglo Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 95.

67 Malik, kiracı, yönetici ve işleten kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, s. 150-159.

68 Bkz. yuk. I.

69 Çağa/Kender/Budak, s. 5; Kalpsüz, Turgut: Gemi Rehni, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2001, s. 12; Atamer, s. 199; Türkel, s. 9; Kula Değirmenci, s. 249.

70 Kalpsüz, s. 12; Kula Değirmenci, s. 255; Kaner, İnci: "Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi Alacağı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18,

maddesinin 1. fıkrasının a ilâ e bentlerinde sayılan alacaklar için tanınan bu kanunî rehin hakkı, gemi üzerinde ister tescil edilmiş olsun isterse olmasın, diğer akdî veya kanunî rehin haklarından ve aynî yükümlülüklerden önce gelir (TTK md. 1323/1). Gemi alacaklısı hakkının sahip olduğu bu öncelik mutlak olup gemi üzerindeki diğer aynî hakların daha önceden kurulmuş olması, gemi alacaklısı hakkının öncelikli olma niteliğini etkilemez⁷¹. Buna göre gemi adamları, gemide çalıştırılmaları nedeniyle sahip oldukları alacak hakkının tahsilinde nispeten öncelikli bir aynî güvenceye sahiptirler. Gemi adamlarının sahip olduğu bu öncelik hakkı, kural olarak diğer gemi alacağı sahipleri bakımından da geçerlidir. Şöyle ki, TTK md. 1324/1 gereği, gemi adamı alacakları gemi alacakları arasında yapılacak sıralamada ilk sırada yer alır. Buna göre, gemi alacağına sahip olan gemi adamları alacaklarını almadan diğer gemi alacağı sahipleri alacaklarını alamazlar. Kural böyle olmakla birlikte, gemi alacakları arasında yer alan geminin kurtarılmasına ilişkin ücret, gemi adamının alacağından sonra doğmuş ise sıralamada gemi adamı alacağının önüne geçer (TTK md. 1320/1/c, TTK md. 1324/2). Kurtarma ücretleri bakımından sonra doğanın önceliği benimsenmiştir. Kurtarma ücreti için öngörülen bu istisnâ durum dışında gemi adamları gemi alacaklısı hakkına sahip diğer alacaklılar bakımından da öncelik hakkına sahiptir.

Gemi adamları Türk Ticaret Kanunu tarafından kendilerine sağlanan bu aynî güvence ile alacaklarını, gemi ve eklentilerini İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre paraya çevirerek tahsil edebilirler. Kanunda rehnin kapsamına sadece gemi ve eklentilerinin girdiği belirtilmiştir⁷² (TTK md. 1321/1). Bu sebeple, buradaki rehin hakkı tesli-

me bağlı olmayan taşınır rehni niteliğindedir⁷³. Gemi adamları kanunî rehin haklarına dayanarak gemiyi cebri icra yoluyla paraya çevirmek istediklerinde, bu haklarını gemiye zilyet olan herkese karşı ileri sürebilirler (TTK md. 1321/5). Gemiye zilyet olan kişi, gemi adamının işvereni niteliğini taşımasa da gemi adamlarının sahip olduğu gemi alacaklısı hakkının aynî niteliği sebebiyle geminin cebri icraya konmasına katlanmakla yükümlüdür⁷⁴.

Sonuç olarak, gemi adamlarının gemide çalışmaları nedeniyle doğan alacak haklarının gemi alacağı niteliğinde olması, gemi adamlarına gemiye zilyet olan herkese karşı ileri sürebilecekleri, gemi ve eklentilerini paraya çevirebilecekleri *takip hakkı* sağladığı gibi alacaklarını elde etmede diğer alacaklılara göre öncelik hakkı da verir. İşçi, alacağını hüküm altına alıp sonrasında icra takibi başlatmak ya da doğrudan icra takibi başlatarak işverenin malvarlığına haciz koydurmak istediğinde kötüniyetli işveren, tahsil imkânını ortadan kaldırmak için süreci uzatma ve mal kaçırma yöntemlerine başvurabilmektedir. Hâlbuki gemi adamları gemi alacaklısı hakkının sağladığı takip ve öncelik hakkı sayesinde alacaklarının tahsilinde önemli bir avantajı elinde bulundurur.

Gemi alacaklılarına tanınan gemi alacaklısı hakkı (kanunî rehin hakkı) için bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür (TTK md. 1326/1). Bu bir yıllık süre, gemi adamları için gemi adamının gemiden ayrılma tarihinde işlemeye başlar (TTK md. 1326/1/a). Öğretide bu şekilde kısa bir sürenin

73 Taşınır eşya üzerinde rehin, kural olarak teslimine bağlı olarak gerçekleşir. Buna göre rehnedilen eşyanın zilyetliğinin devri gerçekleşmedikçe rehin hakkı doğmaz. Ancak hayvan rehni, gemi ipoteği, maden rehni, ticarî işletme rehni gibi istisnâ hallerde teslimine bağlı olmayan taşınır rehni öngörülmüştür. Teslime bağlı olmayan rehin hakkının doğabilmesi rehnedilen eşyanın zilyetliğinin devrine bağlı değildir (Bkz. Öztan, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 40. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 939 vd.). Gemi alacaklısı hakkının sağladığı rehin hakkının da teslimine bağlı olmayan kanunî bir rehin hakkı olması sebebiyle rehin hakkının doğması için geminin zilyetliğinin devri gerekmez. Bu sebeple rehin hakkı sahibinin gemi üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunmaz.

74 Atamer, s. 202; Kaner, s. 487; Bedük, s. 136.

S. 2, s. 487.

71 Kalpsüz, s. 13.

72 Mülga Türk Ticaret Kanunu'nda gemi ve eklentileriyle birlikte rehnin kapsamına navlun ve surrogatlar da dâhildi (Mülga TTK md. 1242). 6102 sayılı TTK ile rehnin kapsamı daraltılarak, gemi alacaklısına sadece gemi ve eklentileri üzerinde kanunî rehin hakkı tanınmıştır (TTK md. 1321/1).

öngörülmesinin sebebi olarak, gemi üzerindeki aynî sınırlamaların uzun süre devam etmesinin engellenmesi ve bunların bir an önce tasfiye edilmesinin sağlanması olduğu ifade edilmektedir⁷⁵. Ancak bir yıllık hak düşürücü süre dolmadan geminin ihtiyatî haczi istenir ve geminin cebri icra yoluyla satışı gerçekleşirse gemi alacaklısı hakkı korunur. Geminin ihtiyatî haczinin hukuken mümkün olmadığı zaman aralığı ise bir yıllık sürenin hesabında dikkate alınmaz⁷⁶. Bu istisnai durum dışında hak düşürücü sürenin durması ya da kesilmesi mümkün değildir (TTK md.1326/3).

Gemi alacaklısı hakkı (kanunî rehin hakkı) için öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin, bu hakkı bahşeden gemi alacağı (gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan para alacakları) için de bir zamanaşımı süresi olarak uygulanacağı belirtilmiştir (TTK md. 1327). Ancak mülga Türk Ticaret Kanunu'ndan⁷⁷ farklı olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda özel hükümler saklı tutulmuştur⁷⁸. Madde gerekçesinde ise deniz iş ve sosyal güvenlik mevzuatındaki özel hükümlerin saklı tutulduğu ifade edilmiştir. Deniz İş Kanunu'nda zamanaşımına ilişkin özel bir hüküm yer almasa da Deniz İş Kanunu hükümleri, gemi adamına daha elverişli hak ve menfaat sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara hanel getirmeyeceğinden (DenişK. md. 48) gemi adamının ücret alacağı

için beş yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür⁷⁹. Buna göre, gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden doğan ve gemi alacağı niteliğinde olan talepleri (şahsî talep) için iş hukukundaki genel zamanaşımı süreleri uygulanır. Ancak gemi adamının gemi alacağı için tanınan gemi alacaklısı hakkı (kanunî rehin hakkı/aynî talep) ise bir yıllık hak düşürücü süreye tâbidir.

IV. Gemi Adamının Hizmet Sözleşmesinden Doğan Para Alacakları İçin Başvurabileceği Takip Yolları

A. Genel Olarak

İcra ve İflâs Kanunu'nun 45. maddesine göre, alacağı rehinle temin edilmiş bir alacaklı takip başlatmak isterse kural olarak, önce rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yoluna başvurmak zorundadır. Önce rehne başvurma zorunluluğu olarak ifade edilen bu kurala göre, alacaklı ilâmlı icra yoluna başvuramayacağı gibi borçlu aleyhine genel haciz yoluyla ya da borçlu iflâsa tâbi kişilerden ise iflâs yoluyla da takip yapamaz. Aksi durumda borçlu, süresiz şikâyet yoluna başvuru- labilir⁸⁰.

Gemi ve eklentileri üzerinde kanunî rehin hakkına sahip olan gemi alacaklıları, bu rehlin teslimine bağlı olmayan bir taşınır rehni olması sebebiyle taşınır rehminin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilirler (TTK md. 1380; İİK md. 153/a/1, md. 145 vd.). Bu hüküm, Türk ve yabancı bayraklı tüm gemiler için geçerlidir (TTK md. 1380). Kural, önce rehne başvurma zorunluluğu olsa da bu ku-

75 Çağa/Kender/Budak, s. 88, 89.

76 6102 sayılı TTK ile birlikte geminin ihtiyatî haczi büyük önem kazanmıştır. Bkz. aşa. V.

77 RG.: 09.07.1956, S.: 9353.

78 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'nun madde 1260 hükmü 6102 sayılı TTK'dan farklı olarak özel hükümleri saklı tutmadığı için Yargıtay o dönemde zamanaşımı kurallarını uygularken gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan hakkını talep ederken gemi alacaklısı hakkına dayanıp dayanmadığına göre bir ayırım yapıyordu. Bu ayırma göre gemi adamı, alacağını talep ederken gemi alacaklısı hakkına ve TTK hükümlerine dayanmış ise gemi adamının şahsî talep hakkı mülga TTK md. 1260 hükmünde belirtilen zamanaşımı süresine tâbiydi. Ancak gemi adamı gemi alacaklısı hakkına dayanmaksızın doğrudan hizmet sözleşmesine dayanarak alacağını talep etmişse genel zamanaşımı süreleri uygulanıyordu. (Bkz. Yarg. 9. H.D. 23.01.2007, 2007/93 E., 2007/633 K.; Yarg. 9.H.D., 27.12.2012, 2012/34458 E., 2012/44526 K., www.legalbank.net, (E.T.:8.3.2020)).

79 Bedük, s. 134.

80 Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2013, s. 985, 986; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 311; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 428; Türkel, s. 21-25.

rala çeşitli istisnalar getirilmiştir⁸¹. Bu istisnalardan biri ise TTK md. 1378'de düzenlenmiştir. TTK md. 1378'e göre, gemi üzerinde akdî veya kanunî rehin hakkı olan alacaklı, önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurma zorunluluğu olmaksızın iflâs yoluyla takip yapabilir. Bu sebeple gemi adamları hizmet sözleşmesinden doğan para alacakları için ya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip ya da işveren iflâsa tâbi kişilerden ise işveren aleyhine iflâs yoluyla takip yapabilir. Gemi adamları gemi alacaklısı hakkı sahibi olarak, gemi ve eklentileri üzerinde kanunî rehin hakkı sahibi olsalar da alacaklarının tahsilinde, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvuru zorunluluğu olmaksızın iflâs yoluyla takip de yapabilirler. Başka bir ifadeyle, gemi adamları için rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip bir imkân olup bu imkân dışında isterse iflâs yoluyla takip de mümkündür. Üstelik gemi adamının alacağın tahsilinde iflâs yolunu seçmiş olması onun rehin hakkına hâlel getirmez. Ancak belirtmek gerekir ki, TTK md. 1378 hükmü, sadece iflâs yoluyla takip bakımından bir istisna getirmiştir. Bu hüküm dışında TTK md. 1379'da ise gemi üzerinde kanunî rehin hakkı olanların önce rehne başvurma zorunluluğu olmaksızın genel haciz yoluyla ya da kambiyo senetlerine özgü takip yoluyla takip yapabilecekleri, bu iki takip yolundan birini seçmeleri hâlinde kanunî rehin hakkından feragat etmiş olacakları düzenlenmiştir.

Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde çıkan sonuçlar aşağıdaki gibidir:

Gemi adamı hizmet sözleşmesinden doğan gemi alacağı için;

-önce rehne başvurma zorunluluğu olmaksızın ve rehin hakkına hâlel gelmeksizin işveren iflâsa tabi kişilerden ise iflâs yoluyla takip yapabilir.

-önce rehne başvurma zorunluluğu olmaksızın, ancak rehin hakkından feragat sonucunu

81 Önce rehne başvurma kuralına getirilen istisnalar için bkz. Kuru, s. 986-988; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 311-312; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 429.

doğuracak şekilde genel haciz veya kambiyo senetlerine özgü haciz veya iflâs yoluyla takip yapabilir⁸².

-kanunî rehin hakkına dayanarak taşınır rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı ya da ilâmsız takip yapabilir.

-önce rehne başvurma kuralı gereği taşınır rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı ya da ilâmsız takip yapmadan doğrudan ilâmlı icra yoluna başvuramaz.

Yukarıda belirttiğimiz sonuçlar değerlendirildiğinde, gemi adamı için en avantajlı takip yolu rehnin paraya çevrilmesidir. Zira Türk Ticaret Kanunu tarafından kendisine sağlanan kanunî rehin hakkından ancak bu şekilde faydalanabilir. Bu hakkın aynî niteliği gereği gemi adamı, asıl borçlu dışında gemiye zilyet olan üçüncü kişilere karşı da takip hakkını kullanabilir. Geminin paraya çevrilmesi durumunda ise gemi adamlarının alacaklarının diğer alacaklardan ve hatta diğer gemi alacaklarından önce gelmesi gemi adamının öncelikle tatminini sağlar. İşverenin iflâs yoluyla takibi ise çoğu durumda gemi adamı için cazip bir yol olmaktan uzaktır. Çünkü işverence iflâs yoluyla takibe ilişkin ödeme emrine itiraz edilmese dahi işverenin iflâsının sağlanabilmesi için her hâlükârda takip alacaklısı olan gemi adamı tarafından asliye ticaret mahkemesinde iflâs davası açılması gerekir⁸³. Dava sürecinin uzun ve masraflı olması, alacağına bir an önce ulaşmak isteyen gemi adamı için iflâs yoluyla takibi cazip bir yol olmaktan uzaklaştırır.

Aşağıda gemi adamının hizmet sözleşmesin-

82 İİK md. 45/3 ve md. 167/1 gereği zaten alacak bir kambiyo senedine bağlanmışsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvuru zorunluluğu olmaksızın kambiyo senetlerine özgü haciz ya da iflâs yoluyla takip yapılabilir. TTK md. 1379'un kambiyo senetlerine ilişkin düzenlemesinin İcra İflas Kanunu hükümlerinden asıl farkı bu takip yolunun seçilmesiyle rehin hakkından feragat edilmesi sonucunu ortaya çıkarmasıdır (Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 312, 345; Türkel, s. 45).

83 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, s. 1110 vd.; Özbek M. Serdar: "İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti", AÜHFHD, Y. 2012, C. 61, S. 1, s. 225 vd.

den kaynaklanan para alacaklarının tahsilinde başvurabileceği tüm takip yolları değil, en avantajlı takip yolu olan rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip incelenecektir. Ayrıca gemi adamının alacağının niteliği gereği bu takip yolunun gösterdiği özellikler Türk Ticaret Kanunu ve İcra ve İflâs Kanunu hükümleriyle birlikte değerlendirilecektir.

B. Taşınır Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip

1. Uygulanacak Hukuk

Gemilerin uluslararası taşımacılığın önemli araçlarından biri olması, deniz ticareti alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çoğunlukla yabancılik unsuru içermesine neden olur. Bu sebeple, Türk Ticaret Kanunu'nun 1350. maddesinde, deniz icra işlemlerine uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı öngörülmüştür. Bu hükme göre, eğer uyuşmazlık yabancılik unsuru taşıyorsa cebri icraya ilişkin tüm işlem ve tasarruflarda bu işlemlerin yapıldığı sırada geminin bulunduğu ülkenin hukuku uygulanır. O hâlde, aşağıda açıklanan haciz, satış, sıra cetveli oluşturulması, paraların paylaşılması gibi cebri icraya ilişkin tüm işlemlere Türk hukukunun uygulanabilmesi için bu işlemlerin yapıldığı sırada geminin Türkiye'de bulunması gerekir⁸⁴.

2. Zorunlu Arabuluculuk Hükümlerinin Takibe Etkisi

Deniz İş Kanunu'nun 46. maddesinde, gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında doğan uyuşmazlıklar bakımından İş Mahkemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır⁸⁵. Buna

göre, İş Mahkemeleri Kanunu'nun⁸⁶ 3. maddesi gereği, gemi adamlarının gemi alacağı talepleri dava şartı arabuluculuğa tâbidir. Bu durumda dava şartı arabuluculuğa tâbi olan gemi alacağı talebinin, dava açılmadan doğrudan takip yoluyla ileri sürülüp sürülemeyeceği akla gelebilir. Ancak dava şartı arabuluculuk hükümleri, tarafların doğrudan takip yapmasına engel olmamalıdır⁸⁷. Aksinin kabulü tarafların takip hakkının ve buna bağlı olarak hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelir; dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan diğer alacaklılara göre eşitsizlik durumu yaratır⁸⁸. Ayrıca zorunlu arabuluculuğun Kanunda bir dava şartı olarak düzenlendiği, bunun bir takip şartı olmadığı da unutulmamalıdır. Yargı kararlarına göre de dava şartı arabuluculuk hükümleri doğrudan takip yapmaya engel değildir⁸⁹; ancak takip sırasında itirazın iptali gibi genel mahkemelerde açılacak davalar bakımından arabuluculuk dava şartı olarak kabul edilmektedir⁹⁰.

olduğu yönündeki bir Yargıtay kararı hakkında bkz. Yarg. 9. HD. 12.1.2016. 2015/34386 E., 2016/459 K., <https://lib.kazanci.com.tr>, (E.T.: 1.3.2021). Kanımızca 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tâbi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmesiyle beraber gemi adamının çalıştığı geminin bayrağına bakılmaksızın iş mahkemeleri görevli olacaktır.

86 RG.: 25.10.2017, S.: 30221.

87 Tahkim şartına bağlanan gemi alacakları konusunda benzer görüş için bkz. Türkel, s. 124.

88 Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atal, Murat/Seven, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2019, s. 195.

89 "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu 3/1. maddesinde düzenlenen zorunlu arabuluculuk müessesesi iş mahkemelerinde açılacak davalar için geçerli olup davacı ilamsız takip başlattığından dolayı icra hukuk mahkemelerinde görülecek itirazın kaldırılması davaları yönünden zorunlu değildir" (Sakarya BAM, 8. HD., 15.5.2019, 2019/503 E., 2019/537 K., <https://lib.kazanci.com.tr>, (E.T.: 1.3.2021)).

90 Antalya BAM, 10. HD., 5.10.2020, 2020/1615 E., 2020/1627 K.; İstanbul BAM, 16. HD., 23.3.2020, 2020/793 E., 2020/760 K., <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 23.3.2021). Ticarî nitelikteki itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığı konusunda bölge adliye mahkemesi hukuk daireleri arasın-

84 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sefer, Natzie: Gemilerin Yurt Dışında Cebri İcra Yoluyla Satışları ve Bunların Tanınmasına Dair Milletlerarası Sözleşme Taslağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, s. 58-60.

85 Görevli mahkeme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bedük, s. 227 vd. Yabancı bayraklı gemilerdeki gemi adamları hakkında Deniz İş Kanunu'nun uygulanamayacağı gerekçesiyle davanın DenişK. md. 46 kapsamına girmediği, bu sebeple iş mahkemelerinin görevli olmadığı, gemi alacaklısı hakkının TTK'da düzenlenmesi sebebiyle davanın mutlak ticarî dava

3. Takibin Tarafları

Bir gemi alacaklısı olarak gemi adamı, işveren ile aralarındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan para alacağının sahibi olarak başlattığı takipte alacaklı tarafı teşkil eder. Takipte borçlu tarafı tespit etmek için gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan şahsî talep hakkının borçlusu ile gemi adamının kanunî rehin hakkından doğan aynı talep hakkının yükümlüsünün belirlenmesi gerekir. Bu çerçevede, gemi adamının şahsî talep hakkının borçlusu olan işveren aynı zamanda üzerinde kanunî rehin hakkı olan geminin de maliki ise işveren takipte tek başına takip borçlusu olarak yer alır. Ancak işveren, geminin sahibi olmamakla birlikte, gemiyi kendi adına ve hesabına işleten konumunda ise takip borçlusu olarak hem gemiyi işleten işverenin hem de geminin malikinin gösterilmesi gerekir⁹¹. Bu hâlde, işveren ile gemi maliki arasında zorunlu takip arkadaşlığı vardır⁹².

Gemi adamının çalıştığı gemi, yabancı bayraklı ise gemi adamı tarafından açılacak takip işveren ve gemi maliki hakkında geçerli olmak üzere geminin kaptanına da yöneltilebilir (TTK md. 1104/3). Ancak önemle belirtmek gerekir ki, kaptana yöneltilen takipte kaptan tarafların kanunî temsilcisi olup takip borçlusu değildir. Takip sırasında ya da önceden açılan davalarda da kaptan hakkında hüküm verilmeyeceği gibi davalı olarak da yer almaz⁹³.

daki içtihat farklılıklarının itirazın iptali davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu yönünde birleştirilmesine ilişkin karar için bkz. Yarg. 23. HD., 4.12.2020, 2020/1943 E., 2020/4052 K., <https://lib.kazanci.com.tr>, (E.T.: 1.3.2021). Aksi görüş için bkz. Ekmeççi/Özekes/Atalı/Seven, s. 196, 197; Tanrıver, Süha: "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 147, 2020, s. 123; Ermenek, İbrahim/Azaklı Arslan, Betül: "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK md. 5/A)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 148, 2020, s. 154 vd.

91 Türkel, s. 77.

92 Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 317; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 430, dn. 8; Türkel, s. 72.

93 Türkel, s. 104, 105. Düzenlemenin kaptana kanunî temsil yetkisi verip dava takip yetkisi vermediğine ilişkin bkz.

4. Takip Türleri

Gemi üzerindeki kanunî rehin hakkına dayanarak takip yapmak isteyen gemi adamı, çalıştığı geminin sicile kayıtlı olup olmadığına bakmaksızın taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir (TTK md. 1380). Taşınır rehininin paraya çevrilmesi, alacağın ve rehin hakkının bağlandığı belgeye göre ilâmlı ya da ilâmsız takip yoluyla yapılabilir. Gemi adamının hem gemi alacağı hem de gemi alacaklısı hakkı ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeye bağlanmış ise başvurulacak takip yolu taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip olur (TTK md. 1377/2). Bunun dışındaki durumlarda ancak taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip yapılabilir (İİK md. 145-147).

a. İlâmsız Takip

aa. Yetkili İcra Dairesi

Gemi adamı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip başlatmak istediğinde, bu takip için hizmet sözleşmesinin yapıldığı yer icra dairesi yetkili olduğu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹⁴'nun (HMK) yetkiye ilişkin hükümleri de kıyasen uygulanır (İİK md. 50). Buna göre, davalı işverenin yerleşim yeri genel yetkili icra dairesi olur. Gemi malikinin işveren dışında üçüncü bir kişi olması hâlinde gemi maliki ve işveren arasında zorunlu takip arkadaşlığı olup takip bunlardan birinin yerleşim yerinde başlatılabilir. Ayrıca İİK md. 50 atfı gereği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki özel yetki kuralları da uygulama alanı bulur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesine göre, gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan para alacaklarının takibinde gemi alacağının ifa edileceği yer icra dairesi özel yetkili icra dairesidir.

İcra ve İflâs Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu dışında Deniz İş Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nda da birtakım yetki kuralları öngörülmüştür. Hiç şüphesiz Deniz İş Kanunu ile Türk

Dişel, Buse: Dava Takip Yetkisi, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 277, 278.

94 RG.: 4.2.2011, S.: 27836.

Ticaret Kanunu'nda öngörülen yetki kuralları Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen yetki kurallarıyla birlikte uygulama alanı bulan özel yetki kuralı niteliğindedir. Deniz İş Kanunu'nun 46. maddesi yetkiye ilişkin İş Mahkemeleri Kanunu'na atıf yapmakla birlikte hizmet sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa geminin bağlama limanının bulunduğu yerin de yetkili olacağını belirtmiştir (DenişK md. 46/2). Hükme göre, geminin bağlama limanının bulunduğu yerin yetkili olmayacağı hizmet sözleşmesinde kararlaştırılabilir. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle işçi ve işverenin aralarında çıkan ya da çıkabilecek uyuşmazlıklar için bir sözleşme yapmaları ya da hizmet sözleşmesine yetki şartı koymaları mümkün değildir (HMK md. 17). Bu sebeple, her hâlükârda geminin bağlama limanının bulunduğu yer de yetkili olmalıdır. Deniz İş Kanunu dışında Türk Ticaret Kanunu'nda donatana karşı açılacak davaların geminin bağlama limanı mahkemesinde açılabilmesi belirtilmiştir (TTK md. 1063). Hem Deniz İş Kanunu'nda hem de Türk Ticaret Kanunu'nda özel yetkili mahkemeden bahsedilmiş olsa da doktrinde mahkemelere ilişkin getirilmiş olan yetki kurallarının icra daireleri için de geçerli olacağı ifade edilmiştir⁹⁵.

bb. Takip Talebi ve Ödeme Emri

Taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip yapmak isteyen gemi adamı İİK md. 145 hükmüne uygun olarak takip talebinde bulunmalıdır. Buna göre, takip talebinde alacaklıya ve borçlulara ait bilgiler, gemi alacağının Türk Lirası olarak miktarı, gemi alacağı senede dayanıyorsa senede ilişkin bilgiler, senet yoksa gemi alacağının dayandığı hizmet sözleşmesinin ve takip yollarından hangisinin seçildiğinin belirtilmesi gerekir. Ayrıca üzerinde kanunî rehin hakkı bulunan gemiye ilişkin bilgiler ile gemi maliki işveren dışında üçüncü kişi ise bu kişiye ait bilgilerin de takip talebinde yer alması gerekir. İİK md. 145 hükmünde alacaklıdan sonra gelen diğer

rehin hakkı sahiplerinin belirtilmesi aranmış olsa da bu ancak gemi adamı tarafından bilinen diğer rehin hakları için hüküm ifade eder⁹⁶.

Takip talebinin icra dairesine verilmesinden sonra icra dairesi işverene ve işveren aynı zamanda gemi maliki değilse gemi malikine 8 örnek nolu ödeme emrini gönderir. Ayrıca gemi hakkında bir takip başlatıldığı, gemi üzerindeki sonraki rehin hakkı sahiplerine icra dairesi tarafından bir ihbarname ile bildirilir (İİK md. 146). Ödeme emrinde, takip talebinde yer alan bilgilerden başka borcun 15 gün içerisinde ödenmesi ya da 7 gün içerisinde borca itiraz edilmesi, belirtilen sürelerde ödeme ve itiraz yapılmazsa geminin satılacağı ihtarı, rehin hakkına açıkça itiraz edilmezse gemi adamının rehin hakkının artık tartışma konusu yapılamayacağı, borca itiraz edilmeyip yalnızca rehin hakkına itiraz edildiği takdirde takip alacaklısının takibine genel haciz yoluyla takip olarak devam edebileceği, takibin dayandığı senet altındaki imzaya ayrıca ve açıkça itiraz edilmezse senet altındaki imzanın borçlu tarafından kabul edilmiş sayılacağı ihtarları yer alır.

cc. Ödeme Emrine İtiraz ve İtirazın Hükümden Düşürülmesi

Takip borçlusunu tarafından gemi alacağına, gemi alacaklısı hakkına ya da hem gemi alacağına hem de gemi alacaklısı hakkına itiraz edilebilir. Sadece gemi alacağına itiraz edilirse gemi alacağı kesinleşmiş olur ve takip süresince bir daha tartışma konusu yapılmaz (İİK md. 147/I/1). Gemi alacağına itiraz farklı şekillerde gerçekleşebilir. Gemi adamının herhangi bir şahsı talep hakkının olmadığı, alacağın ödendiği, zamanaşımına uğradığı veya alacak miktarının takip talebinde belirtilen kadar olmadığı şeklindeki itirazlar gemi alacağına ilişkindir. Son hâlde borcun itiraz edilen kısmının açıkça bildirilmesi gerekir. Aksi takdirde hiç itiraz edilmemiş sayılır (İİK md. 147/I, md. 62/IV).

İşveren ya da gemi maliki üçüncü kişi, gemi alacaklısı hakkına yani kanunî rehin hakkına da

95 Çağa/Kender/Budak, s. 109; Türkel, s. 119, 120.

96 Çağa/Kender/Budak, s. 114; Türkel, s. 132.

itiraz edebilir. Özellikle (i) TTK md. 1326'da belirtilen 1 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği ve bu sebeple kanunî rehin hakkının düştüğü, (ii) takip konusu asıl alacağın bir gemi alacağı niteliğinde olmadığı ve sahibine kanunî bir rehin hakkı tanımadığı, (iii) gemi alacaklısı hakkının takip talebinde belirtilen gemiden başka bir gemi üzerinde doğduğu⁹⁷ şeklindeki itirazlar gemi alacaklısı hakkına ilişkin itirazlardır. Yalnızca gemi alacaklısı hakkına itiraz edildiği durumlarda asıl alacak miktarı kesinleşmiş olur. Bu durumda gemi adamı kanunî rehin hakkından vazgeçerek dilerse takibini genel haciz yoluyla takip olarak değiştirebilir (İİK md. 147/1/2).

Gemi alacağı ve gemi alacaklısı hakkına itiraz edilmez ve ödeme emrinin tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde borç ödenmezse takip kesinleşir. Eğer gemi alacağına ve/veya gemi alacaklısı hakkına itiraz edilmişse gemi adamının taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takibe devam edebilmesi için bu itirazları hükümden düşürmesi gerekir. İtirazın hükümden düşürülmesi hakkında İİK md. 147/1 gereği genel haciz yoluyla takibe ilişkin hükümler uygulanır. Bu durumda gemi adamı İİK md. 68 hükmüne göre itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir ya da İİK md. 67 hükmüne dayanarak itirazın iptali davası açabilir. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, şu anki yargı kararları uyarınca eğer zorunlu arabuluculuğa başvurulmadan takip başlatılmış ise itirazın iptali davası açılmadan önce dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulması gerekir⁹⁸. Her ne kadar takipte bulunurken arabulucuya başvurmak zorunlu değilse de Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarına⁹⁹ göre itirazın iptali davası açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmalıdır.

b. İlâmlı Takip

aa. Gemi Alacağının ve Gemi Alacaklısı Hakkının İlâma ya da İlâm Niteliğinde Belgeye Dayalı Olma Şartı

İcra ve İflâs Kanunu'nun 150/h maddesine göre, alacağın veya rehin hakkının yahut her iki-

sinin bir ilâmda veya ilâm niteliğinde belgelerde tespit edilmiş olması hâlinde ilâmların icrasına dair hükümler kıyasen uygulanır. Ancak gemiler üzerindeki rehin hakkının paraya çevrilmesinde, bu hüküm yerine TTK md. 1377/2 uygulanır (İİK md. 153/a/3/b.2). Buna göre, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak, gemi adamının taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip yapılabilmesi için hem gemi alacağının (hizmet sözleşmesinden doğan para alacakları) hem de gemi alacaklısı hakkının (rehin hakkı) ilâm ya da ilâm niteliğinde bir belgeye dayanması gerekir. Bu hüküm gemi alacaklısı hakkının, gemi alacağından ayrı olarak dava ve takip konusu yapılmasını yasaklayan TTK md. 1377/1 hükmünün yansımasıdır.

Gemi alacağı ve gemi alacaklısı hakkı ilâm niteliğinde belgeye bağlanmış olan gemi adamı ilâmlı takip yapabilir. Hangi belgelerin ilâm niteliğinde olduğu ise İİK md. 38¹⁰⁰ ve özel kanunlarda belirtilmiştir. Gemi alacağı ve gemi alacaklısı hakkının çoğu durumda İİK md. 38'de sayılan belgelere bağlanması mümkün olmaz¹⁰¹. Bunun dışında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹⁰² (HUAK) md. 18 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu¹⁰³ md. 35/A hükümlerinde arabuluculuk anlaşma belgeleri ile avukatlarca yürütülen uzlaşma tutanaklarının gerekli şartları sağladıkları takdirde ilâm niteliğinde belge vasfına sahip oldukları belirtilmiştir.

Gemi adamı ve işveren dava açmadan önce zorunlu arabuluculuk hükümleri gereği, arabuluculuğa başvurup süreç sonunda anlaşmışlarsa anlaşma belgesi iki şekilde ilâm niteliğinde belge hâline gelebilir (HUAK md. 18). İlk olarak icra edilebilirlik şerhi talebine gerek olmaksızın anlaşma belgesi, arabulucu ve taraflar dışında her iki tara-

97 Türkel, s. 148.

98 Bkz. yuk. IV, B, 2.

99 Bkz. yuk. dn. 90.

100 İİK md. 38'e göre, "Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir."

101 Türkel, s. 196.

102 RG.: 22.6.2012, S.: 28331.

103 RG.: 19.3.1969, S.: 13168.

fin avukatlarının da imzalarını ihtiva ediyorsa bu hâliyle ilâm niteliğinde belge sayılır (HUAK md. 18/4). Anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge niteliğini kazanmasını sağlayacak diğer bir yol ise taraflardan birinin anlaşma belgesi için icra edilebilirlik şerhi talep edip ilgili mahkeme tarafından bu şerhin verilmesidir (HUAK md. 18/2).

Gemi maliki, işveren dışında üçüncü bir kişi ise bu durumda, yalnızca gemi adamı ve işveren arasındaki arabuluculuk anlaşma tutanağı kanunî rehin hakkına ilişkin bir anlam ifade etmez. Çünkü gemi alacaklısı hakkının muhatabı gemi malikidir ve onun da arabuluculuk sürecine katılması ve maliki olduğu geminin paraya çevrilmesine katlanma yükümlülüğünün anlaşma metninde kaleme alınması gerekir. Aksi hâlde, işveren ve gemi adamı arasındaki anlaşma tutanağı yalnızca gemi alacağı (şahsî talep) hakkında hüküm ifade eder.

Gemi adamı ve işverenin arabuluculuk yoluyla anlaşmamaları durumunda gemi adamı tarafından dava açılıp gemi alacağı ve rehin hakkı ilâma bağlanmışsa bu durumda da gemi adamı taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip yapabilir. Ancak işveren ve gemi maliki farklı ise gemi adamı, işverene karşı açtığı davada sadece gemi alacağı hakkında ilâm elde edebilir. TTK md. 1377/1 hükmünde, gemi alacaklısı hakkının gemi alacağından bağımsız olarak dava konusu yapılamayacağı belirtilmiş olsa da kanımızca gemi alacağı için işverene karşı dava açılmış olması şartıyla gemi alacaklısı hakkı için de gemi maliki aleyhine dava açılabilir. Ancak gemi alacaklısı hakkı konusunda verilecek karar, gemi alacağına bağlı olacağından işverene karşı açılan davanın sonucu, gemi malikine karşı açılan dava için bekletici mesele yapılmalıdır. Çünkü rehin hakkının fer'î bir hak olarak asıl alacağına bağlı olması, maddi hukuk meselesi olup rehin hakkının ayrı bir dava konusu olmasını etkilememelidir. Fer'îlik gereği ortaya çıkan problemler ise davaların birleştirilmesi, bekletici mesele yapılması gibi birtakım usûl hukuku kurumlarıyla aşılabilir. Aksinin kabulü durumunda, işveren ve gemi

malikinin farklı olduğu hallerde¹⁰⁴ gemi alacaklısı hakkı ayrı olarak dava edilemeyeceğinden bu hakkın ilâma bağlanması da mümkün olmaz.

Gemi alacağı ve gemi alacaklısı hakkı ilâma bağlanmışsa bu ilâmın icrası için kesinleşmesi gerekir (İİK md. 31/a/1). İlâm kesinleşmeden icraya konulursa borçlu takibin iptali için süresiz şikâyet yoluna başvurulabilir¹⁰⁵. Ayrıca dava sonucu elde edilen hüküm bir eda hükmü içermelidir. Alacağı ve kanunî rehin hakkını yalnızca tespit eden ilâmlar icraya elverişli olmaz. Bu ilâmın ilâmlı icraya konu olabilmesi için alacağın tahsilini ve geminin cebri icra yoluyla satılmasına katlanma yükümlülüğünü öngörmesi gerekir.

bb. Yetkili İcra Dairesi

Taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takibe ilâmların icrasına dair hükümler kıyasen uygulanır (İİK md. 150/h). Buna göre, alacaklı Türkiye'deki herhangi bir icra dairesine başvurabilir (İİK md. 34). Diğer bir ifadeyle gemi adamının Türkiye'de bulunması kaydıyla başvurduğu tüm icra daireleri, taşınır rehininin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmlı takip bakımından yetkilidir.

cc. Takip Talebi ve İcra Emri

Takip talebi, ilâmsız takipteki takip talebinde yer alan hususları¹⁰⁶ içermekle birlikte bu talebe gemi alacağının ve gemi alacaklısı hakkının bağlandığı ilâm ya da ilâm niteliğinde belgenin eklenmesi; tarih, numara ve özetinin yazılması gerekir (İİK md. 150/h, md. 35; İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği¹⁰⁷ md. 20/2).

Takip talebini alan icra dairesi takip borçlusuna/borçlularına icra emri gönderir. İcra emrinde borcun icra emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde ödenmemesi ve icranın geri bırakılmasına ilişkin bir karar getirilmemesi durumunda

¹⁰⁴Bu durum çoğunlukla işverence geminin salt kullanımının kiralanması (çıplak gemi kirası- bareboat charter) hâllerinde ortaya çıkmaktadır.

¹⁰⁵Kuru, s. 926-927; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 402; Özbek, M. Serdar: "Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlâmlar", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 2, Ş. 1, s. 69.

¹⁰⁶Bkz. yuk. IV, B, 4, a, bb.

¹⁰⁷RG.: 11.4.2005, S.: 25783.

geminin satılacağı ihtarı yer alır (İİK md. 32). Ayrıca icra müdürü gemi alacağı ve gemi alacaklısı hakkının icraya elverişli ilâm veya ilâm niteliğinde belgeye dayanıp dayanmadığını re'sen incelemelidir.

dd. İcranın Geri Bırakılması

Gemi alacağı borçlusu olan işveren borcun sona ermesi, kendisine süre verilmesi ya da borcun zamanaşımına uğraması gibi sebeplerle icranın geri bırakılması için icra emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde icra mahkemesine başvurabilir. Ancak borcun sona erdiği veya süre verildiği iddialarının yetkili mercilerce re'sen düzenlenmiş veya usulüne göre onaylanmış yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş belgelerle ispat edilmesi gerekir. İcranın geri bırakılması imkânı sadece gemi alacağı için mümkündür. Gemi alacaklısı hakkının belirtilen gemi üzerinde doğmadığı veya bu hakkın hak düşürücü süre sebebiyle düştüğü gibi iddiaların gemi maliki tarafından icra mahkemesinde süresiz şikâyet yoluyla ileri sürülmesi gerekir¹⁰⁸.

c. Ortak Hükümler: Haciz, Satış ve Paraların Paylaştırılması

aa. Haciz

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte haciz aşaması bulunmaz. Zira haczin amacı, alacağın tahsilini sağlayacak mal veya haklara hukuken el koymaktır. Ancak rehlin paraya çevrilmesinde alacağın karşılanacağı mal veya hak bellidir, alacak zaten rehin ile güvence altına alınmıştır¹⁰⁹. Rehlinli malın paraya çevrilmesi ile alacağın tahsili sağlanır. Gemi alacaklısı hakkı ise sahibine gemi üzerinde teslim bağli olmayan bir taşınır rehni hakkı tanır. Rehlin hakkının teslim bağli olmaması, üzerinde kanunî olarak rehin hakkı doğan geminin nasıl alıkonulacağı sorununu gündeme getirir¹¹⁰. İcra ve İflâs Kanunu'nda rehlin

paraya çevrilmesi yoluyla takip için haciz aşaması düzenlenmemiş olsa da bu sorunun çözülmesi amacıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda gemi haczinin öngörüldüğü ileri sürülmüştür¹¹¹ (TTK md. 1382). Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, haciz malvarlığı değerlerine fiilî değil, hukukî olarak el koymayı ifade eder. Borçlunun malvarlığına fiilen el konulması, kural olarak haczin zorunlu unsuru değildir¹¹². Bu sebeple, her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda geminin haczi düzenlenmiş olsa da buradaki haciz İcra ve İflâs Kanunu anlamındaki haczi değil, bir muhafaza tedbiri olarak gemiye fiilen el koymayı ifade etmektedir¹¹³. Buna göre, Türk ve yabancı bayraklı bütün gemilerin kesin haczinde, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri değil, Türk Ticaret Kanunu'ndaki ihtiyatî hacze ilişkin 1364 ilâ 1368 inci maddeler uygulanır¹¹⁴ (TTK md. 1382).

bb. Satış

Satış aşamasında rehinli geminin bir sicile kayıtlı olup olmadığı önem arz eder (TTK md. 1383). Eğer gemi bir sicile kayıtlı ise ister Türk bayraklı isterse yabancı bayraklı olsun İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınmazların satışına ilişkin hükümlerine göre paraya çevrilir (İİK md. 136). Bayrağına bakılmaksızın eğer bir gemi, sicili kayıtlı değilse İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınır malların satışına ilişkin hükümleri uygulanır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun satışa ilişkin hükümleri uygulanırken Türk Ticaret Kanunu'ndaki özel hükümlerin dikkate alınması gerekir. Bu özel düzenlemelerin ilki satış talebine ilişkindir. İcra ve İflâs Kanunu'na göre satış talebi borçlu tarafından da yapılabilirken (İİK md. 113/1) Türk Ticaret Kanunu'na göre borçlunun geminin satışını isteyebilmesi için gemi maliki ve şahsî borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi gerekir (TTK md.

Alınmış Olan Alacaklının İhtiyatî Haciz Talep Edememesi Sorunu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 7, S. 1, s. 217. Türkel, s. 50

111 Atamer, s. 373, 374.

112 Kuru, s. 427; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 172; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 258, 259.

113 Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Türkel, s. 59-60.

114 Bkz. aşa. V.

108 Türkel, s. 204, 205.

109 Kuru, s. 989; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 313; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 430.

110 Seven, Vural: "Alacağı Gemi İpoteği ile Teminat Altına

1386). Buna göre, gemi alacağının şahsî borçlusu olan işveren aynı zamanda geminin maliki olmadıkça geminin satışını isteyemez. Gemiler için öngörülen satış isteme süresi diğer taşınır ve taşınmaz mallardan farklı olarak sicile kayıtlı olsun ya da olmasın ödeme emrinin ya da icra emrinin tebliğinden itibaren 3 aydır (İİK md. 153/a/3/b.1).

Geminin satış hazırlıklarında yapılacak ilânın, tirajı elli bin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle ve ayrıca yurt dışında dünya çapında dağıtımı yapılan denizcilikle ilgili günlük bir gazetede yapılması gerekir (TTK md. 1385). Gemi, Türk gemi sicili dışında yabancı bir sicile kayıtlı ise icra müdürü geminin bayrağını taşıdığı devletin konsolosluğuna satış için hazırlıklara başladığını bildirir ve konsolosluktan gemi sicil kaydını ister. Ayrıca satış ilânın gemi sicilini tutmakla yükümlü olan yabancı makama, geminin malikine ve diğer rehin alacaklılarına bildirilmesi ve ilânın sicilin fiilen tutulduğu ülke düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle ilân edilmesi gerekir (TTK md. 1384).

İcra ve İflâs Kanunu'na göre, taşınmazların pazarlık suretiyle satışı mümkün değildir. Ancak gemiler sicile kayıtlı olsun ya da olmasın bütün ilgililerin isteği, değerinin hızla düşmesi, korunmasının fazla masraflı olması, bu durumların yeni gemi alacaklarının doğmasına veya sayılarının artmasına yol açması halinde, gemi veya içindeki eşyanın insan, eşya ve çevre güvenliği açısından tehlike göstermesi durumlarında pazarlık suretiyle de satılabilir (TTK md. 1387).

cc. Paraların Paylaştırılması

Geminin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen miktar herhangi bir talebe gerek kalmaksızın alacaklıya/alacaklılara ödenir. Ancak satış miktarı tüm alacaklıların alacağını ödemeye yetmezse icra müdürü tarafından alacaklılar arasında sıra cetveli düzenlenir. Sıra cetveli düzenlenirken İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili hükümleri değil, bu konuda Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş özel hükümler uygulanır (İİK md. 153a/3/b.3; TTK md. 1389-1397).

Türk Ticaret Kanunu'nda sekiz sıra belirlen-

miş olup üst sırada yer alan alacaklılar alacağını almadan bir sonraki sırada yer alan alacaklılara ödeme yapılmaz. *Birinci sırada*, geminin haciz ve paraların paylaşılması aşamasına kadar geçen sürede yapılan her türlü icra gideri, bu süreler arasında geminin bakım ve korunmasıyla ilgili yapılan masraflar ile bu sürelerde doğmuş gemi adamlarının geçim masrafları ve bu sürelerde doğmuş olmaları kaydıyla gemi adamlarının gemide çalışmış olmaları nedeniyle doğmuş ücret ve diğer alacakları yer alır. Dikkat edilirse buradaki gemi adamlarının alacağı takibin sebebi olan gemi alacağı değil, hacizde geçen süre boyunca doğmuş olan gemi alacağıdır. Elde edilen para ilk sıradaki alacakların tamamını ödemeye yetmezse paylar oranında dağıtım yapılır (TTK md. 1390). İkinci sırada, satılan gemi karaya oturmuş ya da batmış ve enkaz kamu kurumları tarafından kaldırılmışsa buna ilişkin giderler yer alır (TTK md. 1391).

Cetvelin üçüncü sırasında gemi alacaklısı hakkı sahipleri yer alır (TTK md. 1392). Ancak bunlar kendi aralarında da alt sıralara ayrılırlar (TTK md. 1324). Üçüncü sıranın ilk alt sırasında gemi adamlarının gemi alacakları bulunur ve diğer gemi alacaklısı hakkı sahipleri ise kanunun açıkladığı bent sırası ile bir sonraki alt sıralarda yerini alır. Buna göre, takibin sebebi olan gemi adamı alacağı icra giderleri, hacizde geçen sürelerde doğmuş gemi adamı alacakları ve enkaz kaldırma giderlerinden hemen sonra yer alır. Gemi alacaklısı sahibi olarak gemi adamlarının kural olarak diğer gemi alacaklısı sahiplerine göre önceliği bulunmaktadır.

Cetvelin *dördüncü sırasında* ipotek veya hapis hakkıyla temin edilen tersaneci alacakları, *beşinci sırasında* gemiye ilişkin vergiler, *altıncı sırasında* üst sıralara girmeyen diğer akdî ve kanunî rehin hakkıyla temin edilmiş alacaklar, *yedinci sırasında* önceki sıralara girmeyen deniz alacakları, *sekizinci sırasında* ise yukardaki sıralarda yer almayan diğer alacaklar yer alır (TTK md. 1393-1397).

Görüldüğü üzere, gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden doğan para alacaklarının sıra-

sını belirlerken bir ayırım yapmak gerekir. Eğer alacak geminin haczinden sonra geçen sürelerde doğmuş ise sıra cetvelinde birinci sırada yer alır. Geminin haczinden önce doğan gemi adamı alacakları ise cetvelin üçüncü sırasında; ancak kural olarak diğer gemi alacaklarına göre ilk sırada yer alarak önceliğe sahiptir. Kural böyle olmakla birlikte, gemi alacakları arasında yer alan geminin kurtarılmasına ilişkin ücret, gemi adamının alacağından sonra doğmuş ise sıralamada gemi adamı alacağının önüne geçer (TTK md. 1320/1/c, TTK md. 1324/2). Kurtarma ücretleri bakımından sonra doğanın önceliği benimsenmiştir. Kurtarma ücreti için öngörülen bu istisnâ durum dışında gemi adamları gemi alacaklısı hakkına sahip diğer alacaklılar bakımından da öncelik hakkına sahiptir.

V. Gemi Alacaklısı Olarak Gemi Adamının İhtiyatî Haciz İmkânı

Rehinle temin edilmiş alacaklar için kural olarak ihtiyatî haciz talep edilemez (İİK md. 257/1). Gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden doğan para alacakları hem deniz alacağı¹¹⁵ (TTK md. 1352/1/o) hem de gemi alacağı (TTK md. 1320/1/a) niteliğindedir. Gemi adamlarının taleplerinin gemi alacağı niteliğinde olması, daha önce açıklandığı gibi kanunî rehin hakkıyla temin edilmelerini sağlar¹¹⁶. Buna göre, gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden doğan para alacakları, kanunî rehin hakkıyla temin edilmiş deniz alacağı niteliğindedir. İcra ve İflâs Kanunu'na göre, ihtiyatî haciz talep edebilmek için kural olarak, alacağın rehinle temin edilmemiş olması gerekse de Türk Ticaret Kanunu'nda akdi

veya kanunî bir rehin hakkıyla temin edilmiş olsa bile deniz alacakları için geminin ihtiyaten haczine karar verilebileceği belirtilmiştir (TTK md. 1353/1). Buna göre, gemi adamları hizmet sözleşmesinden doğan para alacakları için ihtiyatî haciz talep edebilir.

İhtiyatî haciz ile hali hazırda ya da müstakbel takibin sonucu güvence altına alınarak borçlunun malvarlığı değerlerinin alacaklı lehine kontrolü sağlanır¹¹⁷. Gemi alacağı için alınan ihtiyatî haciz kararı rehinli mal üzerinde, diğer bir ifadeyle gemi ve eklentileri üzerinde icra edilir. Kanuna göre ihtiyatî haczine karar verilen bütün gemiler, bayrağı ve hangi sicile kayıtlı oldukları dikkate alınmaksızın, icra müdürü tarafından *seferden menedilerek muhafaza altına alınır* (TTK md. 1366). Türk Ticaret Kanunu ile getirilen ihtiyatî haciz ve fiilî el koyma imkânıyla kanunî rehin hakkı korunmuş olur¹¹⁸.

Kural olarak deniz alacağını teminat altına almak için ihtiyatî haciz talep eden alacaklının teminat yatırması gereklidir. Geminin seferden alıkonulması sebebiyle yoksun kalınan kazanç esas alınarak teminat miktarının artırılabilmesi de Kanunda ifade edilmiştir (TTK md. 1363/2). Ancak kanun koyucu ihtiyatî haciz talep ederken teminat yatırma zorunluluğundan gemi adamlarını muaf tutarak gemi adamları için önemli bir kolaylık sağlamıştır¹¹⁹ (TTK md. 1363/3).

Son olarak, iş uyuşmazlıkları bakımından getirilen zorunlu arabuluculuk düzenlemesi sebebiyle gemi adamının arabuluculuğa başvurmadan ihtiyatî haciz talep edip edemeyeceği sorusu akla gelebilir. Ancak zorunlu arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklar için arabulucu-

115 TTK md. 1352'de 22 bent halinde sayılan alacaklar deniz alacaklarını oluşturur. Öğretide burada belirlenen listenin kapalı liste olduğu, diğer bir ifadeyle sınırlı sayı ilkesine tâbi olduğu belirtilmiştir. Deniz alacaklarından başka alacaklar için geminin ihtiyatî haczine karar verilemez (TTK md. 1353/3). Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, s. 207-263, 269.

116 Bkz. yuk. III, B.

117 Özekes, Muhammet: İcra İflas Hukukunda İhtiyatî Haciz, Seçkin, Ankara 1999, s. 44.

118 Atamer, Kerim: "Gemilerin İhtiyatî Hacizinde, Seferden Men Önleminin Uygulanması (İİK m.23 f.4 ve m.92'nin Tarihsel Kökenleriyle Deniz Takip Hukuku'ndaki Anlamı Üstüne)" İHFM, Y. 1993, C. LV, S.3, s. 281; Türkel, s. 65.

119 Gemi kaptanının ücret alacağının gemi alacağı olduğu ve teminattan muaf olarak ihtiyatî haciz istenebileceği yönündeki karar için bkz. Yarg. 11.HD., 12.12.2016, 2016/14122 E., 2016/9495 K., <https://lib.kazanci.com.tr>, (E.T.: 1.3.2021).

luğa başvurmadan ihtiyatî haciz, ihtiyatî tedbir gibi geçici hukukî koruma talep edilebileceği kabul edilmektedir¹²⁰. Fakat dava açmadan ya da icra takibi başlatmadan ihtiyatî haciz kararı alan gemi adamının tamamlayıcı merasim olarak açacağı davada, dava açmadan önce arabuluculuğa başvurması gerekir. Nitekim konuyla ilgili olarak HUAK md. 18/A/16'da dava açılmadan önce ihtiyatî haciz kararı verilmesi hâlinde İİK md. 264/1'de düzenlenen dava açma süresinin¹²¹ arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, bu düzenleme sadece dava açma için getirilmiş olup gemi adamının, tamamlayıcı merasim olarak icra takibi başlatma yolunu tercih etmesi hâlinde daha önce açıklandığı üzere takip başlatmadan önce arabuluculuğa başvurması gerekmez¹²².

Sonuç

Gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan para alacakları Türk Ticaret Kanunu'na göre gemi alacaklısı hakkı bahşeden gemi alacağı niteliğindedir. Bu alacakların gemi alacağı niteliğinde olması, gemi adamına gemiye zilyet olan herkese karşı ileri sürebileceği, gemi ve eklentilerini paraya çevirebileceği takip hakkı sağladığı gibi alacağını elde etmede diğer gemi alacaklısı hakkı sahiplerine göre öncelik hakkı da verir.

Türk Ticaret Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, gemi adamı için en avantajlı takip yolu taşınır rehininin paraya çevrilmesidir. Çünkü gemi adamı kendisine sağlanan kanunî rehin hakkının aynı niteliği gereği asıl borçlu dışında gemiye zilyet olan üçüncü kişilere karşı da takip hakkını kullanabilir. Ayrıca geminin paraya çevrilmesi durumunda gemi adamlarının alacaklarının, diğer alacaklardan ve hatta diğer gemi alacaklarından önce gelmesi gemi adamının öncelikle tatmini-

ni sağlar. Bununla birlikte gemi adamı, hizmet sözleşmesinden doğan para alacaklarının ayrıca deniz alacağı niteliğinde olması sebebiyle, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinden farklı olarak, alacağı rehinle temin edilmiş olsa bile herhangi bir teminat yatırmadan ihtiyatî haciz talep edebilir; bu şekilde, başlatacağı icra takibinin sonucunu güvence altına alabilir.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Sami: "Gemi Adamının Manevi Tazminat Alacağı Gemi Alacaklısı Hakkı Bahşeder Mi?." Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, 2019, s. 115-128.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Atamer, Kerim: "Gemilerin İhtiyati Hacinde, Seferden Men Önleminin Uygulanması (İİK m. 23 f.4 ve m. 92'nin Tarihsel Kökenleriyle Deniz Takip Hukuku'ndaki Anlamları Üstüne)" İHFM, Y. 1993, C. LV, S.3, s. 279-340.
- Atamer, Kerim: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebrî İcra, Arıkan, İstanbul 2006.
- Aydemir, Murteza: Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili, Alt İşveren Kavramları, Türkiye Metal Sanayiciler Sendikası, İstanbul 1993.
- Bedük, Nusret Mehmet: Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Yayınevi, Bursa 2012.
- Çağa, Tahir: Deniz Ticaret Hukuku I., 10. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1995.
- Çağa, Tahir/Kender, Rayegan/Budak, Ali Cem: Deniz Ticareti Hukuku, C. III, Arıkan Basım Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Dişel, Buse: Dava Takip Yetkisi, On İki Levha, İstanbul 2020.
- Dündar, Esra: Uluslararası Düzenlemeler ve Avrupa Birliği Çerçevesinde Deniz İş Huku-

120 Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 194.

121 İİK md. 264/1'de öngörülen 7 günlük süre, gemilerin ihtiyatî haczinde 1 ay olarak uygulanır (TTK md. 1376).

122 Bkz. yuk. IV, B, 2.

- kunda Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Dündar Aravacık, Esra: "Gemi Adamlarının Ücretlerinin Deniz İş Kanunu ve 2006 Tarihli Denizcilik Çalışma Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.:11, S. 213, 2016, s. 14-28.
 - Dündar Aravacık, Esra: "Deniz İş Hukuku'nda Fazla Çalışmaya İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2057-2099.
 - Ekmekçi, Ömer/Özekes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2019.
 - Ekonomi, Münir: İş Hukuku Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İTÜ Makine Fakültesi Ofset Atölyesi, İstanbul 1987.
 - Ermenek, İbrahim/Azaklı Arslan, Betül: "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 148, 2020, s.135-196.
 - Günay, M. Barış: Türk ve Anglo Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
 - Kalpsüz, Turgut: Gemi Rehni, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2001.
 - Kaner, İnci: "Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi Alacağı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18, S. 2, s. 486-490.
 - Kar, Bektaş: İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
 - Kar, Bektaş: "Deniz İş Sözleşmesi", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Eylül, 2011, S. 23, s. 46-53, (Deniz İş Sözleşmesi).
 - Kender, Rayegan: Deniz İş Hukukunda İşveren, İşveren Vekili, Kaptan ve Gemi Adamı Kavramları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1984 Yılı Konferansları, İstanbul 1985.
 - Kesik Canbulut, Büşra: "Gemi Adamı Alacakları, İhtiyati Haciz ve Rehin", <https://www.hukukihaber.net/gemi-adami-alacaklari-ihiyati-haciz-ve-rehin-makale,7969.html>
 - Kula Değirmenci, Nil: "Türk Ticaret Kanunu Uygulamalarında Gemi Alacaklısı Hakkının Bir Unsuru Olarak Hakkın Sahibi" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 245-274.
 - Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2013.
 - Moral, Duygu: Gemiadamlarının Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi: Bir İnceleme, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2010.
 - Odaman, Serkan: İşçinin Haklı Sebep Fesih Hakkı, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezi Yayın No:16, Ankara 2000.
 - Öktem, Sezgi: Deniz İş Hukukunda İşverenin İşe Sağlama Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2001.
 - Öktem Songu, Sezgi: "Deniz İş Hukukunda İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 1, S. 3, 2004, s. 835-866.
 - Özbek, M. Serdar: "İflâs Davasının Hukukî Mahiyeti", AÜHFHD, Y. 2012, C. 61, S. 1, s. 207-274.
 - Özbek, M. Serdar: "Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlamlar", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 2, S. 1, s. 37-78.
 - Özekes, Muhammet: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin, Ankara 1999.
 - Öztan, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 40. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
 - Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul 2020.
 - Sefer, Natzie: Gemilerin Yurt Dışında Cebri

İcra Yoluyla Satışları ve Bunların Tanınmasına Dair Milletlerarası Sözleşme Taslağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020.

- Seven, Vural: "Alacağı Gemi İpoteği ile Teminat Altına Alınmış Olan Alacaklının İhtiyati Haciz Talep Edememesi Sorunu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2005, C. 7, S. 1, s. 213-236.
- Sevimli, K. Ahmet: İş Hukukunda Kaptan, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 1999.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2020.
- Süzel, Cüneyt: Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni Türk Ticaret Kanunu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Tanrıver, Süha: "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 147, Y. 32, 2020, s. 111-142.
- Taş, Yunus/Rüzgar, Orhan: İş Mahkemelerinin Görevleri ve Yargılama Usulü, Dora Yayınevi 2018.
- Türkel, Doğuş Taylan: Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi, Güncel Hukuk Yayınları, 2008.
- Ulucan, Devrim: Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler (Sendikal Eğitim Elkitabı), Türkiye Denizciler Sendikası, İstanbul 1986.
- Ulutaş, Yusuf: Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.
- Yürekli, Sabahattin: "Deniz İş Kanunu'nun Yer İtibariyle Kapsamı", AÜEHFD, C. IX, S.1-2, 2005, s. 613-631.

Makale Gönderim Tarihi: 23 Nisan 2021

Makale Kabul Tarihi: 30 Nisan 2021

İşe İade Davası ile İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi

Öz

İşe iade (feshin geçersizliğinin tespiti) ile feshe bağlı işçilik alacaklarının aynı davada terditli olarak talep edilmesi uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur. Ancak mahkemeler işçilik alacaklarına ilişkin talebi tefrik ederek ayrı bir esasa kaydetmektedir. Akabinde ise işe iade davasının sonucuna göre işçilik alacaklarına ilişkin davaya devam etmektedirler. Bu durum işçi aleyhine sonuçlar doğurmaktadır.

Terditli davanın şartları düşünüldüğünde

işe iade davası ile kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı gibi feshe bağlı işçilik alacaklarının iş mahkemelerinde terditli olarak dava konusu edilmesi mümkün görülmektedir. Ayrıca bu durum usul ekonomisine de uygundur. Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin içtihatlarının da değerlendirildiği çalışmada, aksi yöndeki karar gerekçelerinin güncel mevzuat bakımından geçerliliğini yitirdiği görülmektedir.

Anahtar Sözcükler:

İşe iade davası, feshin geçersizliği, işçilik alacakları, terditli dava.

Demanding Labor Claims With Reemployment Lawsuits By Alternative Pleading

Abstract

Labor claims related to the reemployment of employees and the claims due to termination of labor contract such as severance payment may be joined by the way of alternative pleadings. However, the courts split such cases into two bifurcated cases and suspend the labor claims

until the result of the reemployment case. This practice leads negative consequences against the plaintiff.

Considering the conditions of alternative pleading, with the reemployment lawsuit it must be admissible to request the labor

*İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yavuzozkan@outlook.com, ORCID: 0000-0002-1932-5687

**Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Arabulucu, fatihaydin@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7426-4701

claims related to termination of labor contract, such as severance pay and notice pay by the way of alternative pleading. This way of handling the matter is suitable for procedural economy as well. In this study, in which

the case law of the Court of Cassation on the subject is also evaluated, it is seen that the reasons for the contrary arguments have lost their validity in terms of current legislation.

Keywords:

Reemployment lawsuit, invalidity of termination, labor claims, alternative pleading lawsuit.

Giriş

İş güvencesine tabi olup sözleşmesi feshedilen işçiler tarafından açılan işe iade (feshin geçersizliğinin tespiti) davalarında işe iade talebinin yanında terditli bir şekilde diğer işçilik alacakları da talep edilebilmektedir.

Uygulamada işe iade ile işçilik alacaklarının terditli talep edildiği davalarda yerel mahkemeler işçilik alacaklarına ilişkin talebi tefrik ederek ayrı bir esasa kaydetmekte ve işe iade davasının sonucuna göre işçilik alacaklarına ilişkin davaya devam etmektedirler.

İlk olarak işe iade davasında feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesine karar verildiğinde, işçinin tekrar işyerinde çalışmaya başlaması veya işveren tarafından işe başlatılmaması halinde dava açıldığı tarihte fesih olgusu gerçekleşmediği için ayrılan dosyadaki feshe bağlı alacakların reddine karar verilmektedir. Neticede terditli olarak istenen asıl alacak kabul edildiği halde ferî alacak hakkında da hüküm kurulmaktadır.

Diğer taraftan mahkemelerce işe iade davasının reddedilip kesinleşmesi üzerine fesih geçerli hale gelmektedir. Ayrıca işe iade davasının kabul edilip kesinleşmesine rağmen işçinin süresinde işverene başvuruda bulunmaması veya başvuru sonrası işverenin süresinde işe davet etmesine rağmen işçinin davete icabet etmediği durumlarda da yine aynı şekilde başlangıçtaki fesih geçerli hale gelmektedir. Bu durumda ayrılan davadaki işçilik alacakları ile ilgili ferî talep hakkında ise feshin haklı

olup olmamasına göre bir karar verilmektedir¹.

I. İşe İade Davası (Feshin Geçersizliğinin Tespiti) ve İşçilik Alacakları

Bu başlık altında işe iade davası ile işçilik ala-

1 Davacının işe iade davası açtıktan sonra feshe bağlı haklarla ilgili ayrı bir dava açması durumunda ikinci davanın bekletici mesele yapılması ve ilk davanın sonucuna göre davaya devam edilerek karar verilmesinde usule aykırı bir durum bulunmamaktadır. Asıl sorun davacının terditli açtığı davada ferî talebin ayrı bir esasa kaydedilip bekletici mesele yapılması ve asli talebin sonucuna göre karar verilmesidir.

Yarg. 22. HD 2017/21788 E. 2019/9999 K. 08.05.2019 T. "Dosya içeriğinden, davacının kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin alacağını talep ettiği iş bu dava dışında ... 2. İş Mahkemesinin 2014/616 esas sayılı dava dosyası ile işe iade davası açtığı anlaşılmaktadır. İşçi feshin geçersizliği isteminde bulunduğu davadan başka, kıdem ve ihbar tazminat istemi ile bir dava da açmış bulunabilir. Bu durumda, feshin geçersizliğine ilişkin dava bekletici mesele yapılmalıdır. Neticeye göre, işe iade davası reddedilmiş ve red kararı kesinleşmiş ise fesih mahkeme kararının sonuca göre haklı ya da geçerli hale geleceğinden alacak davasına devam edilmelidir. Yine, işe iade davası kabul edilmiş ve karar kesinleşmiş ancak işçi süresinde işe başlama başvurusunda bulunmamışsa veya başvuruda bulunmuş ancak işverenin süresinde işe davet etmesine rağmen işçi işe davete icabet etmemiş ise fesih geçerli hale geleceğinden alacak davasına devam edilmelidir. Ancak işveren işçiyi süresinde başvuruya rağmen işe başlatmamış ise eldeki alacak davasının feshe bağlı alacaklar açısından erken açıldığı kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık ücretli izin alacağının bu nedenle usulden reddine karar verilmelidir. Feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin işverene başvurması üzerine işe başlatılması halinde ise davaya konu fesih ortadan kalktığından, feshe bağlı alacaklar reddedilmelidir" (<https://karararama.yargitay.gov.tr- E.T: 19.03.2021>).

caklarına ilişkin inceleme konumuza ışık tutacak ölçüde açıklama yapılacaktır.

A. İşe İade Davası

4857 sayılı İş Kanunu m. 18-21'de getirilen iş güvencesi sistemine göre işveren tarafından yapılan fesih geçerli bir sebebe dayandırılmalıdır. Diğer taraftan sözleşmesi feshedilen işçiye -zorunlu arabuluculuk aşamasında anlaşma sağlanamaması halinde- İş K. m. 20 uyarınca işe iade davası açma (feshin geçersizliğini talep etme) imkânı tanınmıştır.

Uygulamada ve doktrinde İş K. m. 20 uyarınca açılan dava için işe iade davası terimi yaygın olarak kullanılmakla birlikte² bu davanın konusu işveren tarafından yapılan feshin kanundaki geçerli sebeplerden birine dayanıp dayanmadığının tespiti³. Feshin geçerli bir nedene dayandığını ispat yükü işverene aittir.

İş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmek, diğer bir deyişle işe iade davası açabilmek için kanunda belirli şartlar öngörülmüştür. Bu şartlar; işyerinde en az otuz işçinin çalıştırılması, işçi ile işveren arasında belirsiz süreli iş sözleşmesinin olması ve işçinin en az altı aylık kıdemini bulunmasıdır (İş K. m. 17⁴). Mezkûr şartlar nispi emre-

2 İş K. m. 20 hükmüne istinaden açılan bu dava esasen feshin geçersizliğinin tespiti davasıdır. Ancak uygulamada bu dava feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadeye karar verilmesi şeklinde açıldığından yargı kararlarında ve doktrinde kimi yazarlar tarafından işe iade davası olarak isimlendirilmiştir (Sarper Süzek, İş Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2019, s. 619; Ejder Yılmaz, İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 5, S. 17, Y. 2010, s. 47).

3 Sarper Süzek, Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi, İSGHD, C. 9, S. 35, Y. 2012, s. 58.

4 İş güvencesinden faydalanmak için İş Kanunu'na tabi işçi veya Basın İş Kanunu'na tabi gazeteci olmak gerekir (Basın İş Kanunu m. 6/son). Diğer taraftan İş Kanunu'na tabi olmakla birlikte işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütünü sevk ve idare eden ve işçiye iş alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri iş güvencesinden faydalanamaz (İş K. m. 18/son). İş güvenliği şartları ile ilgili detaylı bilgi ve yargı kararları için bkz. Tankut Centel, İş Güvencesi, İstanbul 2020, s. 33-65; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, s. 557 vd.; Nuri Çelik/Nurşen Canikoğlu/Talat Canbolat, İş Hu-

dici hüküm olarak kabul edildiğinden işçi lehine değiştirilebilir.

İş güvencesi hükümlerinin nispi emredici olmasının tek istisnasını İş K. m. 21/son oluşturur. Anılan fıkrada İş K. m. 21/1-2-3 hükümlerinin sözleşme ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ifade edilerek mezkûr hükümlerin mutlak emredici olduğu düzenlenmiştir.

B. İşçilik Alacakları

İşçi işe iade davasından bağımsız olarak kanundan veya sözleşmeden doğan birtakım alacaklara da hak kazanabilir. Ancak burada feshe bağlı olan ve feshe bağlı olmayan işçilik alacaklarını ayırmak gerekir. Zira işçinin kıdem, ihbar ve yıllık izin alacağı iş sözleşmesinin feshine bağlı olarak talep edilebilir. Bu hakların talep edilebilmesi bakımından sözleşmenin fesih tarihi önem taşımaktadır.

Fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil, hafta tatili, asgari geçim indirimi gibi ücret nev'inden olan alacaklar ise feshe bağlı olmayan alacaklardır. Diğer bir deyişle bu alacakların talep edilmesi için iş sözleşmesinin feshine gerek bulunmama, sözleşme devam ederken dahi mezkûr alacaklar dava konusu yapılabilmektedir. Hatta feshe bağlı olmayan alacakların doğumu anında zamanasımı süresi işlemeye başladığından, bu alacaklar iş sözleşmesi devam ederken dahi zamanasımına uğrayabilmektedirler.

II. İşe İade Davası ve İşçilik Alacaklarının Aynı Bir Davaya Konu Edilmesi ile Birlikte İstenilmesi

İşe iade davasında mahkeme yaptığı yargılama neticesinde işe iade talebinin reddi ya da kabulü ile aslında iş sözleşmesinin feshinin geçerliliğine ya da geçersizliğine ilişkin bir hüküm kurmaktadır. Dolayısıyla işe iade davası ile işçilik alacakları-

kuku Dersleri, İstanbul 2019, s. 488 vd.

nın ayrı ya da birlikte talep edilmesinde işçilik alacağının feshe bağlı olup olmamasına göre farklı sonuçlar doğacaktır. Bu sebeple bu konuyu feshe bağlı alacaklar ile feshe bağlı olmayan alacaklar açısından ayrı ayrı incelemek gerekir.

A. Feshe Bağlı Olmayan Alacaklar

İşe iade davası ile feshe bağlı olmayan işçilik alacakların ayrı iki davaya konu edilmesi mümkün olup bunun önünde bir engel bulunmamaktadır⁵. Burada önemli olan, işe iade davası ile feshe bağlı olmayan işçilik alacaklarının aynı davada birlikte dava konusu edilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Feshe bağlı olmayan alacakların işe iade davası ile birlikte talep edilmesi durumunda ise davaların yığılmasından (objektif dava birleşmesinden) bahsedilecektir (HMK m. 110).

Objektif dava birleşmesi için aynı yargı çeşidine ait birbirinden bağımsız birden fazla asli talebin aynı davada ileri edilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce işe iade ile feshe bağlı olmayan işçilik alacaklarının her ikisinin aynı davada asli talep olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Zira objektif dava birleşmesinin kabul edilmesindeki amaç usul ekonomisidir⁶. Usul ekonomisinin sağlanması için iki asli talebe ilişkin delillerin ikame-

si ve tahkikat aşamalarının birlikte yürütülmesi gerekir⁷. Hâlbuki işe iade davası ile feshe bağlı olmayan işçilik alacaklarının yargılama sürecinde delillerin ikamesi ve tahkikat aşamaları birbirinden tamamen bağımsız ilerleyecektir. Bu şekilde açılan bir davada mahkemenin ayırma kararı vererek birbirinden bağımsız her iki talep açısından da yargılamaya devam etmesi gerekir⁸.

B. Feshe Bağlı Alacaklar

Feshe bağlı alacakların işe iade davası ile birlikte talep edilmesi durumunda da davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) söz konusu olur. Davaların yığılmasında davacı her iki talebi hakkında da hüküm kurulmasını istemektedir. Zira davacı açısından her iki talep de eşdeğer öneme sahiptir⁹. Bunun tabii bir sonucu olarak

5 Yargıtay 9. HD'nin 2017/21064 Esas 2018/812 Karar 22.01.2018 tarihli kararına konu olan bir olayda işe iade davası henüz kesinleşmeden kıdem, ihbar, fazla mesai, hafta tatili ücreti gibi işçilik alacaklarına yönelik bir dava açılmıştır. Yerel mahkeme dava şartları yokluğundan davanın usulden reddine karar vermiştir. Gereğe olarak davacının işe iade davasının kabulüne dair hüküm kurulduğu ancak hükmün temyiz incelemesinde olduğu yani kesinleşmediği ve bu durumda iş sözleşmesinin askıda olduğu henüz işe iade davası devam ederken işçilik alacakları davasının açılmayacağını göstermiştir. Yargıtay 9. HD ise "feshe bağlı alacaklardan olmayan fazla mesai ücreti ile hafta tatili ücreti yönünden feshe bağlı gibi görülerek diğer alacak kalemleri ile birlikte değerlendirilmesi hatalıdır" gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - E.T: 19.03.2021).

6 Hakan Pekcanitez/Muhammet Özeker/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku (Pekcanitez Usul), C. II, İstanbul 2016, s. 1092; Uğur Bulut, Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara 2017, s. 58.

7 Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 153; Leyla Akyol Aslan, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 229; Pekcanitez/Özeker/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1094.

8 Pekcanitez/Özeker/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1095. Yarg. 22. HD 2017/32602 E. 2020/8325 K. 1.7.2020 T. "Somut uyuşmazlıkta davacının işe iade davası ile fazla çalışma ücreti alacağının tahsiline ilişkin davasının birlikte görüldüğü ve Dairemizce bu iki davanın birlikte görülemeyeceğine ilişkin bozma ilamı...". Adana BAM 8. HD 2019/4522 E. 2020/65 K. 9.1.2020 T. "İş sözleşmesi feshedildikten sonra işe iade davası açılması durumunda iş sözleşmesi askıda olup bu durumda kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağına ilişkin davaların açılmasında hukuki yarar bulunmadığından bu davaların usulden reddine karar verilmelidir (Yargıtay 22 HD 18/04/2018 gün 2015/29432, 2018/8999 E-K sayılı ilamı ile aynı dairenin 14/02/2017 gün 2015/14185, 2017/2197 E-K sayılı ilamları). Bunun yanında fazla mesai ücreti, genel tatil ücreti ve hafta tatili ücretine ilişkin alacaklar için davanın tefrik edilmesi gerekmektedir". Yarg. 22. HD 2015/161 E. 2016/7413 K. 10.3.2016 T. "İşe iade davası tespit davası niteliğinde olup, fazla mesai alacağı talepli dava ise eda davası niteliğindedir. İşe iade davasının kısa sürede sonuçlanması bakımından mahkeme ve Yargıtay için 4857 sayılı İş Kanunu'nda süreler öngörülmesi sebebiyle eda davası niteliğindeki diğer işçilik alacaklarına ilişkin davalarda birlikte görülmesi mümkün değildir. Eda ve tespit davaları birlikte görülemez. Mahkemece işe iade davası ile fazla mesai alacağına ilişkin davanın tefrik edilerek yargılamaya ayrı dosyalar üzerinden devam edilmesi gerekirken, aynı davada birlikte görülmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

9 Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 124; Süha Tanrıver, İllamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 75;

biri diğerinin reddine bağlı olan taleplerin aynı dava dilekçesinde birlikte istenilmesi mümkün değildir¹⁰.

Dolayısıyla iş sözleşmesinin devamına yönelik işe iade davası ile iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunda doğacak işçilik alacakları birlikte dava konusu edilemez¹¹. Her ne kadar hem feshin geçersizliğini hem de feshe bağlı alacakları istemek kendi içerisinde çelişki oluştursa da¹² bu şekilde açılan bir davada mahkemenin ayırma kararı vererek işçilik alacakları yönünden işe iade davasını bekletici mesele yapması gerekmektedir¹³.

Bu durumda feshe bağlı işçilik alacakları davasında "fesih" özel dava şartı olacaktır. Dolayısıyla işe iade davasının reddine karar verilmesi durumunda başlangıçtaki fesih geçerli olacağından feshe bağlı işçilik alacakları açısından özel dava şartı olan fesih olgusu davanın açıldığı sırada var kabul edilerek işçilik alacakları yönünden esastan bir karar verilmelidir¹⁴. Aksi halde yani işe iade davasının kabulüne karar verilmesi durumunda ise özel dava şartı olan fesih olgusu gerçekleşmediğinden, işçilik alacakları yönünden dava şartı eksikliği sebebiyle usulden ret kararı verilmelidir¹⁵.

Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1093; Akyol Aslan, s. 212.

10 Biri diğerinin reddine bağlı taleplerin aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurulmadan her bir talebin asli talep olarak dava konusu edilmesinin mümkün olduğu ve bu durumda mahkemenin ayırma kararı vermeden davacının talebi doğrultusunda yargılama yapılması gerektiği yönünde görüş ve açıklamalar için bkz. Bulut, s. 33 vd.

11 Çelik/Canikoğlu/Canpolat, s. 563.

12 Yarg. 9. HD 2003/14994 E. 2003/14267 K. 11.09.2003 T. "Esasen işçinin açmış olduğu işe iade davasında ihbar ve kıdem tazminatlarını da talep etmiş olması bir çelişki oluşturur. Bir taraftan feshin geçersizliği ve işe iade talep edilirken, diğer yandan feshin sonucuna bağlı olan tazminatların istenmesi doğru olmaz."(https://karararama.yargitay.gov.tr - E.T: 19.03.2021).

13 Yargıtay'ın feshe bağlı işçilik alacakları yönünden bekletici mesele yapmadan usulden ret kararı verdiği kararlar için bkz. dp. 17.

14 Aynı çıkarımı işe iade davasının kabul edilip kesinleşmesine rağmen işçinin süresinde işverene başvuruda bulunmaması veya başvuru sonrası işverenin süresinde işe davet etmesine rağmen işçinin davete icabet etmediği durumlarda da kabul etmek gerekir. Zira bu durumlarda da başlangıçtaki fesih geçerli hale gelmektedir.

15 Yarg. 9. HD 2016/21532 E. 2016/17631 K. 10.10.2016 T. "Keza işçi feshin geçersizliğini isteminde bulunduğu da-

Feshe bağlı alacakların işe iade davası ile birlikte talep edilmesi durumunda mahkeme ayırma kararı vereceğinden bu iki talebin ayrı davaya konu edilmesi herhalde mümkündür. Sonuç olarak her iki durumda da talepler ayrı iki dava olarak değerlendirilip yargılama yapılacaktır. Bu sebeple feshe bağlı alacakların işe iade davası ile birlikte talep edilmesinde varılan aynı sonuca

vadan başka, kıdem ve ihbar tazminat istemi ile bir dava da açmış bulunabilir. Bu durumda, feshin geçersizliğine ilişkin dava bekletici mesele yapılmalıdır. Feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin işverene başvurması üzerine işe başlatılması veya başlatılmaması halinde, davaya konu fesih ortadan kalktığından, kıdem ve ihbar tazminatı reddedilmeli, feshin geçerli nedene dayandığı veya geçersiz kabul edilmesine rağmen, işçinin başvurmaması nedeni ile geçerli hale geldiği durumda ise kıdem ve ihbar tazminatı kabul edilmelidir" (https://karararama.yargitay.gov.tr - E.T: 19.03.2021).

İşe iade davasının feshe bağlı işçilik alacakları için bekletici mesele yapılmasına yönelik emsal kararlar için bkz. Yarg. 22. HD 2016/3247 E. 2019/276 K. 09.01.2019 T. Yarg. 22. HD 2015/14185 E. 2017/2197 K. 14.2.2017 T. İzmir BAM 9. HD 2020/556 E. 2020/354 K. 7.4.2020 T. Yarg. 9. HD 2016/4641 E. 2019/13550 K. 18.6.2019 T. Yarg. 9. HD 2015/16532 E. 2017/18821 K. 22.11.2017 T. Yarg. 9. HD 2015/7563 E. 2017/1975 K. 16.2.2017 T. Yarg. 9. HD 2016/26991 E. 2017/917 K. 26.1.2017 T.

Esasen Yargıtay uygulaması da bu yönde olmakla birlikte bazı Yargıtay kararlarında işe iade davası devam ederken iş sözleşmesi askıda olacağından feshe bağlı alacakların işe iade davası kesinleşmeden açılmasının mümkün olmadığı bu sebeple tefrik kararı verilmeden usulden ret kararı verilmesi gerektiği beyan edilmiştir:

Yarg. 9. HD 2016/16286 E. 2019/3512 K. 13.2.2019 T. "Dairemiz uygulamasına göre işe iade davası derdest iken iş akdi askıda olup henüz fesih gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla feshin askıda olduğu bu dönemde içerisinde feshe bağlı haklar dava ve talep konusu edilemez. Açıklandığı üzere 27/08/2013 tarihli bu davada feshe bağlı haklar olan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti taleplerine ilişkin davanın erken açılması nedeniyle usulden reddi gerekirken esasa girilip karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (https://karararama.yargitay.gov.tr - E.T: 19.03.2021). Yarg. 22. HD 2015/29432 E. 2018/8999 K. 18.04.2018 T. "İşe iade davasının devam ettiği süreçte iş sözleşmesi askıdadır. Ortada haksız veya geçersiz bir fesih olup olmadığı işe iade davası sonucunda ortaya çıkacaktır. Her dava açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilmelidir. Davanın açıldığı tarihte, iş sözleşmesi askıda bulunduğu mahkemece feshe bağlı kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti isteklerinin usulden reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir" (https://karararama.yargitay.gov.tr - E.T: 15.04.2021). Benzer yönde bkz. Yarg. 9. HD 2015/14917 E. 2017/17951 K. 9.11.2017 T. Yarg. 9. HD 2013/3690 E. 2013/17646 K. 10.6.2013 T.

feshe bağlı alacakların işe iade davasından ayrı bir dava ile talep edilmesi durumunda da varılabilir. Bu durumda da mahkeme işe iade davasını bekletici mesele yaparak bu davanın neticesine göre feshe bağlı işçilik alacakları davasına devam etmelidir.

III. İşe İade Davası (Feshin Geçersizliğinin Tespiti) ile İşçilik Alacaklarının Terditli Davaya Konu Edilmesi

A. Terditli Dava ve Taleple Bağlılık İlkesi

Terditli dava 6100 sayılı HMK'da davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebini aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle talep etmesi olarak tanımlanmıştır. Terditli davanın HMK'daki tanımında davacının birden fazla talebinden bahsedilse de terditli davada davacının elde etmek istediği netice tektir. Davacı birden fazla talebi dile getirirse de dava neticesinde yalnızca bunlardan biri hakkında hüküm verilecektir. Nitekim davacının talebi de bu yöndedir. Bu yönüyle terditli dava objektif dava birleşmesinden ayrılır¹⁶.

Terditli davanın şartları HMK m. 111'de sayılmıştır. Buna göre davacının talepleri arasında aslilik-ferilik ilişkisi kurulmalıdır. Davacı ilk olarak asıl talebini istemeli, bu talebin kabul edilmemesi durumunda ikincil (ferî) talebinin kabul edilmesini dile getirmelidir. Bunun haricinde mezkûr hükümde talepler arasında hukuki ve ekonomik bağlantının bulunması gerektiği de düzenlenmiştir.

Sonuç olarak davacının talebi terditli davanın şartlarını sağladığı müddetçe, mahkemenin yargılamayı buna uygun yürütmesi ve davacının asıl

talebini reddetmeden ferî talebi hakkında hüküm kurmaması gerekmektedir. Terditli davalarda asıl talebin esastan reddine karar vermeden ferî talep hakkında hüküm kurulması taleple bağlılık ilkesine de aykırılık teşkil edecektir¹⁷. Ancak davacının talebi terditli davanın şartlarını sağlamıyorsa mahkeme davaların ayrılmasına karar verebilecektir¹⁸.

B. İşe İade Davası ile İşçilik Alacaklarının Terditli İstenilmesi

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere işe iade davasında mahkeme yaptığı yargılama neticesinde işe iade talebinin reddi ya da kabulü ile aslında iş sözleşmesinin feshinin geçerliliğine ya da geçersizliğine ilişkin bir hüküm kurmaktadır. Bu sebeple işe iade davası ile işçilik alacaklarının terditli talep edilmesinde ferî talep olan işçilik alacağının feshe bağlı olup olmamasına göre farklı sonuçlar doğacaktır.

1. Feshe Bağlı Olmayan İşçilik Alacakları

Feshe bağlı olmayan alacakların işe iade davasında ferî talep olarak istenilmesi mümkün değildir. Zira işe iade davası ile feshe bağlı olmayan alacaklar arasında hukuki ya da ekonomik bir bağ bulunmamaktadır¹⁹.

Talepler terditli bir şekilde ileri sürülmüş olsa

¹⁷ Muşul, s. 177-178.

¹⁸ Muşul, s. 77 vd.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 304; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1085.

¹⁹ Yarg. 22. HD 30.10.2012 E. 2012/16315 K. 2012/23729 T. "Dosya içeriğine göre dava dilekçesinde feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine, mahkemece aksi kanaatte olunması halinde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesi talep edilmiştir. Mahkemece dava konusu isteklerin aynı işleme (iş sözleşmesinin feshi) dayalı olduğundan talepler arasında hukuki bağ olduğundan bahisle terditli dava olarak açılıp davanın görülebileceği gerekçesiyle işe iade ve alacak istekleri birlikte görülüp sonuçlandırılmışsa da dava konusu işe iade ve fazla çalışma ve hukuksal bayram genel tatil ücret alacakları feshe bağlı alacaklar olmadığından aralarında hukuki bağ bulunmadığından terditli dava yolu ile talep edilmesi mümkün değildir" (Ali Topaloğlu, Terditli Davalar Açısından HMK'nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2014, Y. 79, S. 1, s. 71).

¹⁶ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2020, s. 305; Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, C. I, Ankara 2020, s. 616; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1095.

dahi aralarında ekonomik ya da hukuki bir bağlantı yoksa mahkeme davacının ferî talebini ayrı bir esasa kaydederek yargılamaya iki ayrı dava olarak devam eder²⁰.

20 Yargıtay'ın işe iade davalarının tespit davası niteliğinde olduğunu işçilik alacaklarının ise eda davası niteliğinde olduğunu, eda ve tespit davalarının birlikte görülme-yeceğine ilişkin kararları bulunmaktadır. Hâlbuki eda davası ile tespit davasının terditli davaya konu edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır (Muşul, s. 173). Ayrıca söz konusu kararlara bakıldığında işe iade davasının yanında talep edilen alacağın feshe bağlı olmayan alacaklar olduğu görülmektedir. Bu sebeple mezkûr kararlar birlikte görülmesi mümkün olmayan işe iade davası ile feshe bağlı olmayan alacaklar özelinde değerlendirilmelidir.

Yarg. 22. HD 2017/617 E. 2017/948 K. 24.01.2017 T. "Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin geçerli ve haklı sebebe dayanmaksızın işverence feshedildiğini ileri sürerek feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini ayrıca müvekkilinin iş sözleşmesinin habersiz feshedildiği 03.03.2015 tarihinden sonrada 23.03.2015 tarihine kadar yirmi gün çalıştığını ileri sürerek yirmi günlük ücreti olan 4.000,00 TL'nin de hüküm altına alınmasına karar verilmesini talep etmiştir. İşe iade davası tespit davası niteliğinde olup, ücret alacağı talepli dava ise eda davası niteliğindedir. İşe iade davasının kısa sürede sonuçlanması bakımından mahkeme ve Yargıtay için 4857 sayılı Kanunda süreler öngörülmesi sebebiyle eda davası niteliğindeki diğer işçilik alacaklarına ilişkin davalarla birlikte görülmesi mümkün değildir. Eda ve tespit davaları birlikte görülmez. Mahkemece işe iade davası ile ücret alacağına ilişkin davanın tefrik edilerek yargılamaya ayrı dosyalar üzerinden devam edilmesi gerekirken, aynı davada birlikte görülmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (<https://karararama.yargitay.gov.tr - E.T: 18.04.2021>). Yarg. 22. HD 2015/161 E. 2016/7413 K. 10.3.2016 T. "İşe iade davası tespit davası niteliğinde olup, fazla mesai alacağı talepli dava ise eda davası niteliğindedir. İşe iade davasının kısa sürede sonuçlanması bakımından mahkeme ve Yargıtay için 4857 sayılı İş Kanunu'nda süreler öngörülmesi sebebiyle eda davası niteliğindeki diğer işçilik alacaklarına ilişkin davalarda birlikte görülmesi mümkün değildir. Eda ve tespit davaları birlikte görülmez. Mahkemece işe iade davası ile fazla mesai alacağına ilişkin davanın tefrik edilerek yargılamaya ayrı dosyalar üzerinden devam edilmesi gerekirken, aynı davada birlikte görülmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Yarg. 22. HD 2012/20060 E. 2013/8195 K. 18.04.2013 T. "İşe iade davası tespit davası niteliğinde fazla mesai davası ise eda davası niteliğindedir. Eda ve tespit davaları birlikte görülmez. Mahkemece yapılacak olan işe iade davası ile fazla mesai alacağına ilişkin davanın tefrik edilerek yargılamaya ayrı ayrı devam edilmesi gerekirken işe iade ve fazla mesai taleplerinin aynı davada birlikte görülmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir (<https://>

Nitekim işe iade davası ile feshe bağlı olmayan işçilik alacakları arasında ekonomik veya hukuki bir bağlantı da bulunmadığından mahkemenin ayırma kararı üzerine davacı aleyhine bir sonuç doğmayacaktır. Zira ilk davanın sonucu ne olursa olsun ayrılan davada mahkeme esastan hüküm kurabilecektir²¹.

2. Feshe Bağlı İşçilik Alacakları

a. Genel Olarak

Asıl talep olan işe iade ile ferî talep olarak feshe bağlı alacakların terditli ileri sürülmesi kanaatimizce sürecin ruhuna en uygun talep şeklidir. Zira işe iade davasının reddi halinde feshin geçerli olduğu tespit edildiğinden davacının feshe bağlı olan kıdem, ihbar vs. işçilik alacaklarının doğma ihtimali belirecektir²².

Feshe bağlı alacakların işe iade davasında terditli olarak ileri sürülmesine bir engel olmadığı gibi asli talep kabul edilip feshin geçersizliği tespit edildiğinde, ferî talep hakkında karar verilemeyecektir. Aksi durumda ise feshin geçerli olduğuna karar verilip asli talep reddedilecektir. İşte bu ihtimalde davacı feshe bağlı alacaklar yönünden yeni bir dava açma külfetinden kurtulacak ve yargılama giderlerinden tasarruf edecektir²³. Öte yandan işe iade davasının reddine karar veren hâkim uyuşmazlığın esası olan feshin niteliğine ilişkin bilgi ve tecrübe sahibi olduğundan, feshin haklı veya geçerli olduğuna ilişkin yargılama daha hızlı ve güvenli bir şekilde sonuçlandırılacaktır²⁴.

Terditli olarak açılmayan işe davasının reddi

karararama.yargitay.gov.tr - E.T: 18.04.2021).

21 Ayrıca bu konuda bkz. III, B, 4 (İşe İade Davası ile Feshe Bağlı İşçilik Alacaklarının Terditli Talep Edilmesi Durumunda Ayırma Kararı).

22 Ferî talebin asli talebin reddine bağlı olarak açılan bir terditli dava gerçek terditli dava olarak isimlendirilmiştir (Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1997, s. 338; Muşul, s. 122 vd).

23 Yargılama giderlerine ilişkin açıklama için bkz. dp. 31.

24 İşe iade talebi ile aynı maddi vakiadan kaynaklanan feshe bağlı işçilik alacaklarının aynı davada incelenmesinin ayrı bir davaya konu edilmesine kıyasla çabuk, kolay ve ucuz olduğu görüşüne ilişkin bkz. Erdal Gökçe, Türk İş Hukukunda İşe İade Davası, İstanbul 2008, s. 121.

halinde sonradan açılacak feshe bağlı alacak davası farklı hâkimin önüne düşebileceğinden bu durum yargılamanın uzamasına ve çelişkili kararların verilmesine de sebebiyet verebilir. Hâlbuki terditli dava açılması durumunda bu sakıncalar büyük ölçüde engellenmiş olacaktır²⁵.

Öte yandan terditli talep bakımından taleplerin aynı dava çeşidine dâhil olması gerekmez. Yani taleplerden biri hakkında verilecek hükmün tespit hükmü olması diğerinin ise eda hükmü olması bu iki talebin terditli olarak ileri sürülmesine engel olmaz²⁶. Bu sebeple işe iade davasının hukuki niteliğinin tespit davası olması işçilik alacaklarının ise eda davası olması bu davaların terditli açılmasına engel olmaz²⁷.

b. Her İki Talebin de Zorunlu Arabuluculuğa Tabi Olması

Asli talep olan işe iadenin İş K. m. 20 uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabi olması sebebiyle, terditli dava açılmadan önce asli talep bakımından arabulucuya başvurulması gerekir. Asıl sorun zorunlu arabuluculuğa tabi olan ferî talep açısından başlangıçta arabuluculuğa başvurmanın şart olup olmadığıdır.

Kanaatimizce davacı dava açmadan önce hem asli hem de ferî talep yönünden arabulucuya başvurmalıdır. Taraflar arabuluculuk aşamasında işe iade veya işçilik alacaklarından herhangi biri üzerinde anlaşırca sonradan dava açılmasını gerektirecek bir durum olmayacaktır. Bu durumda her iki talep için tek bir arabuluculuk başvurusu yapıldığından iki farklı arabuluculuk masrafı da ortaya çıkmayacaktır²⁸. Anlaşmama durumunda

ise sonradan açılacak terditli davada her iki talep açısından da arabuluculuğa başvurma şartı yerine getirilmiş olacaktır.

c. Terditli Talep Durumunda Ayırma Kararı

İşe iade davası ile feshe bağlı işçilik alacaklarının terditli davaya konu edilmesinin mümkün olmadığı savunulsa dahi mahkemenin terditli açılan davada re'sen ayırma kararı vermemesi gerekir.

Mahkemece davacının terditli talebinin aksine, davaların ayrılmasına karar verilmesi durumunda davacı açısından farklı riskler ortaya çıkabilir. Çünkü işe iade davasının kabulü halinde başlangıçtaki fesih geçerli hale gelecektir. Bu durumda ayrılan davadaki feshe bağlı alacaklar yönünden, dava tarihi itibarıyla geçerli bir fesih bulunmadığı için dava şartı yokluğu sebebiyle usulden ret kararı verilecektir. Böylece terditli açılan bir davada asıl talep kabul edilmesine rağmen, başlangıçta verilen ayırma kararı nedeniyle ferî talep hakkında da ayrıca hüküm kurulması sonucu doğacaktır²⁹. Bunun sonucunda talep edilmeyen bir

madan önce arabuluculuğa gidilmesi önerilmiştir. Ancak bu durumda mahkemenin asli talebi kabul etmesi halinde, yardımcı talep konusunda arabulucuya başvuru yapılmasının gereksiz masraf olacağı sebebiyle usul ekonomisi ilkesine zarar vereceği ileri sürülmüştür. Ayrıca tarafların arabulucunun huzurunda yardımcı talep konusunda anlaşmaları durumunda uyuşmazlık ile ilgili ilam niteliğinde bir belge olacağından davacının sonradan asli talep ile ilgili dava açmasının bazı sorunlara sebep olabileceği savunulmuştur. Diğer bir seçenek ise ferî talep için davacının arabulucuya başvurmadan doğrudan iş mahkemesinde terditli dava açmasıdır. Bu durumda yerel mahkeme asli talebi reddettiğinde, ferî talebe geçmeden önce HMK m. 115 gereği davacıya kesin bir süre vererek bu eksikliği gidermesini istemesi gerektiği ifade edilmiştir (Cumhur Rüzgaresen, Medeni Usul Hukukunda Terditli Taleplerin İncelenmesi, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2020, S. 212, s. 3545). Ancak kanaatimizce dava açılmadan önce her iki talep için tek bir arabuluculuk başvurusu yapılmasının herhangi bir sakıncası yoktur. Zira bu durumda tek bir arabuluculuk başvurusu yapıldığından iki ayrı masraf ortaya çıkmayacağı gibi tarafların taleplerden herhangi biri üzerinde anlaşmaları halinde sonradan dava açılması da mümkün değildir.

29 Burada Van Bölge Adliye Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararına değinmekte fayda vardır. Van 2. İş Mahkemesi'nde 03.03.2020 tarihinde "Müvekkilimin işe iadesi ile birlikte boşta geçen süre ücretinin ödenmesi, işe iade talebinin reddedilmesi halinde; Şimdilik 100 TL kıdem tazminatı, 100 TL yıllık ücretli izin alacağı, 100 TL inhar

25 6100 sayılı HMK sonrasında bu davaların terditli açılmama gerekçesinin ortadan kalktığını belirten bir görüşe göre 7036 sayılı İş Kanunu'nda yapılan değişikliklerle işe iade davalarının bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi, diğer işçilik alacaklarının ise kesinlik sınırını aşması durumunda temyiz edilebilmesinin, salt bu sebebe dayanarak bu davaların terditli olarak talep edilmesine engel oluşturmayacağı yönünde bkz. Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 563.

26 Muşul, s. 173.

27 Feshe bağlı olmayan alacaklar yönünden Yargıtay uygulamasına ilişkin bkz. dp. 22.

28 Rüzgaresen, bu durumda iki ihtimalin doğacağını ileri sürmüştür. İlk olarak her iki talep için de dava açıl-

alacaktan dolayı davacı gereksiz yere vekâlet ücretine mahkûm olabilecektir³⁰.

tazminatı, 100 TL ulusal bayram ve genel tatil ücreti, 100 TL hafta tatili ücretinin ödenmesi" talep konulu bir dava açılmıştır. Bunun akabinde yerel mahkeme 11.03.2020 tarihli tensip zaptında "işçilik alacaklarına ilişkin davanın iş bu dosyadan tefriki ile ayrı bir esasa kaydının yapılmasına" şeklinde bir karar vermiştir. Devam eden süreçte işe iade davası kabul edilmiş ve kesinleşmiştir. Süresinde yapılan başvuruya rağmen işveren işçiyi işe başlatmamış ve bunun üzerine iş sözleşmesi 02.11.2020 tarihinde feshedilmiş sayılmıştır. Ayrılan davada davacı feshe bağlı olmayan alacaklardan feragat etmiştir. Mahkemece "feshin 02/11/2020 tarihi itibarıyla kesinleştiği, ...davacı işveren davacı işçiyi süresinde başvuruya rağmen işe başlatmamış olduğundan alacak davasının feshe bağlı alacaklar açısından erken açıldığı anlaşılmalı davacı tarafın kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarına yönelik davasının dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar vermek gerekmiştir (2020/136 E. 2021/60 K. 10.02.2021 T.)" şeklinde hüküm kurulmuştur.

İstinaf mahkemesi ise "Somut olayda, davacının 03/03/2020 tarihli dava dilekçesinde işe iadesine ve boşta geçen süre ücretinin ödenmesine, işe iade talebinin reddedilmesi halinde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile hafta tatili ücreti alacağına ödenmesine karar verilmesini talep ettiği, mahkemece 11/03/2020 tarihli tensip tutanağında işçilik alacaklarına ilişkin talebin tefriki karar verildiği ... mahkemece işe iade davasının sonucunun beklenildiği ve kararın kesinleşmesi üzerine iş akdinin fesih tarihinin 02/11/2020 tarihinde kesinleşmesi ve feshe bağlı kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağı taleplerinin erken açılmasından dolayı dava şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verildiği görülmüş olup usulüne uygun olarak açılmış bir davanın bulunmadığı mahkemenin davanın reddine dair kararında usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı" şeklinde hüküm kurmuştur. (Van BAM 3. HD, 2021/756E, 2021/838 K, 20.05.2021 T.)

Yukarıda istinafa konu olayda esasen yerel mahkemenin feshe bağlı alacaklar yönünden ayırma kararı vermesi hatalıdır. Bu davada istinaf mahkemesince "feshe bağlı alacaklar yönünden ayırma kararı hatalı olduğundan karar verilmesine yer olmadığına, feshe bağlı olmayan alacaklar yönünden ise feragat nedeniyle davanın reddine" karar verilmesi isabetli olacak iken maalesef istinaf mahkemesi gerekçeli kararında terditli dava ile ilgili hiçbir değerlendirmeye girmeden, yerel mahkemenin hatalı kararını onamış, istinaf talebini reddetmiştir.

- 30 Asli talep olan işe iade davasının kabul edilmesinde duruma ferî talebe ilişkin bir hüküm kurulamayacaktır. Bu sebeple davalı ya da davacı lehine vekâlet ücretine hükmedilmemesi tabidir. Ancak eğer ferî talep ile ilgili bir masraf yapıldı ise buna davacının katlanması gerekir. Zira aynı gerekçe ile yani ferî talebe ilişkin bir hüküm kurulmaması gerekçesi ile ferî talep yönünden hangi tarafın haklı olduğuna ilişkin bir yargılama yapılmamıştır. Fakat ferî talep davacının tasarrufu ile dava konusu

Mezkûr taleplerin terditli ileri sürülmesinin mümkün olmadığı düşüncesinde olan mahkemenin ayırma kararı vermek yerine ara karar ile işe iade davası ve feshe bağlı alacakların terditli olarak ileri sürülmesinin mümkün olmadığını belirtmesi ve davacının talebini hasretmesini ya da iki talebini terditli olarak değil birlikte ileri sürmesi gerektiğini HMK m. 31 hükmü gereği açıklamaması daha isabetli olacaktır³¹. Bu şekilde en azından hem taleple bağlılık ilkesi aşılmamış olacak hem de davacının gereksiz yere yargılama giderlerine mahkûm edilmesi engellenecektir.

d. İşe İade Davasının Kabul Edilmesi Sonrası Ortaya Çıkan Durumların Terditli Davaya Etkisi

Yukarıda belirtildiği üzere davanın terditli olarak açıldığı durumlarda işe iade davası kabul edilirse ferî talep olan feshe bağlı işçilik alacakları yönünden bir hüküm kurulamaz.

İşe iade davasının işçi lehine kesinleştiği ancak süresinde yapılan başvuruya rağmen işverenin işçiyi işe başlatmadığı durumlarda iş sözleşmesi işverenin işçiyi işe başlatmadığı tarihte feshedilmiş sayılacaktır. İşe iade davasının işçi lehine kesinleşmesi ancak işçinin süresinde işverene başvuruda bulunmaması veya başvuru sonrası işverenin süresinde işe davet etmesine rağmen işçinin davete icabet etmediği durumlarda ise başlangıçtaki fesih geçerli hale gelecektir.

Her iki durumda da terditli davadaki ferî talep yeniden dava konusu edilebilir. Ancak bu durum-

edildiğinden bu konuda yapılan yargılama giderlerine de kendisinin katlanması gerekir (Muşul, s. 209). Bunun yanında işe iade davası reddedildiğinde ferî talep kabul edilse dahi asli talep yönünden davacının vekâlet ücreti dâhil asli talebe ilişkin tüm yargılama giderlerinden sorumlu tutulması gerekir (Muşul, s. 208).

- 31 Esasında işe iade davası ile feshe bağlı alacakların terditli davaya konu edilemeyeceğini düşünen mahkemenin yapması gereken işlem de ayırma kararıdır. Ancak ayırma kararı haksız yere davacının yargılama giderlerine katlanması sonucunu doğurmaktadır. Terditli davaya konu edilmesinin önünde hiçbir engel olmayan bir davada, sırf Yargıtay uygulamasına bağlı kalmak adına terditli açılmayacağı kanaatine varan mahkemeler, davacıya süre vererek hiç olmazsa davacı aleyhine haksız yere yük oluşturacak yargılama masraflarının önüne geçebilirler.

ların işe iade kararının kesinleşmesi ile sona eren terditli davaya bir etkisi olmaz. Mahkeme yeniden yargılama yaparak ferî talep hakkında hüküm kuramaz. İlk durumda fesih tarihi değiştiğinden bunun terditli davaya bir etkisi olmayacağı açıktır. Ancak ikinci durumda aslında mahkeme kararı ile geçersizliği kesin olarak tespit edilen fesih, sonradan yaşanan süreç ile geçerli hale gelmektedir. Fakat bu durum kesinleşen ilk terditli davanın yargılama sürecinin yeniden yapılmasına imkân vermez (HMK m. 375).

Sonuç olarak terditli davada işe iade davasının kabulüne karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi ile davanın tamamen sonlandığı durumlarda sonraki süreçte her ne olursa olsun yeniden yargılama yapılarak ferî talep hakkında hüküm kurulamayacağı kabul edilmelidir.

IV. İstinaf ve Yargıtay Uygulaması

Birkaç istisnai karar dışında Yargıtay'ın genel uygulamasına göre işe iade ile işçilik alacakları birlikte istenemeyeceği gibi terditli dahi istenemez³². Yüksek mahkemenin birlikte talep (objektif dava birleşmesi) ile terditli talep arasında fark olmayacak şekilde, iki durumu da aynı hukuki sonuca bağladığı görülmektedir.

Yargıtay'ın bu tutumunun arka planını anlamak için konuya ilişkin içtihatları kronolojik olarak tahlil etmek gerekir. Kanaatimizce hâlihazırdaki sorunun asıl kaynağı 6100 sayılı HMK öncesinde yürürlükte olan 1086 sayılı HMUK dönemindeki gerekçelerdir. Bu gerekçelerin günümüzde ge-

çerli olup olmadığı da değerlendirilerek sonuca varılmalıdır.

A. 1086 Sayılı HUMK Dönemi

6100 sayılı HMK yürürlüğe girmeden önce usul kanunu olarak 1086 sayılı HUMK yürürlükteydi. 1086 sayılı Kanun'da dört farklı yargılama usulü bulunmaktaydı. Feshin geçersizliği ve işe iade davalarında 4857 sayılı İş K. m. 20/III'e göre seri yargılama usulü uygulanmaktaydı. Diğer işçilik alacakları bakımından ise iş mahkemelerinde esas olarak sözlü yargılama usulü benimsenmişti (5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 7). Bu dönemde iki ayrı yargılama usulüne tabi olan taleplerin birlikte veya terditli olarak istenip istenemeyeceği tartışma konusu olmuştur.

Örneğin Yargıtay 9 Hukuk Dairesi'nin bir kararında: "*Davacı, işe iadesine, işe alınmadığı takdirde boşta geçen süre karşılığı ile ihbar tazminatı ve diğer alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. ... İşçinin işe iade ile ilgili isteklerinin yanında işçilikten doğan diğer tazminat ve alacakların da istenmesi halinde, bu talepler yönünden yargılama yapılması, işe iade davasının yasa koyucunun öngördüğü süre içinde seri yargılama usulüne göre görülüp sonuçlandırılmasına engel oluşturur. İşe iade davası dışında kalan diğer hak ve alacaklar ile ilgili davalar ise sözlü yargılama usulüne tabidir. Bu nedenle işe iade ile birlikte diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde, bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır. Esasen işçinin açmış olduğu işe iade davasında ihbar ve kıdem tazminatlarını da talep etmiş olması bir çelişki oluşturur. Bir taraftan feshin geçersizliği ve işe iade talep edilirken, diğer yandan feshin sonucuna bağlı olan tazminatların istenmesi doğru olmaz*" şeklinde hüküm kurulmuştur³³.

32 İşe iade davası ile feshe bağlı işçilik alacaklarının terditli davaya konu edilmesinin önünde esasen bir engel olmamasına rağmen Yargıtay'ın bu konudaki tutumu Türk hukuk uygulamasında eskiden beri süregelen terditli davanın açılabilmesi halleri kısıtlamaya yönelik eğilimden kaynaklanmaktadır (Üstündağ, s. 338). Ancak bugün gelinen noktada terditli dava HMK'da (m. 111) açıkça düzenlenmiş ve şartları net bir şekilde ortaya konulmuştur. Bu sebeple işe iade talebi ile feshe bağlı işçilik alacakları talebinin terditli davaya konu edilemeyeceğine yönelik tutumdan vazgeçilmesi ve terditli davanın şartlarının sağlandığı bu durumlarda ayırma kararı verilmemesi daha isabetli olacaktır.

33 Yarg. 9. HD 2003/14994 E. 2003/14267 K. 11.09.2003 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr> - E.T: 19.03.2021). Yarg. 9. HD 2008/16654 E. 2009/6199 K. 09.03.2009 T. "Feshin geçersizliği isteminin seri yargılama usulüne, işçilik alacaklarına yönelik eda niteliğindeki istemlerin incelenmesinin ise sözlü yargılama usulüne tâbi olduğu noktasını esas alarak, feshin geçersizliği istemi ile feshe bağlı olsun olmasın işçilik alacaklarının birlikte ve terditli olarak istenemeyeceği, bu şekilde açılan davada işçilik

Bu karar incelendiğinde her ne kadar farklı yargılama usullerine tabi olan taleplerin aynı davada birlikte istenemeyeceği gerekçesi haklı olarak değerlendirilebilirse de, karara konu somut olayda davacının talebini terditli olarak ileri sürdüğü, aynı anda iki talebe ilişkin hüküm kurulmasını arzulamadığı açıktır. Bu sebeple Yargıtay'ın "işçinin açmış olduğu işe iade davasında ihbar ve kıdem tazminatlarını da talep etmiş olması bir çelişki oluşturur" şeklindeki gerekçesine katılmak mümkün değildir. Zira davacı iki talebi aynı anda istemekte, asıl talep olan işe iadenin reddi halinde ferî talep olan işçilik alacaklarını istediğinden talepler arasında bir çelişki bulunmamaktadır.

Yargıtay 1086 sayılı Kanun döneminde işçilik alacakları davasının işe iade davasından ayrı davaya konu edilmesi durumunda işçilik alacakları davası yönünden işe iade davasının bekletici mesele yapılmasına karar vermiştir. Örneğin Yargıtay 9. HD bir kararında "İşe iade davası yanında işçi tarafından kıdem ve ihbar tazminatı davası açılması halinde: işe iade davası sona ermişse, kesinleşmişse, kesinleştikten sonra da 4857 s. kanununun 21. maddesine göre işçinin kararın infazı için başvurup başvurmadığı, başvurmuşsa işveren tarafından başlatılıp başlatılmadığı araştırılmalı, bu konuda işçi ve daha sonra işverene verilen sürenin sonu beklenmeli, sonucuna göre kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık izin alacakları hakkında bir hüküm kurulmalıdır. Yazılı şekilde işe iade davasının ve infazının sonuçları beklenmeden hüküm kurulması hatalıdır³⁴."

Bu dönemde doktrinde bir görüş, Yargıtay uygulamasını isabetli bularak, farklı yargılama usullerine tabi olan taleplerin terditli veya objektif

dava birleşmesi şeklinde ileri sürülemeyeceğini savunmuştur³⁵. Diğer görüş ise farklı yargılama usullerine tabi olsalar bile işe iade ve feshe bağlı alacakların terditli olarak dava edilebileceğini savunmuştur³⁶. Bu görüşe göre yargılama usullerinin farklı olduğu gerekçesiyle işe iade davasının bekletici mesele yapılmasının işçi açısından sakıncaları bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın bekletici mesele uygulaması, sözleşmeyi haklı sebeple feshettiğini iddia eden işveren açısından olmasa dahi, geçerli nedenle sözleşmeyi feshettiğini iddia eden işverenin feshe bağlı alacakları ödemiş olması gerekirken, bu ödemeyi geciktirmesine yol açmaktadır³⁷.

B. 6100 Sayılı HMK Dönemi

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılama usulleri bakımından bazı değişiklikler yapılmıştır. Yazılı yargılama usulünün temel alındığı HMK'da, daha hızlı ve basit şekilde yargılama yapılması düşünülen davalar için basit yargılama usulü öngörülmüştür³⁸. HMK m. 316'da yazılı yargılama usulü dışında diğer kanunlarda belirtilen dava ve işlere basit yargılama usulünün uygulama

35 Ömer Ekmekçi, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", Mercek, Temmuz 2003, s. 137-138; Mahmut Kabakcı, "İşe İade Davasında İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan İşçilik Haklarının Talep Edilmesi, Karar İncelemesi", İBD, Aralık 2003, s. 905 vd.

36 Şükran Ertürk, "İşe İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yarattığı Sorunlar", Legal İSGHD, 2009/23, s. 946-947; Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004, s. 102; Gökçe, s. 120 vd.

37 Ertürk, s. 946. Özkes, farklı yargılama usulüne tabi olan davaların aynı davada birlikte ya da terditli talep edilmesinden anlaşılması gerekenin, taleplerden birinin idari yargı diğerinin adli yargıya tabi olduğu davalar olduğu ve işe iade davası ile işçilik alacaklarının terditli talep edilmesinin mümkün olduğunu HUMK döneminde de savunmuştur (Muhammet Özkes, "İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Dergisi, Ankara 2004, s. 487-488).

38 Özgür Oğuz/Özge Doğan, "Türk İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.127, Y. 2016, s. 300-301.

alacaklarına ilişkin istemin tefrik edilerek, farklı bir esasta ayrı olarak yürütülmesi gerektiği yönünde Dairemizin kararlı bir uygulaması bulunmaktadır. Bu nedenle, farklı yargılama usullerinin uygulanması sebebiyle feshin geçersizliği istemli bir davada, iş hukukundan kaynaklanan başka bir hakkın, birlikte istenmesi olanağı bulunmamaktadır (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Benzer yönde kararlar için bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2009, s. 577 dp. 278.

34 Yarg. 9. HD 2004/31568 E. 2005/22658 K. 23.06.2005 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

nacağı düzenlendiğinden, iş mahkemelerinde yürütülen davalar bakımından seri ve sözlü yargılama usulü sona ererek basit yargılama usulüne geçilmiştir. Böylece iş mahkemeleri bakımından HMK ile getirilen en önemli değişiklik, yargılama usulünün değişmesi olmuştur³⁹. 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda da iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanacağı açıkça yer almıştır (İMK m. 7/1).

İşe iade ve işçilik alacaklarının terditli olarak talep edilmesi bakımından HUMK döneminde danyılan gerekçelerinin kanuni dayanağı ortadan kalkmış olmasına rağmen, Yargıtay eski görüşünü genel olarak devam ettirmektedir. Bununla birlikte konuya ilişkin somut olaya özgü olduğu anlaşılan istisnai sayıda farklı kararlara aşağıda değinilecektir.

1086 sayılı HUMK döneminde açılan ancak karara bağlandığı tarihte 6100 sayılı HMK'nın yürürlükte olduğu bir davada Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; *"Davanın açıldığı tarihte feshin geçersizliği isteminin seri yargılama usulüne, işçilik alacaklarına yönelik eda niteliğindeki istemlerin incelenmesinin ise sözlü yargılama usulüne tâbi olduğu noktası esas alınarak, feshin geçersizliği istemi ile feshe bağlı olsun olmasın işçilik alacaklarının birlikte ve terditli olarak istenmeyeceği, bu şekilde açılan davada işçilik alacaklarına ilişkin istemin tefrik edilerek, farklı bir esasta ayrı olarak yürütülmesi gerektiği yönünde Dairemizin kararlı bir uygulaması bulunmaktadır."* şeklinde hüküm kurmuştur⁴⁰.

Bu kararda somut olay bakımından eski görüşün devam ettiği anlaşılmalı birlikte, kararın içeriğinden 6100 sayılı HMK döneminde açılacak terditli davalar bakımından Yüksek Mahkeme'nin bu gerekçeye dayanmayacağı çıkarımı yapılabilmektedir. Sonraki süreçte Yargıtay aynı gerekçeye dayanmasa bile işe iade talebi ile feshe bağlı

işçilik alacaklarının terditli davaya konu edilemeyeceği görüşünü devam ettirmiştir.

Örneğin Yargıtay 7. Hukuk Dairesi *"Feshin geçersizliği ve işe iade isteminin mahkemece iki ay içinde sonuçlandırılması ve Yargıtay'ca bir ay içinde kesin olarak karar verilmesi gerekliliği bu istem ile birlikte kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin ve işçilik alacaklarının aynı davada birlikte veya terditli olarak istenmesi olanağını ortadan kaldırmaktadır. Esasen işçinin açmış olduğu işe iade davasında ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağını talep etmesi de çelişki oluşturur. Bir yandan feshin geçersizliği ve işe iade talep edilirken, diğer yandan feshin sonucuna bağlı tazminatların ve alacağın istenmesi doğru olmaz. Bu nedenle işe iadeyle birlikte veya terditli olarak diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır."*⁴¹

Bu kararda terditli talebin reddine yönelik farklı bir gerekçeye yer verilmiştir. Yüksek mahkeme, İş Kanunu'nda işe iade davasının sonuçlanması için 2+1 aylık sürede davanın kesinleşmesinin öngörüldüğünü belirtmişse de, bu sürelerin gerçekçi olmadığı ve yargılamaların çok daha uzun sürdüğü bilinmekteydi. Kaldı ki İş K. m. 20/3'de 2017 yılında yapılan değişiklik ile birlikte davanın iki ay içinde sonuçlandırılması ve Yargıtay tarafından bir ay içinde kesin olarak karar verilmesini öngören hüküm kaldırılarak, davanın ivedilikle sonuçlandırılacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla kararda geçen mezkûr gerekçenin dayanağı da ortadan kalkmıştır. Ancak kararın son kısmında yine birlikte ve terditli isteme kavramları karıştırılarak bu iki kavram aynı kefeye koyulmuştur. Bu yönüyle de kararı isabetli bulmak güçtür.

7. Hukuk Dairesinin bir başka kararında ise *"İş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine, çalıştırıldığı süre için en çok dört aylık ücret ve diğer hakları ile işe başlatmama tazminatının belirlenmesini ayrıca vakıf müdürlüğü görevinin devam ettiğinin*

39 Esra Baskan, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İş Davalarındaki Yargılama Usulüne Etkisi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara 2013, 4 (12), s. 324.

40 Yarg. 9. HD 2012/12047 E. 2012/22762 K. 07.06.2012 T. (Yargıtay Kararları, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2012/4, s. 270-271).

41 Yarg. 7. HD 2013/20398 E. 2014/4161 K. 19.2.2014 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

tespiti ile ücret farkı alacağına davalıdan tahsil" talep edilmiştir⁴². Bu ifadelerden anlaşıldığı kadarıyla burada terditli bir talepten ziyade farklı alacakların birlikte talep edilmesi söz konusudur. Nitekim işçi işe iade, müdürlük unvanının devamı ile ücret farkı alacağını aynı dava dilekçesinde talep etmiştir.

Böyle bir durumda HMK m. 167 gereği davaların ayrılmasına karar verilebilir. Nitekim burada terditli dava açılabilmesinin şartları oluşmadığı gibi davacının taleplerini terditli bir şekilde istemediği de açıkça görülmektedir. Ancak yüksek mahkeme "birlikte veya terditli talep" şeklindeki kalıp cümlesini bu dava açısından da kullanarak tefrik kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Zira kararda "Esasen işçinin açmış olduğu işe iade davasında ücret alacağını talep etmiştir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmamıştır. İşe iadeyle birlikte veya terditli olarak diğer işçilik haklarının da dava edildiği hallerde bu davaların ayrılmasına karar verilerek yargılama yapılmalıdır" şeklinde hüküm kurulmuştur.

Birbirinden ayrı ve bambaşka sonuçlar doğuran birden çok talebin birlikte istenilmesi ile terditli olarak istenilmesi ayırt edilmeden bu iki durum aynı şekilde değerlendirilerek hüküm kurulması hatalıdır.

Yargıtay 22. HD tarafından 2012 yılında verilen bir kararda, işe iade ile işçilik alacakları davasının hangi hallerde terditli açılacağı kanaatimizce isabetli bir şekilde ortaya konulmuştur. Karara konu olayda davacı tarafından feshin geçersizliği ile işe iade talebinde bulunulmuş, bu talebin reddi halinde ise kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ve tatil çalışmaları talep edilmiştir. Yerel mahkeme terditli talebin mümkün olabileceğini belirtmiş olsa da asli talebi kabul edip feshin geçersizliğine karar verdiği halde feshe bağlı olan/olmayan alacaklar ayrımını yapmamıştır. Yargıtay'ın kararındaki isabetli değerlendirmeler ise şöyledir⁴³:

Dosya içeriğine göre dava dilekçesinde feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine, mahkemece aksi kanaatte olunması halinde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacağına davalıdan tahsiline karar verilmesi talep edilmiştir. Mahkemece dava konusu isteklerin aynı işleme (iş sözleşmesinin feshi) dayalı olduğundan talepler arasında hukuki bağ olduğundan bahisle terditli dava olarak açılıp davanın görülebileceği gerekçesiyle işe iade ve alacak istekleri birlikte görülüp sonuçlandırılmışsa da dava konusu işe iade ve fazla çalışma ve hukuksal bayram genel tatil ücret alacakları feshe bağlı alacaklar olmadığından aralarında hukuki bağ bulunmadığından terditli dava yolu ile talep edilmesi mümkün değildir."

Yargıtay 22. HD üç yıl sonra verdiği bir başka kararda ise terditli talepte feshe bağlı alacakların mahkemece tefrik edilmesini isabetli bularak önceki kararda değindiğimiz görüşünün aksine hareket etmiştir. Anılan kararda Yargıtay, yerel mahkemenin tefrik sonrasında bekletici mesele yapmamasını hatalı bularak kararı bozmuştur: "Dosya içeriğine göre davacı işe iade, olmadığı taktirde kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacaklarının ödetilmesi istemi ile terditli olarak dava açmıştır. Mahkemece işe iade istemine ilişkin davanın eldeki dosyadan tefrik edilerek başka bir esasa kaydedilmesine karar verilmiştir. Neticeye etkili olacağından, açılan işe iade davasının kesin sonuca bağlanması, işe iade sonrası işçi lehine karar verilmesi halinde, davacının işe başlama talebinde bulunup bulunmayacağı, işe başlama talebinde bulunduğu takdirde işverence işe başlatılıp başlatılmayacağı hususlarının bekletici mesele yapılması gerekirken, feshe bağlı haklar olan kıdem, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacakları yönünden yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."⁴⁴

Aynı Daire tarafından bir önceki kararda belirtilen hususların aksine terditli talep halinde tefrik

42 Yarg. 7. HD 2015/45157 E. 2016/7026 K. 24.03.2016 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

43 Yarg. 22. HD 2012/16315 E. 2012/23729 K. 30.10.2012 T.

(Topaloğlu, s. 71).

44 Yarg. 22 HD 2014/6865 E. 2015/12119 K. 30.03.2015 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

ve bekletici mesele hususları belirtilerek bir nevi terditli davanın açılmayacağı sonucuna varılmıştır.

Yargıtay'ın terditli dava açılmayacağı yönündeki yerleşmiş içtihatlarına uyan yerel mahkemelerin, terditli açılan davaların henüz başında tefrik kararı verdikleri görülmektedir. Ancak bir şekilde tefrik işlemini yapmayan mahkemeler dava neticesinde asıl talebin reddine karar verdikten sonra, ferî talep hakkında esastan hüküm kurmuşlardır. Bu kararların gerekçelerine bakıldığında, mahkemeler dava başında tefrik yapılmamasını hata olarak kabullenip, nihai aşamada tefrik yapılmasının ise usul ekonomisine aykırı düşeceğini gerekçe göstermişlerdir. Yargıtay tarafından da bu yöntem onaylanmıştır.

Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi "*Mahkemeye ...davacının terditli olarak işe iade mümkün olmaması halinde işçilik alacaklarını talep ettiği, işyerinde 30 işçinin çalışmadığı bu nedenle işe iade talebinin yersiz olduğu anlaşılmalı (işe iade ve işçilik alacaklarına ilişkin taleplerin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve birlikte açılan davanın tefriki yargılamanın başında yapılması gerekir ise de dosyanın aşaması göz önüne bulundurularak dosyanın tefrikinde tarafların hukuki menfaatinin bulunmadığı ve usul ekonomisi de göz önünde bulundurularak) işe iade talebi reddedilmiş,.. işçinin işçilik alacaklarının yeterli kaynağının bulunmaması sebebiyle ödenmemesi ise 4857 sayılı yasanın 25. Maddesi kapsamında işverenin haklı nedenle iş akdini fesih sebepleri arasında sayılmadığından kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulü ile..., fazla mesai, ücret ve hafta tatili alacağının 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu, davacının ıslah tarihi itibarıyla fazla mesai, ücret ve hafta tatili alacağının zamanaşımına uğradığından bir kısım işçilik alacaklarının kısmen kabulüne karar verilmiştir"* şeklinde karar vermiştir⁴⁵.

Yerel mahkeme davanın başında tefrik edilmediği için sonradan yapılacak tefrikin usul ekonomisine uygun olmadığı gerekçesi ile ferî talebi

incelemiştir. Yargıtay ise bu kararı işe iade ve kıdem tazminatı yönünden onayıp diğer alacaklar yönünden ise zamanaşımı yönünden bozmuştur.

Yerel mahkeme ilk etapta tefrik kararı verilmesini bir hata gibi kabul etse de aslında terditli davanın mantığına uygun olan çözüm yöntemi budur. Fakat bize göre bu olayda en doğru çözüme ulaşmak için yukarıda da belirttiğimiz üzere işçilik alacaklarının türüne göre ayırım yapılarak çözüme gidilmesi gerekirdi. Feshe bağlı alacaklar olan kıdem ve ihbar tazminatı mahkemenin yaptığı gibi ferî talep olarak işe iadenin reddi halinde değerlendirilmeli; feshe bağlı olmayan diğer işçilik alacaklarının ise HMK m.111'deki terditli davanın şartlarını sağlamadığı için tefrik edilerek ayrı bir esasa kaydedilmesi gerekirdi⁴⁶.

Yargıtay 22. HD tarafından verilen konuya ilişkin önemli bir kararın da burada zikredilmesi gerekir. Karara konu olayda yerel mahkeme, terditli olarak açılan bir davada asıl talep olan işe iadenin kabul edilmesinden sonra diğer işçilik alacakları yönünden tefrik kararı vermiştir. Diğer bir deyişle Yargıtay'ın konu hakkındaki genel içtihadı dava başında tefrik kararı verilmesi yönünde olduğu halde, mezkûr olayda yerel mahkeme işe iade yönünden karar verdikten sonra tefrik kararı vererek ferî talebi ayrı esasa kaydetmiştir. Ayrılan davada yerel mahkeme davacının kötüniyet tazminatı talebinin reddine, diğer taleplerinin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Ancak Yargıtay terditli davanın şartlarını da açıkladığı kararda aşağıdaki gerekçelerle yerel mahkemenin tefrik kararını bozmuştur⁴⁷.

"Somut olayda, davacının davasını terditli taleple açtığı ve Mahkemeye davacının ilk talebi olan işe iade ve parasal hakların ödenmesine dair talebi kabul edilerek... aynı hükümlerle birlikte davacının kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatı yönündeki talebinin bu dava dosyasından tefriki ile ayrı bir esasa kaydedilmesine karar verilmiştir. Mahkemeye terditli taleplerden işe iadeye karar verildiğin-

45 Yarg. 9. HD 2017/17601 E. 2020/3102 K. 26.2.2020 T. (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

46 Somut bir olay ve öneri için bkz. dp. 31.

47 Yarg. 22. HD. 2015/22856 E. 2017/28386 K. 11.12.2017 T.

de dava sonuçlandığı ve alacak talebi yönünden usulüne uygun açılmış ayrı bir dava bulunmadığı halde Mahkemece tefrik kararı verilerek terditli taleplerden ikincisinin hüküm altına alınması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

Kanaatimizce bu karar konu ile ilgili ulaşabildiğimiz kararlar içinde sonucu itibarıyla en isabetli olanıdır. Her ne kadar yerel mahkemenin davanın sonuç aşamasında tefrik kararı vermiş olması tartışma konusu yapılmış ise de, Yargıtay bu kararında açık bir şekilde işe iade ve işçilik alacaklarının terditli talep edilebileceğine, terditli talep halinde ferî talep bakımından ayrı bir davanın açılmış sayılmayacağına, taleplerin birlikte değil aslilik-ferilik ilişkisine göre incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁸.

Van Bölge Adliye Mahkeme’sinin yakın tarihli (20.05.2021) kararında ise, davacı terditli açtığı dava bakımından önce tefrik kararı verilmesini, daha sonra ilk talebi olan işe iade talebi kabul edilmesine rağmen terditli taleplerin ikincisinin hüküm altına alınmasının doğru olmadığını belirterek, yukarıdaki Yargıtay kararını da emsal olarak sunduğu dosyada istinaf mahkemesine başvurmuştur. Ancak istinaf mahkemesi terditli dava ile ilgili hiçbir değerlendirme yapmadığı tek paragraflık gerekçeli kararında davacının haklı istinaf talebini esastan reddetmiştir⁴⁹.

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararında “Mahkemece dava dilekçesindeki terditli alacak talebi dosyadan tefrik edilemez” şeklinde bir cümle kurulmuşsa da, karar incelendiğinde bu isabetli cümlenin aslında somut olaya ilişkin ve istisnai olarak kullanıldığı görülmektedir⁵⁰.

48 Çelik/Canikoğlu/Canbolat’a göre işe iade ve feshe bağlı alacakların terditli olarak talep edilmesine engel bir durum bulunmayıp, Yargıtay 22. HD de mezkûr kararlar birlikte terditli davayı kabul etmiştir (Çelik/Canikoğlu/Canbolat), s. 564.

49 Van BAM 3. HD, 2021/756E, 2021/838 K, 20.05.2021 T. Bu kararlar ilgili detay için bkz. dn. 31.

50 Gaziantep BAM 9. HD 2017/2196 E. 2017/1626 K. 25.10.2017 T. Mezkûr kararda davacının dava dilekçesinde “işe iade olmadığı takdirde işçilik alacakları yönünden terditli” olarak talepte bulunduğu, daha sonra islah

Yukarıdaki kararların bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda Yargıtay’ın işe iade ve işçilik alacaklarının terditli talebi hakkındaki genel görüşünün, tefrik ve bekletici mesele yapılması olduğu görülmektedir. Bu görüşün 1086 HMUK döneminde kabul edilebilir gerekçeleri bulunduğu halde, 6100 sayılı HMK döneminde çelişkili ve hatalı olduğu kanaatindeyiz⁵¹.

Nitekim Yargıtay’ın genel görüşünün aksine az sayıdaki isabetli kararlarında terditli açılan davada, davacının ferî talebi hakkında ayırma kararı verilmemesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Ne var ki bu az sayıdaki kararın ortak özelliği yerel mahkemelerce davanın başında tefrik işleminin yapılmamış olması olup bu durum istisnai niteliktedir. Hâlbuki terditli açılan davada, davanın başı veya sonu fark etmeksizin tefrik kararı verilmesi hatalıdır.

Sonuç

Terditli davanın şartları düşünüldüğünde işe iade davası ile kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı gibi feshe bağlı işçilik alacaklarının terditli olarak dava konusu edilmesi mümkün görülmektedir. Bu sebeple davacı dilekçesinde asli talep olarak işe iadeyi istemiş ancak işe iade talebinin reddedilmesi durumunda feshe bağlı diğer hakları talep etmişse her ne olursa olsun mahkemenin bu davaların ayrılmasına karar vermemesi gerekir.

Bu noktada mahkemece yapılması gereken işlemler işe iade davasının reddedilmesi durumunda fesih geçerlilik kazanacağından feshe bağlı hakların yani terditli davadaki ferî talebi incelenmek

dilekçesi ile işe iade talebinden vazgeçilerek davanın tamamen işçilik alacaklarına döndüğü görülmektedir. Buna rağmen yerel mahkemece tefrik kararı verilmiş, işe iade davası ise hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi ise islah ile davanın sadece işçilik alacakları davasına döndüğünü belirterek, işe iade hakkında karar veren yerel mahkemenin kararını ortadan kaldırmıştır.

51 6100 sayılı HMK döneminde dahi bu davaların birlikte veya terditli olarak görülemeyeceği yönünde bkz. Ercüment Özkaraca, “İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış”, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, s. 105-108.

ve buna ilişkin hüküm kurmaktır. Ancak işe iade davasının kabulüne karar verildikten yani feshin geçersizliğine ilişkin hüküm kurulduktan sonra her ne suretle olursa olsun feshe bağlı ferî taleplere ilişkin hüküm kurulması usule aykırıdır. Zira bu durum hem terditli davaya ilişkin HMK m. 111 hükmüne hem de tasarruf ilkesine ilişkin HMK m. 24 ve taleple bağlılık ilkesine ilişkin HMK m. 26 hükümlerine aykırılık teşkil edecektir.

Esasında işe iade davası ile feshe bağlı alacakların terditli olarak talep edilmesi usul ekonomisi ilkesine de uygundur. Zira işe iade davasının reddi halinde feshe bağlı alacakların talep edilmesi gündeme gelecek ve bunun için ayrı bir dava açılması gerekecektir. Hâlbuki işe iade davasında feshin geçerliliğini inceleyen mahkeme aynı dosyada aynı deliller ile feshin haklı ya da geçerli olduğuna ilişkin de bir hüküm kurabilecektir. Bu da yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeden işe iade davasına bakan mahkemenin işe iadeye ilişkin hükmünü açıklarken feshe bağlı alacaklara ilişkin de feshin geçerli olması durumunda kabulüne haksız fesih durumunda ise ferî talebin de reddine karar verebilecektir. Bu sebeple işe iade ile feshe bağlı alacakların terditli talep edilmesi durumunda davaların ayrılmasına karar verilmesi usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak feshe bağlı işçilik alacaklarının işe iade ile terditli talep edilmesi usul ekonomisine uygun bir yol olacaktır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu durumda yerel mahkemelerce tefrik kararı verilerek davacının haksız yere yargılama giderlerine mahkûm edilmesine karar verilmektedir. Ancak kanaatimizce buna rağmen uygulamada bu davaların terditli açılmasında ısrar edilmeli ve yerel mahkemenin tefrik kararına karşı itiraz edilmelidir. Ayrılan dosya ise takipsiz bırakılmalı ve bu dosyada kurulacak usule ilişkin aleyhe hüküm istinaf yoluna götürülmelidir.

KAYNAKÇA

- Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2020.
- Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, 28-29 Mayıs 2004.
- Ali Topaloğlu, Terditli Davalar Açısından HMK'nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2014, Y. 79, S. 1, s. 64-101.
- Cumhuriyet Rüzgaresen, "Medeni Usul Hukukunda Terditli Taleplerin İncelenmesi", Legal Hukuk Dergisi, Y. 2020, S. 212, s. 3527-3551.
- Ejder Yılmaz, İşe İade Davasında Verilen Hükmün İcra Takibine Konulması, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 5, S. 17, Y. 2010, s. 45-53.
- Ercüment Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Semineri, s. 92-136.
- Erdal Gökçe, Türk İş Hukukunda İşe İade Davası, İstanbul 2008.
- Esra Baskan, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İş Davalarındaki Yargılama Usulüne Etkisi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara 2013, 4 (12), 315-342.
- Hakan Pekcanitez/Muhammet Özkes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku (Pekcanitez Usul), C. II, İstanbul 2016.
- Leyla Akyol Aslan, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011.
- Mahmut Kabakçı, İşe İade Davasında İş Sözleşmesinin Feshinden Doğan İşçilik Haklarının Talep Edilmesi, Karar İncelemesi, İBD, Aralık 2003.
- Muhammet Özkes, "İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB Dergisi, Ankara 2004.
- Nuri Çelik/Nurşen Canikoğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2019.
- Ömer Ekmekçi, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları

Üzerine”, Mercek, Temmuz 2003.

- Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- Özgür Oğuz/Özge Doğan, “Türk İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 127, Y. 2016.
- Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2020.
- Saim Üstündağ, Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1997.
- Sarper Süzek, “Feshin Geçersizliği Davasında Yargılama Süreci ve Ortaya Çıkan Olguların Davaya Etkisi”, İSGHD, C. 9, S. 35, Y. 2012
- Sarper Süzek, İş Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2019.
- Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2009.
- Süha Tanrıver, İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.
- Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2020.
- Şükran Ertürk, “İşe İade Davalarına İlişkin Yasal Düzenleme ve Uygulamanın Yarattığı Sorunlar”, Legal İSGHD, 2009/23.
- Tankut Centel, İş Güvencesi, İstanbul 2020.
- Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Uğur Bulut, Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi), Ankara 2017.
- Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku – Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014.
- Yargıtay Kararları, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2012/4.
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan İşçilerin Pandemi Dönemindeki Çalışma Esasları

Öz

Mevzuatımızda, sağlık hizmetlerinde iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile çalışan ve "radyasyon görevlisi", "radyasyon çalışanı" gibi ifadelerle tanımlanan işçilerin çalışma süreleri, izin hakları gibi hususlarda işçiler lehine bir takım ayrıcalıklı düzenlemeler yer almaktadır. Bununla birlikte uygulamada söz konusu işçilerin sahip oldukları bu haklardan kimi zaman işverenlerce faydalandırılmadıkları, kimi zaman da "hangi işçilerin" kapsam dahilinde kabul edilecekleri yönünde ihtilaf yaşandığı görülmektedir. Konuyla ilgili değerlendirmeler yapılırken kişilerin sağlık hakkının Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 17 ve 56 ile güvence altına alınmış olduğu gerçeği göz önünde bulundurulmalı ve sağlık hizmetlerinde

iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile çalışan işçilerin sağlık riski altında ya da sağlıklarının riske atıldığı bir çalışma düzeni içinde yaptıkları çalışmalar söz konusu güvence kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda öncelikle kanun koyucu tarafından söz konusu işçilerin sağlıklarının korunması bakımından getirilen düzenlemelerin neler olduğu ve işçilerin bu haklardan hangi şartlar altında yararlanabilecekleri belirlenmeli, akabinde hangi işçilerin bu hakları haiz oldukları tespit edilmelidir. Diğer yandan konuya ilişkin olarak salgın hastalık dönemlerinde, işçilere sağlanmış olan bu ayrıcalıklı hakların kullanılmasında birtakım sınırlamalar getirilip getirilemeyeceği hususu da çalışmada incelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

Sağlık hizmetleri, radyasyon görevlisi, iyonlaştırıcı radyasyon, şua izni, çalışma koşulları, pandemi.

Working Principles of Employees Working with Ionizing Radiation Resources in Healthcare Services During The Pandemic Period

Abstract

In Turkish Legislation there are some privileged regulations in favour of workers working with ionizing radiation resources in health care

services and defined as "radiation worker" or "radiation officer" in terms of working hours, leave rights, etc. However, in practice, some-

*İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, seckint@itu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0866-4536

times employers do not provide these privileged rights to workers or sometimes disputes occur in terms of defining the scope of workers having right to benefit from these rights. The fact that Turkish Constitution article 17 and 56 assure right to health of people must be considered while discussing this subject and work carried out by workers working with ionizing radiation resources in health care services at health risk must be evaluated in considera-

tion of this assurance. In this regard, it is very important to determine which privileged regulations constituted by legislative authority to protect workers' life, under which circumstances workers can benefit from these rights and especially which workers have these privileged rights. Also, it is necessary to discuss whether some restrictions can be imposed on the usage of these privileged rights provided to workers during the epidemic disease period.

Keywords:

Health care services, radiation worker, ionizing radiation, ray leave, working conditions, pandemic.

Giriş

2020 yılının hemen başında ortaya çıkan Covid-19 salgınının, çok kısa süre sonra ülkemizde de görülmeye başlanması, tüm sağlık çalışanları bakımından zorlu bir süreci başlatmıştır. Sağlık çalışanları, yeni ve dolayısıyla etkileri tam olarak öngörülemeyen, pandemi boyutuna ulaşmış bir viral hastalık tehdidi altında büyük özveri ile çalışmayı sürdürmüşlerdir. Covid-19 hastalığının tespitinde PCR testi kullanılıyor olsa da salgının ilk dönemlerinde testin henüz yaygınlaşmamış olması, test sonucunun alınmasında geçen zaman ve testin yalancı negatiflik gösterebilmesi ihtimali nedeniyle başta bilgisayarlı tomografi (BT) olmak üzere radyolojik görüntüleme yöntemleri yoğun şekilde kullanılmaya başlanmış¹ ve sağlık çalışanları arasında bir kesim, çalışmalarını hem virüs tehdidi hem de radyasyon tehlikesi altında yoğun şekilde sürdürmek durumunda kalmışlardır.

Hastalığın çoğunlukla akciğerleri etkiliyor olması nedeniyle BT vasıtasıyla hastaların akciğerleri görüntülenerek tanı konurken hastalığın takibinde röntgen cihazları kullanılmıştır. Yine hastalıktan etkilenme ihtimalleri bulunan beyin, kalp gibi diğer organların da radyolojik görün-

tülenmeleri yoluna gidilmiştir. Henüz salgının ilk dönemi sayılabilecek Mayıs 2020'de çıkan bir haberde salgın döneminde ülkemizde çekilen BT sayısının 700 bin civarında olduğu, bir hastaya Covid-19 teşhisi için en az bir BT çekimi ve ardından yürütülen tedavinin takibinde yaklaşık 3 ila 6 kez BT çekimi yapılabildiği, bu çekimlerin hastalara verilen radyasyon dozunda belli soru işaretlerinin ortaya çıkmasına neden olduğu ifade edilmiştir².

Hasta sayısının tahmin edilmesi güç şekilde bir anda artması karşısında radyolojik görüntüleme yapabilecek sağlık çalışanlarının sayısının yeterli olmaması, yalnızca hastaların değil aynı zamanda iyonlaştırıcı radyasyon kaynaklarıyla (bundan sonra "İRK" olarak anılacaktır) çalışan sağlık personelinin de maruz kaldıkları radyasyon dozu bakımından tereddütlere yol açmıştır. Tıp alanında kullanılan iyonize radyasyonun, canlı dokudan geçerken enerjisinin bir kısmını ya da tamamını dokuya aktararak canlı organizmada düşük dozda dahi olası zararlı etkilere neden olabildiği bilinmektedir. Sadece BT olarak günlük ortalama 100 çekim yapılırken, salgının başlangıcından yaklaşık

1 Şener, Cömert S./Kıral N. (2020). Covid-19 Pnömonisinin Radyolojik Bulguları. South. Clin. Ist. Euras. 31, s.16-22.

2 Turan, M. (2020). Salgın Döneminde Türkiye'nin Akciğer Taraması Yapıldı. 26 Şubat 2021 tarihinde <https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/saglik/salgin-doneminde-turkiyenin-akciger-taramasiyapildi/657503> adresinden erişildi.

1 yıl sonra dahi çekim sayısının ortalama 350-400 civarında seyrettiği ifade edilmiştir. Ulaşılan çekim sayısı, ortalama çekim sayısını 3,5-4 kat aşmıştır ki zaman içinde meydana gelen stokastik etkilerin³ kansere, hatta ölümlere neden olabileceği ihtimali karşısında radyasyon çalışanlarının radyasyon maruziyetinin olabildiğince düşük tutulması ve kabul edilebilir doz sınırları içinde kalması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır⁴.

Covid-19 salgınında ortaya çıkan bu tabloda İRK ile çalışan sağlık personelinin çalışma koşullarına ilişkin değerlendirme yapabilmek için öncelikle söz konusu personelin çalışma koşullarına ilişkin mevzuatımızda ne gibi düzenlemelerin yer aldığı açıklığa kavuşturulmalı, ardından olağan çalışma dönemindeki çalışma şartları, çalışma süreleri ve izin hakları üzerinde durulmalıdır. Salgın hastalık dönemlerinde farklı bir çalışma düzeninin varlığının kabul edilip edilemeyeceği ise "zorunlu nedenle fazla çalışma" başlığı altında özel olarak değerlendirilecektir. Çalışmamız ile ilgili olarak mevzuatta yer alan düzenlemelerden bazılarının başlıkları oldukça uzun olduğundan kısaltılarak kullanılmaları faydalı görülmüştür. Kısaltmalar, söz konusu düzenlemelerin ilk kullanımlarında esas başlığın yanında belirtilecektir.

I. Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan İşçiler

A. Genel Olarak

Sağlık hizmetlerinde İRK ile işçi statüsünde çalışan kişilerin belirlenmesi, sağlıklarını riske ata-

rak görev yapan ve kendilerine bu bağlamda bir takım ayrıcalıklı haklar tanınan kimselerin haklarına ulaşabilmelerinin sağlanması bakımından son derece önemlidir. Sağlık hizmetlerinde İRK ile çalışan işçilerin belirlenmesinde 3153 Sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun⁵ (bundan sonra Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun olarak anılacaktır); Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname⁶ (bundan sonra 'Tedavi Nizamnamesi' olarak anılacaktır); Radyasyon Güvenliği Tüzüğü⁷; Sağlık Hizmetlerinde İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları ile Çalışan Personelin Radyasyon Doz Limitleri ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik⁸ (bundan sonra Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği olarak anılacaktır); Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği⁹; Radyasyon Tesislerinde ve Radyasyon Uygulamalarına İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliği¹⁰ hükümleri esas oluşturmaktadırlar.

Konuya ilişkin kanun, tüzük ve yönetmelikler incelendiğinde söz konusu işçilerin tespiti bakımından farklı ölçütlerin kabul edildiği görülmektedir. Bu nedenle kapsam dahilindeki işçilerin tespit edilebilmesi ancak mevzuatta yer alan tüm ölçütlerin birlikte değerlendirilmesiyle mümkündür. Bunun için tüm ölçütler belirli başlıklar altında kategorize edilecek ve hangi işçilerin kapsam dahilinde oldukları belirlenmeye çalışılacaktır. Bu noktada, İRK ile çalışan sağlık personelinin kapsamının 'tek bir hukuki düzenleme' altında ve herhangi bir tereddüde yer veremeyecek şekilde açıklığa kavuşturulmasının olması gereken hukuk bakımından elzem olduğunun da belirtilmesi gerekmiştir.

B. Öngörülen Radyasyon Dozu Sınırları

Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği

3 Uzun bir zaman sürecinde maruz kalınan küçük dozların toplamı ile ortaya çıkan etkiler stokastik etki olarak nitelendirilmektedir, Barlaz Us, S./Us, K. (2021). Türkiye'de Radyasyon Çalışanlarının Mevzuattan Kaynaklanan Hakları, Lokman Hekim Dergisi. 11(1), s.84.

4 Parlak, Y./Uysal B./Kıraç F.S./Kovan B./Demir M./Ayan A./Poyraz L./Özaslan İ.A./Köseoğlu K./Yeyin N./Dönmez S. (2020). Radyasyon Güvenliği Kılavuzu: Genel Tanımlar ve Nükleer Tıp Uygulamalarında Radyasyondan Korunma Kuralları. Nucl Med Semin. 6(2), s.71; Barlaz Us/Us, s.84.

5 RG: 28.04.1937/3591.

6 RG: 06.05.1939/3153.

7 RG: 07.09.1985/18861.

8 RG: 05.07.2012/28344.

9 RG: 24.03.2000/23999.

10 RG: 17.12.2020/31337.

m.1'de bu yönetmelikle korunması hedeflenen kitlenin "ilgili personel" olduğu ifade edilmektedir. "Personel" kavramı ise Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.4/1/h'de "teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerlerde radyasyon kaynakları ile çalışan radyasyon görevlisi" olarak tanımlanmıştır. Böylelikle korunmak istenen ilgili personel için "radyasyon görevlisi" tabirini kullanmak yanlış olmayacaktır. Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.4/1/ı'da bir yandan radyasyon görevlisi tanımı yapılırken, diğer yandan da radyasyon görevlisi olarak tanımlanabilecek kimseler bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Hükme göre radyasyon görevlisi "Radyasyon kaynağı ile yürütülen faaliyetlerden dolayı görevi gereği, 24/3/2000 tarihli ve 23999 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Radyasyon Güvenliği Yönetmeliğinde toplum üyesi kişiler için belirtilen doz sınırlarının üzerinde radyasyona maruz kalma olasılığı olan kişi"dir.

Toplum üyesi kişiler için belirtilen doz sınırları ise Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m.10/1/b'de düzenlenmiştir. Hükme göre "Toplum üyesi kişiler için etkin doz yılda 1 mSv'i geçemez. Özel durumlarda; ardışık beş yılın ortalaması 1 mSv olmak üzere yılda 5 mSv'e kadar izin verilir. Cilt için yıllık eşdeğer doz sınırı 50 mSv, göz merceği için 15 mSv'dir"¹¹. Yapılan görev nedeniyle söz konusu doz sınırlarının aşılabilmek ihtimali, işçilerin Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.4/1/ı uyarınca radyasyon görevlisi olarak kabul edilmeleri bakımından yeterli olmalı, belirtilen doz sınırlarının üzerinde radyasyona maruz kalması aranmamalıdır.

Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m. 10/1/a'da yer alan "Radyasyon görevlileri için etkin doz ardışık beş yılın ortalaması 20 mSv'i, herhangi bir yıl-

da ise 50 mSv'i geçemez. El ve ayak veya cilt için yıllık eşdeğer doz sınırı 500 mSv, göz merceği için 150 mSv'dir. Cilt için en yüksek radyasyon dozuna maruz kalan 1 cm²'lik alanın eşdeğer dozu, diğer alanların aldığı doza bakılmaksızın ortalama cilt eşdeğer dozu olarak kabul edilir" hükmü, radyasyon görevlilerinin maruz kalabileceği radyasyon dozunun üst sınırını belirtmektedir. Bu nedenle söz konusu sınır/sınırlar radyasyon görevlisinin mevzuat hükümleri gereğince sahip olduğu hakları kullanılabilmesi bakımından bir alt sınır olarak değil, doz aşımında uygulanması gereken tedbirlerin hayata geçirilmesi yönünde aşılması gereken bir eşik olarak kabul edilmeli, söz konusu değerler radyasyon görevlisi olarak kabul edilme şartları ile bir tutulmamalıdır. Nitekim Gaziantep BİM 5.İDD'nin 2020 tarihli kararı da bu yöndedir¹².

C. Denetimli veya Gözetimli Alanlarda Çalışma

Radyasyon görevlisi tabiri için bir tanımlama da Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m.4/1/h'de yer almaktaydı. Hükme göre radyasyon görevlisi "bu Yönetmeliğin 10uncu maddesinde belirtilen yıllık doza maruz kalma olasılığı bulunan ve bu Yönetmeliğin 15inci maddesinde belirtilen denetimli ve gözetimli alanlarda görevi gereği radyasyon kaynağı ile çalışan kişi" şeklinde tanımlanmaktaydı. Böylelikle bir işçinin radyasyon görevlisi olarak kabul edilebilmesi için belirli bir dozun üzerinde radyasyona maruz kalma ihtimali yanında denetimli ve gözetimli alanlarda radyasyon kaynağı ile çalışması gerekli olacaktı.

Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m.15/1'de maruz kalınacak yıllık dozun 1 mSv değeri geçme olasılığı bulunan alanlar radyasyon alanı olarak nitelendirilmekte ve radyasyon alanları da radyasyon düzeyine göre denetimli alanlar ile gözetimli alanlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m.15/1/a'ya göre

11 Milisievert (mSv) radyasyonun insan vücudunda zararlı etkilerinin ölçümünde kullanılan uluslararası bir birimdir, bkz. aşağıda I/C; tıbbi uygulamalarda radyasyon dozu ölçümü için genellikle mSv değeri kullanılmaktadır. Örneğin, bilgisayarlı tomografi (BT) görüntüleme yapılan hastaların aldıkları radyasyon dozu 8-15 mSv, PET/BT görüntüleme yapılan hastaların aldıkları radyasyon dozu 12-25 mSv aralığındadır, Parlak ve diğerleri, s.57.

12 Gaziantep BİM 5.İDD'nin 02.06.2020 tarih ve 2019-154/783 sayılı kararı, Lexpera; karar metni için bkz. aşağıda III/B/1.

denetimli alanlar "Radyasyon görevlilerinin giriş ve çıkışlarının özel denetime, çalışmalarının radyasyondan korunma bakımından özel kurallara bağlı olduğu ve görevi gereği radyasyon ile çalışan kişilerin ardışık beş yılın ortalama yıllık doz sınırlarının 3/10'undan fazla radyasyon dozuna maruz kalabilecekleri alanlardır". Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m.15/1/b'ye göre gözetimli alanlar "Radyasyon görevlileri için yıllık doz sınırlarının 1/20'sinin aşılma olasılığı olup, 3/10'unun aşılması beklenmeyen, kişisel doz ölçümünü gerektirmeyen fakat çevresel radyasyonun izlenmesini gerektiren alanlardır". İşçinin radyasyon görevlisi olarak kabul edilebilmesi için denetimli veya gözetimli alanlarda görev yapmasının beklenmesi, Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.4/1/1'da yer alan düzenlemeyi aşan niteliktedir.

17 Aralık 2020 tarihinde "Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik¹³" m.1 ile Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m.4, dolayısıyla radyasyon görevlisinin denetimli veya gözetimli alanlarda çalışmasının gerekli olduğu yönündeki düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Gerçekten de bu alanlarda görev yapmasa dahi bir çalışanın radyasyon görevlisi olarak kabul edilebilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin, hastanede hastanın nükleer tıp biriminden servise taşınmasında görevli personel ile hasta arasındaki mesafe 0,5 metre olduğu takdirde, transfer devamlı olarak aynı personel tarafından yapılıyorsa, bu personelin 0,1 mSv/ay radyasyona maruz kalabileceği rapor edilmiştir. Sağlık kurumunda herhangi bir klinikte çalışan hemşirenin PET/BT görüntüleme ya da miyokart perfüzyon sintigrafisi yapılmış hastalarla yardımcı olurken radyasyona maruz kalabildiği ifade edilmektedir¹⁴. Yine ameliyathanede skopi cihazı kullanımı halinde oldukça fazla radyasyon dozuna maruz kalındığı belirtilmektedir¹⁵.

D. Süreklilik

İyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile ilgili diğer bir düzenleme Radyasyon Güvenliği Tüzüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Radyasyon görevlisine dair bir tanım da Radyasyon Güvenliği Tüzüğü m.2/1/K'da yapılmıştır. Hükme göre "Radyasyon görevlisi, sürekli olarak denetimli alanlarda veya radyasyon kaynaklarıyla çalışan kişidir. Denetimli alanlarda veya radyasyon kaynaklarıyla geçici olarak veya ara sıra çalışan kişiler radyasyon görevlisi sayılmazlar". Düzenleme dikkate alındığından bir işçinin radyasyon görevlisi olarak tanımlanabilmesi için çalışmada "süreklilik" gerekecektir. Nitekim Yargıtay 9.HD'nin 2019 tarihli kararında¹⁶ "...Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği'nin 2. maddesinde de radyasyon görevlisi sürekli olarak denetimli alanlarda veya radyasyon kaynaklarıyla çalışan kişi olarak tarif edilmiş ve denetimli alanlarda veya radyasyon kaynaklarıyla geçici olarak veya ara sıra çalışan kişilerin radyasyon görevlisi sayılmayacakları açıkça belirtilmiştir..." ifadesine yer verilmiştir.

Özel Hastaneler Yönetmeliği¹⁷ ek m.5/1/f'de yer alan "Özel hastanenin ruhsatında kayıtlı uzmanlık dallarında kadrolu çalışanlardan yan dal ve iki ayrı uzmanlığı olan tabipler, bulunduğu hastanede kadrolu çalıştığı uzmanlık dalı dışındaki uzmanlık dalını da çalışabilirler. Bu durumda, her iki uzmanlık dalı da faaliyet izin belgesine işlenir. Bu şekilde çalışan tabibin hastaneden ayrılması halinde, altmış gün içinde geçici olarak çalışan uzmanlık dalında uzman tabip bulunamaz ise bu uzmanlık dalı faaliyet izin belgesinden çıkarılır" hükmüne istinaden Sağlık Bakanlığı'nın 09.10.2016 tarih ve E. 1832 sayılı yazısı¹⁸ ile doktorların farklı bir birimde kadro şartı aranmaksızın çalışabilecekleri belirtilmiştir. Böyle bir durumda örneğin, çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı ve mesul

13 RG: 17.12.2020/31337.

14 Parlak ve diğerleri, s.79.

15 Özgür, N. (2019). Uzmanlık Alanlarında Radyasyon Uygulamaları Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, s.72.

16 Yargıtay 9.HD'nin 13.03.2019 tarih ve 1755/5564 sayılı kararı, karararama.yargitay.gov.tr.

17 RG: 27.03.2002/24708.

18 İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü. (2021). Özel Hastaneler. 26 Şubat 2021 tarihinde <https://istanbulism.saglik.gov.tr/TR,53741/ozel-hastaneler.html> adresinden erişildi.

müdür olarak çalışmakta olan, aynı zamanda radyoloji uzmanlığı da bulunan bir doktor her iki alanda da faaliyet gösterdiği takdirde, süreklilik şartından ne anlaşılması gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır¹⁹.

Kanaatimizce işçinin görevinin sürekliliğinden ziyade mevzuatta belirtilen etkin dozu aşma riskini taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi daha isabetli bir yaklaşımdır. Çünkü önemli olan İRK ile çalışan sağlık personelinin maruz kalılabilecek radyasyon tehlikesine karşı sağlıklarının korunmasıdır. Normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin tüzüklere aykırı olamayacakları göz önünde bulundurulduğunda süreklilik şartının da aranması hususu ağırlık kazanmaktadır. Her ne kadar 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan ve Temmuz 2018'de yürürlüğe Anayasa değişikliği sonrasında "Tüzük" kavramı Anayasa'dan çıkarılmışsa da Anayasa değişikliğinden önce çıkarılmış olan Tüzükler, hukuki varlığını sürdürmektedir²⁰. Radyasyon Güvenliği Tüzüğü de bunlardan birisidir.

2018 yılında 702 sayılı Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname²¹ ile Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'nun yetkilendirme, denetim vb. yetkilerinin Nükleer Düzenleme Kurumu'na devredilmesinin ardından 703 sayılı KHK m.119 ile 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu'nun²² birçok maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Radyasyon Güvenliği Tüzüğü m.26'ya göre Tüzük, 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu m.4

ve 10'a dayanılarak hazırlanmıştır. Söz konusu maddeler ise 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan maddeler arasındadır. Yapılan düzenleme çerçevesinde Radyasyon Güvenliği Tüzüğü'nün kanuni dayanağının kalmadığı söylenebilecekse de 703 sayılı KHK geçici m.16'da yer alan 703 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce bu KHK ile değişiklik yapılan kanunların ve KHK'ların ilgili maddeleri gereğince yürürlüğe konulmuş olan tüzükler, nizamnameler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer işlemlerin yürürlükten kaldırılmadığı sürece geçerliliklerini sürdürecekleri şeklindeki düzenlemeye göre Radyasyon Güvenliği Tüzüğü'nün varlığı hukuken devam etmektedir. Nitekim Yargıtay 9.HD 2019 tarihli kararında²³ Radyasyon Güvenliği Tüzüğü m.2'de yer alan "süreklilik" olgusuna işaret etmiş ve "Anayasa'da Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında" başlığı ile çıkarılan 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye²⁴ uygun olarak Tüzük yerine Yönetmelik ibaresini kullanmıştır.

Süreklilik olgusunun, bazı yargı kararlarında bizim de savunduğumuz şekilde esnetildiği görülmektedir. Örneğin, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2005 tarihli kararında²⁵ sağlık personelinin anjiyo laboratuvarında çalıştığı ve anjiyo yaptığı günlere mahsus olmak üzere 5 saatten fazla çalıştırılmaması gerektiğine hükmedilmiş, böylelikle çalışma süresinin tespiti bakımından sağlık personelinin haftalık tüm me-saisini İRK ile çalışarak geçirmesi aranmamıştır. Yargıtay 7.HD'nin 2016 tarihli kararında²⁶ da radyoloji bölümünde işi gereği sınırlı düzeyde rad-

19 Bkz. aşağıda II/A.

20 Aybay, R. (2019). Temmuz 2018'de Yürürlüğe Giren Anayasa Değişiklikleri İle Yazılı Hukuk Kaynaklarımıza Getirilen Değişiklikler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Konusunda Bazı Gözlemler. DEÜFHD Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan. 21, s.2743-2747; Akyılmaz, C. (2019). 2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri. Ankara HBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi. 23(1), 191-207.

21 RG: 09.07.2018/30473; 702 sayılı KHK AYM'nin 30.12.2020 tarih ve 2018-115/81 sayılı kararı ile iptal edilmiş, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş, karar 09.03.2021 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

22 RG: 13.07.1982/17753.

23 Yargıtay 9.HD'nin 13.03.2019 tarih ve 1755/5564 sayılı kararı, karararama.yargitay.gov.tr.

24 703 sayılı KHK'da "Daha önce yayımlanmış metinlerde yer alan "tüzük" sözcükleri, "Cumhurbaşkanı'nca çıkarılan yönetmelik" ya da "Bakanlıkça çıkarılan yönetmelik" biçiminde değiştirilmiştir" hükmü yer almaktadır, RG: 09.07.2018/30473.

25 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 07.04.2005 tarih ve 2003-66/207 sayılı kararı, Lexpera.

26 Yargıtay 7.HD'nin 02.02.2016 tarih ve 2015-23816/1889 sayılı kararı, karararama.yargitay.gov.tr; kararın doz sınırı aranması bakımından eleştirisi için bkz. aşağıda III/B/1.

yasyona maruz kalan radyologlar ile ameliyathanelerde kardiyoloji, ortopedi, gastroenteroloji gibi bölümlerde görev yapan hekimlerin maruz kaldıkları doz miktarı toplum üyesi kişiler için belirtilen doz sınırlarının üzerinde olması halinde sağlık izninden yararlanabilmesinin mümkün olduğuna hükmedilmiş ve yine süreklilik şartı aranmamıştır.

Süreklilik olgusunun esnetilmesine ilişkin en açık kararlardan birisi 2017 yılında Gaziantep BİM 3.İDD tarafından verilmiştir²⁷. Kararda "Batman Bölge Devlet Hastanesi'nde Kardiyoloji Uzmanı olarak görev yapan davacının kullandığı anjiyografinin radyoaktif kaynaklar arasında sayıldığı ve radyasyon görevlisi olmamakla birlikte radyasyon kaynağı ile yürütülen faaliyetlerden dolayı yıllık 1 mSv etkin doz değerinden fazla doza maruz kalma ihtimali Radyasyon Güvenliği Komitesince belirlenmesi nedeniyle tedbir olarak kişisel dozimetre kullanıldığı, sağlık izninden yararlandırılması kanun gereği olduğundan, adı geçen sağlık izni verilmesi istemli başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda Batman İdare Mahkemesi'nce verilen kararın..." hukuka uygun olduğuna hükmedilmiştir.

E. İşyerinin Niteliği

Sağlık hizmetlerinde İRK ile çalışılması hususunu düzenleyen hukuk kaynakları arasında "Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun" temel teşkil etmektedir. Bu Kanun'da yer alan ek m.1 hükmü uyarınca, sağlık kurum ve kuruluşlarında radyasyon kaynağı ile teşhis, tedavi ve araştırmanın yapıldığı alanlarda çalışan tüm personelin radyasyondan kaynaklanabilecek risklere karşı korunmasını sağlamak amacıyla "Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği" hazırlanmıştır. Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.2'de "kamu ve özel tüm sağlık kurum ve kuruluşlarının kapsam dahilinde olduğu" ifade edilmiştir.

Tedavi Nizamnamesi m.22'de geçen "hastane"

tabiri, kapsam dahilindeki işyerlerinin belirlenmesinde yanıtıcı olmamalıdır. Radyasyon kaynağı ile ayakta ya da yatarak teşhis ve tedavi veya araştırmanın yapıldığı kamu ve özel tüm sağlık kurum ve kuruluşları kapsam dahilindedir. İnsan sağlığı söz konusu olduğunda bunun kamu ya da özel sektöre göre ayrıma tabi tutulmaması son derece doğaldır. Nitekim Yargıtay 9.HD'nin 2013 tarihli kararında²⁸ "...3153 Sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkındaki Kanunun münhasıran röntgen şua vasıtasıyla teşhis veya hem teşhis ve hem tedavi yahut radyom veya radyom emanasyonu yahut radyom mürekkebatı ile veya her türlü elektrik aletleri ile tedavi yapacak kuruluşları kapsadığı..." ifade edilmiştir²⁹.

F. İyonlaştırıcı Radyasyon Kaynakları

Yargıtay 9.HD'nin 2019 tarihli kararına³⁰ dayanak noktası teşkil eden Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'nun 12.04.2011 tarih ve 5010 sayılı Radyoloji Cihazları Lisansları konulu görüş yazısında sağlık alanında kullanılan başlıca iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları: radyolojide tek tüplü röntgen, mobil tek tüplü röntgen, çift tüplü röntgen, c-kollu skopi, u-kollu skopi, o-kollu skopi, mamografi, anjiyografi, kemik yoğunluk ölçüm, bilgisayarlı tüm vücut tomografi, bilgisayarlı beyin tomografi, mikro tomografi, mikrofilm cihazları, panoramik cihazlar ile panoramik diş, periapikal diş, periapikal mobil diş, volümetrikdiş tomografi cihazları, radyoterapide teleterapi, lineer hızlandırıcı, brakiterapi, x ışını tedavi, cyberknife, gama knife, simulator, CT simulator, kan ışınlama cihazları; tedavi uygulamalarının yapıldığı ameliyathanelerde kullanılan kapalı radyoaktif kaynaklar; nükleer tıpta PET, PET/CT, SPECT, SPE-CT/CT cihazları; 1-131 tedavi odaları ve RIA labo-

27 Gaziantep BİM 3.İDD'nin 28.11.2017 tarih ve 1761/1777 sayılı kararı; Lexpera.

28 Yargıtay 9.HD'nin 09.04.2013 tarih ve 2011-5954/11484 sayılı kararı, karararama.yargitay.gov.tr.

29 Olgaç, S.C. (2015). İş Hukukunda Şua İzni Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme. TBB Dergisi, 117, s.341.

30 Yargıtay 9.HD'nin 13.03.2019 tarih ve 1755/5564 sayılı kararı, karararama.yargitay.gov.tr.

ratuvarlarında kullanılan radyoaktif kaynaklar, olarak ifade edilmiştir. "MR cihazları iyonlaştırıcı radyasyon üreten cihazlar değildir ve bu cihazları kullanan personel radyasyon görevlisi değildir" denilerek, hangi cihazların radyasyon kaynağı sayıldığı da tek tek sayma suretiyle belirtilmiştir. Bu cihazların kullanılmasından ve sonuçların değerlendirilmesinden birinci dereceden sorumlu kişiler tıpta uzmanlığını tamamlamış radyoloji uzmanları veya nükleer tıp uzmanlarıdır. Bu uzmanlara yardımcı olan personeller ise üniversitelerin ön lisans programından mezun olan tıbbi görüntüleme teknikerleri ve nükleer tıp teknikerleridir³¹.

Nükleer tıp bölümlerinde denetimli alanlar olarak kabul edilen sıcak oda, enjeksiyon odası, radyoaktif hasta bekleme odası, radyoaktif madde atık odası, radyoaktif madde dikey odası, görüntüleme odası, radyonüklit tedavi odası, radyoaktif hasta tuvaleti, radyoaktif madde bulaşma riski yüksek olan alanlar olarak belirtilmektedir³². İstanbul BAM 28.HD'nin 2019 tarihli kararında yer alan "Sekreterler, radyasyonun çok yoğun olduğu Teknisyum 99 (Tc-99) veya İyot 131 (1-131) gibi radyoaktif ajanlar (ilaç)'ın hazırlandığı sıcak odada, bu ilaçların hastaya enjekte edilmesi veya Gamma Kameralarda görüntülemenin yapılması aşamalarında görev almamaktadırlar. Dosyada davacının böyle bir işlemde görev aldığına dair delil bulunmamaktadır" nitelemesiyle radyasyona maruz kalınabilecek alanlara ve faaliyetlere değinilmiştir³³.

G. Fiilen Şuaya Maruz Kalma

İşçilerin radyasyon görevlisi olarak kabul edilebilmeleri için yalnızca yukarıda belirtilen radyasyon kaynaklarının bulunduğu birimlerde çalışıyor olmaları yeterli görülmemiş, şuaya ma-

ruz kalmaları da aranmıştır³⁴. Danıştay 5. Dairesi 1993 tarihli kararında³⁵ "...kendisine sağlık izni verilmemesini gerektirecek biçimde radyoaktif ışınlarla maruz kalmayan davacıya, 657 sayılı Yasanın 103. maddesine göre yıllık iznine ilaveten bir aylık sağlık izni verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmayıp, bu yoldaki işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir" hükmü yer almaktadır. Karar devlet memuru statüsünde çalışanlar hakkında verilmiş olsa da özü itibarıyla izne hak kazanılabilmesi için "fiilen şuaya maruz kalınması gerektiği" açıkça ifade edilmiştir.

Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası ile Vehbi Koç Vakfı Amerikan Hastanesi arasında 1999 yılında akdedilen toplu iş sözleşmesinin sağlık işkolunda faaliyet gösteren işyerlerine de teşmilini düzenleyen 16.07.1999 tarih ve 99/13116 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı³⁶ m.12/1/E'de "Röntgen, radyum ve benzeri işlerde çalışan ve fiilen şuaya maruz kalan işçilere yılda 30 gün şua izni verilir" hükmü yer almış ve böylelikle "fiilen şuaya maruz kalma ve 30 gün şua izni" olgularına Bakanlar Kurulu Kararı'nda da yer verilmiştir³⁷.

Fiilen şuaya maruz kalma olgusunun yalnızca şua iznine hak kazanılması yönünden radyasyon görevlisi olarak kabul edilmede değil çalışma sürelerinin belirlenmesi bakımından da arandığı Yargıtay kararlarında görülmektedir. Yargıtay 9.HD'nin 2017 tarihli kararında³⁸ "Somut uyuşmazlıkta, davacının röntgen teknisyeni olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Mahkemece davacının şua izni alacağına hak kazanamayacağı kabul edilmişken fazla çalışma alacağına röntgen ve radyom ile daimi olduğu varsayılarak günde beş saatten fazla çalışmalarının fazla çalışma sayılması çelişki oluşturmuştur. Bu nedenle, gerekirse mahallinde keşif

31 Günay, O./Öztürk H./Yarar O. (2019). İyonize Radyasyon İle Çalışan Tıbbi Görüntüleme Cihazlarının Yapısının Proje Temelli Öğrenimi. Journal of Health Services Education. 3(1), s.20-21.

32 Parlak ve diğerleri, s.76.

33 İstanbul BAM 28.HD'nin 21.03.2019 tarih ve 2017-2063/401 sayılı kararı, Lexpera.

34 Olgaç, s.342.

35 Danıştay 5. Dairesi'nin 27.10.1993 tarih ve 4219/4014 sayılı kararı; Olgaç, s.342.

36 RG: 12.08.1999/23784.

37 Şua izni ile ilgili detaylı değerlendirme için bkz. aşağıda III/B.

38 Yargıtay 9.HD'nin 30.03.2017 tarih ve 1963/5361 sayılı kararı, Lexpera; aynı yönde Yargıtay 22.HD'nin 06.03.2014 tarih ve 2013-6451/5011 sayılı kararı kararama.yargitay.gov.tr.

yapılarak Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname'ye göre davacının radyasyona maruz kalıp kalmadığının araştırılarak, davacının şua izni alacağı ve fazla mesai ücreti alacağı ile ilgili olarak sonuca gidilmesi gerekir" hükmüne yer verilmiş ve radyasyon görevlilerinin günlük çalışma sürelerini sınırlandıran mevzuat hükümlerinden yararlanabilmeleri "fiilen şuaya maruz kalma" ile ilişkilendirilmiştir.

Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.4/1/1'da radyasyon görevlisi tanımlanırken, belirtilen doz sınırlarının üzerinde radyasyona maruz kalma olasılığından bahsedilmiştir. Bu nedenle işçilerin radyasyon görevlisi olup olmadıkları hususunda esas alınması gereken ölçüt yapılan iş nedeniyle böyle bir riskin var olup olmadığıdır. Radyasyon görevlilerinin çalışma koşullarıyla ilgili olarak yapılan düzenlemelerin ayrıcalıklı olması, radyasyon kaynaklarını kullanmak suretiyle sağlıklarını riske atarak son derece önemli görevler ifa eden işçilerin sağlıklarının korunması yanında, yetişmiş personel sıkıntısı yaşanan bir çalışma alanının özendirilmesi bakımından da oldukça önemlidir. Kuramsal olarak miktarı ne olursa olsun, radyasyonun herhangi bir dozunun sağlık problemlerini meydana getirme olasılığı bulunduğu kabul edilmektedir³⁹. Zarar verici alt dozun belirlenmediği gerçeği karşısında üst limit dozlar üzerinden yapılan değerlendirmeler işçi sağlığının korunması bakımından tehlike arz edebilecektir. Mevzuatta doz limitlerinin üst sınırları belirlenmiş olsa da alt sınır bakımından hangi dozun insan sağlığı açısından tehlike oluşturduğu hususu henüz literatürde açıklığa kavuşturulabilmiş değildir⁴⁰.

Kanaatimizce "fiilen şuaya maruz kalma" iba-

resinden işçinin belirli bir dozun üzerinde radyasyona maruz kalması değil "fiilen radyasyon riski altında çalışılması" anlaşılmalıdır. Sağlık personeli doğrudan veya dolaylı olarak İRK'nın kullanımından kaynaklı bir görev ifa ediyorsa ve mevzuatta belirtilen dozun üzerinde şuaya maruz kalma ihtimali taşıyorsa radyasyon görevlisi olarak kabul edilmelidir.

Fiilen radyasyon dozuna maruz kalınması olgusu aranırken, sağlık personelinin doza maruz kalırken mutlaka iyonlaştırıcı radyasyon kaynağı olan cihaz ile şahsen çalışıyor olması aranmaktadır. Ankara BAM 8.HD'nin 2020 tarihli kararında yer alan "çalışılan yere yakın tomografi cihazı olup olmadığı, davacının bundan etkilenip etkilenmediği, ayrı bölümlerde ise ayrılan duvarda radyasyon engelleyici bulunup bulunmadığı etraflıca araştırılıp belirlendikten sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek davacının talepleri doğrultusunda gerekli inceleme yapılarak sonuca gidilmelidir" hükmünden yola çıkarak radyasyon görevlisi olmak için mutlaka cihazları kullanan kişi olmaya gerek olmadığı, yakınında bulunmanın yeterli olduğunu söylemek mümkündür" hükmü bu yöndedir⁴¹. Bununla birlikte yapılan çekimlerin sonuçlarını radyasyon kaynaklarından uzak bir alanda incelemekle görevli bir sağlık çalışanı, "şuaya maruz kalma riski bulunmaması" sebebiyle radyasyon görevlisi olarak kabul edilemeyecektir⁴². Yargıtay 22.HD'nin 2014 tarihli kararında yer alan "davacının görev yaptığı yerler olarak gösterdiği alanların röntgen cihazlarının kurulu olduğu ve radyasyon güvenliği yönetmeliğinde "denetimli alanlar" olarak tanımlanan radyasyona maruz kalma riski taşıyan yerler içerisinde olmadığı bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Yine aynı keşifte adı geçen hastanede bulunan röntgen cihazlarının Kanun ve yönetmeliklere uygun olarak kurulmuş olduğu, radyasyon güvenliği yönetmeliğine uygun olarak korunma tedbirlerinin alınmış olduğu, TAEK tarafından incelendiği ve

39 Gökharman, F.D./Aydın S./N. Koşar P. N. (2016). Radyasyon Güvenliğinde Mesleki Olarak Bilmemiz Gerekenler. SDÜ Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi. 7(2), s.38.

40 Serhatlıoğlu, S./Ozan A.T./Gürsu F./Gödekmerdan A./Ayar A./Oğur E. (2004). İyonizan Radyasyonun Radyoloji Çalışanlarının Bağışıklık Düzeyleri ve Kan Biyokimyası Üzerine Etkileri. Tanısal ve Girişimsel Radyoloji. 10, s.99; Yaşar, S./Saygın M./Çetinkaya G./Parpar T. (2014). Girişimsel Radyolojideki Sessiz Tehlike. SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi. 21(4), s.151.

41 Ankara BAM 8.HD'nin 05.06.2020 tarih ve 2018-2578/937 sayılı kararı, Lexpera.

42 Olgaç, s.343.

radyasyon güvenliği lisansı verildiği tespit edilmiştir. Bu sebeple, röntgen servisinde çalışmak veya çalışırken röntgen cihazlarının “yakınında bulunmak” suretiyle radyasyonun zararlı etkilerine maruz kalmanın mümkün olmadığı da belirtilmiş ve davacının herhangi bir şekilde zararlı radyasyona maruz kaldığı veya bu nedenle sağlığının etkilendiğine dair delil bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” hükmü bu bağlamda değerlendirilebilecektir. Gerekli önlemlerin alınmış olması bahsinde temkinle hareket edilmelidir. Önlem alınırken önemli olan çalışılan radyasyon kaynağının sahip olduğu ışınlama potansiyelidir ve söz konusu potansiyel, mevzuatta yer alan dozu aşabilecek bir değere sahipse riskin bulunduğu sonucuna varılmalıdır⁴³.

Alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, radyasyon görevlilerinin çalışma şartlarındaki diğer ayrıcalıklı düzenlemelerle bir bütün olarak işçi sağlığının korunmasına hizmet etmektedir. Radyasyon görevlilerinin çalışma saatlerine getirilen günlük veya haftalık sınırlamalar, doz aşımı riskinin azaltılması hususunda fayda sağlayıcı niteliktedir⁴⁴.

H. 4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Çalışma

Özel hastane, özel tıbbi görüntüleme merkezleri gibi işyerlerinde görev yapmakta olan sağlık çalışanları 4857 sayılı İş Kanunu’na tabidirler. Kamuya bağlı sağlık kurumlarında görev yapan çalışanların statüleri ise farklılık gösterebilmektedir. Sağlık çalışanlarından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu⁴⁵ m.4/1/A kapsamında devlet memuru statüsünde görev yapanlar olduğu gibi m. 4/1/D kapsamında devlet kadrosunda işçi statüsünde çalışanlar da mevcuttur. Diğer yandan Devlet Memurları Kanunu m.36’da sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi ge-

reken hizmetlerin, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebileceği, yani bu hususta bir alt işverenlik ilişkisi kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Böylelikle 4857 sayılı İş Kanunu m.2’de yer alan sınırlamalar ile bağlı olunmadan bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi mümkün hale gelmiştir. Sağlık Bakanlığı’na bağlı hastanelerde hemşire, tıbbi sekreter, laborant, hasta bakıcı, radyoloji teknisyeni gibi sağlık çalışanlarının yapılan ihalelerle alt işveren şirketler aracılığıyla çalıştırıldığı görülmektedir⁴⁶.

2017 yılında 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴⁷ m.83 ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu⁴⁸ m.62/1/e’ye “...personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı veya niteliği itibarıyla bu sonucu doğuracak şekilde alım yapamaz ve buna imkân sağlayan diğer mevzuat hükümleri uygulanmaz.” hükmü eklenmiş ve kamu kurumlarının personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı yapmaları yasaklanmıştır. Hal böyleyken kamu sağlık kurumlarında alt işveren işçisi olarak görev yapmaya devam eden sağlık çalışanları bulunmakta ve bu çalışanlar 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi olmaktadır.

Gerek iş sözleşmesinde yer alan görev tanımı gerekse sahip olduğu nitelikler uyarınca radyasyon görevlisi olarak çalıştırılmaması gereken işçilerin kimi zaman işverenler tarafından radyasyon görevlisi olarak çalışmaya zorlandıkları görülmektedir. Böyle bir durum söz konusu ise işçinin fiilen yaptığı iş nedeniyle radyasyon görevlisine sağlanan haklardan yararlandırılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 22.HD’nin 2014 tarihli kararında yer alan “...3153 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca röntgen cihazlarının çalıştırılması radyoloji uzmanları veya onların nezareti altındaki personel tarafından yapılabilir. Buna

43 Tedbirler alındığı takdirde riskin ortadan kalkacağına dair karşı yönde görüş için bkz. Olgaç, s.343.

44 Detaylı değerlendirme için bkz. aşağıda II/B.

45 RG: 23.07.1965/12056.

46 Ukal, G.G. (2019). Kamu Kesiminde Alt İşveren Uygulamaları: Sorunlar ve Çözüm Önerileri. Trakya Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.70.

47 RG: 24.12.2017/30280.

48 RG: 22.01.2002/24648.

göre radyoloji uzmanı doktor veya röntgen teknisyenliği konusunda mesleki eğitimi ve diploması olmayan şahısların radyasyon riski olan işlerde çalıştırılması mümkün değildir”Davacı bu göreve rağmen haksız uygulamalarla röntgen filmi çekimi işi yaptırıldığı iddiasını ispatlayacak delil dosyaya sunmamıştır...” değerlendirmesinde bu hususlara işaret edilmiş ve eğitimi olmadığı halde uygulamada radyasyon kaynaklarıyla çalıştırılmış olduğunu ispat edebilen işçinin radyasyon çalışmanı olarak hak talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır⁴⁹.

II. Çalışma Süreleri

A. Normal Çalışma Süreleri

İK m.63 uyarınca haftada en çok 45 saat olan haftalık çalışma süresinin, iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı işyerlerinde de uygulanmasının işçi sağlığı bakımından risk oluşturduğu kabul edilmiş ve söz konusu işlerde çalışan işçiler bakımından farklı çalışma süreleri belirlenmiştir⁵⁰. 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵¹ m.9 ve Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun’a 2010 yılında eklenen ek m.1 ile “iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresinin 35 saat olduğu, bu süre içinde Sağlık Bakanlığı’na çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitlerinin de ayrıca dikkate alınacağı” düzenlenmiştir. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik⁵² (bundan sonra Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği olarak anılacaktır) m.4/1/ö/1’de doğal ve yapay

radyoaktif, radyoionizan maddeler veya bütün diğer korpüsküler emanasyon kaynakları ile yapılan işler “günde azami 7,5 saat çalışılabilecek işler” arasında sayılmıştır. Diğer yandan Tedavi Nizamnamesi m.21’de röntgen ve radyom ile daimi olarak günde 5 saatten fazla çalışılmayacağı düzenlemesi yer almaktadır.

Sağlık hizmetlerinde İRK ile çalışan personelin günlük çalışma süreleri belirlenirken mevzuatta yer alan bu üç farklı düzenlemenin değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1, diğer mevzuat hükümleri karşısında daha yeni tarihli bir düzenlemedir. Ayrıca Tedavi Nizamnamesi m.21 uyarınca günde 5 saatten fazla çalışılmayacağı kabul edildiği takdirde 35 saatlik çalışma süresine ulaşılması için haftada 7 gün çalışılması gerekmektedir. İş Kanunu m.46/1 ve Tedavi Nizamnamesi m.21 birlikte değerlendirildiğinde ise sağlık hizmetlerinde İRK ile çalışan personelin haftada en az 1,5 gün izin hakları bulunmaktadır. Kanaatimizce Tedavi Nizamnamesi m.21’de yer alan 5 saatlik sınırın, Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1’de yer alan düzenleme karşısında uygulanabilirliği kalmamıştır.

Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1’de doz limitlerinin aşılması için alınması gereken tedbirlerle söz konusu limitler aşıldığı takdirde izinle geçirilecek süreler ve alınacak diğer tedbirlerin Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiş ve bu doğrultuda Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği⁵³ yürürlüğe girmiştir. Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.8/1’de radyasyon kaynağı ile çalışan personelin Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1’de öngörülen süre dahilinde çalışacakları, bu personel normal mesai dışında icap nöbetine çağırılmış ise icap nöbetinde bilfiil çalışılan sürenin de haftalık çalışma süresine dahil edileceği düzenlenmiştir. Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.8/2 uyarınca radyasyon kaynağı ile çalıştırıla-

49 Yargıtay 22.HD’nin 06.03.2014 tarih ve 2013-6451/5011 sayılı kararı, karararama.yargitay.gov.tr.

50 Boydak, A.B. (2019). İşyerinde Radyasyona Maruz Kalabilecek İşçiler İçin Çalışma Süreleri ve İzin Hakkı. TBB Dergisi. 141, s.458.

51 RG: 30.01.2010/27478.

52 RG: 16.07.2013/28709.

53 RG: 05.07.2021/28344.

cak personelin nöbet tutabilmesi mümkündür. Halbuki Tedavi Nizamnamesi m.22'de hastanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle günde 5 saat çalışan kimselerin, hastanenin başka işlerinde kullanılamayacağı ve bu kimselere uykularını ihlal edecek iş verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla radyoloji çalışanlarına gece döneminde çalışma yaptırılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁴. Yine gece döneminde çalışma ile ilgili olarak her ne kadar İK m.69'da sağlık hizmetlerinde işçinin yazılı onayı alınmak şartıyla gece 7,5 saatten fazla çalışabileceği düzenlenmiş olsa da Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.4/1/ö/1 uyarınca iyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile çalışanların çalışma süreleri azami 7,5 saat olduğundan, İK'da yer alan hükümün bu işçiler bakımından bir anlam ifade etmediği ileri sürülmüştür⁵⁵.

Kanaatimizce, Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun'a 2010 yılında eklenen ek m.1'de çalışma süresinin günlük sınır belirtilmeksizin haftalık 35 saat olarak belirlenmesi, Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.8/2'de radyasyon kaynağı ile çalıştırılacak personelin nöbet tutabileceğinin düzenlenmesi ve Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.4/1/ö/1'de Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1 hükmünün saklı tutulması birbirleri ile uyum halindedir. Söz konusu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde sağlık hizmetlerinde İRK ile çalışan personelin normal çalışma süresinin haftalık 35 saat olduğunu, günlük bir sınırın bulunmadığını, gerektiğinde 24 saat nöbet tutulabileceğini, hem Tedavi Nizamnamesi m.21 ve 22'nin, hem de Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.4/1/ö/1'in sağlık hizmetlerinde İRK ile çalışan personelin çalışma koşulları bakımından uygulanabilirliğinin kalmadığını söylemek mümkündür⁵⁶. Ancak aşağıda

açıklanacağı üzere günlük çalışma süresi saat olarak sınırlandırılmasa da maruz kalınan günlük doz miktarı göz önünde bulundurulmalıdır.

Çalışma süresi bakımından günlük 5 ve 7,5 saatlik sınırlar ortadan kalkmakla birlikte İK m.63/2'de günlük normal çalışma süresinin en fazla 11 saat olabileceği düzenlenmektedir. Haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi, bu işte günlük 11 saatin üzerinde yapılan çalışmalar Yargıtay tarafından fazla çalışma olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay 9.HD'nin 2020 tarihli kararında⁵⁷ "Ne var ki bu hesaplama yöntemi yerinde olmamıştır. Zira; 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunda 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklik neticesinde, iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresinin 35 saat olduğu belirlendiğinden, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnamenin 21 inci maddesinde yer alan röntgen ve radyomla daimi olarak günde beş saatten fazla çalışılmayacağı gerektiği yönündeki düzenlemenin uygulama imkanı kalmamıştır... İş Kanunu'nun 63/2. madde hükmü gereğince haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılması gerektiği hususlarının gözetilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." hükmüne yer verilmiştir.

Normal çalışma süreleri başlığı altında değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da İRK ile çalışma dışında başka görevleri de bulunan kimselerin çalışma saatlerinin nasıl belirlenmesi gerektiğidir. Yukarda⁵⁸ çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı ve mesul müdür olarak çalışmakta olan, aynı zamanda radyoloji uzmanlığı da bulunan bir doktorun her iki alanda da faaliyet gös-

54 Terzioğlu, A./Koç Y.K. (2016). Radyasyon Riskine Tabi Çalışanlara, Çalışma Hayatında Sağlanan Haklar. Mali Çözüm Dergisi. 2016, s.249.

55 Barlaz Us/Us, s.86.

56 Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.4/1/ö/1 uyarınca 7,5 saatlik sınırın İRK ile çalışan personel bakımından uygulanamayacağı yönünde bkz. Ekici, T./Ziyet Ö. (2011). Hekimlerin Çalışma Süresi, Nöbet, Fazla Çalışma

Ücreti, Dinlenme ve İzin Hakları. Ankara: TTB Yayınları, s.11; bu sürelerin azami sürelerle sınırlandırılmasının temel gayesinin işçinin sağlığının korunması olduğundan uygulanması gerektiği yönünde bkz. Boydak, s.458-459.

57 Yargıtay 9.HD'nin 01.10.2020 tarih ve 2016-25731/10166 sayılı kararı, Lexpera.

58 Bkz. yukarıda 1/E.

terebileceği, bu kimsenin radyasyon görevlisi kabul edilebilmesi için süreklilik şartının araması halinde problemlerin yaşanabileceği ifade edilmişti. Yargıtay'ın 2016 tarihli kararında, radyoloji bölümünde işi gereği sınırlı düzeyde radyasyona maruz kalan radyologlar veya ameliyathanelerde kardiyoloji, ortopedi, gastroenteroloji gibi bölümlerde görev yapan hekimlerin maruz kaldıkları doz miktarı toplum üyesi kişiler için belirlenen doz sınırlarının üzerinde olması halinde şua izninden yararlanabilecekleri kabul edilmiştir⁵⁹. Karardan yola çıkarak İRK ile sürekli çalışmayan kimselerin de radyasyon görevlisi kabul edilebileceği sonucuna varmak mümkündür. Bu durumda işyerinde normal çalışma süresinin haftalık 45 saat olması halinde haftalık 35 saat sınırının bu kişiler için nasıl uygulanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, söz konusu sağlık personelinin İRK ile çalışmaları haftada 35 saate ulaştığı anda haftalık çalışma süresini doldurduğu kabul edilmelidir.

B. Doz Sınırı

Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1'de iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerlerle bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saat olarak düzenlenirken Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitlerinin de dikkate alınacağı ayrıca hüküm altına alınmıştır. Doz sınırları ile ilgili olarak yukarıda detaylı bilgi verildiğinden⁶⁰ bu başlık altında doz sınırlarının çalışma süresi üzerindeki etkileri değerlendirilecektir.

Radyasyon kaynaklı stokastik etki, uzun bir zaman periyodunda alınan küçük dozların toplamı ile ortaya çıkmakta ve birçok sağlık problemine, hatta kanserin bazı türleri ile genetik deformasyona neden olabilmektedir. Bu nedenle radyasyon kaynaklı stokastik etkiler göz önünde bulundurularak mesleki maruziyette doz sınır-

landırılmaları yapılmıştır⁶¹. Teknolojinin gelişmesi ile tıbbi görüntüleme ve tanısal radyolojide çalışanlar için radyasyondan etkilenme düzeyi azaltılmış olsa da radyoloji çalışanlarının iyonlaştırıcı radyasyondan tamamen korunmalarının mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁶². Biyolojik değişikliklerin başlaması için, maruz kalınan radyasyon dozu bakımından bir alt sınır bulunmadığından İRK ile çalışan personel radyasyondan ne kadar korunurlarsa korunsun, bu kişiler için küçük radyasyon dozlarının dahi önemli riskler taşıdığı belirtilmiştir⁶³. Nitekim bu husus Ankara BAM 8.HD'nin 2020 tarihli kararında "radyasyonun biyolojik etkilerinin oluşması için gereken dozun alt sınır olmadığı, küçük dozlarda bile kanser ve genetik etki oluşturabileceği mütalaa edilmiş olup bilirkişi raporu gerekçeli ve yeterli görülmele itibar edilmesi yerindedir." şeklinde ifade edilmiştir⁶⁴. Gaziantep BİM 5.İDD'nin 2020 tarihli kararında⁶⁵ yer alan "Bu alanda yapılan çalışmalar sonucu, Radyasyon Güvenliği Yönetmeliğinin 10. maddesinde belirlenen yıllık doz sınırları insan sağlığını etkileyeceği belirlenen en yüksek radyasyon doz sınırları olup, insan sağlığını etkileyecek en düşük doz sınırı konu edilmemiştir. Keza radyasyonun insan bünyesinde ne gibi tahribata neden olduğu tam olarak bilinmediği gibi daha sonraki kuşaklarda ne gibi kalıtsal problemlere neden olabileceği de önceden bilinmemektedir." hükmü de aynı doğrultudadır.

İyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile uzun süreli çalışılmasındaki risk, maruz kalınan doz düşük dahi olsa tekrarlanan ışınlanmalarda organizmanın bir sonraki ışınlanmaya kadar hasarı onaramama ve hasarın giderek artabilmesi ihtimalinden kaynaklanmaktadır⁶⁶. Hücreler radyasyona maruz kaldığında kendilerini onarmaları

59 Yargıtay 7.HD'nin 02.02.2016 tarih ve 2015-23816/1889 sayılı kararı, karararama.yargitay.gov.tr.

60 Bkz. yukarıda I/C.

61 Barlaz Us/Us, s.84; Gökharman ve diğerleri, s.38.

62 Serhatlıoğlu ve diğerleri, s.99.

63 Serhatlıoğlu ve diğerleri, s.100; Gökharman ve diğerleri, s.38.

64 Ankara BAM 8.HD'nin 05.06.2020 tarih ve 2018-2578/937 sayılı kararı, Lexpera.

65 Gaziantep BİM 5.İDD'nin 02.06.2020 tarih ve 2019-154/783 sayılı kararı, Lexpera.

66 Yaşar ve diğerleri, s.151.

için gereken zamanın ne kadar olduğu sorusunun cevabı bulununcaya kadar radyasyon dozlarına bir sınırlama getirilmesi, var olan riskin önlenmesi bakımından gereklidir⁶⁷. Bu nedenle çalışma sürelerinin ve alınacak dozun mümkün olduğu kadar düşük tutulması gerekmektedir. Nitekim TBK m.417'de "işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak zorunda olduğu" düzenlenmiştir. Bu nedenle çalışmanın yalnızca saat olarak değil, maruz kalınan doz da göz önünde bulundurulması sınırlandırılması gerekmektedir.

Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1'in iptal edilmesi talebiyle Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda Mahkeme, "Diğer taraftan, iptal istemine konu maddenin ikinci fıkrasında, çalışma sürelerinin belirlenmesinde Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirtilen radyasyon dozu limitlerinin de dikkate alınacağı belirtilmiştir. Yönetmelikte belirlenen radyasyon dozu limitlerinin haftalık 35 saatten daha kısa bir çalışma süresinde aşılması durumunda bu personelin çalışma süresinin Yasada belirlenen 35 saatten daha az olabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle dava konusu kuralın, radyasyonla teşhis ve tedavi merkezlerinde çalışan personelin maddi ve manevi varlıklarının gelişmesini engelleyen, çalışanların dinlenme haklarını ihlal ederek sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarını sınırlayan bir niteliği bulunmamaktadır." gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir⁶⁸. Çalışma süreleri dışında radyasyon limitlerinin de dikkate alınacak olması kararın dayanak noktalarından birisidir.

Mevzuatta yer alan koruyucu hükümlerin uygulanmasında sorunlar yaşandığı ifade edilmektedir⁶⁹. İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından 2017 yılında hazırlanan Özel Hastane İşyerlerinde Çalışma Ortam ve Koşullarına Yönelik Programlı Teftiş Sonuç Raporu'nda sağlık personelinin radyasyona maruz kalmamaları için alınması gereken

önlemlerde eksiklikler bulunduğu⁷⁰; bu alanda çalışan personel sayısının az olması gibi sorunlar yanında dozimetrelerin yaklaşık 2 aylık periyodlar halinde ölçümünün yapılması ve İRK ile çalışılacak alanların sık şekilde denetlenmemesi de riskleri artırdığı bilinmektedir. Kanaatimizce böyle bir çalışma ortamında çalışma sürelerinin sınırlandırılması yanında maruz kalınabilecek günlük doz limitlerinin de mümkün olduğu ölçüde hesaplanması isabetli olacaktır.

Kullanımı oldukça yaygın olan bilgisayarlı tomografi (BT) ile görüntüleme üzerinden örnek verilecek olursa, BT ile geçmişte görüntüleme süresi 5-6 dakika iken günümüzde bu sürenin saniyeler sürebildiği belirtilmektedir⁷¹. BT ile görüntüleme yapılan hastanın aldığı radyasyon dozunun 8-15 mSv, PET/BT ile görüntüleme yapılan hastaların aldıkları etkin dozun ise yaklaşık 12-25 mSv aralığında olduğu hesaplanmaktadır⁷². Radyasyon görevlilerin de hastanın maruz kaldığı dozun bin ila yüz binde birini alma ihtimalinin bulunduğu ifade edilmektedir⁷³. Covid-19 pandemisi döneminde, ileri sürüldüğü gibi günde 400 BT çekimi yapıldığı takdirde çalışanların sağlığı bakımından risk söz konusu olabilecektir. Bu riskin azaltılması adına yoğun ışınlanmaya maruz kalınan çalışma alanları bakımından çalışma saatlerinden ziyade ne kadar dozda radyasyona maruz kaldığının hesaplanması önerilmektedir⁷⁴. Görevlinin farklı İRK ile günde en fazla kaç işlem yaparak günlük doz sınırına ulaşma riskinin bulunduğu hesaplanabildiği takdirde günde 100 BT çekimi yapan görevli ile günde 400 BT çek-

67 Mercimek M, (2020). Hepimiz Radyoaktifiz. 05 Mart 2021 tarihinde https://web.itu.edu.tr/~mercimek/index_dosyalar/Page331.htm adresinden erişildi.

68 AYM'nin 16.07.2010 tarih ve 29/90 sayılı kararı.

69 Terzioğlu/Koç, s.252.

70 İş Teftiş Kurulu Başkanlığı. (2017). Özel Hastane İşyerlerinde Çalışma Ortam ve Koşullarına Yönelik Programlı Teftiş Sonuç Raporu 2017, 24 Şubat 2021 tarihinde https://ailevecalisma.gov.tr/medias/6966/ozelhastanedegerlendirmeraporu_tum.pdf adresinden erişildi, s.60.

71 Günay ve diğerleri, s.22.

72 Parlak ve diğerleri, s.75.

73 Ataç, G.K. (2019). Floroskopik İşlemlerde Radyasyon Güvenliği. Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, s.23.

74 Özgencil, E. (2019). Uzmanlık Alanlarında Radyasyon Uygulamaları. Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, s.68.

mek zorunda kalan görevli arasında adaletin sağlanması mümkün olabilecektir.

C. Fazla Çalışma Süreleri

1. Olağan Fazla Çalışma

Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği sağlık bakımından risk oluşturacağı için İRK ile çalışan sağlık personelinin çalışma süresine kısıtlama getirmekte ve bu işlerde fazla çalışma yapılmasını yasaklamaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.417 ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4 uyarınca işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli tüm önlemleri alma borcu bulunmaktadır. İşçiler de İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.19 uyarınca sağlıklarını tehlikeye düşürmemekle yükümlüdürler. İşverenin zorlaması veya tarafların karşılıklı rızaları ile sağlık bakımından risk oluşturacak bir işte fazla çalışma yapılması, kişinin sağlık ve yaşam hakkının ihlali ile kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle getirilen yasakların işçinin rızası ile de olsa göz ardı edilebilmesi mümkün değildir.

Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.7 uyarınca Yönetmelik kapsamına giren işlerde fazla çalışma yapılması yasaklanmıştır. Katıldığımız görüşe göre Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun'da 30.01.2010 tarihinde yapılan ve haftalık çalışma süresini 35 saat olarak belirleyen değişiklikten sonra gerek Tedavi Nizamnamesi m.21'de yer alan röntgen ve radyomla daimi olarak günde beş saatten fazla çalışılmayacağı yönündeki düzenlemenin gerekse Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.4/1/ö/1'e göre kabul edilen günlük 7,5 saat çalışma sınırının uygulama imkanı kalmamıştır. 30.01.2010 tarihinden itibaren İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan sağlık personeli bakımından azami çalışma süresi haftada 35 saat çalışma esasına göre belirlenecektir⁷⁵.

Sağlık hizmetlerinde İRK ile çalışma süresi

haftada 35 saat ile sınırlandırılmış olsa da uygulamada 35 saatin üzerinde çalışılabildiği görülmektedir. İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından hazırlanan 2017 yılı raporunda İRK ile çalışan personelin yasak çalışma yaptıkları tespit edilmiştir⁷⁶. Raporda, yetmiş çalışan sayısındaki yetersizlik yasak çalışmanın sebepleri arasında gösterilmiştir⁷⁷. Yine anestezi çalışanları üzerinde yapılan bir araştırmada haftalık ortalama çalışma sürelerinin kırk ile altmış saat arasında olabildiği ifade edilmiştir⁷⁸.

İyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile çalışan personelin acil tanı ve tedavinin uygulanabileceği durumlar gereği nöbete dahil edilmeleri mümkündür⁷⁹. Nitekim Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.8/2'de "Bu personelin çalışma şekli, Kanuni süreyi aşmamak kaydıyla, hizmetin etkinlik ve sürekliliğinin sağlanması bakımından vardiya veya nöbet şeklinde düzenlenebilir" hükmü yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında görev yapan sağlık personeli için "normal çalışma sürelerinin üzerinde nöbete geçirilen zaman" fazla çalışma olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Yargıtay kararları incelendiğinde, bazı kararlarda günlük 7 saatten fazla olan, bazı kararlarda ise haftalık 35 saatten fazla olan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay 22.HD'nin 2020 tarihli kararında⁸¹ günlük 7 saati aşan çalışmalara göre fazla çalışma ücretinin hesaplanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yargıtay 9.HD'nin 2020 tarihli kararında⁸² ise 30.01.2010 tarihinden sonraki dönem için haftalık 35 saati geçen çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edildiği görülmektedir.

35 saat sınırı aşılmamış olsa dahi İK m.63/2'de

76 İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, s.55.

77 İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, s.82.

78 Boydak, s.459.

79 Ekici/Özçelik, s.13.

80 Ekici/Özçelik, s.19.

81 Yargıtay 22.HD'nin 09.07.2020 tarih ve 2017-34690/9341 sayılı kararı, Lexpera; aynı yönde Yargıtay 22 HD'nin 02.02.2015 tarih ve 2014-27442/1956 sayılı kararı, Boydak, s.460.

82 Yargıtay 9.HD'nin 09.12.2020 tarih ve 2016-34146/17872 sayılı kararı; aynı yönde Yargıtay 9.HD'nin 11.11.2019 tarih ve 2017-12576/19598 sayılı kararı, Lexpera.

75 Aynı yönde bkz. Yargıtay 9.HD'nin 11.11.2019 tarih ve 2017-12576/19598 sayılı kararı, Lexpera.

yer alan günlük azami 11 saat çalışma sınırı nöbetler bakımından da söz konusu olmakta ve günlük 11 saatin üzerinde yapılan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilmektedir⁸³. Nitekim Yargıtay 9.HD'nin 2020 tarihli kararında⁸⁴ "Ne var ki bu hesaplama yöntemi yerinde olmamıştır. Zira; 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunda 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklik neticesinde, iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresinin 35 saat olduğu belirlendiğinden, Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnamenin 21 inci maddesinde yer alan röntgen ve radyomla daimi olarak günde beş saatten fazla çalışılmayacağı gerektiği yönündeki düzenlemenin uygulama imkanı kalmamıştır... İş Kanunu'nun 63/2. madde hükmü gereğince haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılması gerektiği hususlarının gözetilmemesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." hükmüne yer verilmiştir.

Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.8/2'de icap nöbeti tutan personel için farklı bir düzenleme getirilmiş ve evde tutulan ancak her davette sağlık kurumuna gidilmesi mecburi olan icap nöbetinde yalnızca "bilfiil çalışılan" sürelerin haftalık çalışma süresine dahil edileceği hüküm altına alınmıştır.

Yasaklanmış olsa da yasak çalışma yapılması halinde işçilerin bu çalışmalarının fazla çalışma olarak değerlendirileceği ve fazla çalışma ücretine hak kazanacakları Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁸⁵. Ayrıca çalışma süresine ilişkin yasal sınır aşıldığı takdirde aşılacak kısım "fazla sürelerle çalışma" olarak değil doğrudan "fazla çalışma" olarak nitelendirilmekte ve doğrudan %50

zam ile hesaplanmaktadır⁸⁶. Hukuka aykırı fazla çalıştırma yaptırıldığı takdirde fazla çalışma ücretinin %50'den daha fazla bir oranla artırılması gerektiği, mevzuatta bu hususta bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı doktrinde ifade edilmiştir⁸⁷. İşvereni cezalandırma veya işçiyi ödüllendirme iradesiyle yapılacak bu tür düzenlemelerin işçileri yasak çalışmaya teşvik edici bir nitelik taşıyabileceği ve yasaklardan beklenen faydanın elde edilmesinde başarı oranını azaltabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Yargıtay'ın 2019 ve 2020 tarihli kararlarında⁸⁸ 30.01.2010 tarihinden sonraki fazla çalışmaların hesabına esas alınmak üzere işçinin günlük 7 saat esasına göre çalıştığına, saat ücretinin aylık ücretin 210 saat karşılığı oluşuna göre de saat ücretinin belirlenmesi gerektiğine karar verdiği görülmüştür. Kanaatimizce bu kararlar fazla çalışmanın tespiti ve ücret hesabı bakımından doğru tespitler içermektedir. Henüz farklı bir ara dinlenme saati belirlenmediğinden günlük çalışma süresine göre ara dinlenme yarım saat kabul edilmelidir⁸⁹.

Fazla çalışma ücretlerinin yılda 270 saati geçmemek kaydıyla tarafların anlaşması ile işçinin aylık ücretine dahil edilebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁹⁰. Nöbetten kaynaklanan fazla çalışmalar için de aynı kural geçerli olmakla birlikte "fazla çalışmanın yasak olduğu hallerde" böyle bir uygulamanın kabulü mümkün değildir⁹¹; yani İRK ile çalışan sağlık personelinin haf-

83 Yargıtay 9.HD'nin 28.02.2011 tarih ve 2009-4261/5142 sayılı kararı, Lexpera.

84 Yargıtay 9.HD'nin 01.10.2020 tarih ve 2016-25731/10166 sayılı kararı, Lexpera.

85 Yargıtay 9.HD'nin 16.03.2016 tarih ve 2015-23032/6282 sayılı kararı, Lexpera.

86 Akyığıt, E. (2005). Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi. 19(4), s. 8; Yargıtay 9.HD'nin 20.03.2018 tarih ve 2016-15212/5734 sayılı kararı, Lexpera.

87 Yuvalı, E. (2009). Türk Hukukunda Olağan Nedenlerle Fazla Çalışma ve AB Ülkelerindeki Fazla Çalışma Hükümlerine Genel Bir Bakış. Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi. 10(4), s.80.

88 Yargıtay 9.HD'nin 10.04.2019 tarih ve 3055/8464 sayılı kararı, Yargıtay 9.HD'nin 13.10.2020 tarih ve 2016-27096/11594 sayılı kararı, Lexpera.

89 Ankara BAM 8.HD'nin 05.06.2020 tarih ve 2018-2578/937 sayılı kararı, Lexpera.

90 Süzek, S. (2019). İş Hukuku. 18. Baskı. İstanbul: Beta, s.801.

91 Yargıtay 9.HD'nin 16.03.2016 tarih ve 2015-23032/6282 sayılı kararı, Lexpera.

talık 35 saati aşmak suretiyle yapacakları fazla çalışmaların ücrete dahil edilebilmesi söz konusu olmayacaktır. Nitekim Yargıtay 9.HD'nin 2017 tarihli kararında⁹² "4857 sayılı Kanuna göre günlük 11 saati aşan çalışmalar ile gece çalışmalarında 7,5 saati aşan kısımlar yasak çalışmalar olup bu çalışmalar fazla çalışma açısından 270 saatlik sınır kapsamında değildir. Bu nedenle Mahkemenin 270 saatlik sınıra dayalı gerekçesi hatalıdır." hükmüne yer verilmiştir.

Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1'de yer alan düzenlemeye göre sağlık hizmetlerinde İRK ile çalışan personelin yalnızca haftalık çalışma sürelerinin aşılması suretiyle değil, doz sınırının aşılması ile yasak çalışma kapsamına gireceğinin kabulü gerekmektedir. Yargıtay'ın yasak çalışmayı fazla çalışma olarak değerlendirdiği görüş doğrultusunda doz aşıldığı andan itibaren çalışılan her saatin fazla çalışma olarak kabul edilmesi veya aşılma dozu miktarı ile orantılı bir fazla çalışma ücreti sisteminin benimsenmesi kanaatimizce isabetli olacaktır.

2. Zorunlu Nedenle Fazla Çalışma

Zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde İK m.42/1 uyarınca işçilerin hepsine veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilmesi mümkündür. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği⁹³ m.9 uyarınca zorunlu nedenle fazla çalıştırma yapılması için işçinin onayına gerek yoktur. İşçinin zorunlu nedenle fazla çalışma yapması sadakat borcunun bir gereğidir. TBK m.398'de de normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçinin, karşılığı vermek koşuluyla fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Haklı bir nedeni olmaksızın "zorunlu nedenle fazla çalışmayı" reddeden işçinin iş sözleşmesinin

İK m.25/2/h uyarınca haklı nedenle feshedilmesi mümkündür⁹⁴. Ancak işçinin de fazla çalışma talebinin zorunlu bir nedenden kaynaklandığı konusunda açıkça bilgilendirilmiş olması gerekmektedir⁹⁵. Çalışmanın reddi için haklı nedenler değerlendirilirken işçinin işi yapabilecek durumda olması, işin yapılmasının işçiden beklenebilir olması, işçinin sağlığı, ev ve aile yükümlülükleri göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁶. Özü itibarıyla işveren tarafından yenilik doğuran bir hak olan zorunlu nedenle fazla çalışma talebinin önceden süre ile sınırlandırılması, niteliği itibarıyla mümkün değildir⁹⁷. Fazla çalışma ihtiyacını ortaya çıkaran nedene göre yapılacak çalışmanın süresi değişecektir.

Zorunlu nedenle fazla çalışmada "zorunlu neden" kavramı önem arz etmektedir. Zorunlu neden, beklenmeyen halleri ve hatta sözleşmenin doğasında var olan, ortaya çıkması muhtemel, ancak gerçekleşmemesi umulan olay ve olguları da kapsamaktadır. Bu nedenle işverenin bu tür durumlarda zorunlu nedenle fazla çalışmaya başvurması mümkündür. Salgın hastalıkların işyerlerinde zorunlu nedenle fazla çalışmayı gerektirecek bir zorlayıcı neden olup olmadığı Covid-19 pandemisi özelinde değerlendirilmiştir. Covid-19 salgınının, her durumda "zorunlu neden" niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, salgın hastalık döneminde iş yoğunluğunun arttığı kargo, market vb. işyerlerinde zorunlu nedenle fazla çalışma yapılabilmesi mümkün iken, çalışma süresi azalan yahut geçici süreyle kapanan işyerlerinde tersi bir durum söz konusudur⁹⁸.

94 Mollamahmutoğlu, H./Astarlı M./Baysal U. (2019). İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Lykeion, s.358.

95 Baycık, G. (2011). İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar. Ankara: Yetkin, s.100 vd.

96 Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s.358; aynı yönde bkz. Akyiğit, E. (2014). Maden İşyerlerinde Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi. 25(3-4-5-6), s.24-25.

97 Baycık, s.105; Mollamahmutoğlu ve diğerleri, s.358.

98 Baycık G./Tolu H./Ceysu Dinç İ./Gültekin A.G. (2020). COVID-19 Salgını Boyunca İşveren ve Çalışanların Çalışma Süreleri ile Çalışma Modellerine İlişkin Hak, Yetki ve Yükümlülükleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeler, s.13-14.

92 Yargıtay 9.HD'nin 29.05.2017 tarih ve 2016-19321/9163 sayılı kararı, Lexpera.

93 RG: 06.04.2004/24425.

Covid-19'un sağlık kuruluşlarında zorunlu nedenle fazla çalışmayı gerektirecek bir zorlayıcı neden olup olmadığı değerlendirildiğinde; Covid-19 salgını ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığı tarafından Mart 2020'de yayınlanan "Pandemi Hastaneleri" konulu genelgede⁹⁹, sağlık kurumlarına müracaat eden hastaların Covid-19 tanısı kesinleşinceye kadar Sağlık Bakanlığı hastaneleri, devlet ve vakıf üniversitesi hastaneleri ile tüm özel sağlık kuruluşlarınca kabul ve tedavi süreçlerinin yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Covid-19 tanısı için de PCR testi yanında röntgen ve BT ile görüntüleme yönteminin sıklıkla kullanıldığı yukarıda açıklanmıştır¹⁰⁰. Özel Hastaneler Yönetmeliği¹⁰¹ m.39'da özel hastanelerin, acil olarak gelen hastalara yeterli personeli veya donanımı olmadığı, ilgili birimi veya boş yatağı bulunmadığı, hastanın sağlık güvencesi olmadığı ve benzeri sebepler ile gerekli acil tıbbi müdahaleyi yapmaktan kaçınmayacağı; acil servise başvuran hastalara, yoğun bakım hizmeti dahil olmak üzere gerekli ilk müdahalenin yapılması, tedavinin devamı için gerekiyorsa hastanın yatışı yapılarak tedavisinin ve eğer gelişirse komplikasyonların tedavisinin tamamlanmasının esas olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle hastanelerin, personel sayısının yeterli olmaması durumunda çalışanlarından fazla çalışma yapmalarını talep etmesi kaçınılmaz olacaktır.

Özel hastaneler dışında Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik¹⁰² m.25 kapsamında hizmet veren özel görüntüleme merkezlerinde de İRK ile çalışan personelin pandemi döneminde zorunlu nedenle fazla çalışma yapmaları söz konusu olabilecektir. Nitekim bu kuruluşlar İRK ile görüntüleme hizmetinde hastanelere destek verebilmektedirler. Zorunlu fazla çalışmayı gerekli kılabacak acil nedenin işçinin işyerinde çıkması ka-

dar işyerini etkileyen dıştaki bir yerde oluşması da mümkündür. Bu nedenle salgın her ne kadar sağlık kuruluşlarının dışında başlamış olsa da "kamu sağlığını ilgilendirir nitelikte oluşu" sağlık kuruluşlarında zorunlu nedenle fazla çalışmayı gerektirecek kamusal bir neden olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. 17 Ağustos depreminde enkaz kaldırma işleminde çalışma zorunlu nedenle fazla çalışma sayılmıştır¹⁰³.

Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.7 uyarınca İRK ile çalışan personelin fazla çalışması yasak olsa da salgın hastalık döneminde söz konusu fazla çalışma yasağının ne derece uygulama alanı bulacağı tartışılmalıdır. Maden işlerinde çalışan işçilerin de fazla çalışma yapmaları yasaklandığı halde İK m.41/9'da bu işçilerin "zorunlu nedenle" fazla çalışma yapabilecekleri, bu çalışmalar karşılığında ise ücretlerin %100 zamlı olarak ödeneceği düzenlenmiştir. Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.7'nin maden işlerinde çalışan işçiler için yalnızca normal fazla çalışmayı yasakladığı doktrinde ifade edilmiştir¹⁰⁴. İyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile çalışan işçiler için mevzuatta bu açıklıkta bir hüküm yer almamakla birlikte salgınların tüm toplumun sağlığı, diğer bir deyişle ülke sağlığı ile ilgili olması, Covid-19 özelinde değerlendirildiğinde hastalığın tespiti ve salgının önlenmesi bakımında radyolojik görüntülemenin arz ettiği önem, İRK ile çalışanların da zorunlu nedenle fazla çalışma yapabileceği sonucunu beraberinde getirmektedir.

Haklı nedenlerin varlığında işçinin çalışmayı reddetme imkanı bulunmaktadır. Her ne kadar işçi sadakat borcu gereği zorunlu nedenle fazla çalışmayı kabul etmek durumunda olsa da bu durum işçinin kendi sağlığını feda etmesi demek değildir. Bu nedenle İRK ile çalışan personelin zorunlu nedenle fazla çalışma yapacağı kabul edildiği takdirde bu çalışmanın sınırları çok iyi belirlenmelidir. Her ne kadar zorlayıcı neden devam

99 TC Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 20.03.2020 tarih ve 14500235-403.99 sayılı genelgesi.

100 Bkz. yukarıda giriş.

101 RG: 27.03.2002/24708

102 RG: 15.02.2008/26788

103 Yargıtay 9.HD'nin 22.11.2000 tarih ve 12053/17141 sayılı kararı, Akyiğit, Yeni İş Yasası, s.7.

104 Çelik, N./Çanıklioğlu N./Talat C. (2019). İş Hukuku Dersleri. 32. Bası. İstanbul: Beta, s.736.

ettiği sürece zorunlu nedenle fazla çalışmanın yapılacağı kabul edilse de TBK m.417 uyarınca işçinin sağlığının korunmasının işverenin borçları arasında olduğu göz önünde bulundurulmalı ve çalışma süresi buna göre belirlenmelidir.

III. Özellik Arz Eden İzinler

A. Hafta Tatili

Tedavi Nizamnamesi m.21 uyarınca "Röntgen muayenehanelerinde pazardan maada ayrıca bir gün daha öğleden sonra tatil yapılmalıdır". Hüküm ile İRK ile çalışan sağlık personelinin yarım günlük ek tatil hakkı düzenlenmiştir. Böylelikle ilgili personelin hafta tatili süresine ek olarak yarım gün daha tatil yapması gerekmektedir. Bu kurala riayet edilmemesi halinde çalışılan bu süre için de işçiye ücret ödenecektir¹⁰⁵. Nizamnamede 1,5 günlük tatil hakkından söz edilmesine rağmen yukarıda zikredilen bazı Yargıtay kararlarında haftada 35 saat olan çalışma süresi 7'şer saatten 5 güne dağıtıldığı ve işçinin çalışacağı gün sayısı haftada 5 gün, tatil hakkının da haftada 2 gün olarak tespit edildiği görülmektedir.

B. Şua İzni

1. İzne Hak Kazanılması

Tedavi Nizamnamesi m.24 uyarınca İRK ile çalışan sağlık personelinin senede dört hafta devamlı tatil yapmaları zorunludur. Hükümde yer alan "sene" ibaresi takvim yılı olarak değil, çalışma yılı olarak kabul edilmelidir¹⁰⁶. Şua iznine hak kazanılabilmesi için esas olan fiilen radyasyon riskine tabi çalışma yapılmasıdır¹⁰⁷. İyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile uzun süreli çalışıldığına, ayrı ayrı çalışmalarda maruz kalınan doz düşük dahi olsa tekrarlanan ışınlanmalarda organizmanın bir sonraki ışınlanmaya kadar hasarı onaramama ve hasarın giderek artabilmesi ihtimali personelin sağlığı bakımından risk teşkil et-

mektedir¹⁰⁸. Şua izninin kullanılması ile bu riskin azaltılması amaçlanmıştır. Bu nedenle şua iznine hak kazanılabilmesi için mevzuatta belirtilen doz sınırlarının aşılması gerekmemektedir; aksine, şua izninin kullanılması ile çalışanların doz sınırlarına yaklaşması engellenmek istenmektedir. Sınırın aşılması durumu Radyasyon Kaynakları ile Çalışma Yönetmeliği m.8/6'da ayrıca düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca kişisel dozimetre ölçümlerinde yıllık doz limitlerinin aşıldığı durumlarda eksiklikler giderilinceye kadar doz limitini aşan personel ilgili işte çalıştırılmamalıdır. Bu personele yıllık şua izinlerini kullanmamış iseler öncelikle şua izinleri kullanılmalı, ayrıca çalışanın sağlığı yönünden olumsuz bir durum söz konusu olduğu takdirde on beş günden az olmamak kaydıyla sağlık sorunu giderilene kadar idarece izin kullanılmalıdır.

Fiilen şuaya maruz kalma olgusuna Bakanlar Kurulu'nun 16.07.1999 tarih ve 99/13116 sayılı Kararname Eki m.12'de de yer verilmiştir. Maddede "röntgen, radyum ve benzeri işlerde çalışan ve fiilen şuaya maruz kalan işçilere yılda otuz gün şua izni verilir" düzenlemesi yer almaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.103'te devlet memuru statüsünde çalışanlar için şua izni 1 ay olarak belirlenmiş olduğundan maddede izin süresi otuz gün olarak ifade edilmiştir. "Fiilen şuaya maruz kalma" ibaresinden işçinin belirli bir dozun üzerinde radyasyona maruz kalması değil fiilen radyasyon riski altında çalışılması anlaşılmalıdır. Söz konusu düzenleme ile işçinin unvanı İRK ile çalışılan bir işe uygun olsa da fiilen yaptığı görev nedeniyle radyasyona maruz kalma riski bulunmuyorsa sırf unvanı nedeniyle şua izninden yararlanamayacağı belirtilmek istenmiştir.

İşçi dozimetre kullanıyor ise dozimetre ölçümü ile işçinin ışınlara maruz kalıp kalmadığının veya ne oranda maruz kaldığının tespiti mümkündür. İşçi dozimetre kullanmıyor ise bu durumda keşif yapılarak çalışanın radyasyona maruz kalıp kalmadığı incelenmelidir¹⁰⁹. Dozimetre

105 Olguç, s.360.

106 Terzioğlu/Koç, s.250.

107 Terzioğlu/Koç, s.250.

108 Yaşar ve diğerleri, s.151.

109 Olguç, s.347.

uygulamasını tek başına yeterli görmeyen yargı kararı da mevcuttur. Yargıtay 7.HD'nin 2015 tarihli kararında¹¹⁰ "Zorunlu dozimetre uygulamasına tabi olması da davacı doktorun toplum bireyleri için belirlenen dozun üstünde radyasyona maruz kalma olasılığının bulunduğunu göstermektedir. Ancak davacının süreklilik arz edecek şekilde radyasyona maruz kalıp kalmadığı dosya kapsamından anlaşılammaktadır... SGK Medula Sistem kayıtlarının tetkiki ile davacının süreklilik arz edecek şekilde radyasyona maruz kalıp kalmadığı tespit edilmeli, sonucuna göre şua iznine hak kazanıp kazanmadığı belirlenerek şua izin ücreti hüküm altına alınmalıdır." ifadesi yer almaktadır ki böylelikle dozimetre kullanımına tabi olunmasının yeterli olmadığı, fiilen radyasyon kaynağı ile çalışılmasının tespit edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Yargıtay şua iznine hak kazanılabilmesi için fiilen radyasyona maruz kalınması yanında ayrıca maruz kalınan radyasyon dozu seviyesinin toplum üyesi kişiler için belirlenen doz limitinin üzerinde olmasını aramaktadır¹¹¹. Ancak stokastik etki nedeniyle en az ne kadar doz ile sağlık problemleri yaşanabileceği öngörülemediğinden dolayı İRK ile çalışan personelin "doza maruz kalma olasılığı" şua iznine hak kazanılması bakımından yeterli kabul edilmeli, ayrıca belirli bir doz oranının aşılmış olması aranmamalıdır¹¹². Nitekim bu husus Gaziantep BİM 3.İDD'nin 2017 tarihli kararında¹¹³, her ne kadar karşı oy yazısında şua iznine hak kazanılabilmesi için yıllık 1 mSv'nin üzerinde radyasyona maruz kalınması gerektiği ileri sürülmüş olsa da, yapılan iş nedeniyle yıllık 1 mSv etkin doz değerinden fazla doza maruz kalma ihtimalinin bulunması şua iznine hak kaza-

nılması bakımından yeterli görülmüştür" hükmü ile ele alınmıştır. Gaziantep BİM 5.İDD'nin 2020 tarihli kararında¹¹⁴ yer alan "Bu alanda yapılan çalışmalar sonucu, Radyasyon Güvenliği Yönetmeliğinin 10. maddesinde belirlenen Yıllık doz sınırları insan sağlığını etkileyeceği belirlenen en yüksek radyasyon doz sınırları olup, insan sağlığını etkileyecek en düşük doz sınırı konu edilmemiştir. Keza radyasyonun insan bünyesinde ne gibi tahribata neden olduğu tam olarak bilinmediği gibi daha sonraki kuşaklarda ne gibi kalıtsal problemlere neden olabileceği de önceden bilinmemektedir... Bu durumda, radyasyon kaynaklarının bulunduğu alanda görev yaptığı ve toplum üyesi kişiler için belirlenen doz sınırlarının üzerinde radyasyona maruz kalma olasılığı bulunduğu radyasyon görevlisi sayılan davacının şua izninden yararlanacak kimselerden olduğu açıktır." hükmünün daha da açıklayıcı olduğu görülmüştür.

Tedavi Nizamnamesi m.24'te yer alan "senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir" ifadesi nedeniyle şua izin hakkının doğması için en az bir yıl çalışılması gerektiği, bir yıldan daha kısa süre çalışan personelin bu haktan yararlanamayacakları, bir yıldan az süren çalışmalarda orantılı olarak bu haktan yararlanmanın mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹¹⁵. Yargıtay'ın da vermiş olduğu bazı kararlarda şua iznine hak kazanılabilmesi için en az bir yıl çalışılmış olmasını aradığı görülmektedir¹¹⁶. Halbuki mevzuatta en az bir yıl çalışılmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır¹¹⁷. "Senede" ibaresinden işçinin bir yıl içinde dört hafta şua izni kullanması gerektiği anlaşılmalıdır¹¹⁸. Nitekim Yargıtay 22.HD tarafından 2019 yılında onanan bir yerel mahkeme kararında "Madde içeriğinde bu izninin kullandırılması için 1 yıllık çalışma süresinin doldurulması gerektiği hususunda bir hü-

110 Yargıtay 7.HD'nin 31.03.2015 tarih ve 4328/5921 sayılı kararı, Lexpera.

111 Yargıtay 9.HD'nin 22.10.2020 tarih ve 2358/13036 sayılı kararı, Lexpera.

112 Akalın, G. (2019). Radyasyon ve Çalışma Yaşamına İlişkin Yasalar-Haklar. Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, 40-45.

113 Gaziantep BİM 3.İDD'nin 28.11.2017 tarih ve 1761/1777 sayılı kararı, Lexpera.

114 Gaziantep BİM 5.İDD'nin 02.06.2020 tarih ve 2019-154/783 sayılı kararı, Lexpera.

115 Olgaç, s.344.

116 Yargıtay 22.HD'nin 16.10.2019 tarih ve 2017-24594/19085, Yargıtay 9.HD'nin 26.11.2018 tarih ve 7114/21499 sayılı kararı, karararama.yargitay.gov.tr.

117 Barlaz Us/Us, s.90.

118 Boydak, s.465.

küm bulunmadığı gibi, iznin amacı, röntgen müte-hassısının veya röntgen ve radyom ile iştigal eden kimsenin maruz kaldığı radyasyon sebebi ile bu etkiden uzaklaşmasının sağlanmasına ve maruz kalınan radyasyonun olumsuz etkisinin giderilmesine yönelik olup, çalışana 1 yılı doldurmasa dahi çalıştığı süreye kıyasen tatil süresinin kullandırılmasının mecburi olduğu anlaşılmaktadır.” ifadesi yer almaktadır¹¹⁹.

İyonlaştırıcı radyasyon kaynağı ile çalışan kişinin yaptığı işe ilişkin olarak kadrosunun ya da diplomasının olup olmaması şua izin hak edişi açısından önem arz etmemektedir¹²⁰. Nitekim Yargıtay 7.HD'nin 2015 tarihli kararında radyoloji bölümünde “iş gereği” sınırlı düzeyde radyasyona maruz kalan kimselerin maruz kaldıkları doz miktarı toplum üyesi kişiler için belirtilen doz sınırlarının üzerinde olması halinde şua izninden yararlanabilecekleri ifade edilmiştir¹²¹. Karar, şua iznine hak kazanabilecek personel bakımından sınırlayıcı bir düzenleme olmadığının kabulü bakımından olumludur.

Şua iznine hak kazanılması yönünden görev tanımı gereği İRK ile çalışan personel ile görev tanımında yer almamakla birlikte bir şekilde radyasyondan etkilenen personel arasında ispat bakımından bir farklılık söz konusu olabilecektir. Denetimli ve gözetimli alanlarda görev yaptığı veya İRK ile doğrudan çalıştığı açıkça belli olan personelin şua iznine hak kazandıkları ayrıca bir araştırma konusu yapılmadan kabul edilebilecekken, yukarda belirtildiği üzere çekim işleminde sonra hasta ile yakından ilgilenmek durumunda kalan ve belirlenen sınırların üzerinde

radyasyona maruz kalma ihtimali bulunan hasta bakıcı, kat hemşiresi gibi görevlilerin bu durumu ispat etmeleri beklenebilecektir. Sonuç olarak radyasyon ile yapılan işlemlerde “doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen” tüm sağlık çalışanlarının sağlıklarının korunabilmesi amacıyla şua izninden faydalanmaları gerekmektedir.

2. Şua İzninin Kullanılması

Uygulamada şua izninin kullanımı için, bir ay önceden işverene ya da yetkili birime bildirimde bulunulması ve isteğin uygun bulunması gerekmektedir¹²². Ancak doz aşımı ve doz aşımı riski bulunan hallerde 1 ay beklenmesi söz konusu olmamalıdır. 4 haftalık şua izni bölünmeden, bağlı olduğu sene içinde kullanılmalı, başka yıllara aktarılmamalıdır¹²³.

3. Alacak Hakkına Dönüşmesi

İşverenin, İRK ile çalışan sağlık personeline şua iznini kullandırması zorunludur. İş sözleşmesi devam ederken şua izinlerinin ücrete dönüştürülmesi veya ücret olarak ödenmek suretiyle çalışanların izin kullanmayıp, radyasyonla bağlantısız başka bir görevde çalıştırılmaları mevzuata uygun değildir¹²⁴. Ancak iş sözleşmesi sona erdiği anda kullandırılmamış şua izinleri bulunuyorsa, artık bu izinler şua izni alacağına dönüştüğü kabul edilmektedir¹²⁵. İK m.59'da kullanılmayan yıllık ücretli izin sürelerine ilişkin ücretin sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden ödeneceğine ilişkin açık bir düzenlemenin varlığına karşılık, kullanılmayan şua izinlerinin sözleşmenin sona ermesi ile alacak hakkına dönüşeceğine ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Halbuki şua izni yıllık ücretli izne göre çok daha hayati bir öneme sahiptir. Bu nedenle konu ile ilgili bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmelidir. Yargıtay çalıştırılması yasak dönemde çalıştırılan işçinin zararının tazmin edilmesi gerektiği görüşündedir. Yargıtay 9.HD'nin 2012 tarihli kararında “Ancak şua izni fazla çalışma benzeri alacak olduğundan ve iş

119 Yargıtay 22.HD'nin 19.09.2019 tarih ve 2017-24019/16897 sayılı kararı, Bağcı, M.Y. (2019). Radyoloji Çalışanlarının Şua İzni Kullanabilmesi İçin En Az Bir Yıllık Çalışma Şartı Aranır mı? 01 Mart 2021 tarihinde <https://www.hukukihaber.net/radyoloji-calisanlarinin-sua-izni-kullanabilmesi-icin-en-az-bir-yillik-calisma-sarti-aranir-mi-makale,7060.html> adresinden erişildi.

120 Özyalçın, S. (2019). .Uzmanlık Alanlarında Radyasyon Uygulamaları. Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, s.76.

121 Yargıtay 7.HD'nin 02.02.2016 tarih ve 2015-23816/1889 sayılı kararı, Lexpera.

122 Ekici/Özçelik, s.31.

123 Olgaç, s.345.

124 Terzioğlu/Koç, s.250.

125 Boydak, s.466.

Kanununda açıkça düzenlenmediğinden, işçinin sözü edilen zaman dilimi içinde çalıştırılması halinde çalışmaya karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanan çalışılan süre ücreti kadar tazminatın ödenmesi gerekir.” hükmü yer almaktadır¹²⁶.

Kanaatimizce şua izni alacağı ile ilgili olarak İK’da yer alan yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması; şua izni alacağının da yıllık ücretli izin alacağı gibi fesih tarihi ile muaccel hale geldiğinin ve son ücret üzerinden hesaplanması gerektiğinin kabulü işçi lehine bir yaklaşım olacaktır. Nitekim İzmir BAM 9.HD’nin 2016 tarihli kararında¹²⁷ “Yargıtay uygulamaları ve Dairemizce de şua izni yıllık izinden bağımsız ayrı bir dinlenme hakkı olduğu kabul edilmektedir. Niteliği itibariyle bu hak vazgeçilmez bir hak olduğundan yıllık ücretli izin gibi son ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Bu durumda anılan alacak kalemi fesihle muaccel olup nitelikçe 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunun kabulü gerekmekte olup, şua izni alacağına niteliği gereği yasal faiz yürütülmesi de gerekmektedir.” şeklinde hüküm kurulmuştur.

İşçinin çalıştığı kabul edilen süre boyunca her yıl 4 hafta şua izin ücreti alacaklı olduğu kabul edilerek hesaplama yapılması gerekmektedir¹²⁸. Şua izni süresi senede 4 hafta olduğundan Yargıtay şua izni alacağının senelik 28 gün üzerinden hesaplanması gerektiğini kabul etmektedir¹²⁹. Yargıtay 7.HD’nin 2016 tarihli kararında şua izni alacağının da ücret kapsamında olduğu ve İK m.34 uyarınca mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanması gerektiğine hükümlenmiştir¹³⁰. Ancak Yargıtay 9.HD’nin 2019 tarihli

kararında “şua izni alacağı geniş anlamda ücret kapsamında olmadığından yasal faiz uygulanmalıdır¹³¹” şeklinde hüküm kurulduğu görülmüştür. Kanaatimizce şua izninin önemine binaen şua izni alacağı için mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanması gerektiğine yönelik bir kanuni düzenlemenin yapılması isabetli olacaktır. Dava tarihinden önce işveren temerrüde düşürülmemişse, dava veya ıslah tarihinden itibaren faiz uygulanmalıdır¹³². Ayrıca yıllık ücretli izin alacağı talebinde olduğu gibi şua izinlerinin kullanıldığına ispatı işverene aittir¹³³.

Şua iznine hak kazanılması için bazı yargı kararlarında en az bir yıllık çalışmanın arandığı, bazıları ise aranmadığı yukarıda belirtilmişti¹³⁴. Tekrardan kaçınmak adına atıf yapmakla yetiniriz. Aynı tartışma şua izni alacağına hak kazanılması bakımından da geçerlidir. Kimi yargı kararlarında şua izni alacağına hak kazanılabilmesi için işçinin en az bir yıllık çalışmasının olması aranırken¹³⁵ örneğin, Yargıtay 22.HD’nin 2019 tarihli kararında işçinin bir yıl çalışmasına gerek olmadığı, çalışılan süreye kıyasen tatil süresinin kullanılmasının gerektiği ifade edilmiştir¹³⁶. Çalışılan süreye orantılı olarak şua izni süresinin belirlenebildiğinin kabulü halinde ise, iş sözleşmesi sona erdiği takdirde orantılı olarak hak kazanılmış ve kullanılmamış şua iznine ilişkin orantılı bir şua izni alacağı ödemesinin yapılması gerektiğini söylemek mümkün olacaktır.

Sonuç

Mevzuatımızda İRK ile çalışması nedeniyle sağlık riski altında görev yapmakta olan sağlık personeline çalışma koşulları bakımından birtakım

126 Yargıtay 9.HD’nin 23.02.2012 tarih ve 2009-36989/5590 sayılı kararı, Olgaç, s.346.

127 İzmir BAM 9.HD’nin 12.12.2016 tarih ve 111/100 sayılı kararı, Lexpera; Yargıtay 9.HD’nin 23.12.2015 tarih ve 2014-25927/36643 sayılı kararı, Yargıtay 9.HD’nin 26.02.2019 tarih ve 2015-32289/4787 sayılı kararı, Lexpera.

128 Yargıtay 7.HD’nin 12.02.2015 tarih ve 2014-15964/1463 sayılı kararı, Kazancı.

129 Yargıtay 22.HD’nin 02.03.2017 tarih ve 3575/4156 sayılı kararı, Lexpera.

130 Yargıtay 7.HD’nin 30.03.2016 tarih ve 2015-5369/7663 sayılı kararı, Lexpera.

131 Yargıtay 9.HD’nin 29.05.2019 tarih ve 2016-2547/12571 sayılı kararı, Lexpera.

132 Olgaç, s.361.

133 Olgaç, s.349-350; İstanbul BAM 31.HD’nin 20.03.2019 tarih ve 2017-3119/488 sayılı kararı, Lexpera.

134 Bkz. yukarıda III/B/1.

135 Yargıtay 22.HD’nin 16.10.2019 tarih ve 2017-24594/19085 sayılı kararı, Yargıtay 9.HD’nin 26.11.2018 tarih ve 7114/21499 sayılı kararı, Lexpera.

136 Yargıtay 22.HD’nin 19.09.2019 tarih ve 2017-24019/16897 sayılı kararı; Bağcı, s.1.

haklar sağlanmıştır. Ancak gerek bu haklardan yararlanabileceklerin kişi bakımından kapsamının, gerek sağlanan hakların içerik bakımından kapsamının belirlenebilmesi için çok sayıda kanun, tüzük ve yönetmeliğin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle olması gereken hukuk açısından, konunun hazırlanacak yeknesak ve sistematik bir hukuki kaynaktan tereddütlere yer vermeyecek şekilde düzenlenmesinin gerekliliği ifade edilmelidir. Mevzuat hükümleri değerlendirildiğinde “hangi işçilerin” hakların kapsamı dahilinde kabul edilebileceğine yönelik çeşitli ölçütlerin getirildiği görülmektedir. Konuya ilişkin hukuki düzenlemeler incelendiğinden, düzenlemeler ile korunmak istenen sağlık personelinin teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerlerde radyasyon kaynakları ile çalışan, toplum üyesi kişiler için belirtilen yıllık 1 mSv doz sınırının üzerinde radyasyona maruz kalma olasılığı olan kişiler olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Söz konusu çalışanlar için “radyasyon görevlisi” tabiri kullanılmaktadır.

Personelin radyasyon görevlisi olarak kabul edilebilmesi için yaptığı işe ilişkin olarak kadrosunun ya da diplomasının olup olmaması önemli değildir. Fiilen İRK ile çalışıyor ve radyasyona maruz kalıyorsa bu çalışan radyasyon görevlisi olarak kabul edilmelidir. Yine radyasyon görevlisi olarak kabul edilmek için devamlı denetimli veya gözetimli alanlarda görev yapma şartı aranmamalıdır. Nitekim bu şarta ilişkin Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği m.4'te yer alan hüküm, 17 Aralık 2020 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Radyasyon Güvenliği Tüzüğü m.2/1/K'da radyasyon görevlisi olabilmek için sürekli şekilde radyasyon kaynağı ile çalışılması gerektiği hüküm altına alınmış ve süreklilik şartının aranması gerektiğine Yargıtay 9.HD'nin 2019 tarihli kararında da yer verilmiştir. Ancak söz konusu radyasyon dozu sınırının aşılması için sürekli olarak çalışması gerekmekte, süreklilik şartının aranması doza maruz kalan personel bakımından olumsuz sonuçlara neden olabilmektedir. Nitekim radyasyonun zaman içinde meydana gelen stokastik etkisinin oluşumu için bir alt radyasyon dozu sınırı

tespit edilebilmiş değildir. Bu nedenle bazı yargı kararlarında isabetli bir şekilde süreklilik şartının esnetildiği görülmektedir.

Radyasyon kaynağı ile teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı kamu ve özel tüm sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan sağlık personeli, koruyucu düzenlemelerin kapsamı dahilindedir. Nitekim kamu kurumlarında yalnızca memur statüsünde değil, işçi statüsünde çalışan sağlık personeli de yer almaktadır. Ayrıca hastaneler dışındaki özel tıbbi görüntüleme merkezlerinde çalışanlar da kapsam dahilinde kabul edilmelidirler. Fakat sadece söz konusu işyerlerinde çalışmak radyasyon görevlisi olabilmek için yeterli değildir. Çalışan kimsenin fiilen şuaya maruz kalması da gerekmektedir. Kanaatimizce “fiilen şuaya maruz kalma” ibaresinden işçinin belirli bir dozun üzerinde radyasyona maruz kalması değil fiilen radyasyon riski altında çalışması anlaşılmalıdır. İşçinin unvanı ya da kadrosu İRK ile çalışılan bir işe uygun olsa da fiilen yaptığı görev nedeniyle radyasyona maruz kalma riski bulunmuyorsa sırf unvanı nedeniyle radyasyon görevlisi olarak kabul edilmeyecektir.

Bazı yargı kararlarında sağlık personelinin radyasyon görevlisi kabul edilebilmesi için aranan “fiilen şuaya maruz kalma” olgusunun, belirtilen radyasyon dozunun üzerinde doza maruz kalma olarak nitelendirildiği görülmektedir. Halbuki söz konusu radyasyon sınırları üst limit olup, üst limit aşıldığı takdirde alınması gereken tedbirler mevzuatımızda ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle İRK ile çalışan sağlık personeline sağlanacak tüm haklar yönünden belirtilen radyasyon dozu sınırlarının aşılması aranmamalıdır. Nitekim sınırın aşılmasının aranmaması gerektiği yönünde de yargı kararları mevcuttur.

Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1'de iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresinin 35 saat olduğuna ilişkin hüküm karşısında Tedavi Nizamnamesi m.21'de yer alan günlük 5, Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.4/1/ö/1'de

yer alan günlük 7,5 saatlik sınırın artık geçerli olmadığı kanaatindeyiz. Ancak İK m.63/2'de yer alan hüküm nedeniyle normal çalışma süresinin günlük 11 saati geçmesi mümkün değildir. Ayrıca Radyoloji Müesseseleri Hakkında Kanun ek m.1'de radyasyon dozu limitlerinin de çalışma süreleri bakımından ayrıca dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme esas alınarak, çalışma süresini haftalık 35 saate çıkaran kanun maddesine yönelik iptal talebi, yalnızca saat değil doz sınırlarının da geçerli olacağı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Bu nedenle İRK ile çalışan sağlık personelinin günlük veya haftalık maruz kalabilecekleri doz oranının tespitine yönelik olarak çalışma yapılması, tespit edilecek doz sınırı aşıldığı takdirde çalışmanın bırakılması gerekmektedir.

Azami Çalışma Süresi Yönetmeliği m.7 uyarınca İRK ile çalışan sağlık personelinin fazla çalışma yapması yasaktır. Bu yasağa rağmen saat veya doz sınırı aşıldığı takdirde Yargıtay işçiye fazla çalışma ücreti ödenmesine hükmetmektedir. Yine ödenecek fazla çalışma ücretinin doğrudan %50 zam ile hesaplanması gerektiği de Yargıtay tarafından kabul edilen diğer bir husustur. Kanaatimizce kanun koyucu tarafından söz konusu işçiler için daha yüksek fazla çalışma ücretinin düzenlenmesi isabetli olacaktır. Salgın hastalık dönemlerinde İRK ile çalışan sağlık personelinin zorunlu nedenle fazla çalışma yapıp yapmayacakları ayrıca değerlendirilmelidir. Covid-19 pandemisi kimi işyerlerinde fazla çalışma yapılmasını gerektiren zorunlu bir neden olarak kabul edilmektedir. Hastalığın teşhis ve tedavi sürecinde radyolojik görüntüleme yöntemlerinin son derece önemli bir yer tutması nedeniyle, toplum sağlığını doğrudan ilgilendiren böyle bir durum, yetişmiş personel sayısının azlığı da göz önünde bulundurulduğunda İRK ile çalışan sağlık personeli açısından zorunlu nedenle fazla çalışma yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ancak böyle bir durumda dahi fazla çalışma süreleri, çalışanların sağlığını en az riske atacak şekilde düzenlenmelidir.

İyonlaştırıcı radyasyon kaynakları ile çalışan sağlık personelinin izin hakları bakımından da bazı ayrıcalıklı düzenlemeler mevcuttur. Söz konusu personelin bir tam bir de yarım gün olmak üzere toplam haftalık bir buçuk gün izin hakları bulunmaktadır. Ayrıca maruz kalınan radyasyon dozunun olumsuz etkilerinin azaltılmasının sağlanması amacıyla işçi statüsünde çalışanlar bakımından senede dört haftalık "şua izni" öngörülmüştür. Şua izninin ilgili olduğu yıl içinde aralıksız olarak kullanılması esastır. İş sözleşmesi devam ettiği sürece şua izninin alacak hakkına dönüşmesi mümkün değildir. Ancak iş sözleşmesi sona ermiş ise kullanılmamış olan şua izni alacak hakkına dönüştüğü kabul edilmektedir. Her ne kadar şua izni alacağına ilişkin olarak mevzuatımızda açık bir düzenleme yer almasa da, izinli olması gereken dönemde çalıştırılan işçinin zararının giderilmesi gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmekte ve yıllık ücretli izne ilişkin hükümler kıyasen uygulanmaktadır. Böylece şua izni alacağı iş sözleşmesinin sonra erdiği tarihte muaccel hale gelmekte ve son ücret üzerinden hesaplanmaktadır. Yargı kararlarında şua iznine veya şua izni alacağına hak kazanılması için en az bir yıl çalışılmış ve belirtilen doz sınırının aşılmış olması gerektiğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Ancak mevzuatta böyle düzenlemeler yer almadığı gibi, şua iznine hak kazanılması için bu şartların aranması şua izninin amacına da zarar vermektedir. Nitekim bu şartların aranmaması gerektiğine ilişkin yargı kararları da mevcuttur.

KAYNAKÇA

- Akalın, G. (2019). Radyasyon ve Çalışma Yaşamına İlişkin Yasalar-Haklar. Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, 40-45.
- Akyılmaz, C. (2019). 2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri. Ankara HBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi. 23(1), 191-207.
- Akyiğit, E. (2014). Maden İşyerlerinde Çalış-

- ma Süreleri ve Fazla Çalışma. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi. 25(3-4-5-6), 21-34. (Çalışma Süreleri)
- Akyiğit, E. (2005). Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi. 19(4), 1-26. (Yeni İş Yasası)
 - Ataç, G.K. (2019). Floroskopik İşlemlerde Radyasyon Güvenliği. Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, 23-38.
 - Aybay, R. (2019). Temmuz 2018'de Yürürlüğe Giren Anayasa Değişiklikleri İle Yazılı Hukuk Kaynaklarımıza Getirilen Değişiklikler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Konusunda Bazı Gözlemler. DEÜFHFD Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan. 21, 2743-2756.
 - Bağcı, M.Y. (2019). Radyoloji Çalışanlarının Şua İzni Kullanabilmesi İçin En Az Bir Yıllık Çalışma Şartı Aranır mı? 01 Mart 2021 tarihinde <https://www.hukukihaber.net/radyoloji-calisanlarinin-sua-izni-kullanabilmesi-icin-en-az-bir-yillik-calisma-sarti-aranir-mi-makale>, 7060.html adresinden erişildi.
 - Barlaz Us, S./Us, K. (2021). Türkiye'de Radyasyon Çalışanlarının Mevzuattan Kaynaklanan Hakları", Lokman Hekim Dergisi. 11(1), 83-93.
 - Baycık, G. (2011). İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar. Ankara: Yetkin.
 - Baycık G./Tolu H./Ceysu Dinç İ./Gültekin A.G. (2020). COVID-19 Salgını Boyunca İşveren ve Çalışanların Çalışma Süreleri ile Çalışma Modellerine İlişkin Hak, Yetki ve Yükümlülükleri. Ankara: Ankara Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeler.
 - Boydak, A.B. (2019). İşyerinde Radyasyona Maruz Kalabilecek İşçiler İçin Çalışma Süreleri ve İzin Hakkı. TBB Dergisi. 141, 455-468.
 - Çelik, N./Canıklıoğlu N./Talat C. (2019). İş Hukuku Dersleri. 32. Bası. İstanbul: Beta.
 - Ekici, T./Ziyet Ö. (2011). Hekimlerin Çalışma Süresi, Nöbet, Fazla Çalışma Ücreti, Dinlenme ve İzin Hakları. Ankara: TTB Yayınları.
 - Gökharman, F.D./Aydın S./N. Koşar P. N. (2016). Radyasyon Güvenliğinde Mesleki Olarak Bilmemiz Gerekenler. SDÜ Sağlık Bilimleri Enstitüsü Dergisi. 7(2), 35-40.
 - Günay, O./Öztürk H./Yarar O. (2019). İyonize Radyasyon İle Çalışan Tıbbi Görüntüleme Cihazlarının Yapısının Proje Temelli Öğrenimi. Journal of Health Services Education. 3(1), 20-27.
 - İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü. (2021). Özel Hastaneler. 26 Şubat 2021 tarihinde <https://istanbulism.saglik.gov.tr/TR,53741/ozel-hastaneler.html> adresinden erişildi.
 - İş Teftiş Kurulu Başkanlığı. (2017). Özel Hastane İşyerlerinde Çalışma Ortam ve Koşullarına Yönelik Programlı Teftiş Sonuç Raporu 2017, 1-90. 24 Şubat 2021 tarihinde https://ailevecalisma.gov.tr/medias/6966/ozelhastanedegerlendirmeraporu_tum.pdf adresinden erişildi.
 - Mercimek M, (2020). Hepimiz Radyoaktifiz. 05 Mart 2021 tarihinde https://web.itu.edu.tr/~mercimek/index_dosyalar/Page331.htm adresinden erişildi.
 - Mollamahmutoğlu, H./Astarlı M./Baysal U. (2019). İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku. 3. Baskı. Ankara: Lykeion.
 - Olgaç, S.C. (2015). İş Hukukunda Şua İzni Alacağı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Bir Değerlendirme. TBB Dergisi, 117, 338-362.
 - Özgencil, E. (2019). Uzmanlık Alanlarında Radyasyon Uygulamaları. Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, 66-68.
 - Özgür, N. (2019). Uzmanlık Alanlarında Radyasyon Uygulamaları Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, 71-72.
 - Özyalçın, S. (2019). Uzmanlık Alanlarında Radyasyon Uygulamaları. Sağlık Çalışanlarında Radyasyon Güvenliği-Skopi Sempozyumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, 66-68.

- yumu (Ed. Hasan Doğan). TTB Yayınları, 76.
- Parlak, Y./Uysal B./Kıraç F.S./Kovan B./Demir M./Ayan A./Poyraz L./Özaslan İ.A./Köseoğlu K./Yeyin N./Dönmez S. (2020). Radyasyon Güvenliği Kılavuzu: Genel Tanımlar ve Nükleer Tıp Uygulamalarında Radyasyondan Korunma Kuralları. Nucl Med Semin. 6(2), 71-86.
 - Serhatlıoğlu, S./Ozan A.T./Gürsu F./Gödemerdan A./Ayar A./Oğur E. (2004). İyonizan Radyasyonun Radyoloji Çalışanlarının Bağışıklık Düzeyleri ve Kan Biyokimyası Üzerine Etkileri. Tanısal ve Girişimsel Radyoloji. 10, 97-102.
 - Süzek, S. (2019). İş Hukuku. 18. Baskı. İstanbul: Beta.
 - Şener, Cömert S./Kıral N. (2020). Covid-19 Pnömonisinin Radyolojik Bulguları. South. Clin. Ist. Euras. 31, 16-22.
 - Terzioğlu, A./Koç Y.K. (2016). Radyasyon Riskine Tabi Çalışanlara, Çalışma Hayatında Sağlanan Haklar. Mali Çözüm Dergisi. 2016, 247-253.
 - Turan, M. (2020). Salgın Döneminde Türkiye'nin Akciğer Taraması Yapıldı. 26 Şubat 2021 tarihinde <https://www.aa.com.tr/tr/sirkethaberleri/saglik/salgin-doneminde-turkiyenin-akciger-taramasiyapildi/657503> adresinden erişildi.
 - Ukal, G.G. (2019). Kamu Kesiminde Alt İşveren Uygulamaları: Sorunlar ve Çözüm Önerileri. Trakya Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
 - Yaşar, S./Saygın M./Çetinkaya G./Parpar T. (2014). Girişimsel Radyolojideki Sessiz Tehlike. SDÜ Tıp Fakültesi Dergisi. 21(4), 151-157.
 - Yuvalı, E. (2009). Türk Hukukunda Olağan Nedenlerle Fazla Çalışma ve AB Ülkelerindeki Fazla Çalışma Hükümlerine Genel Bir Bakış. Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi. 10(4), 55-83.

İnternet Kaynakları

- www.lexpera.com.tr (Lexpera)

Belirsiz Alacak Davasının Usulden Reddi Üzerine TBK Madde 158 Uyarınca Ek Süre İçinde Dava Açılabilmesi -Yargıtay Karar İncelemesi-

Öz

İşçilik alacakları belirsiz alacak davası olarak açılır fakat koşulları oluşmadığı için dava hukuki yarar yokluğu gerekçesi ile reddedilirse yeni bir dava açılabilir. Fakat bu durumda yeni bir hukuki tartışma doğmaktadır: Yerel mahkeme, istinaf ve temyiz aşamaları geçip karar kesinleşene dek alacağın zamanaşımına uğraması. Bu durumda davacılar TBK madde 158'den yararlanarak altmış günlük ek süreye dayanmaktadırlar. Fakat bazı mahkemeler ve geçmişte Yargıtay 22. Hukuk Dairesi belirsiz alacak davasının hukuki yarar yokluğu nedeni ile usulden reddi halinde TBK madde 158'in uygulanamayacağını kabul etmiştir. Oysa TBK

madde 158, "düzeltilebilecek bir yanlışlık" nedeni ile davanın reddi halinde ek süreden yararlanmaya imkân veren daha geniş bir içeriğe sahiptir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de bunu kabul etmiş, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü gereği TBK madde 158'in uygulanmasını incelediğimiz kararı ile kabul etmiştir. Yargıtay iş dairelerinin birleşmesi sonucu 14.9.2020 tarihinde verilen Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ilke kararı ile artık belirsiz alacak davasının usulden düzeltme için süre verilmeden reddedileceği kabul edildiği için, TBK madde 158 uyarınca altmış günlük ek sürenin uygulanması daha büyük bir önem kazanmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Ek süre, TBK madde 158, belirsiz alacak davası, düzeltilebilecek bir yanlışlık, zamanaşımı.

Suitability of Claim in Collateral Limitation in Accordance with Turkish Obligation Code Art. 158 on Refusal of Uncertain Case of Debt of Procedural Grounds -Review of Supreme Court's Decision-

Abstract

Labor claims are filed as uncertain case of debt but if the file rejected on grounds of lack of legal interest cause of the conditions are not

met, a new case may be filed. But in this condition a new legal controversy arises. The lapse of debt until the local court, appeal and cassation

*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, mustafa.alp@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7299-4487

stage pass through and the entry of judgment. In this case demandants are based on sixty days additional period by using of Turkish Obligation Code Art. 158. However some courts and in the past court of appeals for the 22. Circuit accepted that Turkish Obligation Code Art. 158 can not be applied in case of procedural rejection of uncertain case of debt on grounds of lack of interest. However Turkish Obligation Code Art. 158 has a wider content that allows benefit from additional time in case of rejection the case due to a "correctable mistake". Court of appeals for the

22. Circuit also accepted this and implementation of Turkish Obligation Code Art. 158 in accordance with the right to fair trial and right to legal remedies with the decision that we examined. The implementation of additional period of sixty days under Turkish Obligation Code Art. 158 has gained even greater importance as the decision of the court of appeals for the 9. Circuit on 14.9.2020 relating to rejection of uncertain case of debt without giving any time for the procedural correction as a result of merger of the circuits of the supreme court.

Keywords:

Additional time, Turkish Obligation Code Art. 158, uncertain case of debt, correctable mistake, lapse of time.

T.C. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi Kararı

E. 2019/7815, K. 2019/19996, T. 24.10.2019¹

Dava

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizden incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz talebinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar

Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili, davalı işyeri aleyhine açtıkları davada toplu iş sözleşmesinde ücret zamları ile ilgili hükümlerin tam uygulanmaması ve kanuna karşı hile olarak icra edilen çıktı girdi işlemleri sonucunda toplu iş sözleşmesinin eksik uygulanması sonucunda doğan bir takım işçilik ala-

cakları konulu davalarının belirsiz alacak davası açılmayacağı gerekçesi ile usulden reddedildiğini, ret kararlarının Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nce onandığını, bu nedenle yeniden dava açtıklarını ve davayı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 158. Maddesinde düzenlenen altmış günlük süre içinde açtıklarını belirterek, müvekkillerinin alamadığı 19.915,69 TL fark ücret ve 13.416,21 TL fark ikramiye alacağının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti

Davalı vekili, alacak kalemlerinin zamanaşımına uğradığını, davacının müvekkili şirketten alacağı bulunmadığını ve Türk Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinin dava konusu olayda uygulanamayacağını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti

İlk Derece Mahkemesince, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, 6098 Sayılı Kanun'un 158. Maddesinin somut olay bakımından uygulanamayacağı gerekçesiyle, davaya karşı zamanaşımı defii de dikkate alınarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

¹ www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 1.2.2021

İstinaf Başvurusu

İlk Derece Mahkemesi'nin kararına karşı, davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti

Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu gerekçesiyle, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Temyiz

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe

1. Dosya kapsamının birlikte değerlendirilmesiyle yapılan inceleme sonucunda, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kurallarına göre, İlk Derece Mahkemesi kararının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan yönleri usul ve kanuna uygun görülmüştür.

2. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, daha önce açılan davanın belirsiz alacak davası olarak açılmayacağı gerekçesi ile usulden reddi üzerine 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 158. Maddesinde öngörülen sürede yeniden dava açılması halinde zamanaşımının ilk dava tarihine göre belirlenip belirlenemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 154. Maddesinde zamanaşımını kesen sebepler belirlenmiş olup, anılan maddenin 2. fıkrasında alacaklının, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuş olması halinde zamanaşımı süresinin kesileceği düzenlenmiştir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 158. Maddesinde "Dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir." hükmü yer almaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 32/8 maddesinde işçi ücretinin beş yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklar da ücret alacağı mahiyetinde oldukları için beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Hukuki yarar 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1-h maddesi gereğince dava şartıdır. Diğer taraftan ayrıntıları Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2016/482-2018/1047 esas-karar sayılı ilâmında da belirtildiği üzere, hukuki yarar tamamlanamayacak ve düzeltilemeyecek nitelikte bir dava şartıdır. Dairemizin yerleşik uygulaması da bu yöndedir.

Bu noktada, belirsiz alacak davası olarak açılan davada, davanın belirsiz alacak davası olarak açılmayacağı gerekçesi ile usulden reddinin, 6098 Sayılı Kanun'un 158. Maddesinde düzenlenen "düzeltilebilir bir yanlışlık" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Kanun maddesinde yetkisizlik veya görevsizlik sebebi ile verilen ret kararları ayrıca düzenlenmiş olup "düzeltilebilir bir yanlışlık" kavramı, yalnızca yetkisizlik ve görevsizlik sebebi ile verilen ret kararları anlamında yorumlanamaz. Düzeltilebilmesi mümkün bir hata sebebi ile dava usulden reddedildiğinde tanınan ek süre hakkı, hakkın doğası ve adil yargılanma hakkının doğal gereğidir. Bazı usul hataları sebebi ile davanın reddi halinde doğabilecek adletsizliğin önüne geçmek amacı ile 6098 Sayılı Kanun'un 158. Maddesindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Hukuki yarar yokluğu sebebi ile dava şartının eksik olması, yeni açılacak bir dava ile düzeltilebilir. Hukuki yarar yokluğu sebebi ile reddedilen davadan sonra aynı taleplerle açılacak davada, önceki dava maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.

Görev ve yetki de hukuki yarar gibi dava şartı olup görev ve yetki bakımından dava şartı eksikliği sebebi ile verilen ret kararından sonra altmış günlük ek süre tanınmasına imkân veren Kanun'un, aynı kapsamda sayılan hukuki yarar

yokluğu sebebi ile ret halini “düzeltilemez bir yanlışlık” olarak kabul ettiğini söylemek adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.

Davayı belirsiz alacak davası olarak açmakta hukuki yararı bulunmadığı halde belirsiz alacak davası olarak açılan davanın hukuki yarar yokluğu sebebi ile usulden reddedilmesi durumunda, bu hatanın “düzeltilebilir bir yanlışlık” olduğunun kabulüyle sonradan aynı taleplerle açılan davada davacının 6098 Sayılı Kanun’un 158. Maddesinde düzenlenen ek süreden faydalanması gerektiği kabul edilmelidir.

Her ne kadar Dairemizin 29.11.2018 tarihli, 2018/15434 esas ve 2018/25756 karar sayılı kararında daha önce açılan ve hukuki yarar yokluğu sebebiyle usulden reddedilen davaların zamanaşımını kesen bir nitelik arz etmediği ve ayrıca 6098 Sayılı Kanun’un 158. Maddesinin uygulanmasına da cevaz vermeyeceği kabul edilmişse de konunun yeniden değerlendirilmesinde, yukarıda da açıklandığı üzere daha önce açılan ve hukuki yarar yokluğu sebebiyle usulden reddedilen davalarda kanuni altmış günlük süre içinde dava açılması halinde 6098 Sayılı Kanun’un 158. Maddesi gereğince zamanaşımı yönünden ilk dava tarihinin esas alınması gerektiği kabul edilmiştir.

Somut olayda; davacının aynı taleplerle daha önce açtığı belirsiz alacak davası, davanın belirsiz alacak davası olarak açılmayacağı gerekçesi ile usulden reddedilmiş ve ret kararı Dairemizce onanmıştır. Davacı vekilince onama kararının tebliğinden itibaren altmış günlük süre içinde somut dava açılmış ve 6098 Sayılı Kanun’un 158. Maddesi gereğince alacakların zamanaşımına uğramadığı belirtilerek talepte bulunulmuştur. Her ne kadar İlk Derece Mahkemesi tarafından 6098 Sayılı Kanun’un 158. Maddesinin somut dosya bakımından uygulanamayacağı gerekçesi ile davaya karşı zamanaşımı defi dikkate alınarak sonuca gidilmişse de yukarıda izah edildiği üzere, davanın belir-

siz alacak davası olarak açılmayacağı gerekçesi ile usulden reddi kararından sonra altmış günlük ek sürede dava açıldığı için zamanaşımı defi değerlendirilirken ilk dava tarihi esas alınmalıdır. Ne var ki ilk dava tarihi itibarıyla davacı tarafça 1.000,00 TL fark ücret ve 1.000,00 TL fark ikramiye alacakları talep edilmiş olmakla, ilk dava tarihi itibarı ile bu miktarlar yönünden zamanaşımı kesilmiştir. Alacağın kalan kısmı 18.11.2013 tarihli talep artırımı dilekçesi ile talep edilmiş olmakla, 1.000,00 TL ‘nin üzerindeki alacaklar yönünden de zamanaşımı süresinde 18.11.2013 tarihi esas alınmalıdır. 6098 Sayılı Kanun’un 158. Maddesinin somut olayda uygulanamayacağı gerekçesi ile eldeki dava tarihine göre zamanaşımı dikkate alınarak karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

...

Sonuç

Temyiz olunan İlk Derece Mahkemesi kararının ve bu karara karşı istinaf başvurusunu esastan reddeden Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA, dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, bozma kararının bir örneğinin ise kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24.10.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

I. Uyuşmazlığa Konu Olay ve Karar

Uyuşmazlığa konu olayın iki farklı yargılama aşamasında gerçekleştiği anlaşılmaktadır: Davacı işçi tarafı önce bir kısım işçilik alacaklarını belirsiz alacak davası olarak açmış, davaya bakan mahkeme bu alacakların belirsiz alacak olarak dava edilemeyeceği gerekçesi ile davayı

hukuki yarar ve dava şartı yokluğu ile usulden reddetmiş, temyiz incelemesinde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin onaması ile usulden ret kararı kesinleşmiştir. Davacı taraf bunun üzerine ikinci ve asıl incelemeye konu karara konu bir dava ile işçilik alacaklarını talep etmektedir. İşçilik alacakları ilk dava aşamasında esastan karara bağlanmamış olduğu için buna hukukun bir engel yoktur. Fakat işçilik alacakları için geçerli olan beş yıllık zamanaşımı süresi ilk yargılamanın uzun süren aşamaları sırasında dolmuştur. Bu nedenle davacı, davanın reddi sonucu alacağın zamanaşımına uğraması hali için davacıya altmış günlük ek süre hakkı tanıyan TBK Madde 158'e dayanarak yeni bir dava açmıştır. Davalı tarafın zamanaşımı def'i üzerine yerel mahkeme, dava şartı ve hukuki yarar yokluğundan reddedilme halinde TBK Madde 158'in uygulanamayacağı ve alacakların zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçeleri ile davayı reddetmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise temyiz incelemesinde kararı bozarken TBK Madde 158'in davanın belirsiz alacak davası olarak açılmayacağı gerekçesi ile usulden reddi halinde de uygulanacağı sonucuna varmaktadır. Böylece 22. Hukuk Dairesi aynı zamanda kendisinin daha önce 2018'de verdiği karardan farklı bir sonuca vararak içtihat değişikliğine de gitmiş olmaktadır.

II. Hukuki Sorun

Asıl hukuki sorun davada TBK Madde 158 uyarınca ek sürenin uygulanabilirliği olmakla birlikte, davanın geçmişi ve önceki ret kararının da kısaca değerlendirilmesi zorunlu olmaktadır. Aşağıda hukuki değerlendirme altında açıklanacağı üzere, işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi konusunda öğretide ve Yargıtay daireleri arasındaki birbirine zıt görüşler, sonuçta TBK Madde 158'e başvurulmasını ve hukuki incelemeyi gerektirmiştir. Belirsiz alacak davası olarak açılan davaların özellikle 7. ve 9. Hukuk Dairelerince

bakılanlarının önemli bir kısmı kabul edilmiştir. Buna karşılık Yargıtay 22. Hukuk Dairesi genellikle belirsiz alacak davalarının hukuki yarar ve dava şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar vermiştir. Bazı davalarda ise kararlar, davanın belirsiz alacak davası mı yoksa kısmi dava mı olduğunun belirlenmesi gerektiği gerekçesi ile Yargıtay tarafından bozulmuştur. Gerçi Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kapanması ve Dairelerin birleşmesi ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 14.9.2020 tarihinde bir ilke kararı ile bu alanda içtihat birliğini sağlamış görünmektedir ve bu içtihat da aşağıda anlatılacaktır. Ancak sonuçta önemli sayıda davada, davanın usulden reddi nedeni ile (esastan incelenmeyen) işçilik alacakları zamanaşımına uğramıştır. İlke kararı ile şekillenen yeni içtihat da aynı sonucu doğurmaya elverişli görünmektedir. İnceleme konusu kararda da belirsiz alacak davası konusundaki hukuki tartışma kapsamında reddedilen işçilik alacaklarının zamanaşımına uğraması tartışma konusu olmaktadır.

Somut olay ve hukuki değerlendirme bakımından ise asıl konu, belirsiz alacak davası değil, TBK Madde 158 hükmü kapsamında 60 günlük munzam sürenin, belirsiz alacak davasına konu olamayacağı gerekçesi ile usulden reddedilen davalarda uygulanabilirliğidir. TBK Madde 158 hükmü şöyledir:

"E. Davanın reddinde ek süre

Dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir."

Maddede sayılan dört seçenek, görevsizlik, yetkisizlik, düzeltilebilecek bir yanlışlık veya vaktinden önce dava açılması nedenleri ile davanın reddidir. Diğer seçeneklerin ilgisi olmadığı için inceleme konumuza uygun olanı "*düzeltililebilecek bir yanlışlık yapılması*" nedeni ile

davanın reddedilmesidir. Tartışılması gereken husus, yasa koyucunun düzeltilmesi mümkün bir hata nedeni ile usulden ret halinde tanıdığı ek süre hakkının hangi durumlarda kullanılabileceği, başka bir deyişle düzeltilmesi mümkün hata için ne anlama geldiğidir. İncelediğimiz konu bakımından ise somut sorun, belirsiz alacak davası koşulları bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddinin, düzeltilmesi mümkün bir hata olup olmadığıdır.

Yasanın ifadesi ile "düzeltilbilir bir yanlışlık yapılması" nedeni ile davanın reddi halinde zaman aşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı 60 günlük ek süre içinde hakkını kullanabilir. Yerel mahkemenin konu hakkındaki görüşü şu şekilde ifade edilmektedir: "Halbuki Borçlar Kanunu Madde 158. Maddesi yargı yolunun yanlış tercihinden kaynaklı olarak verilen yargı yolu görevsizlik kararlarına münhasır olup, belirsiz alacak davası açılması halinde verilen usulü ret kararları zaman aşımını durdurmayacaktır"². Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise aksi görüştedir. İncelememizde önceki davası belirsiz alacak davası olduğundan reddedilen davacının, TBK Madde 158'deki haktan yararlanarak geçmiş döneme dair (reddedilen ilk davası ile süresi içinde talep etmiş olduğu) alacakları talep edebilirliği sorusuna cevap aranacaktır. Bu soru cevaplanmaya çalışılırken, önce belirsiz alacak davası bakımından yaşanan tartışma ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.9.2020 tarihli ilke kararı anlatılacaktır. Sonrasında ise asıl sorun olan, TBK Madde 158 hükmünün uygulama alanı ve koşulları üzerinde durulacaktır.

III. Hukuki Değerlendirme

1. Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davası

Belirsiz alacak davası 2012 yılında 6100 sayılı HMK m. 107 ile hukukumuza kazandırılan bir

kavramdır. Maddenin ilk hali şöyledir:

"Belirsiz alacak ve tespit davası

MADDE 107- (1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklene-meyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir."

22.07.2020 tarihinde 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu maddenin üçüncü fıkrası çıkarılmış ve ikinci fıkrada değişiklik yapılarak madde şu hali almıştır:

"Belirsiz alacak davası

(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir. Aksi takdirde dava, talep sonucunda belirtilen miktar veya değer üzerinden görülüp karara bağlanır."

Öğretide ve yargı kararlarında uzun bir süre işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı konusu üzerinde tartışılmıştır. Yargıtay'ın (kapanan). 7. Hukuk Daire-

2 Kişisel Arşiv

si ile 9. Hukuk Dairesinin kararlarına göre ilke olarak işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası olarak açılmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir³. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise ilke olarak işçilik alacaklarında belirsiz alacak davası imkanını kabul etmemiştir. Konu Yargıtay içtihadı birleştirme kararı ile bir çözüme bağlanmak istenmiş ancak Yargıtay Büyük Genel Kurulu, her alacak ve dava için durumun farklı olabileceği, bu nedenle içtihadın birleştirilmesine gerek olmadığına karar vermiş, başka bir deyişle bağlayıcı bir karar vermemiştir⁴. Öğretide de konu üzerinde çok tartışılmış, medeni usul hukukçularının önemli bir kısmı işçilik alacaklarının ilke olarak belirsiz alacak davasına konu olamayacağını savunurken, iş hukukçuları ve bazı medeni usul hukukçuları ise tam aksi görüşü savunmuşlardır. Bu iki kutup arasında çok sayıda uzlaştırmacı ve ara görüş de bulunmakla birlikte incelediğimiz karar kapsamında bu tartışmalara girmek konumuzun sınırlarını aşmaktadır⁵.

Belirsiz alacak davasının kabul edilirliliği için, miktar veya değeri belirlenemeyen bir alacak söz konusu olmalıdır. Talep sonucunu belirlemenin mümkün olduğu durumlarda ise belirsiz alacak davası açılmaz. Koşulları bulunmadan açılan belirsiz alacak davası reddedildiği takdirde usul hukuku bakımından hangi sonuçların gerçekleşeceği de tartışmalıdır. HMK 107 ve yasanın diğer hükümlerinde bu konu düzenlenmemiştir. Öğretide ise birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir⁶.

Birinci görüş uyarınca davacının koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası açmasında korunmaya değer hukuki bir yararı yoktur. Çünkü belirsiz alacak davası açılabilmesinin koşulları HMK m.107 hükmünde belirlenmiştir. Burada belirtilen koşullar oluşmadığı halde, yani belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılması halinde, davacının hukuki yararının bulunduğundan söz edilemez. Hukuki yarar HMK Madde 114/1-h hükmüne göre dava şartıdır⁷. Her ne kadar HMK m.115/2⁸ hükmüne göre dava şartı noksanlığının giderilmesinin mümkün olduğu hallerde mahkemece davacıya kesin süre veri-

7 Dava şartları

MADDE 114- (1) Dava şartları şunlardır:

- a) Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması.
- b) Yargı yolunun caiz olması.
- c) Mahkemenin görevli olması.
- ç) Yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması.
- d) Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması.
- e) Dava takip yetkisine sahip olunması.
- f) Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması.
- g) Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması.
- ğ) Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi.
- h) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması.
- ı) Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması.
- i) Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması.

(2) Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.

8 Dava şartlarının incelenmesi

MADDE 115-

- (2) Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder.

3 Yargıtay 7. HD 22.6.2015 Yargıtay 9. HD 12.1.2016, 2015/33537 E. 2016/336 K.

4 E: 2016/6, K: 2017/5 Sayılı Karar, Resmi Gazete 29 Haziran 2018.

5 Karar ve görüşlerin ayrıntılı incelemesi için bkz. Alp, Mustafa/Çelebi, Duygu: "İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası", Prof. Dr. Fevzi Şahlan'ın Armağanı, İÜHFİM Özel Sayısı, Cilt I, 83 vd.

6 Konu Hakkındaki Görüşlerin Ayrıntılı İncelemesi İçin: Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla/Kiraz, Taylan Özgür: "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan I, 975-1024

lebilir ise de hukuki yarar noksanlığının giderilmesi mümkün değildir. Burada giderilebilecek bir dava şartı bulunmadığı için mahkemenin davacıya eksikliği gidermek için süre vermeden davayı usulden reddi gerekir⁹.

İkinci görüş ise aksi yöndedir: Koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasında, mahkeme davanın reddine karar vermemeli, aksine HMK m. 119/2¹⁰ veya HMK m. 115/2 hükümleri çerçevesinde davacıya süre vermelidir. Bu görüşe göre, mahkeme davacıya HMK Madde 119/2 hükmüne göre süre verebilir ve bu şekilde davanın talebini belirli hale getirmesini sağlayabilir. Ayrıca burada dava şartı teşkil eden hukuki yarar eksik olsa bile, bu giderilebilecek bir eksikliklerdir. Zira HMK 115/2 hükmüne göre, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise, mahkeme

bu eksikliği gidermesi için davacıya kesin süre vermelidir¹¹. Belirsiz alacak davası maddesinin alındığı kaynak İsviçre hukukunda da aynı sonuca varılmakta, belirli alacak için belirsiz alacak davası açıldığında dava şartının eksik olduğu kabul edilmekle birlikte ancak hâkimin talebini belirlemesi için davacıya süre vermesi gerektiği ifade edilmektedir. Zira İsviçre hukukunda talebin miktarının belirli olması hukuki yarar ile ilişkilendirilmemiştir¹².

Üçüncü bir görüşe göre de koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davası, hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmemeli, hâkim davayı aydınlatma ödevi bağlamında HMK 31¹³ uyarınca davacıya dava dilekçesinde belirttiği talep sonucundaki eksikliği gidermesi için süre vermelidir. Bu görüşe göre, davanın türü dava dilekçesinde yanlış olarak nitelendirilmiş olsa bile hâkimin aydınlatma ödevi ile bu eksiklik giderilebilir¹⁴.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, birinci görüşü benimsemiş, incelediğimiz bu kararında da ifade ettiği üzere hukuki yarar HMK Madde 114/1-h¹⁵ maddesi gereğince dava şartı olduğundan eksikğin tamamlanamayacağı, davanın süre verilmeden reddi gerektiğine hükmetmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu durumda davanın reddedilmesi bunun yerine HMK 115/II hükmüne göre eksikliğin tamamlanması yani alacağını belirle-

9 Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul, 2018-207; Simil, s. 234, 236; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014., s. 263-264; Aslan/Akyol-Aslan/Kiraz, s. 988 vd

10 Dava dilekçesinin içeriği

MADDE 119- (1) Dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

- a) Mahkemenin adı.
- b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.
- c) Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.
- ç) Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.
- d) Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri.
- e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.
- f) İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.
- g) Dayanılan hukuki sebepler.
- ğ) Açık bir şekilde talep sonucu.
- h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası.

(2) Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır.

11 Budak, Ali Cem.; Belirsiz Alacak Davası, (Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 82-86, s. 84; Çil, Şahin./Kar, Bektaş; 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 51 ve 198-202; Aslan/Akyol-Aslan/Kiraz, 977, 978

12 İsviçre hukukundaki durum için: Simil, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, 235. Ancak Simil Türk hukuku bakımından davanın reddi gerektiği görüşündedir.

13 Hâkimin davayı aydınlatma ödevi
MADDE 31- (1) Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.

14 Çil/Kar, s. 50-52 ve 189-190; Aslan/Akyol-Aslan/Kiraz s. 1005 vd.

15 "h) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması"

yerek talepte bulunması için davacıya süre verilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹⁶.

Ancak gerek belirsiz alacak davası gerek belirsiz alacak davası açıldığında yapılacak işlem konusunda son durum Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 14.9.2020 tarihli ilke kararı değişmiş görünmektedir¹⁷. Yargıtay 22. Hukuk dairesinin kapanması ve iki dairenin birleşmesi sonucunda, iki daire arasındaki içtihat farklılığı olan hususlarda gelecekte nasıl hükmedileceği sorunu doğmuş, hukuki güvenliği sağlayan isabetli bir uygulama ile Yüksek Mahkeme gelecek dönemdeki içtihadının nasıl olacağına veya nasıl bir çözüm bulunacağına dair ilkelelerini ilan etmiştir¹⁸. Belirsiz alacak davasıyla ilgili kararında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 9. Daire'nin görev alanında önceki içtihadına göre açılan belirsiz alacak davalarını bozma sebebi yapmayıp kabul edeceğini açıklamaktadır. Buna karşılık, hukuki yarar eksikliğinin tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı sonucuna varıldığı belirtilerek davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değeri belirlenebilir durumda ise, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 7251 sayılı Kanun ile HMK Madde 107/II'de yapılan hâkimin ek süre vermesine yönelik değişikliği de sadece belirsiz alacak davası koşullarının oluşması hali ile sınırlı bir imkân olarak değerlendirmektedir¹⁹.

Böylece artık gelecekte belirsiz alacak davası koşulları bulunmadığı sonucuna varılan her iş davasında ek bir süre ve düzeltme imkânı tanınmadan dava usulden reddedilecektir. Bu durumda artık davacının yanılarak belirsiz alacak davası açtığı her durumda davası reddedilecek ve dava istinaf ve temyiz aşamalarından da geçerken alacağın zamanaşımına uğraması olasılığı eskisine göre daha yüksek olacaktır. Usulden yapılan hatanın maddi hukuk bakımından hak kaybı doğuran ağır bir sonuca varması kanımızca adil değildir. Usulden ret kararı Yargıtay'da kesinleşip yeni bir dava açılana kadar zaten beş yıllık kısa zamanaşımı süresine tabi olan işçilik alacakları zamanaşımına uğramış olacaktır. Hak kaybını önlemenin tek yolu TBK Madde 158 ile sağlanan ek dava açma süresi olmaktadır. Bu noktada asıl soruna TBK Madde 158'in uygulanabilmesi konusuna girmek gerekmektedir.

2. TBK Madde 158 Ek Sürenin Reddedilen Belirsiz Alacak Davasında Uygulanması

Yukarıda hukuki sorun başlığı altında açıklandığı üzere TBK Madde 158 hükmü, görevsizlik ve yetkisizlik yanında "düzeltilebilecek bir yanlışlık" nedeni ile reddedilen davalarda da

yararın bulunduğu söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez." şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkânlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir. Şu halde davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değeri belirlenebilir durumda ise, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmelidir. Burada hukuki yarar eksikliğinin tamamlanabilir dava şartı olmadığı sonucuna varılmıştır. 7251 sayılı Kanun ile 107. maddede yapılan değişiklikler şartları olmadığı halde açılan belirsiz alacak davasında davacıya süre verilerek hukuki yarar eksikliğini tamamlama imkânı tanımamaktadır. Dairemizce sözü edilen düzenleme, şartları mevcut olan belirsiz alacak davasında yapılan yargılama ile alacağın belirli hale gelmesi durumunda hâkimin geçici talep sonucunu kesin talep sonucuna dönüştürmesi için alacaklıya süre vermesi gerektiği yönünde değerlendirilmiştir."

16 Yargıtay 9. HD 12.1.2016, 2015/33537 E. 2016/336 K. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de aynı görüştedir: 16.1.2014, 2013/17491 E. 2014/1332 K.

17 9.HD, 14.09.2020, E. 2016/26476, K. 2020/7547

18 Değerlendirme için bkz. Özkes, Muhammet, "Gerçek Bir İçtihat: 9. Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı" 28.9.2020, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilmili-emsal-karari/#fn6>, erişim tarihi: 1.2.2021

19 "Madde gerekçesinde "Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî

davacıya zamanaşımı veya hak düşürücü süre itirazları ile karşılaşmadan yeni bir dava açmak için altmış günlük ek süre tanımaktadır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi konuyu ele aldığı 29.11.2018 tarihli 2018/15434 E., 2018/25756 K. sayılı ilk kararında TBK Madde 158'in belirsiz alacak olmadığı için usulden reddedilen davada uygulanamayacağını kabul etmiştir²⁰. Daire'nin bu ilk kararına göre: "*Davacı sendika tarafından belirsiz alacak davası niteliğinde açılan ilk davalar, hukuki yarar yokluğu sebebiyle usulden reddedilmiştir. Hukuki yarar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1-h maddesi gereğince dava şartıdır. Diğer taraftan ayrıntıları Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2016/482- 2018/1047 E.K. sayılı ilâmında da belirtildiği üzere, hukuki yarar tamamlanamayacak ve düzeltilemeyecek nitelikte bir dava şartıdır. Dairemizin yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Bu itibarla, davacı sendika tarafından daha önce açılan ve hukuki yarar yokluğu sebebiyle usulden reddedilen davalar, zamanaşımını kesen bir nitelik arz etmez ve ayrıca TBK'nun 158. maddesinin uygulanmasına da cevaz vermez.*"

Bu noktada, TBK Madde 158 anlamında "*düzeltililecek bir yanlışlık*" kavramı açıklanmalıdır. Ancak Türk hukukundaki kaynaklar tarandığında bunun kolay olmadığı tespit edilmektedir. Zira Türk hukukundaki eserlerde TBK Madde 158 çok kısa anlatılmakta, "*düzeltililecek bir yanlışlık*" üzerinde hemen hiç durulmadan, yetkisizlik-görevsizlik nedeni ile ret kararı örnek gösterilmektedir. Öğretide sadece Kılıçoğlu konuya biraz değinmekte, TBK Madde 158'deki "*düzeltililecek bir yanlışlık*" haline örnek olarak HMK Madde 119, dava dilekçesinde bulunması zorunlu unsurların bulunmamasını göstermektedir. Ancak her durumda Kılıçoğ-

lu eserinde "*düzeltililecek bir yanlışlık*" HMK Madde 119 anlamında dava dilekçesinde bulunması zorunlu unsurların bulunmaması ile sınırlı görmemekte, HMK Madde 119'u sadece örnek olarak göstermektedir²¹. Bu nedenle yasanın gerekçesi, konuyla ilgili Yargıtay kararları ve mehz İsviçre hukukuna göre yorum yapılarak kavram içeriğinin belirlenmesi zorunlu olmaktadır.

Maddenin 818 sayılı önceki Borçlar Kanunundaki karşılığı madde 137'dir. Madde 137'de "*tamiri kabil ve şekle müteallik bir noksan*" ifadeleri kullanılmış iken yeni TBK Madde 158'de sadece "*düzeltililecek bir yanlışlık*" ifadesi ile yetinilmiştir. Adalet Komisyonu raporunda TBK Madde 158'de bir değişiklik yapıldığı belirtilerek şu ifadeler kullanılmaktadır: "*Tasarının 157 nci maddesi, düzeltilmesi mümkün bir hata sebebiyle davanın usulden reddinde zamanaşımı için tanınan fırsatın hak düşürücü süre için dahi tanınmasının hem hakkın doğası ve hem de adil yargılanma hakkının doğal gereği olması, ayrıca maddedeki ifade bütünlüğünün sağlanması amacıyla, "Dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olması ya da düzeltililecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir."* şeklinde değiştirilmiş ve teselsül nedeniyle 158 inci madde olarak kabul edilmiştir."²²

Bu ifadelerle dayanarak TBK Madde 158'in, 818 sayılı Borçlar Kanunu Madde 137'den daha farklı, daha geniş ve etkili bir düzenleme olduğu tespit edilmektedir. Öncelikle, sadece zamanaşımı değil hak düşürücü sürenin dolması halinde de 60 günlük ek süre tanınmaktadır. Daha da önemlisi, "*düzeltilmesi mümkün bir hata sebebiyle davanın usulden reddinde zamanaşımı için tanınan fırsat*

20 www.yargitay.gov.tr, erişim tarihi: 1.2.2021: "Somut uyuşmazlıkta, davacı sendika tarafından kapanan her iki belediye aleyhine belirsiz alacak davası niteliğinde açılan davalar mahkemece hukuki yarar yokluğu nedeniyle usulden reddedilmiş ve daha sonra davacı sendika tarafından temyiz konusu işbu dava açılmıştır."

21 Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2015, 915

22 <https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=10626>, erişim tarihi: 2.2.2021

tın hak düşürücü süre için dahi tanınmasının hem hakkın doğası ve hem de adil yargılanma hakkının doğal gereği olması” kabulüdür. Bu şekilde yasa, “düzeltilebilir mümkün bir hata nedeni ile usulden dava reddedildiğinde” tanınan ek süre hakkının, “hakkın doğası ve adil yargılanma hakkının doğal gereği” olduğunu vurgulamaktadır. Bu durumda yasa koyucunun, usulden redde bağlı zamanaşımı halinde tanınan ek süreyi adil yargılanma hakkının ve hakkın doğasının gereği olarak gördüğü ve koruduğu belirtilmelidir.

TBK Madde 158 böylece adaletin ve adil yargılanma hakkının bir kurumu haline gelmektedir. Bir dava usulden reddedildiğinde zamanaşımı süresi kesilmiş olmaz, yeni bir zamanaşımı süresi de işlemeye başlamaz. Davanın usulden reddine kadar geçecek zaman içinde zamanaşımı süresi dolmuş olabilir. Alacaklının böyle bir durum karşısında dava hakkını kaybetmesi adalete uygun düşmez. Bazı usul hataları yüzünden davanın reddinden doğabilecek adletsizliği önlemek için TBK Madde 158 kuralı konmuştur. Düzeltilebilir mümkün bir hata nedeni ile dava usulden reddedilmiş ve bu arada zamanaşımı süresi dolmuş ise alacaklı hakkını talep etmek için 60 günlük bir ek süreden yararlanı²³.

TBK Madde 158 ve “düzeltilebilecek bir yanlışlık” olgusunun nasıl yorumlanması gerektiği konusunda mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerinin yorumuna da başvurulabilir. İsviçre Borçlar Kanunu Madde 139, TBK Madde 158’e aynı ifadeler ile karşılık gelmektedir²⁴. İsviçre hukukunda ek süre tanınmasının nedeni olarak, alacaklının, hatalı da olsa alacağını süresi içinde talep etmiş olması gösterilmektedir. Sadece usul bakımından bir hata yapılması ala-

caklı aleyhine sonuç doğurmamalıdır²⁵. “Düzeltilebilecek bir yanlışlık” anlam ve içeriği ise İsviçre hukukunda şu şekilde ifade edilmektedir: “yargılamanın, bir yargılama şartı noksanı nedeni ile maddi anlamda kesin hükme bağlanmadan sonuçlandırıldığı durumlar”, “yasal koşullara uymadan, yasal koşulları noksan olarak bir yargılama işlemi yapılan durumlar”²⁶.

İsviçre hukukunda “düzeltilebilecek bir yanlışlık” ile usul hukuku bakımından düzeltilebilir bir hatanın değil, zamanaşımı hükümleri bakımından telafi edilebilir bir yanlışlığın kastedildiği kabul edilmektedir. Esasen usul hukuku bakımından hatanın düzeltilmesi için bir yol mevcut ise zamanaşımı bakımından ek süre tanımaya zaten gerek kalmayacağı açık olduğu belirtilmektedir²⁷. Buna bağlı olarak “düzeltilebilecek” sıfatının aslında gereksiz olduğu, her usul hatasının ek süre tanınmasını gerektireceği de ifade edilmektedir. Sadece yanlış hasma dava açılması gibi durumlarda hatanın düzeltilebilir olmadığı ve ek süre tanınmayacağı söylenebilir²⁸.

Bu durumda TBK Madde 158’deki “düzeltilebilecek bir yanlışlık” kavramının, sadece usul hukuku bakımından “düzeltilebilir” bir hata ile sınırlı olduğu iddiası dayanaksız kalmaktadır. Kaynak İsviçre hukukundaki görüşler, her usul hatasının TBK Madde 158 anlamında maddi hukuk bakımından “düzeltilebilir” olduğu ve ek süre tanınmasını gerektireceği yönündedir. Türk usul hukukunda da belirsiz alacak davasına sınırlayıcı yaklaşan ve şartları oluşmayan belirsiz alacak davasının süre tanınmadan reddi görüşün-

23 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1993, 1067 vd.

24 İsviçre Borçlar Kanunu madde 139 hükmü yeni İsviçre Medeni Usul Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak aynı içerikteki TBK 158’in yorumunda hala mülga OR 139 bakımından İsviçre hukukunda yapılan yorumlara başvurulması mümkün ve geçerlidir.

25 Stephen V. Berti, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, 2002, Art 139 OR, Rn. 1, www.swisslex.ch, erişim tarihi: 2.2.2021

26 Stephen V. Berti, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, 2002, Art 139 OR, Rn. 14, 15, www.swisslex.ch, erişim tarihi: 2.2.2021

27 Stephen V. Berti, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, 2002, Art 139 OR, Rn. 16, 17, 18, 19, www.swisslex.ch, erişim tarihi: 2.2.2021

28 Stephen V. Berti, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, 2002, Art 139 OR, Rn. 21, www.swisslex.ch, erişim tarihi: 2.2.2021

de olan usul hukukçuları dahi bu durumda TBK Madde 158'deki ek süreden yararlanılabileceğini kabul etmektedirler²⁹.

Yargıtay kararlarından TBK Madde 158'in uygulanmasına dair örnekler incelendiğinde de "düzeltilebilecek" hatanın dar yorumlanmadığı tespit edilmektedir. Çeşitli kararlarda, aktif dava husumeti ehliyeti bakımından davanın yetkili şirket murakıplarınca açılmaması nedeni ile ret kararı verilmesi³⁰, dava dilekçesindeki eksikliğin giderilmemesi nedeni ile davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi³¹, harç yatırılmadan açılan davanın kesinleşmesi³², karşılık davanın cevap süresi içinde açılmadığı için reddedilmesi³³, durumlarında 60 günlük ek sürenin uygulanabileceğine hükmedildiği görülmektedir. Aktif dava husumeti eksikliği halinde bile ek sürenin uygulanabilirliğine karar verilmesi, "düzeltilebilecek bir yanlışlık" kavramının geniş yorumlandığını göstermesi bakımından önemlidir.

Bu durumda TBK Madde 158'deki "düzeltilebilecek bir yanlışlık" kavramını ve ek süre uygulanmasını salt HMK Madde 119'da sayılan haller ile sınırlayan ve HMK Madde 114'deki dava şartı eksikliğinde ek süre verilmesine karşı olan görüş dayanaksız hale gelmektedir. Esasen hâkimin takdirine bağlı olarak içeriği belirlenecek "düzeltilebilecek bir yanlışlık" kavramı, TBK Madde 158 ile sınırlayıcı değil, örnekleyici bir sayım yapıldığının kabulünü de gerektirir. Yasa koyucunun "düzeltilebilecek bir yanlışlık" terimi ile yetinmesi, HMK Madde 119 veya HMK Madde 114 gibi bir sayıma yönelmeden, adil yargılama hakkını koruyucu ve hak arama özgürlüğünü genişletici bir yaklaşımı olduğunu göstermektedir. TBK Madde 158 "düzeltilebilecek bir yanlışlık" ile HMK Madde

119 ile sınırlı bir düzenleme yapıldığı söylenebilir.

Hukuki yarar yokluğu nedeni ile dava şartı eksikliği, esasen yeni açılacak bir dava ile düzeltilebilir. Zira hukuki yarar yokluğu nedeniyle mahkemece verilecek usulden ret kararı, sadece hukuki yararın bulunmadığı noktasında kesin hüküm teşkil edecektir. Bu nedenle, belirlenebilen bir alacak için açılan ve usulden reddedilen belirsiz alacak davasına konu yapılan talep, daha sonra belirli alacak davasına konu yapıldığı takdirde, davalı maddi anlamda kesin hüküm itirazında bulunamayacaktır.

Hukuki yarar, HMK Madde 114'te görev ve yetki ile birlikte dava şartları arasında sayılmıştır. Görevsizlik veya yetkisizlik nedeni ile davanın reddi halinde TBK Madde 158 uygulanıp 60 günlük ek sürenin verileceği hükümde açıkça yer almakta ve Yargıtay'ın konuyla ilgili tüm kararlarında kabul edilmektedir. Görev ve yetki bakımından dava şartı eksikliği nedeni ile ret halinde 60 günlük ek süre tanınmasına imkân veren yasanın, aynı kapsamda sayılan hukuki yarar yokluğu nedeni ile ret halini "düzeltilemez bir hata" olarak gördüğünü savunmanın ise bir dayanağı yoktur.

Belirsiz alacak davası koşulları oluşmaması hali için tartışılan ek süre, yukarıda açıklanan tartışmaların da açıkça ortaya koyduğu üzere, HMK Madde 119/II, HMK Madde 115/II veya HMK Madde 31 anlamındaki ek süredir. HMK Madde 119/II'de usul hukuku anlamında, dava dilekçesi içeriğindeki bir eksikliğin açılmış dava korunarak, bir ek süre verilerek tamamlanması öngörülmektedir. HMK Madde 115/II'de ise gene usul hukuku anlamında bir dava şartı noksanının tamamlanabilmesi, açılmış dava korunarak ek süre ile sağlanmaktadır. Bir maddi hukuk kurumu olan, uygulanma koşulları tamamen farklı olan TBK Madde 158'deki ek süre ile HMK Madde 119 ve HMK Madde 115'in ilgisi bulunmamaktadır.

HMK madde 119'a göre dava dilekçesinin tamamlanması için verilen ek süre bir usul hukuku

29 Simil, 357

30 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2.6.1975, 5185/3636

31 Yargıtay 14. Hukuk Dairesi E. 2015/3454 K. 2015/5769 T. 25.5.2015

32 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2011/7947 K. 2011/8288 T. 13.7.2011

33 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 11.4.1983, E 1983/3638, K 1983/3538

kurumu ve işlemini öngörmektedir. TBK Madde 158'de ise maddi hukuk bakımından, zamanaşımı olgusuna bağlı, amacı ve işlevi tamamen farklı bir ek süre öngörülmektedir. TBK Madde 158'e göre davacıya tanınan ek süre maddi hukuk alanındaki bir haktır. Bu hak HMK Madde 119'un veya HMK Madde 115'in koşullarına, dava dilekçesindeki veya koşullarındaki eksiklik olgusuna bağlı değildir. TBK Madde 158'in koşulları gerçekleştiğinde 60 günlük ek süre kendiliğinden devreye girmektedir. Bu nedenle ayrı bir anlam ve işlevi olan TBK Madde 158'in uygulanmasını, HMK Madde 119 koşullarına bağlamak yerinde olmaz. TBK Madde 158'in uygulanmasını sadece HMK Madde 119/II kapsamı ile sınırlamak, "HMK Madde 119/II uygulanıyorsa TBK Madde 158 de uygulanamaz" demek hatalı olur.

Ayrıca HMK Madde 119/I dava dilekçesi içeriğini düzenlemekte, HMK Madde 119/II bu içerikteki bazı eksikliklerin sonradan tamamlanması için bir ek süre öngörmektedir. TBK Madde 158 ise yeni açılan bir davadaki eksiklikler ile ilgili değildir. TBK Madde 158 için usuli bir hata nedeni ile açılmış ve reddedilmiş bir dava bulunması ön koşuldur. TBK Madde 158 ilk davanın reddi nedeni ile alacak zamanaşımına uğradığında, davacıya hak aramak için ek bir zamanaşımı süresi tanımaktadır. Yeni açılan davadaki eksikliğe dair usul hükmü olan HMK Madde 119/II ile ikinci dava ve zamanaşımına dair TBK Madde 158'in uygulama koşulları, amaçları ve işlevleri birbirlerinden farklıdır.

Buna rağmen bu iki hükmü birleştirip, sonuçta ikisini birden işlevsiz hale getirmek hem dayanaksız hem yasanın amacına aykırı hem de adil yargılama hakkının bir kez daha ihlali olur. Basit hukuk mantığı da TBK Madde 158'deki ek süre ile HMK Madde 119/II'deki ek sürenin birbirlerinden ayrı uygulama alanları olduğunu ortaya koymaktadır. Esasen HMK Madde 119/II uyarınca ek süre tanınan davacının alacağı zaten zamanaşımına uğramayacak, davaya eksiklik giderilip devam edilecek ve TBK Madde

158'in uygulanmasına gerek kalmayacaktır. İnceleme konusu davada belirsiz alacak davasını belirli veya kısmi dava haline getirmek için davacıya HMK Madde 119/II uyarınca ek süre tanınsaydı, davanın reddi ve zamanaşımı koşulları gerçekleşmediğinden TBK Madde 158 zaten uygulanamazdı. TBK Madde 158 asıl uygulama imkanını, HMK Madde 119/II uygulanmadığı, usuli ek süre verilmeden dava reddedildiği takdirde bulur.

Bu nedenle, hem dava konusu işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası koşullarını taşımadığı hem de davacıya alacağını belirli veya kısmi dava ile talep etmesi için HMK Madde 119/II'ye göre ek süre tanınmayacağı yerinde kabul edilse dahi, bu kabul, TBK Madde 158'e ek süre tanınmayacağı anlamına gelmez. HMK Madde 119/II'ye göre ek süre verilmeden davanın reddi, TBK Madde 158 anlamında ek süre verilmesi hakkını kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Usulle ilgili olarak belirsiz alacak davası koşulları ve HMK Madde 119/II'nin uygulanma alanı bakımından varılan sonuç, hiçbir şekilde TBK Madde 158'in uygulanması bakımından bağlayıcı değildir. Aksine, özellikle HMK Madde 115/II veya HMK Madde 119/II uyarınca bir ek süre verilemeyen hallerde TBK Madde 158'in uygulama koşulu doğmaktadır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de incelediğimiz kararında buna uygun olarak görüşünü değiştirmiş, görev ve yetkinin de hukuki yarar gibi dava şartı olması karşısında, görev ve yetki bakımından dava şartı eksikliği sebebi ile verilen ret kararından sonra altmış günlük ek süre tanınmasına imkan veren Kanun'un, aynı kapsamda sayılan hukuki yarar yokluğu sebebi ile ret halini "düzeltilemez bir yanlışlık" olarak kabul ettiğini söylemenin adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü ile bağdaşmayacağı sonucuna varmıştır. Bu durumda artık belirsiz alacak olmadığı için usulden reddedilen davalarda, TBK Madde 158 uyarınca altmış gün içinde dava açmak mümkün olacak, zamanaşımı bakımından

bu davanın değil ilk davanın açıldığı tarih esas alınacak ve davalının zamanaşımı savunması kabul edilmeden davanın esası hakkında karar verilecektir. Ancak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi zamanaşımı bakımından ilk dava tarihinin esas alınması konusunda ince bir ayırımı da gitmektedir: Buna göre, ilk dava tarihinde talep edilen kısmi alacak tutarlarının (somut olayda 1000'er TL) zamanaşımının kesilmesi bakımından bu ilk dava tarihi esas alınacaktır. Fakat sonradan talep artırım dilekçesi ile talep edilen kalan alacak kısmı için zamanaşımının kesildiği tarih, ilk dava açılma tarihi değil, talep artırım dilekçe tarihi olacaktır. Bu sonuç her ne kadar bir hak kaybına yol açabilecek ise de Yargıtay'ın belirsiz alacak davasını düzeltme imkânı da tanımadan usulden ret içtihadı karşısında tutarlı görünmektedir.

Sonuç

"Düzeltililecek bir yanlışlık" geniş anlaşıl-maya elverişlidir ve geniş yorumlanması adil yargılama hakkını korumak için öngörülen TBK Madde 158'in amacına da uygundur. Aksini kabul etmeyi haklı gösteren bir neden olmadık-ça, usule ilişkin her türlü hata, TBK Madde 158 anlamında "düzeltililecek bir yanlışlık" olarak kabul edilebilir. Hükmün gerekçesi ve kaynak İsviçre hukukundaki yorumuna uygun sonuç, TBK Madde 158'in geniş bir uygulama alanına sahip olmasıdır. Belirsiz alacak davasını koşulları oluşmadığı gerekçesi ile usulden ret, maddi hukuk bakımından kesin hüküm oluşturmaz. Zamanaşımı süresi dolmadığı sürece davacı alacağını dava ve takip edebilir. Reddedilen dava sırasında zamanaşımına uğrayan alacaklar bakımından ise TBK Madde 158 ile sağlanan ek süreden yararlanmak mümkündür. Aslında TBK Madde 158'de yer alan "düzeltililecek bir yanlışlık" nedeni ile ret kavramı, belirlenebilir bir alacağın belirsiz alacak davası olarak açılması nedeni ile reddi halini tam olarak karşılamaktadır. Alacaklı, belirsiz alacak davası açmak sureti ile yaptığı kabul edilen yanlışlığı düzeltmekte,

60 günlük ek süre içinde belirli alacak olarak davasını açmaktadır. TBK Madde 158'deki düzeltililebilir yanlışlığı, sadece HMK Madde 119 kapsamı ile sınırlamanın veya HMK Madde 114'ü uygulayarak "düzeltililemez bir yanlışlık" değerlendirmesi yapmanın hukuken geçerli kabul edilebilecek bir dayanağı yoktur. İki maddenin uygulanma koşulları, konuları ve amaçları birbirinden tümüyle farklıdır. Aksinin kabulü adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz. Bu nedenlerle incelediğimiz Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararı kanımızca da isabetli ve yerindedir.

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa/Çelebi, Duygu: "İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, İÜHFM Özel Sayısı, Cilt I, 83.
- Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla/Kiraz, Taylan Özgür: "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan I, 975-1024.
- Budak, Ali Cem.; Belirsiz Alacak Davası, (Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 82-86.
- Çil, Şahin/Kar, Bektaş; 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. Baskı, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara, 2015.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 25. Baskı, Ankara 2014.
- Özekes, Muhammet, "Gerçek Bir İchtihat: 9. Hukuk Dairesi'nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı"28.9.2020, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-be->

lirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/#fn6, erişim tarihi: 1.2.2021.

- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul, 2018.
- Simil, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, 2013.
- Stephen V. Berti, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, 2002, Art 139 OR, Rn. 1, www.swisslex.ch, erişim tarihi: 2.2.2021.
- Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1993.

YAZI TESLİM KURALLARI

1. Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in mess@mess.org.tr elektronik posta adresine gönderilmelidir.
2. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 2003 ve üzeri versiyonlar) formatında (doc. veya docx dosya uzantılı), Kaynakça ile birlikte 10.000 kelimeyi geçmeyecek şekilde 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, ORCID bilgisi 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&i-cid=0> adresinden erişildi.

ETİK KURALLAR

Dergi, Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi ve Yayın Etik Komitesi COPE Yönergesi kapsamında belirlenen etik ilke ve kurallar temelinde TÜBİTAK/ULAKBİM (TRDİZİN) Standartları esas alınarak yayımlanmaktadır. Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde ifade edilen bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemler aşağıda belirtilmiştir. Yazarların belirtilen araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemlerde bulunmaması ve etik kurallara uyması beklenmektedir.

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak

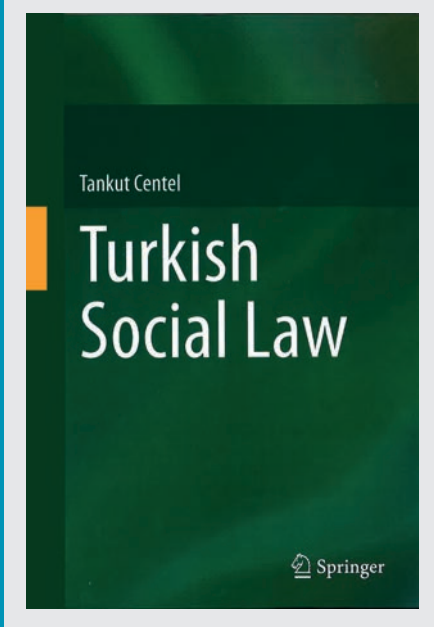
Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek

Diğer etik ihlal türleri şunlardır:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek

- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak
- İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mek nları, imk nları ve cihazları amaç dışı kullanmak
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak
- Araştırma ve deneylerde; hayvanlara ve ekolojik dengeye zarar vermek, çalışmalara başlamadan önce alınması gereken izinleri yetkili birimlerden yazılı olarak almamak, mevzuatın veya Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin ilgili araştırma ve deneylere dair hükümlerine aykırı çalışmalarda bulunmak
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uymamak
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak

Yeni Yayınlar

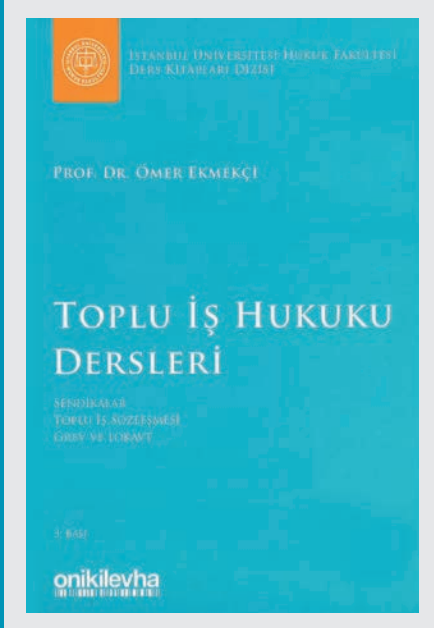


Prof. Dr. Tankut Centel tarafından İngilizce olarak hazırlanan “**Turkish Social Law**” adlı eser, Eylül 2020 tarihinde yayımlanmıştır.

Bu çalışmanın amacı, Türkiye'nin sosyal hukuk sistemine kapsamlı bir genel bakış sağlamaktır.

9 bölümden oluşan eserin giriş bölümü, sosyal hukuk kavramı, tarihsel gelişim ve yasal kaynaklar üzerine genel bilgiler içermektedir.

Diğer bölümlerde ise, sosyal sigortalar organizasyonu, sosyal sigorta kavramı, sosyal sigortalar kapsamında yükümlülükler, sosyal sigorta kolları, genel sağlık sigortası, tamamlayıcı sosyal güvenlik kurumları, primsiz ödemeler sistemi ve değerlendirmeler yer almaktadır.



Prof. Dr. Ömer Ekmekçi tarafından hazırlanan “**Toplu İş Hukuku Dersleri**” adlı eserin 3. basısı Şubat 2021 tarihinde yayımlanmıştır. Eserde “Toplu İş Hukukuna Giriş” bölümünden sonra, konular üç başlık altında incelenmiştir.

Sendika Hukuku başlıklı birinci bölümde; sendika özgürlüğü, sendika kavramı ve unsurları, üyeliğin kazanılması, üyelik ilişkisinden doğan hak ve borçlar, üyeliğin askıya alınması ve sona ermesi, sendikal faaliyet güvencesi ve üyelik güvencesi, işçi kuruluştan yöneticiliği ve güvencesi, işyeri sendika temsilciliği ve güvencesi başlıkları yer almaktadır.

Toplu İş Sözleşmesi Hukuku başlıklı ikinci bölümde; toplu iş sözleşmesinin tanımı ve konusu, toplu iş sözleşmesinin düzeyi ve kapsamı, toplu iş sözleşmesinin tarafları ve yetki kavramı, toplu iş sözleşmesi yetkisinin alınması, toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ve imzalanması, yetki belgesi bulunmaksızın yapılan toplu iş sözleşmesi ve hükümleri, toplu iş sözleşmesinin süresi ve sona ermesi, yetki/toplu görüşme süresi içerisinde veya imzadan sonra meydana gelen bazı değişikliklerin etkisi, toplu iş sözleşmesinde tarafların iradeleriyle sonradan değişiklik yapılması, toplu iş sözleşmesiyle bağlılık ve yararlanma, toplu iş sözleşmesinin uygulamasına ilişkin yorum ve eda davaları açıklanmaktadır.

İş Mücadelesi Hukuku başlıklı üçüncü bölümde; toplu iş uyuşmazlığının grev ve lokavt yoluyla çözümlenmesi, iş mücadelesi yasaklarında uyuşmazlığın çözümü, lokavt kavramı, yasal grev ve lokavtın iş sözleşmesi bakımından hükümleri, yasal grevin greve katılmayan işçilere ilişkin sonuçları, yasal grev ve lokavtın iş sözleşmesi taraflarının çalışma ve çalıştırma serbestisine ilişkin sonuçları, yasal grev ve lokavtın sosyal sigortalara ilişkin sonuçları, yasa dışı grev ve sonuçları, yasa dışı lokavt ve sonuçları, grev ve lokavtın yasa dışı olup olmadığının tespiti davası, grev ve lokavtın sona ermesi başlıkları altında konular değerlendirilmiştir.



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

Beştepeler 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